

**Pedro-José
Bueso Guillén**

**CONTRATOS DE
DISTRIBUCIÓN
COMERCIAL, RESTRICCIONES
VERTICALES DE LA
COMPETENCIA Y REGLA DE
RAZÓN: DELIMITACIÓN
CONCEPTUAL Y
TRATAMIENTO EN EL
DERECHO COMUNITARIO
EUROPEO**

2008



**Universidad
Zaragoza**

Pedro-José Bueso Guillén

CONTRATOS DE DISTRIBUCIÓN COMERCIAL, RESTRICCIONES
VERTICALES DE LA COMPETENCIA Y REGLA DE RAZÓN:
DELIMITACIÓN CONCEPTUAL Y TRATAMIENTO EN EL DERECHO
COMUNITARIO EUROPEO

Nota del autor

La presente publicación es una versión revisada de la tesis elaborada bajo la dirección del Catedrático de Derecho mercantil, Prof. Dr. Manuel-Ángel López Sánchez, que fue defendida en la Universidad de Zaragoza, el 25 de junio de 1999, ante el Tribunal compuesto por los Prof. Dr. Rafael García Villaverde, Ricardo Alonso Soto, Vicente Santos Martínez, Luis Fernández de la Gándara y Fernando Valenzuela Garach, Catedráticos de Derecho mercantil, obteniendo la calificación de sobresaliente “cum laudae”. La revisión ha tenido en cuenta las observaciones y sugerencias que formuló el Tribunal, a quien quiero mostrar mi más sincero agradecimiento.

Zaragoza, 5 de diciembre de 2008

ISBN 978-84-691-9376-1



Attribution-NonCommercial 4.0 International

Indice

	<i>pág.</i>
Abreviaturas	xi
Presentación	1
Precisiones metodológicas	9
I. Precisiones metodológicas de carácter general.....	10
II. En especial, observaciones relativas al análisis económico del Derecho.....	22

PARTE PRIMERA ECONOMIA DE LA DISTRIBUCION COMERCIAL Y CONTRATOS DE DISTRIBUCION

Capítulo Primero

Introducción a la Economía de la distribución comercial

III. Precisiones terminológicas.....	41
IV. La distribución comercial.....	49
1. Concepto y funciones de distribución comercial.....	49
2. Dimensiones de la distribución comercial.....	53
3. Sistema de distribución comercial.....	54
4. Distribución comercial y otras actividades conexas.....	55
A. Distribución comercial y comercio.....	56
B. Distribución comercial, distribución industrial y gran distribución.....	59
C. Distribución comercial y marketing.....	60
D. Distribución comercial, comercio interior y comercio exterior.....	62
E. Distribución comercial, comercio minorista y comercio mayorista.....	64
F. Distribución comercial y canales de distribución comercial.....	72

5. Finalidad de la distribución comercial	73
6. La distribución comercial en la Unión Europea	76
A. Significación	77
B. Características	79
a. Características estructurales: inestabilidad y heterogeneidad.....	80
b. Características tendenciales: concentra- ción e internacionalización.....	85

Capítulo Segundo

Fundamentos para el análisis de los canales de distribución comercial

V. Los canales de distribución comercial	91
1. Concepto de canal de distribución comercial	91
2. Criterio delimitador de los canales de distribución comercial.....	93
3. Perspectivas analíticas de los canales de distribución comercial.....	93
4. Sujetos partícipes en los canales de distribución	96
5. Interrelaciones en los canales de distribución comercial	101
A. Enfoque estructural.....	101
B. Enfoque dimensional.....	102
a. Dimensión vertical: longitud del canal de distribución comercial y vínculos organizativos verticales.....	103
b. Dimensión horizontal: anchura del canal de distribución comercial y vínculos organizativos horizontales.....	110
6. Vínculos organizativos y configuración de los canales de distribución comercial	116
A. El carácter esencial de los canales de distribu- ción comercial	117
B. La implantación de vínculos organizativos verti- cales en los canales de distribución comercial.....	118

	<i>pág.</i>
a. ¿No integración o integración?: canales convencionales contra canales organizados	119
b. ¿Qué integración?: sistemas corporativos contra sistemas contractuales, e integración directa contra integración indirecta	125
C. La implantación de vínculos organizativos horizontales en los canales de distribución comercial	141
a. Vínculos horizontales implantados verticalmente: distribución intensiva, selectiva o exclusiva, y distribución simple o múltiple	141
b. Vínculos horizontales implantados horizontalmente: vínculos espaciales y no espaciales	144
D. La configuración del canal de distribución comercial	145
VI. Las relaciones de poder entre productores e intermediarios	148
1. Situación actual de las relaciones de poder entre productores e intermediarios	149
A. Ascensión de los intermediarios	150
B. Reacción de los productores	159
2. Tendencias evolutivas de las relaciones de poder entre productores e intermediarios	161
Figuras (Capítulo Segundo)	167
fig. 1: Longitud de los canales de distribución comercial	169
fig. 2: Canal de distribución comercial convencional	171
fig. 3: Canal de distribución comercial organizado. Sistema de integración corporativa	173
fig. 4: Canal de distribución comercial organizado. Sistema de integración administrada	175

	<i>pág.</i>
fig. 5: Canal de distribución comercial organizado. Sistema de integración contractual. Integración vertical y descendente	177
fig. 6: Clases de distribución comercial múltiple.....	179
fig. 7: Competencia entre canales de distribución comercial.....	181
fig. 8: Red de distribución comercial y red de ventas	183
fig. 9: Canal de distribución comercial organizado. Sistema de integración contractual. Integración vertical y ascendente.....	185
fig. 10: Cooperación vertical de grupo.....	187

PARTE SEGUNDA
**DERECHO DE LA DISTRIBUCION COMERCIAL
 Y CONTRATOS DE DISTRIBUCION**

Capítulo Tercero

Contratos de distribución comercial en el Derecho español

VII. Observaciones preliminares.....	191
1. Sobre el contexto dialéctico de la categoría de los contratos de distribución comercial y su delimitación conceptual.....	194
2. A propósito del Derecho de la distribución comercial y su relación con el Derecho mercantil.....	200
VIII. Estudio de la situación actual en el sistema legal español	218
1. Tratamiento de las cuestiones que plantea la distribución comercial en la doctrina jurídica española	219
A. Desarrollos en el plano general.....	220
B. Desarrollos en el plano específico.....	241
a. Preliminar	242
b. Aportaciones en el ámbito del Derecho de obligaciones y contratos.....	243

	<i>pág.</i>
i. Contribuciones con ocasión del estudio de los contratos de agencia y de franquicia.....	248
ii. Contribuciones con ocasión del estudio del contrato de concesión y de la categoría de los contratos de distribución comercial.....	258
α. Formulación de un concepto restringido de contratos de distribución comercial.....	261
β. Tendencias hacia la flexibilización del concepto de contratos de distribución comercial.....	271
c. Aportaciones en el ámbito del Derecho de la competencia.....	298
d. Aportaciones en el ámbito de la Ley de ordenación del comercio minorista.....	314
2. Estado de la regulación jurídico-positiva de la distribución comercial.....	318
A. Preliminar.....	318
B. Derecho de obligaciones y contratos.....	319
C. Derecho de la competencia.....	320
D. Ley de ordenación del comercio minorista.....	323
3. Tratamiento jurisprudencial de la distribución comercial.....	346

Capítulo Cuarto

Contratos de distribución comercial en el Derecho comparado

IX. Síntesis de la situación en los sistemas legales comparados: tendencias evolutivas en el tratamiento jurídico de la distribución comercial.....	353
1. Preliminar.....	353
2. Sistema legal italiano.....	358
3. Sistema legal francés.....	373

	<i>pág.</i>
A. En especial, aportaciones desde el Derecho de la distribución comercial	380
4. Sistema legal alemán	399
A. En especial, aportaciones desde el Derecho de la distribución comercial	409

Capítulo Quinto

Contratos de distribución comercial en el Derecho comunitario europeo

X. Introducción a la situación actual en el Derecho comunitario europeo: el Derecho de defensa de la competencia y la categoría de los acuerdos de distribución comercial	425
1. Preliminar	425
2. Acuerdos de distribución comercial en sentido restringido.....	426
3. Perfiles de la zona gris en la delimitación restringida de la categoría y acuerdos de distribución comercial en sentido amplio.....	433
4. En particular, la consideración del contrato de agencia como acuerdo de distribución comercial en sentido restringido	446

Capítulo Sexto

Recapitulación (I): contratos y Derecho de la distribución comercial

XI. Conclusiones de la Parte Segunda	473
1. Delimitación conceptual de la categoría de los contratos de distribución comercial	484
A. Concepto restringido de contratos de distribución comercial	484
B. Concepto amplio de contratos de distribución comercial	491
2. Propuesta de un Derecho de la distribución comercial	494

	<i>pág.</i>
Figuras (Capítulo Sexto)	
fig. 11: Delimitación conceptual de la categoría de los contratos de distribución comercial en sentido restringido	499
fig. 12: Delimitación conceptual de la categoría de los contratos de distribución comercial en sentido amplio.....	501

PARTE TERCERA
DERECHO COMUNITARIO EUROPEO DE DEFENSA
DE LA COMPETENCIA Y CONTRATOS DE DISTRIBUCION

Capítulo Séptimo

Restricciones verticales de la competencia en el Derecho comunitario europeo

XII. Planteamiento introductorio.....	505
XIII. Incidencia de los contratos de distribución comercial en la libre competencia.....	513
1. Aproximación a la noción de restricción vertical de la competencia.....	518
2. Clasificación de las restricciones verticales de la competencia.....	524
3. Clases de restricciones verticales: delimitación y tratamiento jurídico	536
A. Restricciones territoriales.....	537
a. Restricciones expresas a la exportación.....	542
b. Diferenciación de precios	544
c. Acuerdos de compensación	545
d. Diferenciación del contenido de las garantías y de los servicios post-venta	546
e. El ejercicio de derechos derivados de los ordenamientos nacionales	547
f. Otras medidas tendentes a evitar el comercio paralelo	549
B. Restricciones de reventa.....	550

	<i>pág.</i>
a. Restricciones de clientela. En especial, las negativas de venta	551
b. Restricciones de precios	554
c. Restricciones de uso	555
d. Obligaciones de carácter promocional	556
C. Restricciones de efecto excluyente	557
a. Obligaciones de aprovisionamiento exclusivo	557
b. Acuerdos vinculados	560
c. Obligaciones de adquirir cantidades mínimas o surtidos completos	562
4. Fundamentos económicos del tratamiento de las restricciones verticales originadas por los contratos de distribución comercial	563
Capítulo Octavo	
Regla de razón, efecto sensible y exención en la aplicación de la prohibición comunitaria de conductas colusorias a los contratos de distribución comercial	
XIV. Consideraciones previas	569
XV. La regla de razón en el Derecho <i>antitrust</i> estadouni- dense	576
1. La regla de razón como método de aplicación de la prohibición de conductas colusorias	578
2. La regla de razón desde la perspectiva técnico-jurídica	579
3. La regla de razón como criterio de enjuiciamiento de las restricciones verticales	587
4. La regla de razón en la dinámica procesal	592
XVI. ¿Una regla de razón en el Derecho comunitario de la competen- cia?	597
1. Planteamiento de la cuestión	598
2. Contexto del artículo 85 TCE	599
A. Aspectos económico-constitucionales y político- económicos	599
B. Aspectos relativos a la distribución de compe- tencias	628

	<i>pág.</i>
C. Aspectos regulativos y procedimentales	646
3. Efecto sensible y regla de razón	657
A. Regla " <i>de minimis</i> " y efecto sensible.....	658
B. El carácter extracompetencial del efecto sensible	660
C. Los acuerdos de menor importancia en el Derecho español.....	677
4. Exención y regla de razón	680
A. Exención singular y por categorías	681
B. Déficit de seguridad jurídica y flexibilidad en los reglamentos de exención por categorías	684
C. El carácter supracompetencial de la exención	689
D. Situación de los reglamentos de exención por categorías en el Derecho español	692
5. ¿Una regla de razón en sentido estricto?.....	701
6. ¿Una regla de razón específicamente comunitaria?.....	703
XVII. ¿Hacia una regla de razón en el Derecho comunitario de la competencia?.....	712
1. Tendencias evolutivas en el artículo 85 TCE: el <i>Libro Verde sobre las restricciones verticales y la política de competencia comunitaria</i>	712
2. Propuestas de solución en el Libro Verde.....	716
3. Concreción de las opciones del Libro Verde	739
Capítulo Noveno	
Recapitulación (y II): situación actual y perspectivas de la regla de razón en el Derecho comunitario europeo	
XVIII. Conclusiones de la Parte Tercera.....	751
1. Configuración actual de la regla de razón específica- mente comunitaria	751
2. Perspectivas: argumentos a favor y en contra de una regla de razón en sentido estricto.....	755
Conclusiones finales	767

INDICE

pág.

Addenda	xxv
Relación de las fuentes legislativas citadas	xxv
Relación de las reseñas jurisprudenciales citadas	xxxiii
Relación de otros documentos citados.....	xxviii
Bibliografía	xli

Abreviaturas

A

AA. VV.	autores varios
ABIEG	<i>Amtsblatt der Europäischen Gemeinschaft</i> (edición en alemán del DOCE)
AC	Actualidad Civil
ADC	Anuario de Derecho Civil
ADI	Actas de Derecho Industrial
AED	análisis económico del Derecho
AG	Die Aktiengesellschaft
Ant. Bull.	The Antitrust Bulletin
apdo(s).	apartado(s)
A. Ph. D.	Archives de Philosophie du Droit
art(s).	artículo(s)
As.	asunto/s
AUE	Acta Unica Europea

B

BB	Betriebs-Berater
BGB	<i>Bürgerliches Gesetzbuch</i> (Código civil alemán)
BICE	Boletín del Instituto de Comercio Exterior
BOA	Boletín Oficial de Aragón
BOCAN	Boletín Oficial de Canarias

ABREVIATURAS

BOCM	Boletín Oficial de Castilla-La Mancha
BOE	Boletín Oficial del Estado
BOGC	Boletín Oficial de la Generalitat de Cataluña
BOJA	Boletín Oficial de la Junta de Andalucía
Bol.	boletín
Bol. Eco. ICE	Boletín Económico de Información Comercial Española
Bol. ICAM	Boletín del Ilustre Colegio de Abogados de Madrid
BOPV	Boletín Oficial del País Vasco

C-CH

cap(s).	capítulo(s)
CCJC	Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil
CDC	Cuadernos de Derecho y Comercio
CDE	Cahiers du Droit Européen
cdo(s).	considerando(s)
CE	Comunidad Europea
CECA	Comunidad Europea del Carbón y del Acero
CEE	Comunidad Económica Europea
cfr.	confróntese/confróntense
cit(s).	citado(s)/a(s)
CMLRev	Common Market Law Review
Col.	Colección

ABREVIATURAS

Comisión CE	Comisión de la Comunidad Europea
Comunicación a Rgtos. CEE 1983/83 y 1984/83	Comunicación de la Comisión de 1984 relativa a los Rgtos. CEE 1983/83 y 1984/83
Comunicación al LiV RV	COMISIÓN DE LA COMUNIDAD EUROPEA: <i>Comunicación de la Comisión sobre la aplicación de las normas comunitarias de competencia a las restricciones verticales. Seguimiento del Libro Verde sobre las restricciones verticales (1998)</i>
Comunicación sobre agentes de 1962	Comunicación de la Comisión de 1962 relativa a los contratos de representación exclusiva suscritos con agentes comerciales
Comunicación sobre AMI de 1977	Comunicación de la Comisión, de 19 de diciembre de 1977, relativa a los acuerdos de menor importancia no contemplados en el apartado 1 del artículo 85 del Tratado
Comunicación sobre AMI de 1986	Comunicación de la Comisión, de 3 de septiembre de 1986, relativa a los acuerdos de menor importancia no contemplados en el apartado 1 del artículo 85 del Tratado
Comunicación sobre AMI de 1997	Comunicación de la Comisión de 1997 relativa a los acuerdos de menor importancia no contemplados en el apartado 1 del artículo 85 del Tratado
Comunicación sobre COC de 1998	Comunicación de la Comisión de 1998 sobre el concepto de concentración con arreglo al Rgto. CEE 4064/89
Comunicación sobre cooperación con Autoridades de 1997	Comunicación de la Comisión de 1997 relativa a la cooperación entre la Comisión y las autoridades de los Estados miembros de 1997 en el ámbito de la competencia para la tramitación de los asuntos a los que sean de aplicación los artículos 85 y 86 del Tratado

ABREVIATURAS

Comunicación sobre cooperación con Tribunales de 1993	Comunicación de la Comisión de 1993 relativa a la cooperación entre la Comisión y los órganos jurisdiccionales nacionales para la aplicación de los artículos 85 y 86 del Tratado
Comunicación sobre cooperación de empresas de 1968	Comunicación de la Comisión de 1968 relativa a los acuerdos, decisiones y prácticas concertadas relativos a la cooperación entre empresas
Comunicación sobre EP de 1998	Comunicación de la Comisión de 1994 relativa al concepto de empresa en participación con plenas funciones con arreglo al Rgto. CEE 4064/89
Comunicación sobre EPC de 1993	Comunicación de la Comisión de 1993 sobre el tratamiento de las empresas en participación de carácter cooperativo en virtud del artículo 85 del Tratado
Comunicación sobre mercado relevante de 1997	Comunicación de la Comisión de 1997 relativa a la definición de mercado referencia a efectos de la normativa comunitaria en materia de competencia
Comunicación sobre subcontratación de 1978	Comunicación de la Comisión, de 18 de diciembre de 1978, referente a la consideración de los subcontratos respecto a las disposiciones del apartado 1 del artículo 85 del Tratado
coord.	coordinación
corr. err.	corrección de errores
CPNews	Competition Policy Newsletter

D

DB	Der Betrieb
Dec(s).	decisión(decisiones)

ABREVIATURAS

dir.	dirección
Directiva CEE 86/653	Directiva (CEE) 86/653 del Consejo, 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
disp.	disposición
disp. ad.	disposición adicional
DOCE	Diario Oficial de la Comunidad Europea
DOG	Diario Oficial de Galicia
DOGV	Diario Oficial de la Generalitat Valenciana
DRAE	REAL ACADEMIA ESPAÑOLA: <i>Diccionario de la lengua española</i> , 2 t., 21. ^a ed., Espasa Calpe, Madrid, 1992
DyC	Distribución y Consumo
DZWir	Deutsche Zeitschrift für Wirtschaftsrecht

E

EC	Estudios sobre Consumo
ECLR	European Competition Law Review
ECU	unidad/es de cuenta europea/s
ed.	edición
edr(s).	editor(es)
EIPR	European Intellectual Property Review
ELRev	European Law Review
epg(s).	epígrafe(s)
EuR	Europarecht

ABREVIATURAS

EUROATOM	Comunidad Europea de la Energía Atómica
EuZW	Europäische Zeitschrift für Wirtschaftsrecht
EWS	Europäisches Wirtschafts- und Steuerrecht
Exte(s).	expediente(s)

F

fig(s).	figura(s)
fdto(s).	fundamento(s)

G

Giur. Comm.	Giurisprudenza Commerciale
GJCE	Gaceta Jurídica de la C.E. y de la Competencia (hasta diciembre de 1991, Gaceta Jurídica de la C.E.E.)
GWB	<i>Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen (in der Fassung der Bekanntmachung vom 20. Februar 1990)</i> (Ley alemana de defensa de la competencia)

H

Har.Int.L.J.	Harvard International Law Journal
HGB	<i>Handelsgesetzbuch</i> (Código de comercio alemán)
HPE	Hacienda Pública Española

I

ICE	Información Comercial Española
-----	--------------------------------

ABREVIATURAS

ICLQ International and Comparative Law Quarterly

J-K

JBL Journal of Business Law

JCP Journal of Consumer Policy

J. Law & Econ. Journal of Law and Economics

JZ Juristenzeitung

L-LI

LCA Ley 12/1992, de 27 de mayo, sobre el contrato de agencia

LCC Ley 7/1995, de 23 de marzo, de crédito al consumo

LCD Ley 3/1991, de 10 de enero, de competencia desleal

LCFEM Ley 26/1991, de 21 de noviembre, sobre contratos celebrados fuera de los establecimientos mercantiles

LCGC Ley 7/1998, de 13 de abril, sobre condiciones generales de la contratación

LDC Ley 16/1989, de 17 de julio, de defensa de la competencia

LGDCU Ley 26/1984, de 19 de julio, General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios

LIEI Legal Issues of European Integration

LM Ley 32/1988, de 10 de noviembre, de marcas

L. n. 297/90 *Legge 10 ottobre 1990 n. 287. Norme per la tutela della concorrenza e del mercato (Ley italiana de defensa de la competencia)*

ABREVIATURAS

lib(s).	libro(s)
LiV Comercio	COMISIÓN DE LA COMUNIDAD EUROPEA: <i>Libro Verde del Comercio</i> (1996)
LiV RV	COMISIÓN DE LA COMUNIDAD EUROPEA: <i>Libro Verde sobre las Restricciones Verticales en la Política de Competencia Comunitaria</i> (1997)
LOCM	Ley 7/1996, de 15 de enero, de Ordenación del Comercio Minorista
<i>Loi n.º 91-593</i>	<i>Loi n.º 91-593 de 25 juin 1991 relative aux rapports entre les agents commerciaux et leurs mandants</i> (Ley francesa sobre el contrato de agencia)
LPRC	Ley 110/1963, de 20 de julio, de prácticas restrictivas de la competencia

M-N-Ñ

NJW	Neue Juristische Wochenschrift
Noticias CEE	Noticias/C.E.E. (1.ª época, desde su inicio hasta diciembre de 1993)
Noticias UE	Noticias de la Unión Europea (2.ª época, desde enero de 1994, hasta la actualidad)
núm(s).	número(s)
Nuova Riv. Dir. Civ.	Nuova Rivista di Diritto Civile

O

<i>Ordonnance n.º 86-1243</i>	<i>Ordonnance n.º 86-1243 du 1er décembre 1986 relative à la liberté des prix et de la concurrence</i> (Norma francesa de defensa de la competencia)
-------------------------------	--

ABREVIATURAS

P-Q

pág(s).	página(s)
párr(s).	párrafo(s)
PYME	Pequeña/s y Mediana/s Empresa/s

R

RAJ	Repertorio Aranzadi de Jurisprudencia
R.D.	Real Decreto
R.D. 157/1992	Real Decreto 157/1992, de 21 de febrero, por el que se desarrolla la Ley 16/1989, de 17 de julio, en materia de exención por categorías, autorización singular y Registro de Defensa de la Competencia
R.D. 2485/1998	Real Decreto 2485/1998, de 13 de noviembre, por el que se desarrolla el artículo 62 de la Ley 7/1996, de 15 de enero, de Ordenación del Comercio Minorista, relativo a la regulación del régimen de franquicia, y se crea el Registro de Franquiciadores
RDBB	Revista de Derecho Bancario y Bursátil
RDM	Revista de Derecho Mercantil
RDN	Revista de Derecho de los Negocios
RDP	Revista de Derecho Privado
RdS	Revista de Derecho de Sociedades
Rec.	Recopilación (de las sentencias del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas a partir 1990 de también del Tribunal Europeo de Primera Instancia - parte I y II)
Res.	resolución/resoluciones

ABREVIATURAS

RGD	Revista General de Derecho
RGLJ	Revista General de Legislación y Jurisprudencia
Rgto(s).	Reglamento(s)
Rgto. CEE 17/62	Reglamento (CEE) núm. 17/62 del Consejo, de 6 de febrero de 1962, Primer Reglamento de aplicación de los artículos 85 y 86 del Tratado
Rgto. CEE 19/65	Reglamento (CEE) núm. 19/65 del Consejo, de 2 de marzo de 1965, relativo a la aplicación del apartado 3 del artículo 85 del Tratado a determinadas categorías de acuerdos y prácticas concertadas
Rgto. CEE 1983/83	Reglamento (CEE) núm. 1983/83 de la Comisión, de 22 de junio de 1983, relativo a la aplicación del apartado 3 del artículo 85 del Tratado a determinadas categorías de acuerdos de distribución exclusiva
Rgto. CEE 1984/83	Reglamento (CEE) núm. 1984/83 de la Comisión, de 22 de junio de 1983, relativo a la aplicación del apartado 3 del artículo 85 del Tratado a determinadas categorías de acuerdos de compra en exclusiva
Rgto. CEE 2349/84	Reglamento (CEE) núm. 2349/84 de la Comisión, de 25 de julio de 1984, relativo a la aplicación del apartado 3 del artículo 85 del Tratado a determinadas categorías de acuerdos de licencia de patentes
Rgto. CEE 123/85	Reglamento (CEE) núm. 123/85 de la Comisión, de 12 de diciembre de 1984, relativo a la aplicación del apartado 3 del artículo 85 del Tratado a determinadas categorías de acuerdos de distribución y servicio de venta y de postventa de vehículos automóviles
Rgto. CEE 417/85	Reglamento (CEE) núm. 417/85 de la Comisión, de 19 de diciembre de 1984, relativo a la aplicación del apartado 3 del artículo 85 del Tratado a determinadas categorías de acuerdos de especialización

ABREVIATURAS

Rgto. CEE 418/85	Reglamento (CEE) núm. 418/85 de la Comisión, de 19 de diciembre de 1984, relativo a la aplicación del apartado 3 del artículo 85 del Tratado a determinadas categorías de acuerdos de investigación y desarrollo
Rgto. CEE 4087/88	Reglamento (CEE) núm. 4087/88 de la Comisión, de 30 de noviembre de 1988, relativo a la aplicación del apartado 3 del artículo 85 del Tratado a categorías de acuerdos de franquicia
Rgto. CEE 556/89	Reglamento (CEE) núm. 556/89 de la Comisión, de 30 de noviembre de 1988, relativo a la aplicación del apartado 3 del artículo 85 del Tratado a determinadas categorías de acuerdos de licencia de <i>know-how</i>
Rgto. CEE 4064/89	Reglamento (CEE) núm. 4064/89 del Consejo, de 21 de diciembre de 1989, sobre el control de las operaciones de concentración entre empresas
Rgto. CE 1475/95	Reglamento (CE) núm. 1475/95 de la Comisión, de 28 de junio de 1995, relativo a la aplicación del apartado 3 del artículo 85 del Tratado a determinadas categorías de acuerdos de distribución y servicio de venta y de postventa de vehículos automóviles
Rgto. CE 240/96	Reglamento (CE) núm. 240/96 de la Comisión, de 31 de enero de 1996, relativo a la aplicación del apartado 3 del artículo 85 del Tratado a determinadas categorías de acuerdos de transferencia de tecnología
RIE	Revista de Instituciones Europeas
Riv. Dir. Civ.	Rivista di Diritto Civile
Riv. Dir. Comm.	Rivista di Diritto Commerciale
Riv. Dir. Ind.	Rivista di Diritto Industriale
RIW	Recht der Internationalen Wirtschaft
RJC	Revista Jurídica de Cataluña

ABREVIATURAS

RMCUE	Revue du Marché Commun et de l'Union Européene
RSDIC	Revue Suisse de Droit International de la Concurrence (a partir de octubre de 1984, Swiss Review of International Competition Law; a partir de octubre de 1987, World Competition - Law and Economics Review)
RTDE	Revue Trimestrelle de Droit Européen

S

<i>Sherman Act</i>	<i>Sherman Act</i> (1890) (Norma <i>antitrust</i> estadounidense)
sec(s).	sección(es)
<i>Sec.</i>	<i>section</i> (EE. UU.)
Sent(s).	sentencia(s)
sig(s).	siguiente(s)
Slg.	<i>Sammlung (der Entscheidungen des Europäischen Gerichtshofs, ab 1990 auch des Europäischen Gerichts 1. Instanz - Teil I und II)</i> (edición en alemán de la Recopilación)

T

t.	tomo/s
TC	Tribunal Constitucional
TCE	Tratado constitutivo de la Comunidad Europea (TCEE en la versión del TUE)
TCEE	Tratado constitutivo de la Comunidad Económica Europea
TDC	Tribunal de Defensa de la Competencia

ABREVIATURAS

tít(s).	título(s)
TJCE	Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas
TPI	Tribunal Europeo de Primera Instancia
trad. esp.	traducción al español
TS	Tribunal Supremo
TUE	Tratado de la Unión Europea

U

UE	Unión Europea
Unif.L.Rev.	Uniform Law Review/Revue de Droit Uniforme
U.PA.L.Rev.	University of Pennsylvania Law Review
US	U. S. Supreme Court Reports
U.S.C.A.	United States Code Annotated

V

vol(s).	volumen(volúmenes)
V.R.P.	<i>voyageur-représentant-placier</i> (representantes de comercio; Francia)
vs.	<i>versus</i>

W

WC	World Competition - Law and Economics Review (hasta junio de 1984, Revue Suisse de Droit International de la Concurrence; hasta junio de 1987, Swiss Review of International Competition Law)
----	---

ABREVIATURAS

WuW Wirtschaft und Wettbewerb

X-Y

Yale L. Rev. Yale Law Review

Z

ZEuP Zeitschrift für europäisches Privatrecht

ZHR Zeitschrift für das gesamte Handels- und
Wirtschaftsrecht

ZIP Zeitschrift für Wirtschaftsrecht (y, hasta 1992,
Zeitschrift für Wirtschaftsrecht und
Insolvenzpraxis)

ZVglRWiss Zeitschrift für vergleichende Rechtswissenschaft

Presentación

El presente trabajo aborda el estudio del tratamiento que los contratos de distribución comercial, en su consideración como conductas generadoras de restricciones de la libre competencia, reciben en el Derecho comunitario europeo de defensa de la competencia.

En la configuración de los modernos sistemas de distribución comercial —entendidos como subsistemas dentro de los sistemas económicos—, el elemento de peso es el constituido por los canales de comercialización. Dentro de éstos, a su vez, ocupan un lugar destacado los denominados "contratos de distribución", concepto que se encuentra todavía en formación, mostrando contornos poco definidos, incluso confusos. Se trata de un sector de la contratación estrechamente ligado a la reciente evolución de la actividad comercial. Y, como toda evolución, trae consigo consecuencias positivas y negativas. Así, los contratos de distribución articulan jurídicamente una estrategia cada vez más necesaria para, de una parte, asegurar el éxito de la comercialización y, de otra, diluir los costes y los riesgos de la misma; al mismo tiempo, contribuyen a la modernización de las estructuras distributivas, especialmente las del pequeño y mediano comercio minorista tradicional, con lo

que constituyen una alternativa más beneficiosa que la adopción de medidas legislativas en exclusiva defensa de sus intereses corporativos¹. Sin embargo, pueden implicar abusos frente al contratante más débil en la relación de distribución comercial y restricciones no deseadas de la libre competencia. Es principalmente en el último de estos frentes abiertos donde quiere ubicarse la siguiente investigación.

Más precisamente, el eje normativo sobre el que gira el presente

¹ Como así sucede, destacadamente, con diversos preceptos de la Ley 7/1996, de 15 de enero, de Ordenación del Comercio Minorista (BOE de 17-1; corr. err. BOE de 17-2; en adelante, LOCM). En este sentido, véanse las críticas formuladas por TORNOS MÁS, J.: "Comentario a la Exposición de motivos", en: AA. VV., ARIMANY · MANUBENS & ASOCIADOS (coord.), TORNOS MÁS, J. (dir.): *Ordenación del comercio minorista. Comentarios a la Ley 7/1996 y a la Ley Orgánica 2/1996, ambas de fecha 15 de enero*, Praxis, Barcelona, 1996, pág. 34; IDEM: "Comentario al artículo 1", en: ARIMANY · MANUBENS & ASOCIADOS: *Ordenación del comercio minorista...*, cit., pág. 36; BELTRÁN SÁNCHEZ, E.: "Comentario al artículo 1", en: AA. VV., PIÑAR MAÑAS, J. L., y BELTRÁN SÁNCHEZ, E. (dir.): *Comentarios a la Ley de Ordenación del Comercio Minorista y a la Ley Orgánica complementaria*, Universidad San Pablo-CEU/Civitas, Madrid, 1997, pág. 29; y MASSAGUER FUENTES, J.: "El Derecho mercantil ante las transformaciones político-sociales. Una aproximación", en: AA. VV., IGLESIAS PRADA, J. L. (coord.): *Estudios Jurídicos en Homenaje al Profesor Aurelio Menéndez*, t. I (Introducción y Títulos valor), Civitas, Madrid, 1996, pág. 426.

Ciertamente, no puede evitarse tener la sensación de que esta Ley, considerada en su conjunto, no es sino la "píldora" precisa para la adopción de ciertas medidas ciertamente cuestionables. Así, BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, A.: "Notas sobre los aspectos jurídico-mercantiles de la Ley de Ordenación del Comercio Minorista (LCM)", en: AA. VV.: *Estudios de Derecho Mercantil. Homenaje al Profesor Justino F. Duque*, vol. II, Secretariado de Publicaciones e Intercambio Científico, Universidad de Valladolid, Valladolid, 1998, pág. 944, comenta acertadamente que "[e]n ocasiones, cuando hay temas políticos muy importantes, éstos arrastran a otras cuestiones de menor importancia pero que permiten elaborar una ley que tenga más consistencia y que dé la sensación de que tiene preocupaciones mucho más generales que las puramente concretas que pretende realmente solucionar".

Especialmente significativas son las críticas de AMADEO PETITBÓ, J.: "La necesaria modernización de pequeño comercio", en: AA. VV.: *Libre competencia y Ley de Ordenación del Comercio Minorista en España*, Cámara Oficial de Comercio e Industria de Madrid, Madrid, 1997, págs. 31-32; y, con mayor dureza, de ALONSO SOTO, R.: "Ley de Ordenación del Comercio Minorista y Derecho de la competencia", en: *Libre competencia y Ley de Ordenación...*, cit., págs. 155 y 157, quien afirma que la LOCM parte del modelo profesional de competencia, modelo que ha sido superado por nuestro ordenamiento, y de ahí que esta norma esté "plagada" de restricciones a la libertad de empresa de muy dudoso recibo.

trabajo es doble. De una parte, como ya se ha apuntado, el Derecho de defensa de la competencia. Pero, de otra parte, el Derecho comunitario europeo. De manera que a los difusos contornos que, con carácter general, presenta la regulación legal de la competencia económica —institución a la que BONAFANTE llamase "fecunda nebulosa jurídica"²—, han de añadirse las peculiaridades que los objetivos y estructura comunitarios infiltran en los arts. 85 y sigs. del Tratado de la Comunidad Europea³ (en adelante, TCE), así como en todo el Derecho derivado relevante. Dicho en otros términos, si bien el Derecho comunitario de la competencia, por el hecho de ser Derecho de defensa de la competencia, plantea cuestiones similares al resto de los sectores normativos equivalentes de otros ordenamientos —especialmente, al Derecho *antitrust* estadounidense—, también integra componentes político-económicos, económico-constitucionales, competenciales, regulativos y procedimentales que marcan su configuración, introduciendo en el mismo notas individualizadoras relevantes. En definitiva, la hipótesis de trabajo es avanzar en la construcción doctrinal de los contratos de distribución comercial en el Derecho comunitario europeo partiendo de la perspectiva que brinda el Derecho de defensa de la competencia, más concretamente, la regulación de las restricciones verticales de la competencia perseguidas u originadas por acuerdos de distribución.

² Calificación que es aplicable todavía hoy a esta materia, ya no tanto "..., porque se ha buscado el cimiento sobre bases todavía en construcción, y se ha olvidado que las categorías jurídicas aún conservan su utilidad. Ellas permiten dar seguridad y evitan que se disipen tantos esfuerzos de los juristas..." (GIRÓN TENA, J.: "Competencia ilícita y Derecho de la empresa. Interpretación de nuestro Derecho positivo", en IDEM: *Estudios de Derecho mercantil*, Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, 1954-1955, págs. 344-345), sino por la difícil aprehensibilidad de la realidad que regula, así como por lo cambiante de la misma y de su conocimiento, principalmente, a través de la Economía.

³ Tratado de Roma, firmado el 25 de marzo de 1957, que crea la Comunidad Económica Europea (en adelante, TCEE), modificado por el Acta Unica Europea, firmada el 17 de febrero de 1986 en Luxemburgo (DOCE núm. L 169/1, de 26.6.1987; en adelante, AUE), y por el Tratado de la Unión Europea, firmado el 7 de febrero de 1992 en Maastricht (DOCE núm. C 224/1, de 31.8.1992; en adelante, TUE).

No obstante, esta investigación nace con vocación de participar en la más amplia tarea del estudio de la distribución comercial desde la perspectiva jurídica, de lo que se ha sugerido denominar "Derecho de la distribución comercial", que aparecería como una de las unidades que formarían el sistema de un Derecho mercantil contemporáneo —concebido como "sistema de unidades"—, fruto de la desintegración del Derecho mercantil tradicional⁴. Perspectiva y estudio que, entre nosotros, se encuentran en sus albores, lo que contrasta con la importancia del análisis de la distribución comercial contemporánea para el Derecho mercantil: ella no es sino sinónima de una parte sustancial del moderno tráfico de intercambio comercial, por lo que incide significativamente en el núcleo, en la esencia del sustrato socioeconómico del Derecho mercantil.

Con tal propósito será necesario, en primer lugar, dotarse de la información que permita el conocimiento y facilite la comprensión del fenómeno de la distribución comercial; información que, a la par que pondrá de relieve su importancia capital en el conjunto de la actividad económica, permitirá ubicar los contratos de distribución en dicho fenómeno económico-empresarial. La extensión que, pese al esfuerzo sintetizador realizado, alcanza la que constituye la parte primera de esta investigación, se justifica por la necesidad de que el jurista comprenda y asuma la verdadera trascendencia del cambio paradigmático al que debe hacer frente. Una vez que se disponga de los datos extrajurídicos relevantes, será preciso entrar a considerar la relación contractual de distribución como categoría jurídica específica; es decir, entrar a delimitar el supuesto de hecho. Tarea ésta que será abordada con la vista puesta en la formación del Derecho de la distribución comercial, pero

⁴ MENÉNDEZ MENÉNDEZ, A.: *Sobre la moderna Escuela Española de Derecho Mercantil*, Col. Cuadernos, Civitas, Madrid, 1993, pág. 45; véase también IDEM: "Voz «Derecho Mercantil (D.º Mercantil)», en: AA. VV., MONTOYA MELGAR, A. (dir.): *Enciclopedia Jurídica Básica*, vol. II, Civitas, Madrid, 1995, pág. 2335.

no únicamente en el ámbito español, sino también en el ámbito europeo. Ello justifica, de una parte, la atención dispensada a los desarrollos relativos a este particular en el marco de los Derechos nacionales de los Estados miembros –tanto de los sistemas legales italiano, francés y alemán, como, y especialmente, del sistema legal español–. Pues si bien es cierto que el proyecto que representa la construcción de dicho sector normativo carece todavía de un impulso propiamente comunitario, éste tiene acogida en distintas iniciativas nacionales europeas. Y, de otra parte, justifica igualmente el estudio de la categoría de los contratos de distribución desde la perspectiva que brinda el Derecho de obligaciones y contratos. Es más, ello resulta ineludible, ya que, por un lado, es en el marco de este sector normativo donde con mayor fuerza surge la preocupación por la categoría que constituye el objeto del presente trabajo; y, por otro lado, no sería factible delimitar un concepto operativo de "contrato de distribución" a los efectos del naciente Derecho de la distribución comercial si no se tienen en cuenta las preocupaciones a las que se intenta dar solución desde el Derecho de obligaciones y contratos. De hecho, la que constituye la parte segunda de esta investigación, no responde solamente a la trascendencia inmediata de delimitar claramente la categoría de los contratos de distribución comercial, tanto en el marco del Derecho de obligaciones y contratos –por la discusión sobre la aplicación analógica de la normativa reguladora del contrato de agencia a los restantes contratos de distribución comercial en sentido restringido–, como en el del Derecho de defensa de la competencia –por el tránsito hacia una aproximación topológica en el tratamiento de los acuerdos de distribución comercial–, sino también a trascendencia mediata que tal tarea delimitadora tiene de cara a la modernización del Derecho mercantil.

Será en este momento, una vez situada la materia, cuando se estará en condiciones de acometer el estudio de la tensión entre los fines perseguidos por esta categoría de contratos y los intereses protegidos

por el régimen comunitario de defensa de la competencia. Tal análisis, que conforma la parte tercera de la presente investigación, presenta evidente interés y oportunidad, dado que la Comisión de la Comunidad Europea (en adelante, Comisión CE) ha puesto en marcha una "revisión fundamental de la política aplicada a las restricciones verticales"⁵, que está previsto que culmine con el cambio de siglo. Dicho estudio se materializará mediante una doble aproximación —de alcance más especial, en una primera fase, y más general, en una segunda— a la regulación comunitaria de estas conductas restrictivas de la competencia. Así, en primer lugar, se sintetizará cual es la incidencia de los contratos de distribución en la libre competencia, es decir, a qué restricciones verticales de la libre competencia dan lugar estos acuerdos y qué valoración merecen al Derecho comunitario de defensa de la competencia. Y, en segundo lugar, se analizará el núcleo normativo en el que tiene su origen la valoración competencial previamente sintetizada, es decir, el art. 85 TCE; estudio que pivota sobre la discusión relativa a la existencia de una "regla de razón" (*rule of reason*) en su seno, y cuya exposición estará orientada a permitir sopesar en qué medida las propuestas que dan cuerpo a la revisión impulsada por la Comisión CE pueden solucionar los problemas que plantea la aplicación del art. 85 TCE a los acuerdos de distribución y qué cuestiones van a permanecer abiertas, así como, en este último caso, cuáles serían las posibles vías para su futura solución.

Por último, y si bien el presente trabajo se centra en el estudio del Derecho comunitario, ha de añadirse que sus resultados van a ser de aplicación en gran medida a la regulación de los contratos de distribución en el Derecho estatal español. Así, y al margen de las observaciones específicamente referidas a nuestro Derecho estatal, de

⁵ COMISIÓN DE LA COMUNIDAD EUROPEA: *Libro Verde sobre las Restricciones Verticales en la Política de Competencia Comunitaria*, COM(96)721 final, Bruselas, 22.1.1997 (en adelante, LiV RV), núm. 7, pág. 3.

una parte, el paralelismo entre la legislación comunitaria y la española de defensa de la competencia resulta evidente; basta la mera contemplación de la propia Ley 16/1989, de 17 de julio, de defensa de la competencia⁶ (en adelante, LDC) y, en la materia que nos ocupa, sobre todo, del Real Decreto 157/1992, de 21 de febrero, por el que se desarrolla la Ley 16/1989, de 17 de julio, en materia de exención por categorías, autorización singular y Registro de Defensa de la Competencia⁷ (en adelante, R.D. 157/1992) —situación que, además, viene siendo secundada por la práctica resolutoria del Tribunal de Defensa de la Competencia (en adelante, TDC)—. Ahora bien, este dato no es decisivo para defender un sometimiento servil del ordenamiento español a los desarrollos impulsados desde Bruselas. La puerta queda abierta a un discurrir divergente del Derecho estatal de defensa de la competencia, como sucede en el caso de otros Estados miembros. Cuestión distinta es si ello es coherente y/u oportuno. De otra parte, y en el contexto de la unificación y recodificación del Derecho privado, parece existir el propósito de elaborar una "Ley de Contratos de Distribución y Gestión"⁸, donde las cuestiones que van a ser objeto de estudio habrán de ser tenidas en cuenta por el legislador español. Por ambas razones, el Derecho español de defensa de la competencia será objeto de atención allí donde éste presente peculiaridades respecto de su equivalente comunitario, o bien donde plantee dificultades autóctonas en su aplicación a los contratos de distribución.

Las páginas anteriores marcan el punto de partida. No obstante, "[s]e dice que el personaje tira del autor de teatro. También la materia

⁶ BOE de 18-7.

⁷ BOE de 29-2.

⁸ COMISIÓN ESPECIAL PARA LA DETERMINACIÓN, ESTUDIO Y PROPUESTA DE SOLUCIÓN DE LOS PROBLEMAS PLANTEADOS EN LA APLICACIÓN DEL ORDENAMIENTO JURÍDICO ECONÓMICO: *Informe de la Comisión Especial para la Simplificación del Ordenamiento Jurídico Económico*, RDN 1997 (76), pág. 94.

estudiada va tirando del investigador. Las hipótesis del estudioso orientan no sobre lo que se prejuzga sino sobre lo que la realidad que estudia marca e indica. Como cazador y perro hace lazos buscando el rastro y éste, dejado por la pieza, encontrado y bien seguido, lleva a la misma"⁹. El propósito del autor es que el punto de llegada y, sobre todo, el camino recorrido hasta el mismo, contribuyan al progreso jurídico-científico, como ya han contribuido al propio.

⁹ GIRÓN TENA, J.: "Prólogo" a: ESTEBAN VELASCO, G.: *El poder de decisión en las sociedades anónimas. Derecho europeo y reforma del Derecho español*, Civitas/Fundación Universidad-Empresa, Madrid, 1982, pág. 15.

Precisiones metodológicas

El valor de los resultados de toda investigación está en función, en buena medida, del método utilizado. A su vez, la configuración del método se encuentra en íntima relación con la concepción que del Derecho tenga el investigador. Cuestión esta última a la que es difícil que dé una respuesta propia y original quien se encuentra en los inicios de lo que se pretende sea una carrera académica. Por lo tanto, y sin que ello signifique que no se haya reflexionado sobre la cuestión, es aquí donde la guía firme que proporciona la experiencia de quienes le han precedido en el desarrollo de la actividad investigadora despliega en mayor grado su magisterio. En este aspecto, las páginas que siguen no son, por lo tanto, innovadoras. No obstante, se estima conveniente hacer una serie de precisiones, a modo de confirmación, a propósito del método de investigación jurídica que pretende observarse.

I. PRECISIONES METODOLOGICAS DE CARACTER GENERAL

Con carácter preliminar han de realizarse diversas advertencias que encuentran su causa en la opción por el marco que brinda el Derecho de la distribución comercial¹. Su reconocimiento como subsector normativo es fruto de un enfoque en el que el "paradigma positivo" cede terreno ante el que se ha dado en llamar el "paradigma pragmático"². En efecto, la respuesta comprensiva de las cuestiones que los contratos de distribución plantean requiere romper los moldes facilitados por el Derecho positivo. Pero no basta con esto. También han de superarse los propios de la aproximación sistemática-doctrinal actualmente imperante —aún hoy heredera, en buena medida, del dato positivo—. De este modo es posible abordar la problemática que plantean los contratos de distribución desde un distinto ángulo superador de las rígidas posibilidades que dichos esquemas brindan. Ello supone, en definitiva, un intento de dotar a la distribución comercial de un marco jurídico coherente y ajustado a su efectiva problemática actual.

No obstante, de una parte, el paradigma pragmático no supone merma del rigor científico en el tratamiento del objeto de estudio. Es decir, lo pragmático no ha de entenderse como sinónimo de lo que suele calificarse de aproximación " eminentemente práctica", para indicar eufemísticamente una carencia en cuanto al necesario rigor científico. Sino que es el resultado de aplicar combinadamente la metodología que se ha denominado "economía del Derecho", que consiste, básicamente, en estar a la práctica jurídica real³, y la que entre nosotros viene identifi-

¹ Véase *supra*, epg. "Presentación".

² MENÉNDEZ: *Sobre la moderna Escuela Española...*, cit., pág. 50.

³ Véase SANTINI, G.: *El comercio. Ensayo de economía del Derecho*, Col. Derecho,

cándose con la expresión "atenta observación de la realidad", que permite detectar los cambios en la sustancia económico-empresarial que sirve de sustrato a la praxis jurídica. En este caso, se trata tanto de poder contrastar qué aplicación jurídica se hace de las herramientas legales, de los tipos contractuales establecidos para formalizar las relaciones distributivas, como de estar en condiciones de abordar las necesidades, los nuevos problemas que plantea la distribución comercial, y a los que debe darse adecuada respuesta. Ambas metodologías se complementan. En efecto, la ruptura de los moldes facilitados por el Derecho positivo, especialmente de los planteamientos de fondo sobre los que éste descansa —y que se traducen no sólo en los concretos contenidos normativos, sino también en una sistemática propia—, con el propósito de actualizar, de renovar el Derecho, necesita de la guía que brinda una percepción lo más exacta y actualizada posible, tanto del uso del Derecho, como del paradigma de referencia al que el Derecho que es objeto de estudio va dirigido⁴. Sin embargo, no se pretende que la realidad imponga su lógica al Derecho —que es lo que sucede si se aplica el método propio de la economía del Derecho en su concepción pura, donde la lógica económica que transmite el paradigma de referencia se convierte en la pauta a seguir—, sino impedir que el Derecho desvirtúe la realidad al regularla, bien por la obsolescencia de sus contenidos, bien por la inadecuación de la percepción de la realidad que el modelo jurídico transmite.⁵

Ariel, Barcelona, 1988, págs. 16-18; e IDEM: *I servizi. Nouvo saggio di economia del diritto*, Il Mulino, Bologna, 1987, págs. 9-11.

⁴ Sobre el significado del paradigma de referencia o fáctico y de sus cambios como motor del progreso científico, véase, por todos, KUHN, T. S.: *The Structure of the Scientific Revolutions*, 3.ª ed., The University of Chicago Press, Chicago/London, 1996; obra cuya 1.ª ed. inglesa data del año 1962, edición de la que existe una trad. esp.: *La estructura de las revoluciones científicas*, Col. Breviarios, Fondo de Cultura Económica, Méjico/Madrid/Buenos Aires, 1971, de la que ha habido múltiples reimpressiones (la última de ellas, la 17.ª, data del año 1995); no obstante, la trad. esp. de la 1.ª ed. inglesa sigue siendo igualmente válida si la misma incluye el apéndice titulado "Postdata: 1969" (así, por ejemplo, la 7.ª reimpresión de la 1.ª ed. española, que data de 1981).

⁵ En este mismo sentido se ha puesto de manifiesto como "en los últimos años el nivel

De otra parte, y como consecuencia de lo anterior, resulta que un marco jurídico resolutorio de la efectiva problemática actual de la distribución comercial ha de ser construido con los muy diversos materiales que brinda nuestro ordenamiento. Es más, por el paradigma pragmático en muchas ocasiones habrá de asumirse el papel de un "legislador intersticial"⁶. La constante actualización a la que se somete el Derecho aboca irremediabilmente hacia la interdisciplinariedad, y no solamente en relación con las demás ramas del Derecho, sino en relación con otras ciencias. Lo discutible es como articular tal interdisciplinariedad, cuestión esta a la que se aludirá más adelante. En cualquier caso, como reflejo de esta tendencia, y si bien se está ante un trabajo predominantemente jurídico-mercantil, el mismo no renuncia al empleo de otros mimbres, tanto jurídicos como extrajurídicos.

El paradigma pragmático forma parte de una determinada percepción del quehacer científico en el Derecho, de la que, entre nosotros, GIRÓN es un ejemplar cultivador. En ella, la labor investigadora se encuentra sometida a la "especial tensión entre el deseo de aproximarse a la Justicia como valor y la resistencia de ésta a ser objeto de adquisición y demostrabilidad científica". Dicha preocupación viene "expresada", más que por el método de trabajo aplicado, que no es real-

científico de los estudios jurídico-mercantiles se ha elevado extraordinariamente [...]. Pero existe el riesgo de que, atraídos por planteamientos dogmáticos, vayamos perdiendo aquella característica de la cercanía a los intereses del tráfico. Entiendo que esa vinculación a la realidad concreta, para solucionar los problemas reales que ésta plantea, es un factor que no podemos en ningún caso dejar de lado y al que habría que supeditar todos los demás. Es decir, que los planteamientos dogmáticos y las elaboraciones científicas tienen que estar necesariamente dirigidos a solucionar de forma adecuada los problemas de la realidad" (BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, A.: "Una visión crítica al Proyecto de Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada", en: AA. VV.: *La reforma de la Sociedad de Responsabilidad Limitada*, Civitas, Madrid, 1994, pág. 89).

⁶ Es decir, el papel de "un creador del Derecho en los intersticios del sistema, en el que los confines entre el *ius conditio* y el *ius condendum* se desdibujan a pasos agigantados" (MENÉNDEZ: *Sobre la moderna Escuela Española...*, cit., pág. 51).

mente novedoso, por su rigor en la aplicación del mismo. Así, refiriéndose a éste, escribe:

"Aunque, en ramas del Derecho positivo, se ha de poner en primer plano la interpretación del Derecho en vigor, esto no quiere decir que en conocer su espíritu, en su crítica y en su transformación no tengamos competencia[. Sin negar que en un plano de gran generalidad pudieran trasladarse, bajo base demostrativa, algunas concreciones de la Justicia valor al Derecho positivo, es lo cierto que, en el ancho marco de la Economía y la Sociología, en la que con tanta sensibilidad vital se plantean los temas de justicia, tiene un gran protagonismo nuestra disciplina. El constante proceso histórico de transformaciones estructurales socioeconómicas da una extensa y vital materia de investigación para las funciones del Derecho de consolidar las formas y organizaciones de esas estructuras y para disecar las relaciones, sus cambios y su congruencia y, así, poner en evidencia las aplicaciones de la Justicia que socialmente se pueden entender justas. Este historicismo socioeconómico, para tratar de penetrar en las entrañas del Derecho vigente y de contribuir a alumbrar el que lo sustituya, en colaboración con otras ciencias sociales, justifica un profundo sentido de participación vital que permite la devoción de que al principio hablaba".⁷

El método aplicado, con ese rigor característico, por GIRÓN no es sino el implantado por GARRIGUES en la doctrina mercantil española, que a su vez se basa en la jurisprudencia de intereses, pero en el que, no obstante, el análisis se mantiene ligado a la realidad jurídica por el uso disciplinado de la "técnica del Derecho", es decir, del aparato conceptual y de la construcción sistemática⁸. En definitiva, el seguir su

⁷ GIRÓN: "Prólogo" a: ESTEBAN VELASCO: *El poder de decisión...*, cit., pág. 14; la lectura de este párrafo delata la existencia de lo que puede calificarse de error tipográfico: así, se entiende que donde dice "... no tengamos competencia, sin negar que...", debería decir "... no tengamos competencia. Sin negar que..." —la cita ha sido corregida en tal sentido por nosotros—.

⁸ Véase GONDRA ROMERO, J. M., "El pensamiento de Joaquín Garrigues en relación con el método en el estudio del Derecho mercantil", en: AA. VV., SÁNCHEZ CALERO, F.

ejemplo supone escoger un cierto pluralismo metodológico como método de investigación.

Como ya es sabido, ninguna de las muy diversas orientaciones metodológicas que en la actualidad se le ofrecen al jurista satisface por sí sola las aspiraciones del trabajo jurídico-científico contemporáneo, perseguidor de una pluralidad de fines. De una parte, los métodos formalistas, normativistas o conceptualistas, en los que predomina el análisis interno de la norma mediante una investigación lógico-formal de la misma —análisis intrínseco del Derecho y aplicación de la lógica al mismo (así, la escuela de la exégesis, la escuela histórica, la jurisprudencia de conceptos, el estructuralismo, la tópica y la lógica jurídicos)—, sitúan el dato normativo como objeto central de la investigación jurídica, lo que conduce a un análisis endógeno. Su bien conocido inconveniente es el de desvincular el Derecho del paradigma fáctico al que va destinado, de considerar al Derecho únicamente como un fin en sí mismo, en lugar de, además, como un medio para alcanzar otros fines. Todo lo cual se traduce en una empobrecedora falta de posición valorativa en el estudioso y, sobre todo, lo que es más grave, en la inadecuación de la norma y de su exégesis a la cambiante realidad de referencia, contraviniendo así lo dispuesto en el art. 3.1 del Código civil. Dar satisfacción a las exigencias provenientes de la "realidad social del tiempo en que han de ser aplicadas" las normas, dada la creciente complejidad del entorno de lo jurídico —en el que debe atenderse a datos socioeconómicos, políticos, etc.—, requiere, como así se viene haciendo, acudir también a métodos antiformalistas, realistas o finalistas, en los que se busca, ante todo, el fin o valor protegido por la norma en relación con datos externos a la misma (así, la jurisprudencia de intereses, la sociología jurídica, el análisis económico del Derecho).

(coord.): *Joaquín Garrigues, jurista y universitario ejemplar*, Col. Maestros Complutenses de Derecho, núm. 2, Servicio de Publicaciones de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense, Madrid, 1996, pág. 142.

Estos permiten la interpretación de la norma en atención a los necesarios datos exógenos. No obstante, es notorio el peligro de que el recurso a tales elementos conduzca a interpretaciones parciales o subjetivas del Derecho, incluso alejadas de la norma y, por lo tanto, ajenas a lo jurídico. Así, en principio, puede afirmarse que mientras que los componentes provenientes de los métodos formalistas persiguen garantizar la seguridad jurídica, aquéllos que proceden de los métodos antiformalistas buscan incrementar la adecuación del Derecho a la realidad y, en la medida de lo posible, satisfacer el afán de Justicia de la solución jurídica. En atención a estas consideraciones, es generalmente aceptado que la actitud metodológica ideal es la de no vincularse a ninguno de los métodos o grupos de éstos en exclusiva, sino permanecer críticamente receptivo al conjunto de los métodos disponibles, persiguiendo una situación de equilibrio superadora del insatisfactorio monismo metodológico. La tendencia que se observa es la de un estudio integral de Derecho mediante un análisis pluridimensional de la norma jurídica.

Ahora bien, tal actitud ha de concretarse en el momento en que se desarrolla la actividad investigadora. Lo verdaderamente comprometido es decidir sobre cuál sea la combinación metodológica adecuada y, una vez escogidos los ingredientes, cuál es la jerarquía o proporción entre las orientaciones seleccionadas o, si se prefiere, qué protagonismo debe atribuirse a cada una de ellas.

En cualquier caso, debe comenzarse por afirmar que el jurista-investigador no puede abandonar el Derecho positivo como objeto principal de su actividad. Este debe ser el eje sobre el que giren sus hipótesis. Por lo tanto, y para establecer un permanente punto de referencia, ha de hacer uso de las herramientas que proporcionan los métodos formalistas tradicionales, en los que el jurista ha venido siendo adiestrado, y que es donde éste ofrece mayores garantías de desarrollar

con acierto su actividad. Así, se procederá al estudio del Derecho español, de los Derechos comparados y, señaladamente, del acervo comunitario. Respecto de este último, no debe nunca perderse de vista la variedad de materiales jurídicos que suministra el Derecho comunitario europeo —es decir, la legislación comunitaria, la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas (en adelante, TJCE), incluidas las opiniones de los Abogados Generales, y del Tribunal Europeo de Primera Instancia (en adelante, TPI), las decisiones de la Comisión CE, así como otras formas de Derecho positivo, que presentan como común denominador su carácter de "Derecho blando" (*soft law*; señaladamente en Derecho de la competencia, las comunicaciones de la Comisión CE), y cuya presencia va a verse incrementada por efecto del principio de subsidiariedad, si bien es previsible que su impacto sea menor en el Derecho de defensa de la competencia—, como tampoco su carácter de sistema incompleto, en el que tiene especial relevancia una aplicación e interpretación teleológica del Derecho, dirigida al cumplimiento de los fines del TCE. Interpretación teleológica que toma carta de naturaleza en la doctrina del efecto útil, y que permite al Derecho comunitario superar las diferencias existentes entre los Derechos de los Estados miembros, evitando así las negativas consecuencias de un formalismo que puede llegar a ser tan divergente.

Pero también cuando del Derecho comunitario se trata, debe tenerse siempre presente que el manejo de conceptos y la búsqueda de las conexiones de fondo que permiten relacionarlos en un sistema es consustancial a la lógica del Derecho⁹. Dicho esqueleto permitirá acoplar el resultado del estudio de la función económico-social del Derecho objeto del presente trabajo, en definitiva, de la composición de intereses que ha dado vida a la norma, de manera que la ciencia del Derecho sea, de nuevo, "pragmática", que esté "al servicio de su

⁹ Véase GONDRA: "El pensamiento..., cit., pág. 143.

aplicación efectiva", pues, verdaderamente, el imperativo recurso de las normas a conceptos y su interconexión en una visión sistemática de las instituciones jurídicas no significa que se olviden su función social y los intereses de los que emanan¹⁰. Más aún, tal vez la principal preocupación del jurista y, en especial, del estudioso del Derecho de defensa de la competencia, deba ser la búsqueda de esta coherencia, que permita estrechar el círculo a la arbitrariedad, incrementar el grado de seguridad jurídica.

Por lo que a las coordenadas sistemáticas se refiere —y pese a plantearse el estudio la cuestión de la categoría de los contratos de distribución comercial—, se descarta la realización de un análisis tipológico del Derecho¹¹. Concentrar esfuerzos en la tipificación de los contratos de distribución arroja serias dudas sobre la utilidad de dicha elección, debido al elevado grado de mutabilidad de la realidad socioeconómica subyacente. Con la terminología empleada por GIRÓN, se corre el riesgo de que lo que con tanto esfuerzo ha sido disecado pase casi inmediatamente a formar parte del museo de las relaciones jurídicas. De otra parte, dicho planteamiento sistemático no parece el más adecuado cuando se estudian estos contratos desde la perspectiva del Derecho de defensa de la competencia, porque el sistema de dicho sector normativo no gravita en torno al tipo contractual, sino al modo —en este caso, de fuente contractual— en que se articula el efecto restrictivo de la libre competencia. Si se atiende a tales argumentos, parece preferible marcarse como guía una ordenación por *topos* —grupos de restricciones de la libre competencia— en vez de por "tipos".

¹⁰ GONDRA: "El pensamiento..., cit., págs. 139-140.

¹¹ Cfr. ECHEBERRÍA SÁENZ, J. A.: *El contrato de franquicia. Definición y conflictos en las relaciones internas*, Col. Monografías - Ciencias Jurídicas, McGraw-Hill, Madrid, 1995, págs. xl-xlii; y MARTINEK, M.: "Die Rechtsnatur von Vertriebsverträgen (§ 4)", en: AA. VV., MARTINEK, M., y SEMLER, F.-J. (eds.): *Handbuch des Vertriebsrechts*, Beck, München, 1997, núm. 12.

Lo que, siguiendo, en cierta medida, las ideas de SANTINI¹², podría calificarse de una "aproximación modular", frente a una aproximación tipológica, a los contratos de distribución. Así, determinado contrato se considerará incluso en la categoría de los contratos de distribución comercial, no por corresponder a un tipo que responde a un cuadro de referencia más o menos flexible, sino por *plantear una serie de problemas para el Derecho de defensa de la competencia*. De manera que tal inclusión no es tanto un *prius* del estudio del contrato, sino más bien uno de los resultados del análisis realizado. Y ello explica cómo la delimitación y la clasificación resultante de tal planteamiento puede diferir de las propuestas por un análisis tipológico, probablemente adecuado cuando se considera la cuestión desde la perspectiva del Derecho de obligaciones y contratos, en la que hay liberar al incipiente tipo contractual de las cadenas de los ya consolidados.

En ocasiones será preciso indagar en los orígenes del acervo comunitario o dar cuenta de determinadas corrientes reguladoras, para lo que resultará necesario estudiar los datos normativos relevantes de Estados miembros de la CE y de terceros Estados, así como de organizaciones internacionales. El recurso al Derecho comparado es ineludible.

El Derecho comparado ha avanzado hacia su concepción como instrumento de comprensión y de progreso del propio Derecho¹³. En la actualidad, liberada de los tradicionales vínculos con la escuela histórica del Derecho, la comparación como ciencia jurídica ya no tiene como objetivo la identificación en el conjunto de instituciones particulares de

¹² Véase SANTINI: *El comercio...*, cit. pág. 173; véase también *infra*, epg. IX. 2.

¹³ Apuntaba esta evolución ASCARELLI, T.: "Función del Derecho comparado en la interpretación del Derecho y metodología del Derecho comparado", *Revista del Instituto de Derecho Comparado* 1953 (1), págs. 32; véase, más claramente, RODIÈRE, R.: *Introduction au droit comparé*, Col. Précis, Dalloz, Paris, 1979, págs. 44-52.

una base común o, cuando menos, de puntos de contacto capaces de poner de manifiesto la unidad fundamental de la vida jurídica universal, sino que centra su atención en las reglas pertenecientes a distintos sistemas jurídicos para establecer en qué medida son éstas idénticas y en qué medida son divergentes. Ya no supone una llana técnica de investigación —así, al facilitar una serie de pautas relativas a la traducción de textos jurídicos extranjeros¹⁴—, sino que lo que el método comparado persigue es un mejor conocimiento de los modelos estudiados comparativamente¹⁵. En definitiva, la comparación se comprende como un "modo de conocimiento del Derecho interno".¹⁶

Mejor conocimiento que se traduce en destilar lo que se ha denominado el "criptotipo", el modelo implícito de todo sistema jurídico, formado por los elementos del sistema distintos de los verbalizados¹⁷. Y es que, en efecto, "las reglas de comportamiento sólo son puestas de manifiesto mediante el lenguaje parcialmente; lo más importante se encuentra a menudo 'entre líneas', 'entre palabra y palabra'. La extensión del intersticio silenciado entre palabras difiere según las diferentes culturas. Las palabras 'nadan' en un 'océano' de silencio; se refieren a un trasfondo común silenciado. Cuando leemos textos en un idioma extranjero, no solemos tomar en consideración la existencia de un distinto silencio; en lugar de ello, incorporamos el texto en nuestro 'silencio', es decir, lo introducimos en otro contexto. Por ello, la lectura de un texto jurídico extranjero transmite a menudo un cuadro equivoca-

¹⁴ Véanse al respecto, las interesantes reflexiones de SACCO, R., y GAMBARO, A.: *Sistemi Giuridici Comparati*, en: AA. VV., SACCO, R. (dir.): *Tratato de Diritto Comparato*, UTET, Turín, 1996, págs. 8-12; y SACCO, R.: *Introduzione al Diritto Comparato*, 5.ª ed., en: AA. VV., SACCO, R. (dir.): *Tratato de Diritto Comparato*, UTET, Turín, 1992, págs. 27-41.

¹⁵ Véase SACCO/GAMBARO: *Sistemi Giuridici Comparati*, cit., pág. 2.

¹⁶ SACCO: *Introduzione al Diritto Comparato*, cit., pág. 132.

¹⁷ Sobre el criptotipo, véanse SACCO/GAMBARO: *Sistemi Giuridici Comparati*, cit., págs. 7-8; y SACCO: *Introduzione al Diritto Comparato*, cit., págs. 126-128.

do; el malentendido está programado".¹⁸

La comparación que sirve a dicho conocimiento debe referirse a experiencias jurídicas, a catálogos de problemas jurídicos y de respuestas jurídicas a dichos problemas, pero siempre en su contexto, sin cuya consideración quedará desvirtuado el resultado de la investigación¹⁹. De ahí la necesidad de que el Derecho comparado se afronte como comparación de órdenes ("*Rechtsvergleichung muß Ordnungsvergleichung werden!*"²⁰), entendiéndose "orden" como sinónimo de "cultura".

Con tal función y en el marco de las exigencias metodológicas expuestas, se hará una aplicación local del método comparado, es decir, al hilo de la investigación y únicamente allí donde el dato comparado pueda aportar información útil para la tarea propuesta.

No obstante, en otro orden de cosas, debe advertirse que toda investigación que estudia el Derecho comunitario europeo implica *per se* la realización de una labor análoga a la que es propia del Derecho comparado. Se ha de tener presente que los materiales jurídicos utilizados para la elaboración del trabajo —especialmente, los doctrinales— presentan una peculiaridad relevante. Pese a tener todos ellos un objeto de estudio idéntico —el Derecho comunitario de la competencia—, dada su plurinacionalidad, ha de tenerse en cuenta una potencial inequivalencia de los contenidos relativos al mismo. Es decir, cuando abordan cuestiones de Derecho comunitario europeo, ni los presupuestos epistemológicos, ni la tradición o experiencia de la que parten los

¹⁸ GROßFELD, B.: *Kernfragen der Rechtsvergleichung*, J. C. B. Mohr (Paul Siebeck), Tübingen, 1996, pág. 109.

¹⁹ Véase, en este sentido, ASCARELLI: "Función del Derecho comparado...", cit., pág. 26.

²⁰ GROßFELD: *Kernfragen der Rechtsvergleichung*, cit., pág. 289.

autores son idénticos, ni las preocupaciones a las que buscan dar satisfacción son siempre las mismas. Ello pone de manifiesto la conveniencia de adoptar ciertas cautelas, esto es, de hacer una aplicación adaptada de las exigencias del método comparado, lo que contribuirá a presentar los elementos de juicio en sus justos términos.

Todo ello se hará presidido de un espíritu crítico, presto a la detección de incongruencias y lagunas entre el hecho y el Derecho, teniendo, por lo tanto, como permanente mecanismo de verificación, la observación de la realidad. Para ello se acudirá especialmente a los datos facilitados por la Economía, especialmente por la Economía de la distribución comercial²¹, en el marco del espíritu de colaboración propugnado, entre otros, por GIRÓN, pero sin desembocar en la confusión. Dicho de otro modo, la interdisciplinariedad ha de traducirse en una actitud receptiva por parte del jurista hacia los datos provenientes de otras ciencias, lo que además le permite participar en la discusión científica sobre la realidad objeto de estudio aportando aquellos datos relevantes resultantes de la perspectiva jurídica a la discusión interdisciplinar. De manera que la consecución de la interdisciplinariedad no implica necesariamente la transformación de la ciencia del Derecho mediante la adopción de técnicas extrañas al mismo²², con el consiguiente riesgo de desnaturalizar tanto la ciencia jurídica como el propio Derecho. Y es que la frontera entre la interdisciplinariedad y la "ultradisciplinariedad", a veces, no resulta nada fácil de trazar.²³

²¹ Véase *infra*, cap. 1.º "Economía de la distribución comercial y contratos de distribución".

²² Cfr. MENÉNDEZ: *Sobre la moderna Escuela Española...*, cit., pág. 50.

²³ Término utilizado por PAZ-ARES RODRÍGUEZ, C.: "La economía política como jurisprudencia racional (Aproximación a la teoría económica del derecho)", ADC 1981 (34), pág. 693.

II. EN ESPECIAL, OBSERVACIONES RELATIVAS AL ANALISIS ECONOMICO DEL DERECHO

En efecto, llegados a este punto, todo parece indicar, y más si se repara en el sector del Derecho objeto de estudio, que el análisis económico del Derecho (en adelante, AED)²⁴ estaría llamado a adquirir un protagonis-

²⁴ De la literatura sobre el AED, y con referencia a nuestro entorno, merecen ser destacadas las siguientes obras. De carácter divulgativo: POLINSKY, A. M.: *An Introduction to Law and Economics*, Little, Brown and Co., Boston, 1983; trad. esp.: *Introducción al análisis económico del Derecho*, Col. Derecho, Ariel, Barcelona, 1985; también puede consultarse BOWLES, R. A.: *Law and the Economy*, Martin Roberston, Oxford, 1982; de una mayor amplitud, aunque representa la postura más extrema dentro del AED, POSNER, R. A.: *Economic Analysis of Law*, 4.^a ed., Little, Brown and Co., Boston/Toronto/Londres, 1992; centrado en cuestiones de Derecho privado, SCHÄFFER, H.-B., y OTT, C.: *Lehrbuch der ökonomischen Analyse des Zivilrechts*, Springer, Berlin, 1986; trad. esp.: *Manual de análisis económico del Derecho civil*, Tecnos, Madrid, 1991.

El trabajo pionero en España sobre el AED data de 1971: PÉREZ DE AYALA, J. L.: "Las instituciones políticas y jurídicas ante la moderna teoría económica", en: AA. VV.: *Anuario de Ciencia Económica*, Universidad Complutense/Colegio Mayor San Pablo-C.E.U., Madrid, 1971, págs. 5 y sigs. De entre las aportaciones españolas destacan PAZ-ARES: "La economía política...", cit., págs. 601-707, donde el autor todavía mantiene una posición reticente hacia el AED; claramente partidarios son TORRES LÓPEZ, J.: *Análisis Económico del Derecho. Panorama doctrinal*, Tecnos, Madrid, 1987; PASTOR, S.: "Una introducción al análisis económico del Derecho", HPE 1984 (89), págs. 153-177; e IDEM: *Sistema jurídico y Economía. Una introducción al análisis económico del Derecho*, Tecnos, Madrid, 1989. Dentro de esta corriente de opinión favorable al AED merece mención aparte PAZ-ARES RODRÍGUEZ, C.: "Principio de eficiencia y derecho privado", en: AA. VV.: *Estudios en Homenaje al Prof. Dr. Manuel Broseta Pont*, t. III, Tirant lo Blanch, Valencia, 1995, págs. 2843-2900. Críticos DURÁN Y LALAGUNA, P.: *Una aproximación al análisis económico del Derecho*, Comares, Granada, 1992; especialmente bien fundado, MERCADO PACHECO, P.: *El análisis económico del Derecho. Una reconstrucción teórica*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1994; e igualmente argumentado, GONDRA ROMERO, J. M.: "¿Tiene sentido impartir Justicia con criterios de Economía? (A propósito de una teoría del Derecho que postula una jurisprudencia orientada por el valor de la 'eficiencia económica')", RDM 1997 (226), págs. 1545-1672 —este último artículo discrepa expresa y especialmente del trabajo de PAZ-ARES: "Principio de eficiencia...", cit., (véase GONDRA: "¿Tiene sentido...", cit., pág. 1547), y es de gran interés para quienes cultivan el Derecho mercantil, pues su autor se centra especialmente en la situación metodológica que se da en esta disciplina—.

También merece aludirse a dos interesantes selecciones de artículos publicadas en forma de obra colectiva: AA. VV., MERCURO, N. (edr.): *Derecho y Economía*, Instituto de Estudios Fiscales, Ministerio de Economía y Hacienda, Madrid, 1991; y AA. VV., COLEMAN, J., y LANGE, J. (eds.): *Law and Economics*, 2 vols., Dartmouth, Aldershot/Hong Kong/Singapore/Sydney, 1992.

mo especial; método que experimenta una destacada acogida entre nosotros²⁵, y que está llamado a ser de creciente aplicación²⁶. Sin embargo, no va a ser así. No se adopta el AED como método de investigación jurídica. El presente trabajo se hará eco de los datos relevantes procedentes del análisis económico de la realidad de referencia, análisis que sirve de vehículo para su observación. Y en tal

²⁵ Señaladamente, en la doctrina mercantil, como pone de manifiesto GONDRA: "¿Tiene sentido..., cit., pág. 1535.

Así, es posible encontrar numerosos ejemplos de aplicación del AED en materia de Derecho de sociedades: ALFARO AGUILA-REAL, J.: *Interés social y derecho de suscripción preferente. Una aproximación económica*, Civitas, Madrid, 1995; IDEM: "Conflictos intrasocietarios (Los justos motivos como causa legal de exclusión y separación de un socio en la sociedad de responsabilidad limitada)", RDM 1996 (222), págs. 1079-1141, especialmente, págs. 1100-1107; IDEM: "La exclusión de socios", en: AA. VV., PAZ-ARES RODRÍGUEZ, C. (coord.): *Tratando de la Sociedad Limitada*, Fundación cultural del Notariado, Madrid, 1997, págs. 887-930; PAZ-ARES RODRÍGUEZ, C.: "La infracapitalización. Una aproximación contractual", RdS 1994 (núm. extraordinario sobre *La reforma del Derecho de Sociedades de Responsabilidad Limitada*), págs. 253-269; IDEM: *¿Dividendo a cambio de votos?*, McGraw-Hill, Madrid, 1996; IDEM: *La ley, el mercado y la independencia del auditor*, Civitas, Madrid, 1996; IDEM: "¿Cómo entendemos y cómo hacemos el Derecho de sociedades? (Reflexiones a propósito de la libertad contractual en la nueva LSRL)", en: PAZ-ARES: *Tratando...*, cit., págs. 159-205; PERDICES HUETOS, A. B.: "La transmisión de participaciones en la sociedad de responsabilidad limitada. Régimen general", en: PAZ-ARES: *Tratando...*, cit., págs. 423-487; IDEM: "Las restricciones a la transmisión de participaciones en la sociedad de responsabilidad limitada", en: PAZ-ARES: *Tratando...*, cit., págs. 489-615; IDEM: *Cláusulas restrictivas de la transmisión de acciones y participaciones*, Civitas, Madrid, 1997.

También existen algunas muestras del recurso al AED en el ámbito del Derecho de obligaciones y contratos: PAZ-ARES RODRÍGUEZ, C.: "La terminación de los contratos de distribución", RDM 1997 (223), págs. 7-58; o PEINADO GARCÍA, J. I.: *El contrato de comisión: cooperación y conflicto [La comisión de garantía]*, Col. Cuadernos, Civitas/Consejo General de los Colegios Oficiales de Corredores de Comercio, Madrid, 1996.

E incluso, mercantilistas han publicado estudios de carácter más general o divulgativo del AED, como ALFARO AGUILA-REAL, J.: "Los costes de transacción", en: *Homenaje a Menéndez*, cit., t. I (Introducción y Títulos valor), págs. 132-162; LLEBOT MAJÓ, J. O.: "Doctrina y teoría de la empresa en el Derecho mercantil. (Una aproximación al significado de la teoría contractual de la empresa)", RDM 1996 (220), págs. 319-388; y las restantes aportaciones de PAZ-ARES que son objeto de reseña especial dentro de estas precisiones metodológicas.

²⁶ Así se deduce, al menos, de las manifestaciones vertidas en COMISIÓN ESPECIAL...: *Informe...*, cit., pág. 93, donde se resalta la importancia que está llamado a adquirir el AED, junto con el análisis estadístico, en el ámbito del ordenamiento económico, al menos para el desarrollo de la actividad legislativa, afirmándose que es necesario desarrollar la metodología del AED.

concepto se tendrán en cuenta los pronunciamientos y los argumentos provenientes de aquellos autores que hacen uso del AED²⁷. Incluso cuando se trate de datos procedentes del análisis económico del Derecho de defensa de la competencia. Al margen de que, como se pondrá más adelante de manifiesto, el AED presenta una distinta connotación cuando su objeto es este sector del ordenamiento. Pero, en cualquier caso, se desestima la aplicación del AED como método jurídico.

En esta opción metodológica no debe verse una exclusión apriorística del AED por la posible circunstancia de no dominar el investigador la herramienta precisa para realizar por sí mismo el análisis económico. El problema no radica en la falta de aptitud para acometer dicha empresa, sino que tal opción obedece al doble convencimiento de que el AED, de una parte, no es un método jurídico sino económico y, de otra parte, no es el método más relevante para el análisis del sector del Derecho objeto de estudio, al menos, en el momento presente.

Es preciso ahora justificar debidamente esta exclusión relativa o parcial del AED²⁸. Justificación en la que se ha de atender a dos cuestiones distintas. En primer lugar, la del rechazo del AED como método jurídico en general. En segundo lugar, la de su postergación como método extrajurídico aplicado al estudio del Derecho comunitario

²⁷ En parecidos términos, GARCÍA VILLAVERDE, R.: "Recensión a: CABRILLO, F.: *Quiebra y liquidación de empresas*, Unión Editorial, Madrid, 1989", RDM 1992 (206), pág. 1032.

²⁸ No debe ser entendido este planteamiento como equivalente del que se ha dado en llamar "utilización marginal" del AED, en el que el método se aplica "como instrumento para la identificación y delimitación de los intereses económicos menos evidentes de la institución"; ni se considera que los trabajos que adoptan el AED únicamente posean una "utilidad estadística" (véase ECHEBERRÍA SÁENZ: *El contrato de franquicia...*, cit., pág. xxxix). Tampoco debe entenderse esta decisión como una recriminación a quienes, entre nosotros, deciden hacer uso del AED (cfr. GONDRA ROMERO, J. M.: *Derecho mercantil*, t. I [Introducción], vol. 1.º [Concepto. Sistema. Fuentes], Servicio de Publicaciones de la Facultad de Derecho, Universidad Complutense, Madrid, 1992, pág. 154; IDEM: "El pensamiento...", cit., pág. 141; e IDEM: "¿Tiene sentido...", cit., especialmente págs. 1661-1672).

de defensa de la competencia. La primera de ellas se acomete en este lugar, pues tiene alcance general. La segunda será abordada al hilo del estudio del art. 85 TCE.²⁹

El AED debe enmarcarse en las tormentosas relaciones entre el Derecho y la Economía. Relaciones que, en los últimos tres siglos, han pasado por "fases sucesivas de imbricación, después de antagonismo o de ignorancia mutua y, finalmente, de interés recíproco"³⁰, interés que también se ha caracterizado como "una mezcla de cooperación y hostilidad"³¹. Del actual estado de las relaciones surge una serie de interacciones entre el Derecho y la Economía. Sin entrar a dirimir qué ciencia ha salido victoriosa de tal reencuentro³², se puede constatar, de una parte, "la consideración por el Derecho del factor económico" y, de otra parte, "la consideración por la Economía de los fenómenos jurídicos".³³

El desarrollo de la primera interacción desemboca en el surgimiento del problemático Derecho económico³⁴. Fruto de la segunda interac-

²⁹ Véanse *infra*, epgs. XV. 3. y XVI. 2. A.

³⁰ OPPETITT, B.: "Droit et économie", A. Ph. D. 1992 (37), pág. 17, y véanse págs. 17-18; véase también VALLET DE GOYTISOLO, J.: "Derecho y Economía", en: *Homenaje a Menéndez*, cit., t. IV (Derecho civil y Derecho público), págs. 5543-5545, quien reiteradamente sigue muy de cerca las manifestaciones vertidas en el trabajo anteriormente citado.

³¹ STIGLER, G. J.: "Law or Economics?", 35 J. Law & Econ. 1992, pág. 455.

³² LANDES, W. M., y POSNER, R. A.: "The Influence of Economics on Law: A Quantitative Study", 36 J. Law & Econ. 1993, págs. 386-387, afirman, en un contexto puramente estadounidense, que en el flujo de influencias recíprocas entre Economía y Derecho, ha sido la Economía la que mayor protagonismo ha tenido. Sin embargo, en un contexto europeo, parece que la balanza se inclinaría más del lado del Derecho que de la Economía.

³³ OPPETITT: "Droit et économie", cit., pág. 19; y cfr. VALLET DE GOYTISOLO: "Derecho y Economía", cit., pág. 5545, quien más bien parece cometer un error de traducción cuando habla de "la toma en consideración *como hecho* del factor económico" —la cursiva es nuestra—.

³⁴ Véanse OPPETITT: "Droit et économie", cit., pág. 19; y VALLET DE GOYTISOLO: "Derecho y Economía", cit., pág. 5545.

No obstante, debe advertirse que los economistas hablan de "Derecho económico"

ción³⁵, es decir, de la profundización sobre la incidencia económica de

con un alcance distinto y perturbador. Los juristas entendemos por Derecho económico o de la Economía un nuevo estrato de normas que se proyecta como una ordenación de la actividad económica desde el ángulo de los fines o intereses generales en la ordenación de la Economía (véase GONDRA: *Derecho mercantil*, cit., pág. 84). No obstante, la delimitación del concepto de Derecho económico no es una cuestión pacífica, y ha dado lugar a abundante literatura, tanto dentro como fuera de nuestras fronteras. Al respecto y sin ánimo de exhaustividad, véanse, entre nosotros, ALONSO UREBA, A.: *Elementos de Derecho mercantil*, I. Introducción (Concepto, Método y Sistema), Facultad de Derecho de Albacete, Universidad de Castilla-La Mancha, Albacete, 1989, pág. 60 y sigs.; IDEM: *La Empresa Pública (Aspectos jurídico-constitucionales y de Derecho económico)*, Montecorvo, Madrid, 1985, págs. 487 y sigs.; DUQUE DOMÍNGUEZ, J.: "Constitución económica y Derecho Mercantil", en: AA. VV.: *Jornadas sobre la reforma de la legislación mercantil*, Forum Universidad-Empresa, Serie jurídico-social, Civitas/Fundación Universidad-Empresa, Madrid, 1979, págs. 63 y sigs.; GALÁN CORONA, E.: "Prólogo a la edición española", en: REICH, N.: *Mercado y Derecho (Teoría y praxis del derecho económico en la República Federal Alemana)*, Ariel, Barcelona, pág. 7 y sigs.; MENÉNDEZ MENÉNDEZ, A.: *Constitución, sistema económico y Derecho mercantil*, Col. Cuadernos, Civitas, Madrid, 1982; GIRÓN TENA, J.: *Tendencias actuales y reforma del Derecho mercantil*, Col. Monografías, Civitas, Madrid, 1986, págs. 109-116; GONDRA ROMERO, J. M.: "Del Derecho de la Economía a la moderna Economía del Derecho", en: AA. VV.: *Ensayos de Economía en conmemoración del XXV aniversario de la Facultad de CC. EE.*, Bilbao, 1981, pág. 56 y sigs.; POLO DÍEZ, A.: "El nuevo Derecho de la Economía. Su aparición, concepto y relaciones con el Derecho Mercantil", RDM 1946 (3), pág. 353 y sigs.; ROJO FERNÁNDEZ-RIO, A.: "El Derecho económico como categoría sistemática", RGLJ 1980 (3), pág. 249 y sigs.; SACRISTÁN REPRESA, M.: "Derecho Económico y Derecho Mercantil", en: *Homenaje a Duque*, cit., vol. I, págs. 65 y sigs.; y SANTOS MARTÍNEZ, V.: "Derecho económico y Derecho mercantil", *Anales de Derecho - Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad de Murcia* 1978 (2), pág. 37 y sigs. De la doctrina comparada merece si quiera sea una mínima mención la alemana, representada por RITTNER, F.: *Wirtschaftsrecht mit Wettbewerbs- und Kartellrecht. Ein Lehrbuch*, Heidelberg/Karlsruhe, 1979 - ed. más reciente: *Wettbewerbs- und Kartellrecht. Eine systematische Darstellung des deutschen und europäischen Rechts für Studium und Praxis*, 5.^a ed., reelaborada, C. F. Müller, Heidelberg, 1995; y, sobre todo, por FIKENTSCHER, W.: *Wirtschaftsrecht*, vol. I, Beck, München, 1983, §§ 1-3.

Sin embargo, los economistas lo emplean con el objeto de referirse al Derecho en el que éstos "interviene(n) para establecer las vías en que mejor pueden ser alcanzados los objetivos que persigue la norma cuando la totalidad del problema jurídico sea, sin embargo, de naturaleza económica" (TORRES LÓPEZ: *Análisis Económico...*, cit., pág. 10; véase también PASTOR: "Una introducción...", cit., pág. 164). Esta aprehensión del Derecho económico no parece de recibo, pues, en realidad, se trata de una consideración económica de la norma, con lo que se está aludiendo a un AED. De hecho, el confusamente llamado por los economistas "Derecho económico" se identifica con el resultado de la aplicación del denominado "viejo AED", que es el planteamiento metodológico que se observa en el Derecho de defensa de la competencia. Sobre este particular se volverá más adelante.

³⁵ En una aproximación previa debería observarse como "la Economía puede asumir dos papeles fundamentales diferentes en el Derecho. El primer papel es simplemente aportar su pericia sobre cuestiones requeridas por los juristas. [...] Un segundo y más

las reglas jurídicas, es el AED: una sistematización teórica superadora de una primera fase de esta interacción, que estuvo caracterizada por un proceder empírico o puntual, propio tanto de la sociología jurídica como del simple análisis de la dimensión económica de los fenómenos jurídicos.³⁶

El AED nace tras la Segunda Guerra Mundial en la Universidad de Chicago, más concretamente en su Facultad de Derecho, de la mano de las enseñanzas de Derecho *antitrust*³⁷. Sin embargo, el punto de inflexión que en las relaciones entre el Derecho y la Economía supone el denominado "nuevo AED" lo marcan dos trabajos aparecidos posterior y casi simultáneamente³⁸: "Some Thoughts on Risk Distribution and the Law of Torts", de GUIDO CALABRESI³⁹, y, señaladamente, "The Problem of Social Cost", de RONALD H. COASE⁴⁰. En efecto, hasta ese momento, el AED era sinónimo de análisis económico del —valga la redundancia— Derecho económico, y de manera especial, del de defensa de la competencia. Se trata del denominado "viejo AED", en el que los economistas básicamente hacían —y siguen haciendo— lo que tradicionalmente venían realizando: intentar explicar el comportamiento de mercados económicos explícitos. Por contra, esos dos trabajos descubren un nuevo horizonte, al propiciar una aplicación sistemática del análisis

discutido papel de la Economía es el estudio de las instituciones y doctrinas legales" (STIGLER: "Law or Economics?", cit., págs. 466-467). Es en este segundo papel donde se debe ubicar la interacción entre Derecho y Economía a iniciativa de ésta.

³⁶ Véanse OPPETITT: "Droit et économie", cit., pág. 22; y VALLET DE GOYTISOLO: "Derecho y Economía", cit., págs. 5549-5550.

³⁷ Véase COASE, R. H.: "Law and Economics at Chicago", 36 J. Law & Econ. 1993, págs. 240-247. En este trabajo, COASE relata los detalles de los orígenes del AED.

³⁸ Véanse PAZ-ARES: "La economía política...", cit., pág. 613; MERCADO PACHECO: *El análisis...*, cit., págs. 27-29; POSNER: *Economic...*, cit., págs. 21-22. Aunque también se consideran fundadores del nuevo AED a G. S. BECKER (así, véanse POSNER: *Economic...*, cit., pág. 22; y DURÁN Y LALAGUNA: *Una aproximación...*, cit., págs. 91-108) y A. A. ALCHIAN (así, véase TORRES LÓPEZ: *Análisis Económico...*, cit., págs. 22-24).

³⁹ Publicado en 68 Yale L. Rev. 1961, pág. 499 y sigs.

⁴⁰ Publicado en 3 J. Law & Econ. 1960, pág. 1 y sigs. Sobre la curiosa génesis de dicho trabajo, véase COASE: "Law and Economics...", cit., págs. 248-251.

económico a áreas del Derecho que no regulan abiertamente relaciones económicas⁴¹. Pero la diferencia entre el viejo y el nuevo AED va más allá de la ampliación del objeto de estudio. Fruto de un distinto punto de vista sobre la (eventual) contribución que la teoría económica puede aportar para la recta determinación y explicación del Derecho, el nuevo AED habilita la teoría neoclásica como teoría del derecho⁴². Efectivamente, el teorema de COASE⁴³ abre una nueva perspectiva desde la que considerar económicamente el Derecho. Pero es sobre todo la idea de COASE lo que da pie a que RICHARD A. POSNER, comenzando por el sistema de *property rights*⁴⁴, el Derecho de contratos y el sistema de responsabilidad civil (extracontractual), extienda el nuevo AED a todo el ordenamiento jurídico⁴⁵, y a que lo haga configurándolo como "una

⁴¹ Véanse POSNER: *Economic...*, cit., págs. 21-22; y PAZ-ARES: "La economía política...", cit., págs. 609-610.

⁴² Véase PAZ-ARES: "La economía política...", cit., págs. 610-612. El análisis económico neoclásico, inspirado en el pensamiento de ADAM SMITH y JEREMY BENTHAM, se fundamenta en tres premisas básicas: la concepción del hombre como *homo oeconomicus*, la convicción de que las preferencias individuales de los miembros de la sociedad potencian el interés de toda la sociedad, y el consiguiente rechazo a la intervención gubernamental (véase, por todos, DURÁN Y LALAGUNA: *Una aproximación...*, cit., págs. 61-63).

⁴³ Esta tesis viene a defender que la internalización de los efectos externos —o externalidades— a través de una solución negociada, o de mercado, es la que reasigna los derechos sobre los recursos de manera más eficiente, siempre que exista una perfecta delimitación de los derechos sobre dichos recursos escasos y que los costes de transacción sean cero. Sobre el teorema de COASE, véanse, entre otros, PAZ-ARES: "La economía política...", cit., págs. 632-640; TORRES LÓPEZ: *Análisis Económico...*, cit., págs. 50-55; y MERCADO PACHECO: *El análisis...*, cit., págs. 138-148.

⁴⁴ Sobre el sentido y alcance de los *property rights*, véanse PAZ-ARES: "La economía política...", cit., págs. 640-641, y TORRES LÓPEZ: *Análisis Económico...*, cit., págs. 48-50.

⁴⁵ Según el propio COASE, es a POSNER a quién corresponde el protagonismo en el desarrollo del AED como método jurídico. El siguiente pasaje es muy elocuente en dicho sentido: "Como venía diciendo, en 'El problema del coste social' no tenía intención de realizar contribución alguna a la doctrina jurídica. Me referí a casos legales porque éstos proporcionaban ejemplos de situaciones reales frente a los ficticios normalmente empleados por los economistas en sus análisis. Indudablemente, fue a un economista a quien se le ocurrió el "invento". Pero en 'El problema del coste social' hice algo más. Apunté que los jueces, en sus opiniones, a menudo parecían demostrar una mejor comprensión del problema económico que muchos economistas, aunque sus representaciones no siempre estuviesen expresadas de un modo explícito. Hice esto, no para elogiar a los jueces, sino para avergozar a los economistas. Richard Posner [...] recogió lo que yo había dicho de los

teoría positiva del sistema jurídico desde la perspectiva del paradigma del mercado y la eficiencia económica"⁴⁶. Es decir, desde la teoría microeconómica, y especialmente desde la economía del bienestar, "el trabajo de Posner es intentar aportar una estructura analítica para explicar qué efectos producen las normas existentes, y si (*sic.*) estos se corresponden con algún principio o criterio económico que los explique"⁴⁷; esto es, parte de la creencia de que la lógica del Derecho es y sólo es la lógica del mercado⁴⁸. Esta es la percepción del método que predomina entre nosotros, proveniente de la Escuela de Chicago.

El movimiento del AED ha alcanzado un considerable grado de desarrollo en las universidades estadounidenses⁴⁹, si bien debe

jueces y echó a correr. Yo nunca he intentado seguirle. De una parte, el corre mucho más deprisa que yo. Además, él corre en una dirección algo distinta. Mi interés se refiere primordialmente al sistema económico, mientras que su principal interés es el ordenamiento jurídico, aunque las relaciones entre estos dos sistemas sociales conduzcan a un considerable solapamiento de intereses. En el desarrollo del análisis económico del Derecho o, como yo prefiero llamarlo, del sistema legal, Posner ha jugado claramente el papel principal" (COASE: "Law and Economics...", cit., pág. 251).

⁴⁶ MERCADO PACHECO: *El análisis...*, cit., pág. 30.

⁴⁷ MERCADO PACHECO: *El análisis...*, cit., pág. 45.

⁴⁸ Por contra, el análisis normativo no afirma explicar lo que es o ha sido, ni predecir lo que será, sino fundamentar lo que debería ser. Este segundo enfoque es el seguido por CALABRESI. Sobre las diferencias entre análisis positivo y normativo, véanse POSNER: *Economic...*, cit., págs. 23-25; MERCADO PACHECO: *El análisis...*, cit., págs. 45-58; y TORRES LÓPEZ: *Análisis Económico...*, cit., págs. 37-43. Sobre este particular, es muy ilustrativo el pronunciamiento de ULEN, T. S.: "Derecho y Economía: temas resueltos y cuestiones pendientes", en: MERCURO: *Derecho y Economía*, cit., pág. 254.

Cfr. GONDRA: "¿Tiene sentido...", cit., págs. 1604-1605 y 1608-1609, quien utiliza la terminología "análisis positivo" con un alcance distinto al aquí expuesto, al conferir a dicho análisis una significación exclusivamente económica.

⁴⁹ A este respecto, LANDES y POSNER manifiestan que "[e]l análisis económico del Derecho —'Derecho y Economía' (*law and economics*), como es más comúnmente denominado— se considera mayoritariamente, y no solo por sus partidarios, como el desarrollo de mayor influencia en el pensamiento jurídico desde el agotamiento del realismo jurídico en los inicios de los años cuarenta; y ciertamente, como el más influyente de los movimientos interdisciplinarios ('Derecho y ...') explícitos" (LANDES/POSNER: "The Influence...", cit., pág. 385). No obstante, estos mismos autores reconocen que, hasta ahora —y al margen del efecto sobre el Derecho de defensa de la competencia—, el mayor impacto del AED se ha dado sobre los estudiosos y los estudiantes de Derecho, es decir, que permanece en el ámbito académico, lejos de la práctica forense, donde se observan desarrollos más bien

advertirse, en primer lugar, que éste no es un movimiento homogéneo, pues no todos los autores que se engloban bajo la etiqueta del AED participan de la concepción posneriana —más precisamente, la crítica al AED posneriano ha pasado, de ser la excepción, a convertirse en la regla⁵⁰—; y, en segundo lugar, que el AED comparte parte de su protagonismo con el movimiento de los estudios jurídicos críticos (*Critical Legal Studies*)⁵¹. Ambos movimientos interdisciplinares, herederos de la escuela del realismo jurídico, discuten el carácter autónomo del Derecho respecto de otras realidades sociales. Y es que tanto el surgimiento como, sobre todo, el éxito del AED únicamente se entienden si se sitúa a éste en el contexto histórico de la discusión estadounidense sobre la autonomía del Derecho y en la situación de crisis y fragmentación teórica que allí existe en el momento de su surgimiento. Ello explica su menor difusión en el continente europeo, si bien el AED va encontrando adeptos en Europa⁵² —señaladamente, como

puntuales, referidos a cuestiones muy concretas (véase IBIDEM, págs. 386-387). A ello se podría añadir, atendiendo al factor académico, que el decidido esfuerzo realizado por determinadas Universidades en apoyo de este movimiento —donde las motivaciones ideológicas no quedan al margen— se ha visto facilitado por el sistema educativo de los EE. UU., que fomenta la interdisciplinariedad. Tras realizar un estudio cuantitativo, basado en el análisis de las citas tanto de autores como de las citas de revistas especializadas, LANDES y POSNER concluyen que dicho estudio "apoya la conclusión provisional de que la influencia de la Economía en el Derecho creció al menos a lo largo de los años ochenta (todavía es pronto para hablar de los noventa), aunque la media de crecimiento se haya visto ralentizada al inicio de mediados de los ochenta; que el crecimiento de la influencia de la Economía en el Derecho excedió del de cualquier otra aproximación interdisciplinar o no tradicional al Derecho; y que la aproximación tradicional [...] estuvo en declive en este periodo en relación con las aproximaciones interdisciplinares en general y con la aproximación económica en particular" (IBIDEM, pág. 424). De otra parte, el optimismo inicial de LANDES y POSNER se ve también matizado por las estimaciones, aunque más rudimentarias, de STIGLER (véase STIGLER: "Law or Economics?", cit., págs. 463-466).

⁵⁰ Véanse PAZ-ARES: "La economía política...", cit., págs. 616-617; y MERCADO PACHECO: *El análisis...*, cit., págs. 33 y 58-64.

⁵¹ Sobre este movimiento y sus relaciones con el AED, véanse MINDA, G.: "Los movimientos del Derecho y la Economía y de los estudios jurídicos críticos en el Derecho norteamericano", en: MERCURO: *Derecho y Economía*, cit., págs. 121-158; y ULEN: "Derecho y Economía...", cit., págs. 248-254. Véase también MERCADO PACHECO: *El análisis...*, cit., págs. 173-210.

⁵² Véanse MERCADO PACHECO: *El análisis...*, cit., págs. 167-173; y GONDRA: "¿Tiene sentido...", cit., págs. 1563-1565.

ya se expuso, en la doctrina mercantil española—, donde la actitud más generalizada es la de una cauta recepción del AED en su enfoque normativo.⁵³

En efecto, el AED aparece como una tabla de salvación en la cultura jurídica estadounidense, como "la 'promesa feliz' de una teoría del derecho y de la justicia, 'realista' en su adaptación al mundo de la escasez, 'científica' en la descripción del derecho, 'segura' de la

⁵³ Véase MERCADO PACHECO: *El análisis...*, cit., pág. 171.

Paradigmática es la evolución de la actitud de PAZ-ARES hacia el AED. Este autor ha pasado de una posición crítica, que expone en sus trabajos: PAZ-ARES RODRÍGUEZ, C.: "Recensión a SANTINI, G.: *Il commercio (Saggio de economia del diritto)*", RDM 1979 (153-154), págs. 669-671; e IDEM: "La economía política...", cit., págs. 689-707; a practicar progresivamente el AED. Dicha evolución puede apreciarse si se comparan dos de sus publicaciones sobre la misma materia —la infracapitalización societaria—: PAZ-ARES RODRÍGUEZ, C.: "Sobre la infracapitalización de las sociedades", ADC 1983 (3), págs. 1587-1639, e IDEM: "La infracapitalización...", cit. El distinto enfoque metodológico —en el primer estudio se aplica una metodología convencional, en el segundo, el AED— hace que el autor defienda una posición favorable a la intervención en el primero de los estudios, y contraria a la misma en el segundo. Ello demuestra lo enriquecedor que puede ser el AED, siempre que se mantenga su relatividad en el conjunto de las metodologías aplicadas al estudio del Derecho. En la actualidad, PAZ-ARES parece mantener una postura moderada, inclinándose por un enfoque normativo del AED. Véase PAZ-ARES: "Principio de eficiencia...", cit., pág. 2843-2844: en este trabajo, el autor busca formular "una hipótesis normativa" y "ofrecer un esquema muy simplificado de cómo *puede* plantearse y afrontarse —desde el punto de vista de un juez— la construcción de reglas jurídicas que sean consistentes con el principio de eficiencia" —las cursivas son nuestras—. Más claramente se puede apreciar esta actitud, si se consideran dos trabajos recientes: PAZ-ARES RODRÍGUEZ, C.: "La indemnización por clientela en el contrato de concesión", La Ley 11-4-1997 (4266), págs. 1-10 —también en: *Homenaje a Duque*, cit., vol. II, págs. 1287-1303 (en adelante, las citas a este trabajo de PAZ-ARES lo son al publicado en La Ley)—; e IDEM: "La terminación... cit. Así, PAZ-ARES: "La indemnización por clientela...", cit., pág. 1, dice que: "La *cuestión normativa* la analizo en otro trabajo [...]. El objetivo primordial de estas páginas es, sin embargo, la *cuestión positiva*. La pregunta que me hago es si nuestro derecho privado actualmente en vigor reconoce o permite reconocer algún derecho sobre la 'propiedad comercial' en favor de los concesionarios que pueda ser hecho valer ante los fabricantes en el momento en que cesa su relación" —las cursivas son del original—. Y, en este trabajo, PAZ-ARES emplea un método básicamente convencional, distinto en todo caso del aplicado en IDEM: "La terminación...", cit., donde recurre al AED, y en el que explica la "racionalidad económica" de las cláusulas de terminación *ad nutum* en los contratos de distribución (véase págs. 12-13); es decir, explica porqué, desde la eficiencia, "el sistema jurídico no debe intervenir en la reglamentación de los contratos de distribución dictando reglas imperativas que restrinjan los derechos de libre terminación contractualmente pactados" (IDEM: "La indemnización por clientela...", cit., pág. 1).

justificación de las decisiones judiciales apelando a un criterio 'técnico y neutral' como la eficiencia económica"⁵⁴. Sin embargo, como ya se ha avanzado, se rechaza el AED como teoría del Derecho y de la justicia. Al hilo de la anterior promesa, y a modo de síntesis de las críticas de las que ha sido objeto el AED, pueden ponerse de relieve los siguientes "incumplimientos":

Como teoría del Derecho⁵⁵, el AED ofrece una visión reduccionista y desnaturalizada del mismo. El papel del Derecho queda reducido a la minoración de los costes de transacción y a la sustitución del mercado, allí donde tales costes sean positivos y no eliminables. En definitiva, para el AED el Derecho es un instrumento cuya única misión es contribuir a la eficiencia de los mecanismos del mercado⁵⁶. Y es que pese a que el AED se presente como un método interdisciplinar, no existe interdisciplinariedad o complementariedad entre ciencia económica y ciencia jurídica, sino sustitución de la primera por la segunda⁵⁷. Este totalitarismo metodológico del AED, expresión del "imperialismo" de la Ciencia Económica⁵⁸, es inadmisibile. Actitud que, además, se ampara en una pretendida superioridad de la Economía como ciencia sobre el Derecho, contra el que se esgrime su acientificidad. Esto es algo que no deja de ser muy discutible, ya que la Economía se ve seriamente mermada por la abstracción y simplificación

⁵⁴ MERCADO PACHECO: *El análisis...*, cit., págs. 210.

⁵⁵ Al margen queda ahora la especial cuestión de su admisibilidad como teoría jurisprudencial en nuestro sistema legal, cuestión a la que GONDRA: "¿Tiene sentido...", cit., págs. 1566-1600, da una tajante respuesta negativa, tanto por razones de índole institucional, como por razones de índole ideológica.

⁵⁶ En efecto, "[e]l tema dominante en toda la literatura del AED [...] es la corrección de los fallos de mercado, principalmente a través de la estructuración del Derecho para reducir, o 'internalizar', externalidades" (COLEMAN, J., y LANGE, J: "Introduction", en: COLEMAN/LANGE: *Law and Economics*, cit., vol. I, pág. xii).

⁵⁷ Véase MERCADO PACHECO: *El análisis...*, cit., pág. 276.

⁵⁸ Véanse MERCADO PACHECO: *El análisis...*, cit., págs. 75-102; y TORRES LÓPEZ: *Análisis Económico...*, cit., págs. 89-92.

de la realidad que implican los modelos sobre los que trabaja⁵⁹, la subjetividad de las valoraciones que emplea como "base empírica"⁶⁰, y su carácter, pese a todo, eminentemente teórico⁶¹. Pero, además, la Economía, o, mejor dicho, la norma económica, no es capaz de transmitir la necesaria seguridad jurídica, por su indeterminación, a la par que el carácter eminentemente predictivo⁶² merma su idoneidad como mecanismo de solución de conflictos.

La Economía tiene su propio formalismo, que comunica al Derecho por medio del AED. Y también su dogmatismo. Así, como teoría de la justicia, el AED privilegia el valor eficiencia desmesuradamente, llegándose a conclusiones insatisfactorias desde otros valores igual o incluso preferentemente atendibles⁶³. Ello conlleva un segundo y grave reduccionismo, al tomar como parámetro de la conducta humana aquella maximizadora de la eficiencia: el *homo oeconomicus*⁶⁴.

⁵⁹ Véanse TORRES LÓPEZ: *Análisis Económico...*, cit., págs. 97 y 99; POLINSKY: *Introducción...*, cit., págs. 13-18; y GONDRA: "¿Tiene sentido...", cit., págs. 1610-1615.

⁶⁰ Véanse PASTOR: "Una introducción...", cit., págs. 163-164; POLINSKY: *Introducción...*, cit., págs. 138-141; ULEN: "Derecho y Economía...", cit., pág. 258; y GONDRA: "¿Tiene sentido...", cit., págs. 1626-1627 y 1629-1630.

⁶¹ En efecto, "[m]ucha de la doctrina en AED permanece en el plano teórico, más que en el empírico" (COLEMAN/LANGE: "Introduction", cit., vol. I, pág. xi). Véanse también ULEN: "Derecho y Economía...", cit., págs. 271-272; y GONDRA: "¿Tiene sentido...", cit., págs. 1628-1629.

⁶² Véanse MERCADO PACHECO: *El análisis...*, cit., págs. 224-229; y GONDRA: "¿Tiene sentido...", cit., págs. 1598-1600.

⁶³ Así, el art. 1 de la Constitución Española no incluye a la eficiencia entre los valores superiores de nuestro ordenamiento, sin que con ello quiera afirmarse que ésta no sea un valor a considerar, pues parece que sí que encontraría cabida en el art. 38 de nuestra Norma Fundamental; en parecidos términos, véase GONDRA: "¿Tiene sentido...", cit., págs. 1581 y sigs., quien califica el AED de "uso alternativo del Derecho" (véase IBIDEM, págs. 1594-1598). En este mismo sentido, FONT GALÁN, J. I.: "Legitimación constitucional del Derecho mercantil y desafío ético del ordenamiento del mercado competitivo", en: *Homenaje a Broseta*, cit., t. I, págs. 1330-1333.

⁶⁴ U *homo economicus rationalis*, modelo al que GONDRA: "¿Tiene sentido...", cit., págs. 1588-1593, contrapone el del *homo honestus*.

En efecto, al asumir como único criterio de decisión la eficiencia, el AED margina la función del Derecho como protector de valores⁶⁵. Se elude la tensión entre eficiencia y redistribución —en una dialéctica tradicionalmente económica—, como también entre eficiencia y otros valores y fines del Derecho de cariz social, político o filosófico. De manera que, sin duda, y al margen de los problemas que plantea la definición de la eficiencia, la gran cuestión pendiente del AED es la determinación de la relación entre eficiencia y justicia.⁶⁶

En resumen, "la pretensión de totalidad economicista, unida al carácter científico que se atribuye a la economía, y a la consideración del hombre en términos de racionalidad egoísta, han sido los pilares de la modernidad económica, sobre la que se desarrolla el análisis económico"⁶⁷. Pero, como vemos, tales pilares llevan a resultados jurídicamente insatisfactorios. No obstante, el análisis económico puede ser un valioso instrumento: "lo que puede ofrecer al jurista es una ayuda técnica para la verificación de sus hipótesis, y de este modo, una contribución a la eliminación del dogmatismo; pero no puede sustituir pura y simplemente al razonamiento jurídico". Como tampoco puede, mediante este expediente metodológico, mutarse la realidad por un su-

⁶⁵ Véase MERCADO PACHECO: *El análisis...*, cit., pág. 279, con cita de CALABRESI.

⁶⁶ Véanse, a este respecto, entre otros, POSNER: *Economic...*, cit., pág. 27; PAZ-ARES: "La economía política...", cit., págs. 696-706; IDEM: "Principio de eficiencia...", cit., págs. 2843-2844; ULEN: "Derecho y Economía...", cit., pág. 270; STIGLER: "Law or Economics?", cit., págs. 461-463; y DURÁN Y LALAGUNA: *Una aproximación...*, cit., págs. 144-147 y 195-196.

Y es que, hasta para los partidarios del AED, "[e]l problema central permanece: cómo fundamentar la eficiencia económica en una teoría política o moral que justifique el uso del poder del Estado para promover la eficiencia" (COLEMAN, J., y LANGE, J.: "Introduction", en: COLEMAN/LANGE: *Law and Economics*, cit., vol. II, págs. xxi-xxii). En efecto, hasta ahora, todos los intentos en tal sentido han sido infructuosos. Para una síntesis de los argumentos utilizados y de las críticas éstos que suscitan, véase GONDRA: "¿Tiene sentido...", cit., págs. 1631-1642.

⁶⁷ DURÁN Y LALAGUNA: *Una aproximación...*, cit., pág. 135, citando a BALLESTEROS, J., *Postmodernidad: decadencia o resistencia*, Tecnos, Madrid, 1989.

puesto fáctico de laboratorio, dando lugar a un nocivo déficit antropológico. Porque, en definitiva, lo que está en juego en este debate es la libertad y la dignidad humanas, ya que el AED reduce al hombre simplemente a la eficiencia.⁶⁸

Por todo ello, con carácter general, no puede aceptarse el AED como método jurídico-científico, porque no es jurídico. No obstante, sí que debe atenderse a los postulados y argumentos provenientes del análisis económico, también del dato normativo, pero en su justa medida, sin perder de vista sus limitaciones.

⁶⁸ Véanse OPPETITT: "Droit et économie", cit., pág. 26; y VALLET DE GOYTISOLO: "Derecho y Economía", cit., pág. 5553.

PARTE PRIMERA

**ECONOMIA DE LA
DISTRIBUCION COMERCIAL
Y
CONTRATOS DE DISTRIBUCION**

Capítulo Primero

Introducción a la Economía de la distribución comercial

Una correcta aproximación al objeto de estudio, según ha quedado delimitado en la presentación —esto es, los contratos de distribución desde la perspectiva que brinda en el Derecho comunitario de defensa de la competencia o, más precisamente, el tratamiento de las denominadas restricciones verticales de la competencia en el Derecho comunitario europeo—, requiere disponer de la información que permita tanto la comprensión del fenómeno de la distribución comercial y el conocimiento de su realidad actual, como la ubicación de los contratos de distribución en dicho contexto económico-empresarial. Esta información prejurídica viene facilitada por la Economía de la distribución, disciplina con la que el Derecho de la distribución está llamado a establecer estrechos vínculos de colaboración, puesto que, en principio, van a coincidir en su objeto de estudio.

Ciertamente, la generosa extensión con la que en este trabajo se trata el objeto de estudio desde la perspectiva económico-empresarial puede llamar la atención. No obstante, la —pese a las apariencias— apretada síntesis que compone esta parte primera no constituye un ejercicio superfluo. Y ello, por dos razones. En primer lugar, porque es

necesario para el establecimiento, con el alcance que ya ha quedado delimitado, del diálogo interdisciplinar¹. Y, en segundo lugar, porque sin la exposición que sigue no es posible apreciar en todo su alcance el cambio del paradigma de referencia acaecido en la distribución comercial, en el comercio, al que los juristas hemos de enfrentarnos. Dicho cambio, y su percepción parcial hasta el momento presente por el Derecho, es pieza clave para desarrollo y la comprensión de las partes siguientes del presente trabajo; en especial, de la parte segunda, que pivota sobre las cuestiones de la delimitación conceptual de los contratos de distribución comercial y la formación de un Derecho de la distribución comercial.

Ante la novedad de esta aproximación, se ha preferido asumir el riesgo de pecar por exceso, con tal de que el jurista disponga, aunque sea de manera muy resumida, de toda la información económico-empresarial precisa.

Así, y sin perjuicio de dedicarles la mayor atención, un posible resultado de la tarea que ahora comienza puede ser el de relativizar el peso específico de los contratos de distribución en el contexto de la distribución comercial, a modo de crítica del excesivo protagonismo que éstos contratos tienen en la aproximación jurídica al fenómeno de la moderna distribución. Existen otras cuestiones que también deberían ser objeto de atención desde el Derecho, y que podrían abordarse desde la perspectiva que brindaría el naciente Derecho de la distribución.

El punto de partida viene dado por la aprehensión económico-empresarial de los contratos de distribución como una de las posibles formas de vincular (contractualmente) a los intermediarios comerciales con el fin de establecer un canal de distribución². Ello justifica el

¹ Véase *supra*, epg. I.

² Véase VÁZQUEZ CASIELLES, R., y TRESPALACIOS GUTIÉRREZ, J. A.: *Distribución comercial: estrategias de fabricantes y detallistas*, Biblioteca Economía y Empresa, Col.

estudio de la distribución comercial, en primer lugar,, en general. Una vez delimitada ésta y puesta de relieve su importancia socioeconómica, se profundizará —en ese marco y desde una aproximación institucional— en el estudio de los canales de distribución comercial, prestando especial atención a su dimensión vertical y a los vínculos que en esta dimensión pueden existir. Finalmente, se expondrá una panorámica de las tendencias de cambio en las relaciones entre productores e intermediarios, cambios que determinarán la futura configuración de los canales de distribución.

III. PRECISIONES TERMINOLÓGICAS

Antes de proceder a las tareas arriba enunciadas, conviene poner de manifiesto que la consideración específica de la distribución comercial —y, en dicho marco, de los canales de distribución— como objeto de estudio constituye asimismo un acontecimiento relativamente novedoso en el marco de las ciencias económico-empresariales³. El resultado de

Empresa, Civitas, Madrid, 1997, pág. 41.

³ En este sentido, véase MÚGICA GRIJALBA, J.-M.: "Procesos de integración vertical y de estabilización de las relaciones en los canales de comercialización", DyC 1996 (30), pág. 31. Es más, los estudiosos de dicha disciplina venían despreciando tradicionalmente este sector económico como objeto de estudio (véanse CASARES RIPOL, J., y REBOLLO ARÉVALO, A.: *Distribución comercial*, Biblioteca Economía y Empresa, Col. Empresa, Civitas, Madrid, 1996, pág. 15; y CRUZ ROCHE, I.: "Presentación: distribución comercial y consumo", EC 1986 [9], pág. 11).

Esta línea de investigación se inicia en España a mediados de los años ochenta, con trabajos pioneros como los de CRUZ ROCHE, I., y MÚGICA GRIJALBA, J.-M.: "La distribución comercial en España y en la CEE", EC 1986 (7), págs. 47-61; o MÚGICA GRIJALBA, J.-M.: "Las distintas formas de vinculación en los canales de comercialización como instrumentos de coordinación y control del proceso de distribución", EC 1986 (9), págs. 15-21. Posteriormente se publica la obra colectiva CASARES RIPOL, J. ET AL.: *La Economía de la distribución Comercial en España*, Ariel, Barcelona, 1987. En diciembre de 1991 aparece el núm. 1 de la revista *Distribución y Consumo*, donde se publica el reseñable trabajo de CASARES RIPOL, J., y REBOLLO AREVALO, A.: "Distribución comercial. La aceleración del cambio", DyC 1991 (1), págs. 10-38. Por su parte, la revista *Información Comercial Española* dedica su núm. 739, de marzo de 1995, a esta materia —posterior-

dicho descuido ha sido una lógica escasez de trabajos sobre el particular, carencia que acusan los recientemente publicados, por cuanto todavía no ofrecen un alto grado de depuración en sus elaboraciones. Así, se observan ciertos solapamientos y duplicidades, que si bien no revisten una especial gravedad, sí que pueden generar cierta confusión. E igualmente se observa cierta confusión en la terminología utilizada. El efecto de las consiguientes imprecisiones se agrava si quien ha de exponer los resultados de tan recientes investigaciones es un jurista, quien repara en desviaciones conceptuales que, tal vez por ser irrelevantes desde la perspectiva económico-empresarial –ya que el lenguaje no tiene en este ámbito el carácter prescriptivo que tiene para el Derecho–, no han sido objeto de un especial cuidado. Por ello, a lo largo del presente trabajo, en pos de la claridad expositiva, se irán realizando una serie de precisiones terminológicas, que tienen por objeto establecer con la mayor nitidez posible el alcance de los conceptos básicos, y que van a ser utilizados uniformemente en el texto, aún a riesgo de resultar la redacción algo repetitiva. Dichas precisiones, además, están presididas por el ánimo de recurrir a términos que aúnen ambas perspectivas, la económico-empresarial y la jurídica, de manera que puedan contribuir al mutuo entendimiento entre ambas disciplinas.

Así, resulta adecuado hacer ya, en este momento, una serie de precisiones. El término "producto" es el eje objetivo de un determinado canal de distribución comercial⁴. Dicho concepto se emplea como aglutinante de los de "bien" y "servicio". Así, se descarta el empleo del término "mercancías".

El término "mercancías" viene tradicionalmente ligado al concepto de

mente, el núm. 763, de junio de 1997, también se dedica a la distribución comercial, pero en España—. Dicha línea culmina lo que puede percibirse como su fase inicial con dos monografías, las de CASERES/REBOLLO: *Distribución comercial*, cit., y VÁZQUEZ/TRESPALACIOS: *Distribución comercial...*, cit.

⁴ Véase *infra*, epg. V. 2.

bien, no incluyendo los servicios.

Sin embargo, el estudio de la distribución de los servicios todavía no ha sido abordado con decisión, ni por los economistas, ni por los juristas.

En efecto, y pese a lo fundamental del concepto, pues responder a la pregunta de qué productos son susceptibles de ser distribuidos equivale a determinar el ámbito de actuación de la distribución comercial, parece que el estudio de la distribución de servicios aún no ha sido abordado con claridad entre los economistas⁵. Idéntico déficit puede apreciarse entre los juristas⁶. Y es que, tanto la intangibilidad de los servicios, como la simultaneidad de su producción y disfrute han llevado a no considerar la existencia de estrategias y políticas de distribución comercial en las empresas del sector terciario⁷. Sin embargo, la especialización también afecta a la producción de servicios y plantea idénticos problemas que en

⁵ Véase CASARES/REBOLLO: *Distribución comercial*, cit., pág. 31, quienes, pese a reconocer que "[c]omo punto de partida para su determinación puede aceptarse que la función de distribución es necesaria en todas aquellas actividades en que se encuentren 'separados' el productor y el consumidor [...] del producto en cuestión y, por tanto, sea necesaria la labor de intermediación [...] tanto si se trata de bienes como de servicios", limitan su estudio "a la actividad de intermediación comercial [...] referida a cualquier tipo de productos, si bien la referencia más habitual es a la distribución de bienes de consumo".

Idéntica limitación se aprecia en: COMISIÓN DE LAS COMUNIDADES EUROPEAS: *Libro Verde del Comercio*, Documento COM(96) final, Bruselas, 20.11.1996 (en adelante, LiV Comercio), núm. 6, págs. 4-5, al delimitar el objeto de estudio del documento en cuestión, manifestando que éste "no trata expresamente del comercio en el sector servicios, si bien se hace alusión a algunos servicios directamente relacionados con productos comerciales, como, por ejemplo, el turismo o el artesanado". No deja de sorprender la mención del turismo como "servicio directamente relacionado con productos comerciales" (un breve resumen del LiV Comercio puede encontrarse en: SUBDIRECCIÓN GENERAL DE ESTUDIOS DEL SECTOR EXTERIOR: "La distribución comercial en Europa", Bol. Eco. ICE 1997 [2537], págs. 3-8).

⁶ Así lo ponen de manifiesto SANTINI: *I servizi...*, cit., págs. 9-10; FERRIER, D.: *Droit de la distribution*, Litec, Paris, 1995, págs. 4-5; y MARTINEK, M.: "Vertriebsrecht als Rechtsgebiet (§ 1)", en: MARTINEK/SEMLER: *Handbuch des Vertriebsrechts*, cit., núms. 23-25.

⁷ Véase VÁZQUEZ/TRESPALACIOS: *Distribución comercial...*, cit., pág. 51.

la producción de bienes⁸, por lo que no solo es correcto, sino necesario, abordar la distribución comercial de servicios y hacerlo conjuntamente con la de bienes. Además, no es infrecuente encontrarse con los que podrían denominarse "productos mixtos", en el sentido de que presentan un componente de bien y un componente de servicio⁹. El planteamiento escogido permite, pues, el estudio completo de su distribución.

Sin embargo, es evidente que existen diferencias entre la distribución comercial de bienes y la de servicios, derivadas de la propia naturaleza de los productos, que deben tenerse presentes. Desde el punto de vista económico-empresarial, y a diferencia de la distribución de bienes, en la distribución de servicios se observa especialmente que: (a) los recursos humanos tienen un mayor peso, ya que los costes de personal son más elevados, su selección requiere mayores esfuerzos y el destinatario concede gran relevancia al contacto personal con los empleados, lo que permite una menor movilidad de personal que en el caso de la distribución de bienes; (b) existe una mayor sensibilidad de los destinatarios, lo que implica destinar más recursos al análisis de su grado de satisfacción y al control de calidad; y (c) se producen fluctuaciones más acusadas de costes y precios, que varían ampliamente en función del tipo de servicio y del segmento de mercado de los que se trate¹⁰. De otra parte, también pueden apreciarse diferencias desde el punto de vista jurídico, principalmente: (a) la circulación de bienes se encuentra sometida a un régimen jurídico distinto a la de los de servicios; y (b) la distribución de servicios plantea mayores dificultades en relación a la protección de los derechos de propiedad industrial e intelectual que la de bienes.

Dentro de los ejes subjetivos de un determinado canal de distribución comercial¹¹, hemos de hacer mención ahora de sus polos o

⁸ Véase *infra*, epg. IV. 5.

⁹ Esta misma idea viene recogida en SANTINI: *I servizi...*, cit., págs. 24-26, donde lista los que denomina "servicios relativos a la cosa"; y en FERRIER: *Droit de la distribution*, cit., págs. 4-5, quien alude a los productos "acompañados de un servicio".

¹⁰ Véase VÁZQUEZ/TRESPALACIOS: *Distribución comercial...*, cit., págs. 52-53.

¹¹ Véase *infra*, epg. V. 4.

extremos. Con el término "productor" o "fabricante" se designa al agente económico que constituye el primer nivel del canal de distribución de un determinado producto¹². Dicha terminología se prefiere a los términos "proveedor", "suministrador" o "vendedor".

De una parte, tan proveedores, suministradores o vendedores son los productores como los agentes económicos situados en el canal de distribución por debajo de los productores respecto de aquellos agentes ubicados en los niveles inferiores del canal. De otra parte, y atendiendo a las connotaciones jurídicas de dichos conceptos, el empleo de los términos "suministrador" o "vendedor" implica identificar a tales sujetos con una de las partes de los contratos de suministro o de compraventa, respectivamente. Al margen de la fácil objeción, en especial, en el caso de la compraventa, de que el objeto de las relaciones contractuales no siempre va a ser un bien, sino que puede tratarse de un servicio, precisamente se parte de la hipótesis de que los contratos de distribución constituyen figuras contractuales distintas y superadoras de dichos contratos.¹³

Con el término "destinatario" se designa al agente económico que forma parte del grupo al que va dirigida la actividad de distribución comercial, es decir, del grupo que constituye el objetivo del canal de distribución. Dicha terminología se prefiere, de una parte, a los términos "comprador", "comprador final", "último comprador" y, de otra parte, al término "consumidor", tanto aisladamente como acompañado del calificativo "final".

El vocablo "comprador" es rechazable, porque el destinatario no siempre se va a relacionar con su contraparte en el marco de una relación contractual de compraventa, señaladamente cuando el objeto de dicha

¹² Véase LiV RV, núm. 14, pág. 5.

¹³ Véase *infra*, parte 2.ª "Derecho de la distribución comercial y contratos de distribución".

relación sea un servicio. Además, "compradores" pueden ser también los agentes económicos situados en niveles anteriores del canal de distribución.

El descarte del término "consumidor" requiere de una mayor explicación. La noción de consumidor ostenta en el discurso jurídico un alcance muy concreto, más restringido que en el ámbito económico, y que va ligado a la delimitación que de dicho concepto hacen los apdos. 2 y 3 del art. 1 de la Ley 26/1984, de 19 de julio, General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios¹⁴ (en adelante, LGDCU). Dicha noción responde a la idea de un consumo personal, familiar o doméstico, a la que la Ley alude con el circunloquio "..., como destinatario final,..."¹⁵. Pues bien, de optarse aquí por el término "consumidor", se produciría un exceso respecto del alcance del concepto legal, pues el grupo que constituye el objetivo de un canal de distribución no tiene por qué estar necesariamente formado por consumidores, es decir, por sujetos que realizan un consumo personal, familiar o doméstico. Sino que puede estar también formado por empresarios o profesionales; es decir, por agentes económicos que adquieren, almacenan, utilizan o consumen productos, "con el fin de integrarlos en los procesos de producción, transformación¹⁶ [...] o prestación a terceros" (cfr. art. 1.3 LGDCU). La determinación del carácter de los destinatarios de un canal de distribución concreto dependerá, ya de la naturaleza del propio bien o

¹⁴ BOE de 24-7.

¹⁵ Sobre el concepto legal de consumidor, véanse por todos BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, A.: "Comentario al artículo 1", en: AA. VV., BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R., y SALAS HERNÁNDEZ, J. (coord.): *Comentarios a la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios*, Civitas, Madrid, 1992, págs. 25-43; PARRA LUCÁN, M. A.: *Daños por productos y protección del consumidor*, Bosch, Barcelona, 1990, págs. 108-113; y LÓPEZ SÁNCHEZ, M.-A.: "Sobre la aplicabilidad a los agricultores de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios", *Revista de Derecho Agrario y Alimentario* 1986/87 (6-7), págs. 11-17.

¹⁶ Distintas de transformaciones de la situación espacial y temporal, así como de transformaciones "psicológicas" (véase *infra*, epg. IV. 2.).

servicio, ya –si se trata de un producto que es susceptible tanto de un consumo personal como empresarial– de una decisión estratégica del líder del canal de distribución. Pero, atendiendo al diseño del canal, el caso es que, sea consumo personal o empresarial, en ambos supuestos se está ante "destinatarios" últimos de la actividad distributiva. No obstante, sí que se aprecia una tendencia reduccionista generalizada, que excluye la distribución denominada "industrial", la dirigida al consumo empresarial, del objeto de estudio de la distribución comercial, limitando el paradigma socioeconómico de referencia a la distribución para el consumo personal, más precisamente y sumada a la anterior restricción paradigmática, a lo que se denomina bienes de consumo.¹⁷

No obstante, debe advertirse que la univocidad del concepto legal de consumidor en el ordenamiento español, tal y como es delimitado el art. 1 LGDCU, ha comenzado a resquebrajarse. La Ley 7/1998, de 13 de abril, sobre condiciones generales de la contratación¹⁸ (en adelante, LCGC), pese a no modificar el art. 1 LGDCU, permite afirmar que, a los efectos de la aplicación de los arts. 10 y 10 bis, y de la disp. ad. 1.^a LGDCU, la noción de consumidor se ve ampliada, pues engloba "también" a aquellos sujetos que, "aunque" no sean destinatarios finales de los bienes o servicios objeto de contratación no negociada, actúen con un propósito ajeno a su actividad profesional (véase Exposición de motivos de la LCGC, preámbulo, párr. 9, y VII, párr. 2; cfr. art. 1.3 LCGC). Y ello, por mor de la delimitación que del concepto de consumidor hace el art. 2.b) de la Directiva (CEE) 93/13 del Consejo, de 5 de abril de 1993, sobre cláusulas abusivas en contratos celebrados con consumidores¹⁹. Lo cual no deja de suponer un giro sorprendente, pues idéntica es la definición de consumidor dada por el art. 2.a) de la Directiva (CEE) 87/102 de Consejo, de 22 de diciembre de 1986, relativa

¹⁷ Así se reconoce en CASARES/REBOLLO: *Distribución comercial*, cit., pág. 31; y LiV Comercio, núm. 6, págs. 4-5. Véase *infra*, epg. IV. 4. B.

¹⁸ BOE de 14-4.

¹⁹ DOCE núm. L 95/29, de 21.4.1993.

a la aproximación de las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas de los Estados miembros en materia de crédito al consumo²⁰, y, sin embargo, el legislador español hizo una interpretación restrictiva de la misma a la hora de su introducción en el art. 1 de la Ley 7/1995, de 23 de marzo, de Crédito al Consumo²¹ (en adelante, LCC); e igual situación se observa entre lo dispuesto en el art. 2, primer guión, de la Directiva (CEE) 85/577 del Consejo, de 20 de diciembre de 1985, referente a la protección de los consumidores en el caso de contratos negociados fuera de los establecimientos mercantiles²², y el art. 1, párr. 1.º, de la Ley 26/1991, de 21 de noviembre, sobre contratos celebrados fuera de los establecimientos mercantiles²³ (en adelante, LCFEM). De manera que, si se atiende a las declaraciones que el legislador hace en la Exposición de motivos de la LCGC, habría que acudir a dicha noción amplia de consumidor también al aplicar la LCC y la LCFEM. Finalmente, otro frente que mella el carácter unívoco del concepto legal de consumidor es el abierto por LOCM, con el uso que hace de la terminología "destinatario final".²⁴

En cuanto a la referencia impersonal a ambos polos de la distribución comercial, se emplean los términos "producción" o "fabricación" para aludir al productor o fabricante; la referencia al destinatario plantea dificultades, optándose por el término "disfrute" —cuando se quiera aludir a este polo como actividad o acción— y "mercado-meta" o "mercado final" —cuando lo que se pretende es hacer una alusión despersonalizada—; igualmente, en ocasiones se utilizará en ambos casos una terminología netamente económica, aludiéndose a la producción

²⁰ DOCE núm. L 42/48, de 12.2.1987, modificada por la Directiva (CEE) 90/88 del Consejo, de 22 de febrero de 1990, DOCE núm. L 61/14, de 10.3.1990.

²¹ BOE de 25-3; corr. err. BOE de 12-5.

²² ABIEG núm. L 372/71, de 31.12.1985; DOCE ed. especial en español 15/vol. 6, pág. 131.

²³ BOE de 26-11.

²⁴ Véase *infra*, epg. IV. 4. E.

como "oferta" y al mercado-meta como "demanda", y personalizando tales polos en "oferentes" y "demandantes".

IV. LA DISTRIBUCION COMERCIAL

IV. 1. Concepto y funciones de distribución comercial

Dentro de la gestión empresarial, la distribución comercial –también, simplemente, "distribución" o "comercialización"– engloba el conjunto de actividades que son necesarias para situar los productos a disposición del destinatario en las condiciones de lugar, tiempo, forma y cantidad deseadas. Dicho de otro modo, la distribución comercial se puede definir atendiendo a sus funciones, a las *funciones de distribución*, de manera que, en el caso concreto, la distribución comercial (de determinado producto a determinados destinatarios) vendría constituida por la agrupación de tareas específicas necesarias para conseguir el objetivo de posibilitar el disfrute del producto distribuido.²⁵

Así, en una primera clasificación, se viene distinguiendo –sin perjuicio de las evidentes interconexiones existentes– entre, de una parte, funciones "materiales", de "manipulación de productos" o de "distribución física", y, de otra parte, funciones "comerciales" o de "intermediación comercial". Las *funciones materiales* actúan sobre la separación geográfica y temporal entre la fabricación y el disfrute del producto, englobando actividades tales como el transporte, el almacenamiento y el fraccionamiento de la mercancía o la formación de surtidos. Estas responden a una finalidad física, suponen tareas de acercamiento físico –en la distancia y en el tiempo– del producto al

²⁵ Véase VÁZQUEZ/TRESPALACIOS: *Distribución comercial...*, cit., pág. 30.

destinatario. Por su parte, las *funciones comerciales* atienden a la realización de las transacciones comerciales necesarias para que, efectivamente, se realice la circulación de los productos entre los fabricantes y los destinatarios, en función de la demanda específica de grupos particulares de estos últimos. Estas se identifican con actividades tales como la promoción de productos, la facilitación de información en ambos sentidos del canal de distribución, la financiación, la prestación de garantía y la atención postventa o similares. De manera que dichas actividades responden a una finalidad impulsora, con un contenido mucho más comercial, destinado a facilitar y promover los intercambios entre productores y destinatarios. Es decir, son funciones de creación y organización de los intercambios.²⁶

En una segunda clasificación, y de manera más detallada, se distinguen las siguientes funciones de distribución comercial²⁷: (a) la *función material*, que engloba el conjunto de tareas que permiten la existencia de flujos²⁸ de productos y de flujos financieros —así, selección, embalado, transporte, almacenamiento, etc.—; (b) la *función transaccional*, ya que el desarrollo de la actividad distribuidora da lugar a intercambios, tanto de información, como de titularidad sobre los

²⁶ Véanse VÁZQUEZ/TRESPALACIOS: *Distribución comercial*, cit., pág. 30-31; y CASARES/REBOLLO: *Distribución comercial*, cit., pág. 23.

²⁷ CASARES/REBOLLO: *Distribución comercial*, cit., págs. 24-25.

²⁸ Las funciones propias de la distribución se representan en forma de flujos, que pueden ser definidos como combinaciones de funciones que tienen como meta proporcionar satisfacción al destinatario. Así —desde una concepción propia del marketing, en la que los flujos se orientan hacia la satisfacción de la demanda (véase *infra*, epg. IV. 4. C.)—, llegan a distinguirse hasta ocho flujos de distribución: de pedido de mercancías, de propiedad, de pago, físico, de negociación, de financiación, de promoción y de riesgo (véase VÁZQUEZ/TRESPALACIOS: *Distribución comercial...*, cit., 37-39). Como se podrá apreciar, CASARES/REBOLLO: *Distribución comercial*, cit., págs. 24-25, identifican flujos distintos a los anteriormente enumerados. Ello parece obedecer a que, a diferencia de aquéllos, estos autores no orientan su clasificación únicamente a la satisfacción del destinatario, sino también a la del productor y a la de las exigencias del propio sistema económico (véase *infra*, epg. IV. 2.).

productos, de manera que esta función abarca dos flujos distintos: (b. 1) flujos de información (en sentido amplio), en los que a su vez se pueden diferenciar entre flujos de información en sentido estricto —es decir, con una finalidad puramente informativa— y flujos de persuasión —con una finalidad promocional o publicitaria—; y (b. 2) flujos de titularidad, cambios en la propiedad de los productos distribuidos; estos flujos, además, permiten reducir el riesgo económico asumido por los diversos agentes, lo que permite asimismo identificar un flujo de riesgo²⁹; (c) la *función económica*, que está relacionada con la formación de mercados intermedios; en dichos mercados es donde se producen las actividades típicas de esta función, que son: (c. 1) el arbitraje, mediante el cual se busca armonizar los términos de realización de los productos en dos mercados separados espacialmente, de modo que, al final, las diferencias de precios entre ambos mercados vengán exclusivamente determinadas por las existentes en los costes de distribución física³⁰; y (c. 2) la especulación, en su acepción estrictamente económica, que no es sino el arbitraje entre dos mercados separados temporalmente³¹; (d) la *función espacial y temporal*, por la que se adecuan los productos a las necesidades espaciales, temporales y de surtidos de los destinatarios —ello genera rentas de situación para los productos, que alcanzan rentas más elevadas gracias a este proceso de adecuación—; y (e) la función social, o mejor, las *funciones sociales*, donde se engloban distintas funciones no explícitamente económicas.³²

²⁹ Respecto de este flujo, véase VÁZQUEZ/TRESPALACIOS: *Distribución comercial...*, cit., págs. 38-39, si bien estos autores parten de un concepto más amplio de riesgo, al incluir el generado por el desarrollo de la actividad especuladora (sobre la especulación, véase *infra*, en este mismo epígrafe).

³⁰ Véase CASARES/REBOLLO: *Distribución comercial*, cit., pág. 24.

³¹ Es decir, se busca que las diferencias de precios respondan únicamente a los costes de mantenimiento de la oferta en cada mercado; esto es, de constitución y mantenimiento físico de los almacenamientos, de financiación, etc. (véase CASARES/REBOLLO: *Distribución comercial*, cit., págs. 24-25).

³² Así, además de constituir una importante fuente de empleo (véase *infra*, epg. IV. 6. A.), otras funciones sociales de la distribución comercial son (véanse CASARES/REBOLLO:

No obstante, estos dos criterios no son lo únicos utilizados para la clasificación de las funciones de la distribución comercial. Así, por ejemplo, también se diferencia entre una función de regulación, dirigida a la producción, y que engloba el "stockage" –que viene a ser una suma de las funciones materiales y las espacial y temporal– y el arbitraje –entendido en sentido amplio, como función económica–, y una función de orientación, dirigida tanto a la oferta como a la demanda, que, en este último supuesto, se concreta en las operaciones de selección (previa) de los productos y su promoción, acompañada de una serie de servicios complementarios –financieros, de transporte, de montaje, post-venta, etc.–³³. No obstante, se prefiere la anterior clasificación, ya que ésta resulta un tanto artificiosa, en cuanto que todas las funciones de distribución van dirigidas, tanto al productor como al destinatario, resultando difícilmente escindibles.

Consecuentemente, aunque con carácter provisional, debe entenderse por "distribuidor" cualquier agente económico que asume una o varias de las funciones de distribución comercial.³⁴

Distribución comercial, cit., pág. 25, y LiV Comercio, núm. 13, pág. 6, y núms. 16-17, pág. 7): su papel a la hora de contrarrestar situaciones de desempleo o momentos de transformaciones sociales, como procesos migratorios –se habla así de la distribución comercial como sector "colchón" o "refugio", respectivamente (para un ejemplo muy próximo de la virtualidad como refugio de la distribución comercial [España, 1977-1996], véase CASARES RIPOL, J., y ARANDA GARCÍA, E.: "Distribución comercial y empleo en la sociedad de los trabajos", ICE 1997 [763], págs. 163-164); su virtualidad como semillero de empresarios; y su significación como elemento de cohesión y de interrelación social, contribuyendo al mantenimiento de una vida comunitaria equilibrada al actuar de puente entre los ciudadanos y su entorno local; además es un factor determinante en el estilo de vida y en los modelos culturales (sobre los efectos del comercio en el entorno urbano y en el entorno rural, véase LiV Comercio, núms. 78-90, págs. 21-23).

³³ Véase FERRIER: *Droit de la distribution*, cit., págs. 6-12.

³⁴ Sobre la noción de distribuidor se volverá *infra*, epg. V. 4.

IV. 2. Dimensiones de la distribución comercial

Ahora bien, la finalidad perseguida por esta pluralidad de funciones que conforman el concepto de distribución comercial y, sobre todo, su creciente importancia³⁵, hacen que la aproximación al estudio de este fenómeno pueda tener lugar desde distintos ángulos, lo que da lugar a lo que se ha venido en denominar "dimensiones de la distribución comercial". Sin ignorar los datos relevantes que, en relación al objeto de nuestro estudio, faciliten las otras dimensiones, se va a prestar especial atención a la distribución comercial como actividad de servicios a los productores, dado que es en dicha dimensión donde se ubican la gran mayoría de los datos relevantes para la comprensión del sustrato económico-empresarial de los contratos de distribución —señaladamente, la cuestión más relevante en dicha dimensión es la elección de los canales de distribución—.

En efecto, la distribución comercial puede ser considerada desde tres perspectivas³⁶. (a) Como un conjunto de servicios prestados a los productores. Ello supone entender la distribución comercial como actividad de servicios a los productores. Desde este punto de vista se estudia la distribución comercial como una de las variables del marketing³⁷. Se trata de una actividad necesaria para la comercialización de sus productos, y que forma parte de la decisión sobre la definición y posicionamiento de los propios productos en el mercado. Es decir, para los productores, la distribución comercial es el conjunto de funciones que permiten "finalizar" los productos —complementando las utilidades intrínsecas de disponibilidad para los destinatarios—, de manera que tales productos constituyan una oferta relevante en los mercados. (b) Como un conjunto de servicios prestados a los destinatarios. Ello implica

³⁵ Véase *infra*, epgs. IV. 5. y IV. 6. A.

³⁶ Véase CASARES/REBOLLO: *Distribución comercial*, cit., págs. 25-28.

³⁷ Véase *infra*, epg. IV. 4. C.

contemplar la distribución comercial como actividad de servicios a los destinatarios. Para éstos, la distribución comercial produce, principalmente, utilidades de disponibilidad (espacial, temporal y de surtido) que se añaden a los productos, de forma que es entonces cuando éstos son realmente capaces de satisfacer sus necesidades. Es decir, junto a la elaboración física, mediante la cual se provee a los productos de las características intrínsecas capaces de satisfacer necesidades de los individuos, la elaboración de un producto realmente comercializable requiere de otros dos tipos de transformaciones: la transformación de la situación espacial y temporal, que genera utilidades de disponibilidad de los productos, y transformaciones "psicológicas", mediante las que se logran la presentación diferenciada ante el destinatario, así como su agrupación en surtidos orientados a grupos de destinatarios específicos. Y (c) como un sector de actividad dentro de la estructura del sistema económico. El desarrollo, tanto cuantitativo como cualitativo, experimentado por los sistemas de distribución comercial hace de ésta un sector de la actividad económica a considerar dentro del análisis más general de la estructura y el desarrollo de los sistemas económicos, como sector distinto del de la producción y del consumo.³⁸

IV. 3. Sistema de distribución comercial

Igualmente polisémico es el término "sistema de distribución (comercial)". De una parte, la propia actividad de distribución comercial puede concebirse como un subsistema dentro del sistema económico.

Así, se habla de "sistema de distribución comercial" para referirse al conjunto interdependiente de personas e instituciones que realizan las distintas funciones de distribución, y entre los que se establecen vínculos de distinto tipo³⁹. De manera que un sistema de distribución comercial esta compuesto por las actividades propias de la distribución —así, transporte, almacenamiento, acabado del producto, información,

³⁸ Esta perspectiva, no obstante, es a la que se recurre *infra*, epg. IV. 6.

³⁹ Véase CASARES/REBOLLO: *Distribución comercial*, cit., págs. 28-33.

financiación y asunción del riesgo—, los espacios en que se realizan los intercambios, principalmente, los establecimientos comerciales —en la actualidad, no obstante, se encuentra en expansión la distribución comercial sin establecimiento (especialmente, venta a distancia a través de múltiples canales de comunicación, como la televisión, o las redes informáticas, como "internet")—, los productos que son objeto de intercambio⁴⁰, los sujetos que realizan los intercambios —comerciantes, otros distribuidores no comerciantes e instituciones públicas⁴¹—, y los canales, como formas de organización específica de la distribución comercial. Este es el sentido en el que suelen utilizar el término los economistas⁴². Sin despreciar los datos que provengan del resto de los elementos del sistema de distribución comercial, en el presente trabajo la atención se centra en el estudio de los canales de distribución.

Sin embargo, y al margen de que el canal de distribución puede a su vez ser conceptualizado como un sistema de distribución⁴³, otra acepción usual, tanto para los economistas como para los juristas, es la de técnica de organización del canal de distribución, más concretamente, técnica de integración empresarial⁴⁴. Este será el sentido con el que, salvo que se diga lo contrario, será empleada la terminología "sistema de distribución" en el presente estudio.

IV. 4. Distribución comercial y otras actividades conexas

Finalmente, debe delimitarse la noción de "distribución comercial"

⁴⁰ Véanse *supra*, epg. III., e *infra*, epg. V. 2.

⁴¹ Véase *infra*, epg. V. 4.

⁴² Sin embargo, también el legislador emplea en ocasiones la terminología "sistema de distribución comercial" con este alcance. Así, en la Exposición de Motivos de la LOCM, párrs. 4-5, se distinguen dos sistemas de distribución, el del comercio moderno y el del comercio tradicional.

⁴³ Véanse VÁZQUEZ/TRESPALACIOS: *Distribución comercial...*, cit., pág. 42, e *infra*, epg. V. 1.

⁴⁴ Véase *infra*, epg. V. 6.

frente a otros términos que frecuentemente aparecen vinculados, con mayor o menor proximidad, a la misma, al objeto de establecer las relaciones que existen entre distintos conceptos conexos al de distribución comercial.

IV. 4. A. *Distribución comercial y comercio*

Si bien se emplean con frecuencia entre los economistas ambas expresiones como sinónimas, sí que se establece una diferenciación entre las acepciones estrictas ambos términos. Así, el comercio se conceptúa como una actividad lucrativa basada en la compraventa entre agentes económicos independientes. Por contra, se entiende que el concepto de distribución comercial tiene un sentido más finalista, al entenderse como la actividad que hace posible el uso, ora final, ora productivo, de los bienes o servicios de un fabricante o productor de materias primas.⁴⁵

De manera que el comercio conllevará una tarea propia de distribución, de acercamiento al destinatario, pero puede no ser así —no en vano, también hay comercio entre los distintos niveles intermedios del canal de distribución—. Por otra parte, las funciones que engloba la distribución comercial se podrían realizar sin la presencia del comercio propiamente dicho, por ejemplo, en una economía planificada. Al mismo tiempo, esta delimitación pone de manifiesto la estrecha relación entre ambos términos, pues, en definitiva, el comercio es la plasmación de la distribución comercial en las modernas economías de mercado.

Esta distinción, empero, parte de un concepto excesivamente restrictivo de comercio, pues reduce el término "comercio" únicamente a los intercambios por título de compraventa, más precisamente, a los que tienen por objeto bienes, excluyendo el comercio de servicios. Esta percepción no es ajena a la estrechez del paradigma socioeconómico de

⁴⁵ Véase VÁZQUEZ/TRESPALACIOS: *Distribución comercial*, cit., pág. 32. Esta misma distinción se encuentra en *LiV Comercio*, núm. 6, pág. 4.

referencia en el estudio de la distribución comercial⁴⁶. No obstante, dicha distinción es útil, en la medida que resalta como abordar el comercio desde la óptica de la distribución comercial supone hacer mayor incidencia en los aspectos organizativos del intercambio.

Pero además, ha de advertirse del diferente alcance de la definición del término "comercio" por la doctrina jurídico-mercantil: para los juristas, el comercio no engloba únicamente la actividad de intermediación —en una visión preindustrial del mismo—, sino también la actividad industrial.⁴⁷

Dada la función tan relevante de este concepto para el Derecho mercantil, pues no deja de ser el concepto básico en la delimitación de su ámbito —"no en vano, el Derecho mercantil se presenta como un ordenamiento jurídico-privado y especial que ha nacido y evolucionado por exigencias de la actividad comercial e industrial y de la organización de ese concreto sector de la realidad económica y social"⁴⁸—, parece conveniente hacer una breve reflexión, de la pluma de GIRÓN, sobre los motivos que explican la formación del concepto jurídico-mercantil de comercio: "[l]os Códigos de comercio son de Comercio cuando se está en las postrimerías de lo que el Comercio significó en la Historia económica", actuando como "palanca de transformación [...] hacia una estructura económica nueva". De manera que, "[a]unque todavía en el siglo XIX se contrapongan como dos polos Industria y Comercio, la Industria en realidad va a ser vehículo de generalización de las formas de organización que del comercio procedieron. Los conocimientos económicos y sociales y la acción política irán sacando a la luz los

⁴⁶ Véase *supra*, epg. III.

⁴⁷ En efecto, "los conceptos de comerciante y de comercio a los que hace referencia el Código (de comercio) exceden de la idea de comercio en su acepción económico-vulgar, como actividad de mera intermediación". En el Código de comercio "se constata ya la ampliación del ámbito material del Derecho mercantil, que incluye no sólo en comercio, sino la actividad de industria" (GONDRA: *Derecho mercantil*, cit., pág. 55).

⁴⁸ MENÉNDEZ: "Voz «Derecho Mercantil...», cit., pág. 2331, siguiendo a GIRÓN TENA: *Tendencias actuales...*, cit., págs. 18-19.

elementos básicos de organización económica que se van desarrollando y que estaban prefigurados en el viejo Comercio: un sistema de producción de bienes y servicios que se orienta por el mercado, que se asume en régimen de libre competencia por las empresas, que se racionaliza según el régimen de precios y que se piensa entonces que encontrará por sí mismo su equilibrio. Cuando este esquema ocupa el primer plano, el Comercio ya no tiene ninguna significación específica, pues ha generalizado lo que era su peculiaridad: una forma de organización y actuación económicas. El Comercio queda subsumido en una rúbrica general del sistema: la de los Servicios".⁴⁹

Al hilo de este pasaje se suscita una reflexión a propósito de la última de las afirmaciones en él contenidas: la no consideración de la distribución comercial como un sector económico propio, sino como un subsector dentro del de producción de servicios.

No parece que hoy, a la vista de lo hasta ahora expuesto, sea este un planteamiento socioeconómicamente aceptable. La identificación que se produce entre la esencia del comercio y la de la distribución comercial —entendida ésta última como forma de organización y de actuación económicas—, en efecto, permite incluir la actividad industrial, entendida como producción, en el comercio y, de este modo, dentro de la materia mercantil, salvando así una *laguna legis* evidente: en ese momento surge una actividad económica que se hallaba huérfana de regulación, pero que por su "modo de hacer" se aproximaba a la actividad comercial.

No obstante, tal identificación no deja de ser objetable si se considera la argumentación que le sirve de base con arreglo a criterios económico-empresariales. Aunque el *modus operandi* puede aplicarse tanto a la producción como a la distribución comercial, ello no hace idénticos a ambos sectores económicos. Así, por esta razón no se da tal "pérdida de especialidad" de la distribución comercial. Sino, por la misma razón, por haber adoptado ese "modo de hacer", se podían considerar "comercio" alguna de las actividades excluidas del concepto jurídico-mercantil —por

⁴⁹ GIRÓN: *Tendencias actuales...*, cit., pág. 139.

ejemplo, la agricultura o la ganadería, o cierta clase de artesanía—.

Cuestión distinta es que, por la asunción de funciones de distribución por parte de los productores, así como de funciones más propias de la producción por parte de los intermediarios, se produzca la confusión de las nociones de comercio e industria, de distribución y producción, también en el plano económico-empresarial, con lo que la validez del concepto jurídico-mercantil de comercio vendría a resultar reforzada.

IV. 4. B. Distribución comercial, distribución industrial y gran distribución

Pese a lo que pueda parecer en un primer momento, y conforme a lo ya explicado, no estamos ante conceptos contrapuestos⁵⁰. Dentro del concepto de distribución comercial se incluye el de la "distribución industrial", que se da cuando el destinatario es un agente económico que adquiere los productos para aplicarlos como *inputs* de producción, y de "distribuidor industrial" cuando se está ante intermediarios al por mayor que venden a fabricantes en lugar de hacerlo a detallistas⁵¹. Así, al término "distribución intercalada" (*distribution enclavée*), que sería sinónimo del de distribución industrial, se opone el de "distribución terminal" (*distribution terminal*).⁵²

Finalmente, no debe confundirse la distribución industrial con la denominada "gran distribución", por la que se entiende la propia de finales de éste siglo, en el que un único conjunto de operadores comercializan mercancías en cantidades sin igual hasta ahora en puntos de ventas que se han multiplicado y/o que han aumentado considerablemente sus dimensiones —así, grandes superficies—. ⁵³

⁵⁰ Véase *infra*, epg. III. En el mismo sentido, véase LiV RV, pág. 5, núm. 13.

⁵¹ Véase VÁZQUEZ/TRESPALACIOS: *Distribución comercial...*, cit., págs. 28, 30 y 105.

⁵² Véase FERRIER: *Droit de la distribution*, cit., pág. 5.

⁵³ Véase ANDRÉ, M. E.: *Les contrats de la grande distribution*, Col. Bibliothèque de

IV. 4. C. *Distribución comercial y marketing*

Por "marketing" o "mercadotecnia" se entiende el conjunto de principios y prácticas que buscan el aumento del comercio, especialmente de la demanda, y el estudio de los procedimientos y recursos tendentes a este fin⁵⁴. No son pues conceptos equivalentes, puesto que el marketing abarca una mayor número de actividades que la distribución comercial. Así, desde la perspectiva del productor, la distribución comercial se entiende como una de las variables que configuran la gestión comercial, como una variable del denominado "marketing-mix"⁵⁵. No obstante, la distribución comercial es de una enorme trascendencia dentro del marketing-mix: se caracteriza por ser imprescindible, estructural, de difícil control e influyente en otros componentes del marketing-mix.⁵⁶

Droit de l'Enterprise núm. 25, Fondation Nationale pour le Droit de l'Enterprise, Litec, Paris, 1991, pág. 5.

⁵⁴ REAL ACADEMIA ESPAÑOLA: *Diccionario de la lengua española*, 2 t., 21.^a ed., Espasa Calpe, Madrid, 1992 (en adelante, DRAE), voz «Marketing». Más precisamente, este término ofrece diversas perspectivas. Y así puede entenderse como una función empresarial que engloba una serie de actividades con unos objetivos propios pero estrechamente interrelacionados para servir a los objetivos de la empresa; consiste en analizar, planificar, ejecutar y controlar las acciones y programas que tienen por objeto la realización de los intercambios, con la meta de alcanzar los objetivos perseguidos y la satisfacción del destinatario. Así, el marketing abarca las actividades de investigación y planificación comercial, comunicación, organización de ventas y distribución (véase INSTITUTO DE REFORMA DE LAS ESTRUCTURAS COMERCIALES [IRESCO]: *Vademecum de la distribución comercial*, Col. Manuales sobre técnicas comerciales IRESCO núm. 22, Madrid, 1982, págs. 113-114).

⁵⁵ Véanse VÁZQUEZ/TRESPALACIOS: *Distribución comercial...*, cit., pág. 44, y *supra*, epg. IV. 2.

Con la expresión "marketing-mix" se designan las posibles combinaciones de los diversos medios o instrumentos comerciales de que dispone la empresa para alcanzar sus objetivos de marketing (véase IRESCO: *Vademecum...*, cit., págs. 114-115).

⁵⁶ Véase VÁZQUEZ/TRESPALACIOS: *Distribución comercial...*, cit., págs. 45-46. No obstante, tales características se predicen más del canal de distribución que del fenómeno de la distribución comercial. Incluso, más adelante, se afirma que la insuficiencia de dicha concepción de la distribución comercial, como una variable del marketing-mix, pues su misión es la de asegurar una presencia ininterrumpida en el mercado.

En cualquier caso, es cierto que la relación entre ambos conceptos y, en especial, entre la distribución comercial integrada y el marketing, es muy estrecha, puesto que la existencia de los canales organizados, en general, y de los contratos de distribución, en particular, son consecuencia de la mentalidad de marketing que preside la actuación de los operadores económicos⁵⁷: dado que, en la actualidad, el marketing viene determinado desde la demanda, y no desde oferta, se hace preciso controlar el canal de distribución, para que el producto llegue al destinatario en las condiciones óptimas para satisfacer sus necesidades.

En mercados fuertemente caracterizados por un exceso de la oferta, el conocimiento de los deseos cambiantes de los destinatarios es fundamental para ofrecer los productos que mejor los satisfagan. Y esto es lo que hace competitivo al productor⁵⁸. Para referirse a este cambio de la filosofía de la dirección comercial de las empresas se habla de una "orientación al marketing", que implica, de una parte, una orientación al destinatario y, de otra, una orientación a la competencia; en definitiva, una orientación al mercado.⁵⁹

⁵⁷ Véase MARTINEK, M.: "Betriebs- und absatzwirtschaftliche Hintergründe von Vertriebsverträgen (§ 2)", en: MARTINEK/SEMLER: *Handbuch des Vertriebsrechts*, cit., núm. 21.

⁵⁸ Véase VÁZQUEZ/TRESPALACIOS: *Distribución comercial...*, cit., pág. 403. Este es un dato que no ha pasado desapercibido a la Comisión CE: "... dentro la cadena de suministro, ahora son los consumidores finales quienes solicitan los productos, y la distribución no viene impuesta desde arriba por los fabricantes en función de las necesidades de producción. Este fenómeno ha supuesto un importante ahorro en existencias y una reducción significativa del volumen de bienes no deseados" (véase LiV RV, núm. 7, pág. ii).

⁵⁹ Véanse, para las empresas detallistas, VÁZQUEZ/TRESPALACIOS: *Distribución comercial...*, cit., págs. 157-192; y, con carácter más general, POLO, Y.: "Reflexiones sobre el marketing", DyC 1997 (34), págs. 85-87.

IV. 4. D. Distribución comercial, comercio interior y comercio exterior

Se observa, asimismo, una tendencia a considerar equivalentes distribución comercial y comercio interior⁶⁰. Sin embargo, si atendemos a la noción de "política de comercio interior" –también llamada "política comercial interna" o "política comercial interior" –se aprecian significativas diferencias, presentando el comercio interior una mayor complejidad de contenidos que la distribución comercial. Así, se puede definir la política de comercio interior como una política económica sectorial que persigue desarrollar políticas globales sobre el sector distributivo, y cuyas áreas fundamentales de desenvolvimiento son la regulación comercial, el abastecimiento de productos básicos, la estabilidad de los precios, la protección al consumidor y la modernización del comercio.⁶¹

⁶⁰ Así, GÓMEZ REINO Y CARNOTA, E.: "Voz «Comercio interior» (D.º Administrativo)", en: *Enciclopedia Jurídica Básica*, cit., vol. I, pág. 1117, suscribe una definición del comercio interior como "el conjunto de operaciones de compra y venta, mayorista y minorista, que se desarrollan en el seno de un país"; es más, este autor considera equivalentes las nociones de actividad comercial y comercio interior, como lo demuestra que aluda a las definiciones, igualmente próximas a la noción de distribución comercial, dadas en las normas autonómicas sobre "comercio interior" a propósito de la delimitación de su ámbito de aplicación, que no obstante, pivotan sobre la noción de "actividad comercial" (véanse art. 2 de la Ley 8/1986, de 29 de diciembre, de Ordenación del comercio y Superficies Comerciales de la Comunidad Valenciana [DOGV de 31-12; BOE de 31-1-1987]; art. 2.1 de la Ley 10/1988, de 20 de julio, de Ordenación del Comercio Interior de Galicia [DOG de 26-8; corr. err. DOG de 23-9; BOE de 4-10]; art. 2 de la Ley 9/1989, de 5 de octubre, de Ordenación de la Actividad Comercial en Aragón [BOA de 16-10; BOE 4-11]; art. 2 del Decreto Legislativo 1/1993, de 9 de marzo, por el que se aprueba el Texto Refundido del Comercio Interior de Cataluña [BOGC de 21-5]; art. 2 de la Ley 4/1997, de 25 de abril, de Ordenación de la Actividad Comercial de Canarias [BOCAN de 29-4; BOE 27-5]; art. 2 de la Ley 7/1994, de 27 de mayo, de la Actividad Comercial del País Vasco [BOPV de 13-6]; y arts. 2-5 de la Ley 1/1996, de 10 de enero, de Comercio Interior de Andalucía [BOJA de 18-1; BOE 16-2]). Véase también CASARES/REBOLLO: *Distribución comercial*, cit., págs. 9, 21 y 195; así, en este último lugar, se explica el estado del comercio interior mediante la exposición de la situación de la distribución comercial.

⁶¹ Véase CASARES/REBOLLO: *Distribución comercial*, cit., págs. 210-211.

Y es que la política de comercio interior mantiene relaciones con otras políticas económicas, como son la política de estabilidad de precios, de urbanismo y de competencia —desde la oferta— y de información al consumidor, de eficacia, de calidad de vida y de distribución de la renta —desde la demanda—. Así, por ejemplo, la relación con la política de la competencia se establece en el "plano instrumental", en la medida en que ésta puede colaborar a mejorar de manera notoria las pautas de distribución comercial.⁶²

Por lo tanto, las cuestiones objeto de la distribución comercial no son sino una parte de la problemática que es objeto de la política de comercio interior —principalmente, en el marco de la regulación comercial, al ocuparse de las estructuras distributivas, y en el de la modernización del comercio⁶³—.

De otra parte, idéntica relación, si bien contemplada desde una perspectiva transnacional, puede establecerse entre distribución comercial y comercio exterior. Y ello, en la medida en que la distinción entre comercio interior y exterior, entendido éste último como el

⁶² Véanse CASARES RIPOL, J.: "La política de comercio interior. Posibles ampliaciones del 'lecho de Proscuto'", ICE 1995 (739), págs. 19 y 25; y, especialmente sobre las relaciones entre política de comercio interior y política de la competencia, IDEM: "Política de comercio interior. Regulación pública, intereses sectoriales y calidad de vida", DyC 1994 (17), págs 10-13.

⁶³ Así, la gran preocupación de la política española de comercio interior es la obsolescencia de nuestro aparato distributivo por la preponderancia del comercio tradicional y la necesidad de su modernización; preocupación que se ha materializado, en el ámbito estatal, en el denominado Plan Marco de Modernización del Comercio Interior, aprobado en 1995 y modificado a finales de 1996 (al respecto, véanse CRUZ ROCHE, I., y REBOLLO ARÉVALO, A.: "Actuaciones públicas para articular el sistema de distribución. Plan Marco de Modernización del Comercio", DyC 1995 [23], págs. 46-55; MARRERO CABRERA, J. L.: "Apuntes para una política de comercio interior", DyC 1996 [29], págs. 123-129; IDEM: "Apuntes para una política de comercio interior [2.ª parte]", DyC 1996 [30], págs. 122-128; e IDEM: "Apuntes para una política de comercio interior", ICE 1997 [763], págs. 13-20; y GÓMEZ PASCUAL, R.: "El Plan Marco de Modernización del Comercio Interior", ICE 1997 [763], págs. 35-48).

"comercio entre países"⁶⁴, se va desfigurando⁶⁵. Dicha difuminación de contornos es consecuencia de la internacionalización del comercio, por mor de la cual, ni la intervención de los Estados es ya tan decisiva –liberalización–, ni las estrategias de distribución comercial de los agentes económicos no institucionales atienden ya a esta separación –globalización–.⁶⁶

IV. 4. E. Distribución comercial, comercio minorista y comercio mayorista

Dentro de la distribución comercial se viene diferenciando, con denominaciones variadas, dos grandes bloques: la distribución mayorista –también llamada comercio mayorista o comercio al por mayor– y la distribución minorista –también llamada comercio minorista, comercio al por menor o comercio detallista–⁶⁷. Básicamente, se distingue entre comercio mayorista y minorista según que la transmisión de los productos se realice, respectivamente, a industriales u otros comerciantes, o a consumidores o usuarios finales.⁶⁸

⁶⁴ Véase CASARES/REBOLLO: *Distribución comercial*, cit. pág. 21; en este sentido, véanse también GRANELL, F.: "El sector de la distribución comercial ente el mercado europeo único", EC 1987 (12), págs. 28-29; y, para una delimitación clásica del comercio exterior, que justifica la intervención administrativa, TORNOS MAS, J.: "Voz «Comercio exterior» (D.º Administrativo)", en: *Enciclopedia Jurídica Básica*, cit., vol. I, pág. 1114.

⁶⁵ Véase CASARES/REBOLLO: *Distribución comercial*, cit., pág. 15, quien pone de relieve como "las fronteras con el comercio exterior [...] se hacen porosas"; en el mismo sentido, véase TORNOS MAS: "Voz «Comercio exterior...», cit., pág. 1114, quien expresamente alude al comercio intracomunitario. A ello habría que añadir la nueva dimensión que ha adquirido el comercio mundial merced al Acuerdo de Marrakech de 15 de abril de 1994 por el que se establece la Organización Mundial del Comercio (Instrumento de Ratificación –también del Acuerdo sobre Contratación Pública– en BOE de 24-1-1995), fruto de la Ronda de Uruguay. Sobre este particular, véase DÍAZ MIER, M. A.: "Nuevo escenario internacional. La distribución comercial en el GATT", DyC 1994 (17), págs. 44-54.

⁶⁶ Véase *infra*, epg. IV. 6. B. b.

⁶⁷ Estas denominaciones van a ser utilizadas indistintamente. No obstante, téngase en cuenta lo dicho *supra*, epg. IV. 4. A.

⁶⁸ Véase CASARES/REBOLLO: *Distribución comercial*, cit., pág. 30.

Así, el comercio minorista se ha definido como el conjunto de actividades asociadas con la distribución de productos ofrecidos a los agentes económicos para que éstos realicen su uso o consumo final. Por contra, el comercio mayorista abarca las actividades asociadas con la distribución productos a detallistas y otros intermediarios, que a su vez redistribuyen la mercancía al consumidor final o a otros distribuidores, dependiendo del número de niveles del canal de distribución. En efecto, a la hora de distinguir el comercio minorista del comercio mayorista, el dato básico es la entidad de los sujetos adquirentes de los productos comercializados: han de ser consumidores finales; o mejor, debe atenderse a la entidad de los sujetos a los que la actividad de distribución está, en principio, dirigida: ésta va destinada a hacer llegar los productos a consumidores finales. En realidad, el comercio mayorista se define negativamente, por contraposición al comercio minorista. Se caracteriza por dirigir su oferta al consumidor, entendido como sujeto, persona física o jurídica, que realiza un consumo personal, familiar o doméstico —es decir, como consumidor en el sentido del art. 1.2 y 1.3 LGDCU—. ⁶⁹

Sin embargo, esta distinción no es tan clara como a primera vista puede parecer. Así, en primer lugar, la noción económico-empresarial de "mayorista" no es homogénea y presenta dificultades para su definición, pues tiene distintos significados en los diversos Estados miembros de la UE. ⁷⁰

En síntesis, se distinguen una noción amplia y una estricta. En su noción amplia, "mayorista" equivale al agente económico que realiza una actividad propia del comercio mayorista: las "entidades que se ocupan

⁶⁹ Véase VÁZQUEZ/TRESPALACIOS: *Distribución comercial...*, cit., págs. 91 y 119-120. En este mismo sentido, la Comisión CE entiende que la distribución minorista es "la actividad a través de la cual los bienes y servicios se ponen a disposición del cliente para su adquisición y consumo" (LiV RV, núm. 28, pág. 9).

⁷⁰ Véase LiV RV, núm. 17, pág. 6.

exclusiva o principalmente de la reventa, en su propio nombre, de bienes a minoristas o a otros mayoristas, a fabricantes u a otros productores para una transformación posterior, a usuarios profesionales, incluidos los artesanos, u otros usuarios importantes", quedando excluidos los agentes intermediarios⁷¹. En su noción estricta, "mayoristas" son únicamente las "empresas de propiedad y operación independiente que desempeñan actividades de venta de bienes y servicios a otros intermediarios comerciales quienes los compran para revenderlos al consumidor final"; es decir, en esta segunda acepción, los distribuidores industriales quedarían excluidos de la noción de mayorista⁷², exclusión que se justifica en la medida en que la actividad del distribuidor industrial no va destinada a otro intermediario, sino a un consumidor-fabricante.⁷³

Pero además, en segundo lugar, la confusa delimitación teórica entre comercio minorista y comercio mayorista resulta de difícil traslado a la práctica, debido al fuerte dinamismo del sector minorista, que hace surgir continuamente gran variedad nuevas formas comerciales, y a la ampliación de los papeles tradicionales, por la que los mayoristas asumen funciones de distribución propias de los minoristas y viceversa, a lo que se debe sumar los procesos de integración vertical corporativa, por los que los fabricantes realizan las funciones de los mayoristas y minoristas.⁷⁴

⁷¹ Véase LiV RV, núm. 17, pág. 6; y VÁZQUEZ/TRESPALACIOS: *Distribución comercial...*, cit., págs. 103-105. Esta es la noción que se recoge en la Clasificación Nacional de Actividades Económicas (CNAE) del Instituto Nacional de Industria, según informa FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, R.: "Factores clave para el futuro del comercio mayorista", DyC 1996 (28), págs. 103-104.

Para la noción de agente intermediario, véase *infra*, epg. V. 4.

⁷² Véase *infra*, epg. IV. 4. B.

⁷³ Véase VÁZQUEZ/TRESPALACIOS: *Distribución comercial...*, cit., pág. 91.

⁷⁴ Véanse VÁZQUEZ/TRESPALACIOS: *Distribución comercial...*, cit., págs. 91 y 121; y LiV RV, núm. 20, pág. 7. Véase también PÉREZ RUIZ, M. E., y RODRÍGUEZ MOSQUERA, E.: "La distribución comercial española en 1996", Bol. Eco. ICE 1997 (2548), pág. 12, quienes ponen de relieve la tendencia existente en España a la supresión o disminución de este escalón. Tal constatación se apoya en los datos obtenidos del *Informe sobre la distribución comercial en España en 1996* elaborado por la Dirección General de Comercio

Si se tiene en cuenta, tanto lo difuso de los límites económico-empresariales entre el comercio minorista y el comercio mayorista, como la existencia de normativa autonómica en la materia, que de hecho delimita dichos conceptos de modo no homogéneo, parece justificada –atendiendo a las exigencias de la seguridad jurídica, aunque no deje de introducir cierto grado de rigidez– la técnica legislativa por la que se opta en la LOCM, en cuyo art. 1.2 se establece una noción legal de comercio minorista:⁷⁵

"A los efectos de esta Ley, se entiende por comercio minorista aquella actividad desarrollada profesionalmente con ánimo de lucro consistente en ofertar la venta de cualquier clase de artículos a los destinatarios finales de los mismos, utilizando o no un establecimiento".

Cosa distinta es que la definición no sea acertada⁷⁶, y ello, por

Interior del Ministerio de Economía y Hacienda, que estos autores vienen a comentar sintéticamente; para un extracto de dicho informe, véase "Noticias - Informe sobre la distribución comercial en España", DyC 1997 (34), págs. 88-94.

⁷⁵ Cfr. TORNOS MÁS: "Comentario al artículo 1", cit., pág. 37, quien entiende que la norma "en principio debe contener mandatos normativos y no definiciones", y crítica al legislador por dar a entender que "no existe un concepto social ya acuñado e identificable de comercio minorista". Sin embargo, parece que esto último es así.

Para constatar la heterogénea delimitación de los conceptos de comercio minorista y comercio mayorista realizados por la legislación autonómica, véanse art. 2.1, párrs. 2.º a 4.º, de la Ley 8/1986 de Ordenación del comercio y Superficies Comerciales de la Comunidad Valenciana, cit.; art. 2, apdos. 2 y 3, de la Ley 10/1988 de Ordenación del Comercio Interior de Galicia, cit.; arts. 7.1 y 8.1 de la Ley 9/1989 de Ordenación de la Actividad Comercial en Aragón, cit.; art. 2.2, letras a y b, del Decreto Legislativo 1/1993, por el que se aprueba Texto Refundido del Comercio Interior de Cataluña, cit.; art. 2.2 de la Ley 4/1997 de Ordenación de la Actividad Comercial de Canarias, cit.; y arts. 3 y 4 de la Ley 1/1996 de Comercio Interior de Andalucía, cit.; véase también ESCRIBANO COLLADO, P.: "Comentario al artículo 1", en: AA. VV., BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R., y LEGUINA VILLA, J.: *Comentarios a las Leyes de Ordenación del Comercio Minorista*, Tecnos, Madrid, 1997, pág. 41.

Finalmente, no puede reprocharse al legislador estatal un exceso, cuando el propio art. 1.2 LOCM aclara los efectos restringidos de la definición.

⁷⁶ En este sentido, véase ESCRIBANO COLLADO: "Comentario al artículo 1", cit., pág. 39, quien afirma que las normas autonómicas ofrecen una mejor técnica legislativa.

distintos motivos. En primer lugar, por tratarse de una formulación "pretendidamente objetiva": pese a aparentar estar centrada en la actividad y en sus características, ello no es así, pues en el trasfondo se encuentra la noción de comerciante o empresario⁷⁷. Así se exige la nota de la profesionalidad, que se debe entender en el sentido de habitualidad del art. 1 del Código de comercio⁷⁸. Además, se exige la concurrencia de ánimo de lucro, elemento que no es esencial del concepto jurídico de empresario. Y es que la formulación del art. 1.2 LOCM "recuerda inevitablemente al art. 325 del Código de comercio", precepto del que se ha debido "contagiar" la nueva Ley⁷⁹. De hecho, la actividad desarrollada ha de consistir en la oferta de la "venta" de cualquier clase de "artículos". Es decir, en una interpretación estricta, se alude únicamente, de una parte, al tráfico articulado a través de contratos de compraventa y, de otra parte, al tráfico de bienes muebles, con exclusión del de servicios y del de bienes inmuebles⁸⁰. Dejando al margen la dudosa exclusión de los bienes inmuebles⁸¹, debe de ponerse de manifiesto, sin embargo, que no es cierto que los servicios hayan quedado excluidos del ámbito de aplicación de la LOCM, al menos no totalmente, pues los

⁷⁷ Véase BELTRÁN SÁNCHEZ: "Comentario al artículo 1", cit., pág. 29. Véase también A. BERCOVITZ: "Notas sobre los aspectos...", cit., pág. 948, quien incluso califica esta formulación de "retraso en la evolución hacia una normativa general aplicable a todas las actuaciones de los operadores en el mercado". Cfr. ESCRIBANO COLLADO: "Comentario al artículo 1", cit., quien afirma el carácter objetivo de la definición.

⁷⁸ En este sentido, TORNOS MÁS: "Comentario al artículo 1", cit., pág. 37; y BELTRÁN SÁNCHEZ: "Comentario al artículo 1", cit., pág. 30.

⁷⁹ Véase BELTRÁN SÁNCHEZ: "Comentario al artículo 1", cit., pág. 30. Al respecto de las dudas que suscita la exigencia del ánimo de lucro, véase A. BERCOVITZ: "Notas sobre los aspectos...", cit., pág. 947.

⁸⁰ Así lo entienden TORNOS MÁS: "Comentario al artículo 1", cit., pág. 37; BELTRÁN SÁNCHEZ: "Comentario al artículo 1", cit., pág. 30. A ello debe de sumarse la exclusión parcial establecida en la disp. ad. 5.^a LOCM: "La presente Ley no será de aplicación a los establecimientos dedicados a la venta y expedición de productos farmacéuticos, ni a las expendedorías de tabaco y timbre del Estado, en los aspectos regulados por sus normativas específicas".

⁸¹ Así, ESCRIBANO COLLADO: "Comentario al artículo 1", cit., pág. 40, no excluye la venta de bienes inmuebles del ámbito de aplicación de la LOCM.

arts. 38 y sigs. LOCM son de aplicación a la venta a distancia de servicios⁸². Y es que, tras una atenta lectura de la LOCM, no puede evitarse tener la sensación de que en su redacción definitiva no intervino jurista alguno. Su imprecisión jurídico-lingüística es, tal vez, la crítica más grave que se puede formular, tanto a la definición, como a la Ley en su conjunto. Así, parece que términos tales como "artículo" o "venta" se emplean en lo que se puede calificar de su "acepción económica"; es decir, que "venta" se utiliza en el sentido de "transmisión a título definitivo" (de un bien) –incluso de "transmisión a título no definitivo, pero con facultades cuasidominicales en relación con la función propia del objeto del contrato" (por ejemplo, por arrendamiento, *leasing*, *renting*)– o/y "prestación" (de un servicio), y que "artículo" –sobre todo, a la luz de la relectura del término "venta"– no debe interpretarse tan restrictivamente –como sinónimo de bien mueble–, sino que debe incluir también, al menos, los servicios. Idéntica sombra planea sobre el dato delimitador fundamental del concepto de comercio minorista, cual es el de los destinatarios de la oferta de venta: los "destinatarios finales". Ante dicha terminología, inmediatamente puede llegarse a la conclusión de que quiere aludirse a "consumidores" en el sentido del art. 1 LGDCU. Tal es así, que hay quien no dedica ninguna atención a este elemento subjetivo de la definición. Su delimitación se realiza adyacentemente, por la simple contraposición entre comercio minorista y comercio mayorista, dándose incluso por sobreentendida. Así, se dice que "[e]n efecto, la Ley lo que pretende ordenar es la actividad de reventa, es decir, de venta de un comerciante al destinatario final, de modo que queda fuera de la misma la regulación del comercio mayorista y, por tanto, las compraventas realizadas entre comerciantes"⁸³. En primer lugar, es criticable la tajante exclusión de las compra-

⁸² Véanse art. 38 y disp. ad. 1.ª LOCM. En este sentido, véanse ESCRIBANO COLLADO: "Comentario al artículo 1", cit., págs. 40-41, quien, además, pone de relieve la dificultad de determinar si la LOCM es de aplicación a la venta de productos mixtos; y A. BERCOVITZ: "Notas sobre los aspectos...", cit., pág. 947.

⁸³ BELTRÁN SÁNCHEZ: "Comentario al artículo 1", cit., pág. 30. En este mismo sentido,

ventas realizadas entre comerciantes del ámbito de aplicación de la LOCM con tal argumento: se excluye el comercio mayorista, *ergo* se excluyen las compraventas entre comerciantes. No se debe confundir la actividad de oferta de venta, dirigida normalmente a una colectividad de sujetos, con la contratación resultante de dicha actividad. Lo que identifica al comercio minorista —a los efectos de la LOCM y, por lo tanto, delimita su ámbito de aplicación, que ése es el objeto de la presente definición— no es a quién se vende finalmente, sino a quién va dirigida la oferta de venta. Y nada impide a un comerciante comprar a otro comerciante minorista —que lo es por ofertar la venta a "destinatarios finales"— y utilizar dicho bien en su actividad empresarial, sin que ello haga perder la condición de comerciante minorista al vendedor ni parezca que deba excluir dicho contrato del ámbito de aplicación de la LOCM⁸⁴. Pero además, en segundo lugar, es dudoso que el término "destinatario final" sea sinónimo de "consumidor" en el sentido del art. 1 LGDCU; es decir, no está claro cuál es el alcance que debe conferirse a dicho término⁸⁵. Finalmente, se recoge un elemento indiferente, cual

TORNOS MÁS: "Comentario al artículo 1", cit., pág. 37.

⁸⁴ Por ejemplo, un chacinero adquiere un cuchillo en la ferretería (al por menor) más próxima, cuchillo que destina a la preparación de las piezas de carne que vende en su establecimiento. ¿Deja de ser por ello el ferretero un comerciante minorista? En principio, parece que no. ¿Deja por ello en este caso de estar sujeto dicho contrato de compraventa a la disciplina de la LOCM? Parece que tampoco.

La LOCM tiene por objeto, además de la regulación de determinadas ventas especiales y actividades de promoción comercial —respecto de las cuales incluso podría sostenerse que no es presupuesto que tales ventas y actividades sean realizadas por un comerciante minorista (a excepción de la venta automática [véase art. 49.1 LOCM])—, el "régimen jurídico general del comercio minorista" (art. 1 LOCM). Tal pretensión —cuyo exceso ha sido rápidamente advertido (véase TORNOS MÁS: "Comentario al artículo 1", cit., pág. 36; BELTRÁN SÁNCHEZ: "Comentario al artículo 1", cit., pág. 27; y ESCRIBANO COLLADO: Comentario al artículo 1", cit., pág. 38)— se concreta, en lo que a nuestro ejemplo podría interesar, en los arts. 8-12 LOCM. ¿Porqué no se va a poder aplicar al contrato del ejemplo lo previsto en el art. 10 LOCM, relativo al derecho de desistimiento? Lo cierto es que el precepto habla de "comprador", no de "consumidor". Podría sostenerse que, de hecho, "comprador" puede ser cualquiera, siempre que se compre a un oferente que dirige su actividad a "destinatarios finales".

⁸⁵ En este sentido, A. BERCOVITZ: "Notas sobre los aspectos...", cit., págs. 947-948; y

es la venta utilizando o no un establecimiento; indiferencia obligada, si se atiende a la regulación de las denominadas ventas especiales.⁸⁶

Tampoco contribuye a aclarar la indeterminación del ámbito de aplicación de la LOCM el atender a la noción que de "comerciante mayorista" se da a propósito de la "oferta de venta directa"⁸⁷: aquel empresario que "realice sus operaciones de venta fundamentalmente a comerciantes minoristas", puesto que conocer su alcance exacto presupone, entre otros datos, disponer de un concepto claro de comerciante minorista.⁸⁸

ESCRIBANO COLLADO: "Comentario al artículo 1", cit., pág. 40, aunque no se alcanza a entender los argumentos en los que ampara la discrepancia entre ambos conceptos ni cuál es exactamente la diferencia entre ellos, aunque parece que se apunta en la misma dirección que lo hace el legislador en la Exposición de motivos de la LCGC (véase *supra*, epg. III).

Lo cierto es que los términos "destinatario final" y "consumidor" parecen no tener idéntico alcance, como así lo confirmaría el hecho de que el legislador emplee los términos "comprador" y "consumidor" de manera diferenciada, por ejemplo, en la regulación de las ventas a distancia: si se atiende a lo dispuesto en el art. 48 LOCM, el hecho de que el comprador, es decir, el destinatario final, sea (además) consumidor no es indiferente para el legislador.

⁸⁶ Véase art. 36 y sigs. LOCM.

⁸⁷ Véase art. 35.a), inciso 2.º, LOCM. Sobre la oferta de venta directa véase también *infra*, epg. VIII. 2. D.

⁸⁸ En efecto, este elemento del concepto de comerciante mayorista no es abordado por los comentaristas: DÍAZ ALABART, S.: "Comentario al artículo 35", en: BECOVITZ/LEGUINA: *Comentarios a las Leyes de Ordenación...*, cit., págs. 582-583, no realiza una delimitación de la noción de comerciante minorista, y se limita a decir que el comerciante mayorista es el agente económico que se encuentra entre el fabricante —que sí se esfuerza por delimitar— y el minorista —que no delimita—; nada dice al respecto MARÍN LÓPEZ, J. J.: "Comentario al artículo 35", en: ARIMANY · MANUBENS & ASOCIADOS: *Ordenación de comercio minorista...*, cit., págs. 263-266; por su parte, PORTELLANO DÍEZ, P.: "Comentario al artículo 35", en: PIÑAR/BELTRÁN: *Comentarios a la Ley de Ordenación...*, cit., pág. 275, nota 11, asombrosamente se limita a decir que la LOCM no facilita concepto alguno de mayorista ni de fabricante (cfr. el presente precepto), como tampoco de minorista (cfr. art. 1.2 LOCM), y que "no merece la pena, sin embargo, detenernos en esta cuestión". Pero a este elemento delimitador ha de sumarse el del carácter fundamental de la actividad de comerciante mayorista, dato del que DÍAZ ALABART: "Comentario al artículo 35", cit., pág. 583, pone de manifiesto su indeterminación; indeterminación a la que, igual de asombrosamente, PORTELLANO DÍEZ: "Comentario al artículo 35", cit., pág. 277, pone fin, pues afirma que debe atenderse al volumen de ventas —al número de contratos—, de manera que si más de 50% del volumen de ventas del comerciante proviene de operaciones con

Por último, ha de ponerse de manifiesto como el estudio de la distribución comercial se aborda principalmente en el marco de la distribución minorista, especialmente en el marco de la distribución minorista de bienes de consumo⁸⁹. Ello introduce, una vez más, estrechez en el paradigma socioeconómico de referencia aplicado en el estudio de la distribución comercial.

IV. 4. F. Distribución comercial y canales de distribución comercial

Metodológicamente, los canales de distribución se consideran el concepto básico para el análisis de la actividad de distribución, y de hecho es frecuente la referencia a 'canales de distribución' como sinónimo del sistema y de la propia actividad de distribución comercial⁹⁰. No obstante, en puridad no son conceptos equivalentes, como ha quedado expuesto al explicar la consideración de la distribución comercial como sistema⁹¹, diferencias que se podrán apreciar nítidamente cuando se aborde el estudio de los canales de distribución⁹². Si bien, previamente, es necesario hacer referencia a la finalidad que persigue la distribución comercial y a cuáles son su realidad socioeconómica actual y sus tendencias evolutivas.

minoristas, se está ante un mayorista.

⁸⁹ Así sucede, señaladamente, en el Derecho comunitario de defensa de la competencia, como pone de manifiesto la propia Comisión CE (véase LiV RV, núm. 19, pág. 7).

⁹⁰ Véase CASARES/REBOLLO: *Distribución comercial*, cit., págs. 33 y 103. En cuanto a su efectivo uso indistinto, véase también VÁZQUEZ/TRESPALACIOS: *Distribución comercial...*, cit., pág. 32.

⁹¹ Véase *supra*, epg. IV. 3.

⁹² Véase *infra*, epg. V.

IV. 5. Finalidad de la distribución comercial

Si bien los orígenes remotos de la distribución comercial, entendida llanamente como enlace o nexo entre la producción y el mercado final, se pueden situar en el momento en que el hombre primitivo, individual o colectivamente, supera la fase de autoconsumo y realiza los primeros intercambios comerciales, sus orígenes próximos se encuentran en la Revolución Industrial. La especialización de la producción origina una serie de cambios, acompañados por las correspondientes transformaciones institucionales y en la demanda, que van a desembocar en nuevas necesidades, a las que la moderna distribución comercial busca dar respuesta. Dichos cambios se pueden sintetizar en tres movimientos⁹³: movimiento de profundización –aumento del grado de utilización del mercado por los individuos para la satisfacción de sus necesidades–, movimiento de expansión –gran crecimiento en la oferta de productos– y movimiento de ampliación (geográfica) –aparición de nuevos y mucho mayores espacios económicos con un cada vez mayor grado de homogeneidad, por la creciente convergencia y generalización de los gustos, deseos y necesidades en la demanda; a este fenómeno de la globalización se ha de sumar el de la liberalización del comercio mundial, factores ambos que conducen a lo que se denomina la internacionalización del comercio⁹⁴–.

Estas mutaciones dan lugar a la multiplicación del número de intercambios, así como a un grado de complejidad creciente de los mismos. Ello provoca un "'bache' insalvable"⁹⁵ entre la producción y el mercado final. Dicha separación presenta las siguientes vertientes⁹⁶:

⁹³ Véanse CASARES/REBOLLO: *Distribución comercial*, cit., págs. 21-22.; y VÁZQUEZ/TRESPALACIOS: *Distribución comercial...*, cit., págs. 27-28.

⁹⁴ Véase *infra*, epg. IV. 6. B. b.

⁹⁵ CASARES/REBOLLO: *Distribución comercial*, cit., pág. 22.

⁹⁶ Véase CASARES/REBOLLO: *Distribución comercial*, cit., págs. 22-23.

separación espacial, motivada por la tendencia a la concentración geográfica, tanto del lado de los productores como de los destinatarios; separación temporal, debida a los distintos ritmos que siguen la producción y el disfrute; y discrepancia de surtidos, originada por la tensión entre la tendencia a la especialización en la producción y incremento del número de productos requeridos por los destinatarios para dar satisfacción a sus necesidades⁹⁷. La moderna distribución comercial —es decir, la existente en el contexto de un sistema económico desarrollado—, con sus mercados intermedios, sus intermediarios especializados y las actividades que le son características, asume la función de vehículo superador de tales separaciones entre la oferta y la demanda.

Pero la distribución comercial no se limita a ser simple puente entre la producción y el mercado-meta. Al contrario, dicha finalidad se cumple de modo que la distribución comercial "crea utilidad, añade valor a la producción inicial"⁹⁸. Este fenómeno, que se ha denominado "función de valor añadido"⁹⁹ de la distribución comercial, se descompone en las utilidades de lugar, de tiempo y de forma, superadoras de las separaciones espacial, temporal y de surtidos, respectivamente. A éstas habría que añadir la utilidad de posesión, que, de una parte, satisface la necesidad de información previa, superando así

⁹⁷ Más precisamente, existe un desajuste, de una parte, entre la dosificación de la cantidad producida y disfrutada y, de otra parte, entre el carácter limitado del surtido en la producción y su necesaria variedad en el mercado final (véase VÁZQUEZ/TRESPALACIOS: *Distribución comercial...*, ob. cit., págs. 28-29).

⁹⁸ VÁZQUEZ/TRESPALACIOS: *Distribución comercial...*, cit., pág. 28.

⁹⁹ Véase LiV RV, núm., 15, pág. 5. Sin embargo, la propia Comisión CE emplea el término con un alcance distinto cuando se refiere a las funciones de valor añadido de la distribución mayorista, con lo que alude a las actividades propios de la distribución comercial, en este caso, en su escalón mayorista —así, venta y promoción, adquisición y acumulación de existencias diversas, división de lotes al por mayor en lotes minoristas, transporte, financiación, soporte del riesgo, suministro de información comercial, estación de servicios de gestión— (IBIDEM, núm. 18, pág. 6).

el desajuste en el conocimiento entre oferentes y demandantes; y, de otra parte, canaliza la transmisión del producto entre el fabricante y el destinatario, dotando al mercado incluso de los medios precisos para facilitar el intercambio —señaladamente, de medios de financiación—. ¹⁰⁰

En definitiva, la finalidad de la distribución comercial consiste en articular los mercados intermedios entre producción y disfrute que garanticen la repetición del ciclo económico, a la vez que satisface unas exigencias mínimas ineludibles, al hacer posible el proceso productivo de materias primas, transformación y disfrute. ¹⁰¹

Como se desprende de lo anteriormente dicho, y se podrá apreciar en el epígrafe siguiente, la importancia actual de la distribución comercial está fuera de toda duda, habiendo adquirido entidad propia como actividad económica y como sector económico ¹⁰². De ahí que ya no se justifique su percepción como "una actividad subsidiaria" de la productiva, ni la desarrollada por los agentes intermediadores especializados como una actividad prácticamente parasitaria. ¹⁰³

¹⁰⁰ Véase VÁZQUEZ/TRESPALACIOS: *Distribución comercial...*, cit., págs. 28-29; véase también *supra*, epg. IV. 1.

A este fenómeno aludía SANTINI: *El comercio...*, cit., págs. 119-121, cuando constataba la "progresiva transformación del mismo sistema distributivo en un sistema de servicio", evolución que corre paralela a la de la moderna distribución integrada, y que implica una pérdida de importancia de la actividad de intercambio, de la pura y simple "reventa", frente a todas aquellas actividades que añaden valor al producto distribuido.

¹⁰¹ Véanse CASARES/REBOLLO: *Distribución comercial*, cit., pág. 23; y VÁZQUEZ/TRESPALACIOS: *Distribución comercial...*, cit., pág. 29.

¹⁰² Véase *supra*, epg. IV. 2.

¹⁰³ Véanse CASARES/REBOLLO: *Distribución comercial*, cit., pág. 21, y nota 1 de dicha página, y pág. 9, donde se habla de "escaso prestigio social"; y VÁZQUEZ/TRESPALACIOS: *Distribución comercial...*, cit., pág. 404. También sale en defensa de los agentes económicos de la distribución comercial CRUZ ROCHE: "Presentación...", cit., pág. 11. Y es que la actividad de los intermediarios especializados se venía tachando incluso de inmoral, haciéndose tradicionalmente acreedores de una maldición cuasibíblica: "*In medieval Europe, a man risked his soul as well as his capital when he attempted to sell at a profit goods that he had not made: 'The man who buys in order that he may gain by selling it again unchanged and as he bought it, that man is of the buyers and sellers who are cast*

IV. 6. La distribución comercial en la Unión Europea

Pero la importancia de la distribución comercial no es sólo cualitativamente apreciable, sino que también se deja valorar cuantitativamente, como permitirá constatar la sucinta panorámica de la significación y las características de la distribución comercial la UE¹⁰⁴ que a continuación se ofrece, y en la que se prestará una especial atención a la situación española en dicho contexto.

No obstante, con carácter preliminar, ha de advertirse de la carencia de datos económicos sobre el sector de la distribución comercial en la Europa comunitaria¹⁰⁵. A ello se suma la dificultad de "formular princi-

forth from God's temple', warned St. Thomas Aquinas" (MAHONEY, T., y SLOANE, L.: *The Great Merchants*, nueva ed. ampliada, Harper & Row, New York/Evanston/London, 1966, pág. 4).

¹⁰⁴ A propósito del uso de la terminología "Unión Europea" (en adelante, UE) frente a la terminología "Comunidad Europea" (en adelante, CE), téngase en cuenta lo siguiente: "En rigor, la reforma institucional no se refiere a la Unión Europea: se refiere a las tres comunidades. Ello es así porque según el TUE, según el Tratado de la Unión Europea, y bajo el prisma, de nuevo, de la teoría general de las organizaciones internacionales, la Unión no tiene personalidad jurídica independiente, la Unión no es una organización internacional en sentido propio o estricto; como mucho es una organización internacional *de facto*, y ello pese al valor altamente político que tiene la expresión en boga Unión Europea, y no obstante el hecho de que sea ésta la terminología que se haya impuesto en los medios de comunicación y la que impere asimismo en el lenguaje diplomático. [...] (La Unión Europea) no existe jurídicamente; jurídicamente existen las tres comunidades, porque debe estar bien claro que a quien el Tratado de la Unión confiere personalidad jurídica es a cada una de las tres Comunidades: a saber, la CE, que ha perdido su adjetivo 'económica' en el Tratado de la Unión, la CECA y el Euroatom" (PASTOR RIDRUEJO, J. A.: "La reforma de las instituciones de la Unión Europea", en: AA. VV., BERNAD Y ALVAREZ DE EULATE, M. [dir.]: *Academia Europea de Jaca 1995*, Separata del Anuario del Real Instituto de Estudios Europeos, I, 1995, pág. 242).

¹⁰⁵ Así, la propia Comisión CE —concretamente, su Dirección General XXIII, de Política de Empresas, Comercio, Turismo y Economía Social— destaca recientemente que "pese a hallarse en el corazón mismo del sistema económico, el sector padece una falta crónica de información accesible y de datos analíticos" (LiV Comercio, núm. 4, pag. 4). En IBIDEM, núms. 75-77, págs. 20-21, se proponen líneas de actuación para la elaboración de información estadística fidedigna, de la que hasta ahora no se dispone. Véase también

pios generales o determinar tendencias con respecto al sector de la distribución, debido a la envergadura, diversidad y dinamismo del mismo".¹⁰⁶

IV. 6. A. Significación

La distribución comercial ha sido calificada de "sector vital" para la UE¹⁰⁷. Constituye el segundo sector económico en tamaño¹⁰⁸. Se considera el indicador fundamental del nivel y de la fortaleza de una economía.

Basta una mirada a los datos del comercio comunitario europeo. Así, su contribución al producto interior bruto de la UE se mantuvo estable entre 1982 y 1992 en torno al 13 % (con un volumen aproximado de 1.450.000 millones de ECU). Un elevado número de empresas, especialmente PYME, participan en el sector (en total, 4,5 millones de empresas, que representan un tercio de las empresas de la UE, y de las que el 95 % de las mismas tiene menos de 10 empleados).¹⁰⁹

CRUZ/MÚGICA: "La distribución comercial...", cit., págs. 52 y 58.

En España existe idéntica carencia. De hecho, una de las funciones principales del recientemente creado Observatorio de la Distribución Comercial —de la mano de la Dirección General de Comercio Interior del Ministerio de Economía y Hacienda— es la de obtener información sobre el sector (véase núms. 1.º y 2.º, letra c, de la Orden del Ministerio de Economía y Hacienda de 22 de octubre de 1996 [BOE de 6-11] —modificada, en cuanto a la composición del órgano, por la Orden de 20 de marzo de 1998 [BOE de 8-4]—, por la que se deroga la anterior Orden del Ministerio de Comercio y Turismo de 14 de febrero de 1996 [BOE de 17-2], por la que, a su vez, se creaba este órgano de información, consulta y asesoramiento en materia de distribución comercial; véase también, CASARES RIPOL, J.: "Observatorio de la Distribución Comercial", DyC 1997 (35), pág. 109).

¹⁰⁶ LiV RV, núm. 6, pág. ii; y véase *infra*, epg. IV. 6. B.

¹⁰⁷ Véase LiV Comercio, núm. 2, pág. 4.

¹⁰⁸ Véanse LiV Comercio, núm. 2, pág. 4, y núm. 9, pág. 5; y CARDOSO E CUHNA, A.: "Mercado Unico y distribución", DyC 1992/93 (7), pág. 5.

¹⁰⁹ Datos de LiV Comercio, núm. 11, pág. 6. También parcialmente en CASARES/REBOLLO: *Distribución comercial...*, cit., pág. 206, si bien estos autores no facilitan ni la fuente ni la fecha de dichos datos. No así la Comisión CE, que manifiesta que los datos corresponden a 1994. Sin embargo, una simple ojeada al Anexo A del LiV Comercio, págs. 30-44, permite percatarse de la heterogeneidad de los datos de los que dispone la Comisión CE, debiendo, cuando menos, relativizarse el valor descriptivo de los mismos y la exactitud de las afirmaciones en ellos fundadas.

España se encuentra igualmente en esa cifra del 13 % de valor añadido bruto a precios de mercado al producto interior bruto, si bien debe tenerse en cuenta la gran importancia relativa que ello tiene, pues la economía española es una economía de servicios, con un 59 % de los componentes de la oferta de nuestro producto interior bruto.¹¹⁰

Y nótese que dichos porcentajes de participación en el producto interior bruto no incluyen las actividades comerciales realizadas por los productores, ni ciertos tipos de servicios logísticos, de transporte, etc. De incluirse dichas actividades, la participación de la distribución comercial, tanto en el caso de la UE como de España, rondaría el 30 % del producto interior bruto.¹¹¹

Pero, más allá de los indicadores macroeconómicos, no debe despreciarse su relevancia social, pues el comercio es un factor fundamental en el modelo socioeconómico europeo.¹¹²

Dentro de las distintas funciones sociales de la distribución comercial¹¹³, destaca su papel en el empleo dentro de la UE.¹¹⁴

¹¹⁰ Véase PÉREZ/RODRÍGUEZ: "La distribución comercial española en 1996", cit., pág. 11.

¹¹¹ Llamada de atención de CASARES RIPOL, J.: "Distribución comercial nueva en un nuevo mundo. Formas de competencia", DyC 1993 (12), pág. 10.

¹¹² Véase LiV Comercio, núm. 9, pág. 5.

¹¹³ Véase *supra*, epg. IV. 1.

¹¹⁴ El sector de la distribución comercial genera 22 millones de puestos de trabajo en la UE, es decir, es la segunda mayor fuente de empleo, suponiendo un 16 % de toda la fuerza de trabajo de la UE. Así, 1,1 millones de comercios al por mayor proporcionan 7 millones de empleos, mientras que 3,4 millones de comercios al por menor proporcionan 15 millones de empleos. Entre 1982 y 1992, el comercio creó 2,3 millones de puestos de trabajo, lo que representa un aumento del 12 %, frente al 7 % de crecimiento del empleo total (datos de LiV Comercio, núms. 10-11, págs. 5-6; también parcialmente en CASARES/REBOLLO: *Distribución comercial*, cit., pág. 206; no obstante, ténganse en cuenta las observaciones realizadas anteriormente, a propósito de los datos que aportan estos autores).

En España, este sector representaba en 1996 el 15 % de la población ocupada total,

IV. 6. B. Características

La síntesis de las notas distintivas de la distribución comercial en la UE puede realizarse con base en la distinción, pese a sus evidentes interrelaciones, entre dos grupos de características: las estructurales y las tendenciales. El propósito perseguido es el de transmitir una imagen que recoja, respectivamente, los elementos con un alto nivel de permanencia y de asentamiento estructural, y aquéllos con una previsiblemente importante proyección de futuro.¹¹⁵

con 2.360.000 empleos, lo que supone el 13,5 % de la población activa, el 12,7 % de la asalariada, y, con una tasa muy elevada de autoempleo, el 23,7 % de la no asalariada o por cuenta ajena. El comercio minorista es el que, en tendencia ascendente, mayor volumen de ocupación absorbe, con un 64 %, frente al 22,5 % del comercio mayorista, y el 13,2 % del comercio de vehículos de motor y de combustible (véanse CASARES/ARANDA: "Distribución comercial y empleo...", cit., pág. 163; y "Noticias - Informe sobre la distribución comercial en España", cit., pág. 88; el trabajo anteriormente citado presenta un enorme interés para quienes deseen estudiar las relaciones entre ambos fenómenos; siguiendo esta misma y novedosa orientación, véanse CASARES RIPOL, J., y ARANDA GARCÍA, E.: "El empleo en la distribución comercial. Características y tendencias", DyC 1997 (36), págs. 5-23; CASARES RIPOL, J., y MARTÍN CERDEÑO, V. J.: "Planteamientos de política laboral en comercio interior. Un enfoque de modernización con empleo", DyC 1997 (36), págs. 25-41; y CASARES RIPOL, J., y BONILLA DELGADO, M. I.: "El empleo en la distribución comercial. Políticas sectoriales en España y otros países", DyC 1997 (36), págs. 43-67).

¹¹⁵ Véase CASARES/REBOLLO: *Distribución comercial*, cit., pág. 195.

IV. 6. B. a. *Características estructurales: inestabilidad y heterogeneidad*

De una parte, la distribución comercial europea se caracteriza por su inestabilidad y heterogeneidad estructural.

En cuanto a la inestabilidad, la estructura del comercio comunitario ha experimentado, en los últimos cuarenta años, una serie de cambios sustanciales, en un proceso paralelo y complementario a la aparición de industrias a gran escala; proceso que se está acelerando en los últimos años¹¹⁶. Es éste un sector muy dinámico, con un ritmo de creación y desaparición de pequeñas empresas relativamente elevado, y una constante experimentación de nuevas formas de distribución¹¹⁷. Además, concurre una serie de factores que obligan a continuas reestructuraciones en el sector, como son: la ampliación geográfica de los mercados, consecuencia de la internacionalización del comercio; la constante evolución de las relaciones entre productores y consumidores; la presión del entorno competitivo, por el progresivo asentamiento del Mercado Unico; y el rápido cambio tecnológico, que influye en la modernización del servicio y en la aparición de nuevas formas de comercio directo.¹¹⁸

Además de los anteriores factores, la distribución comercial ha de afrontar a corto plazo otros retos que contribuyen a generar inestabilidad¹¹⁹: la existencia de obstáculos al pleno desarrollo del potencial del Mercado Unico creados por la persistencia de una gran diversi-

¹¹⁶ Véase CARDOSO E CUNHA: "Mercado Unico...", cit., p. 5.

¹¹⁷ Véase LiV RV, núm. 6, pág. ii, y núm. 30, pág. 10.

¹¹⁸ Véase LiV Comercio, núm. 3, pág. 4; respecto del primero de los factores de inestabilidad, véase *infra*, epg. IV. 6. B. b.; a propósito del segundo de estos factores, véase *infra*, epg. VI.; sobre el último factor, véase LiV Comercio, núms. 91-101, págs. 23-27.

¹¹⁹ LiV Comercio, núm. 3, pág. 4.

dad de normas nacionales, regionales y locales¹²⁰; la introducción de la moneda única, que si bien comportará ventajas, también planteará problemas específicos al consumidor¹²¹; los efectos de las constantes reestructuraciones del sector sobre las comunidades que dependen de o se sirven de las estructuras existentes; y la necesidad de proporcionar un entorno en el que las empresas puedan prosperar.¹²²

Por lo que a la heterogeneidad de sus estructuras se refiere, puede constatarse que existen significativas divergencias entre los diversos modelos de desarrollo comercial, tanto en función del sector que sea objeto de consideración, como en función del Estado miembro en cuestión¹²³. El estudio comparativo de las estructuras económicas presentes en el Mercado Unico permite constatar avances en la armonización de sus procesos productivos e industriales, mientras que resulta mucho más complicada esa equiparación en términos de distribución comercial¹²⁴. En relación a los sectores, la heterogeneidad obedece a los diferentes grados de concentración de los intermediarios,

¹²⁰ Así, las diferencias en las normas estatales reguladoras del contrato de franquicia pueden socavar la viabilidad de las inversiones que pretenden poner en marcha nuevas operaciones de venta al por menor en mercados europeos vecinos. Véase también LiV Comercio, núms. 56-57, págs. 15-16.

¹²¹ Véase también LiV Comercio, núms. 62-69, págs. 17-19; más ampliamente en COMISIÓN DE LA COMUNIDAD EUROPEA: *Libro Verde sobre las modalidades de transición a la moneda única*, Documento COM(95) 333 final, Bruselas, 31.5.1995.

¹²² Véase también, respectivamente, LiV Comercio, núms. 78-90, págs. 21-23, y núms. 70-77, págs. 19-21.

¹²³ Véanse CARDOSO E CUNHA: "Mercado Unico...", cit., pág. 5; y LiV RV, núm. 13, pág. 5.

Así, por ejemplo, se aprecia como "[e]l urbanismo comercial y los negocios detallistas del norte de Europa son completamente diferentes a los de los países meridionales. Incluso entre los países del sur de Europa, pese a ciertas similitudes en el eslabón minorista, la organización de los mercados y sus canales de distribución guardan pocos parecidos" ("Editorial - Distribución y Mercado Unico", DyC 1992/93 [7], pág. 11). De otra parte, a la Comisión CE le llama la atención la diferencia en el crecimiento del empleo en el sector de la distribución (véase LiV Comercio, núm. 10, págs. 5-6).

¹²⁴ Véase "Editorial - Avance de contenidos", DyC 1992/93 (7), pág. 8.

así como a la variadísima organización de los canales de distribución; y, respecto de los diferentes Estados miembros, ésta se debe a las significativas diferencias de estructura y tamaño de los sistemas nacionales de distribución comercial, incluso para un mismo sector¹²⁵. A su vez, todas estas disparidades tienen su origen en diferencias del entorno de orden económico, social y cultural, y especialmente en la presencia de hábitos de disfrute divergentes dentro del Mercado Unico¹²⁶. Este último dato es altamente determinante, pues, a diferencia de los sistemas de producción, los sistemas de distribución están muy vinculados a los hábitos de consumo y compra. De manera que la búsqueda de la eficiencia de la distribución comercial en el Mercado Unico conduce, por un lado, a la homogeneización de los sistemas de distribución y, por otro, a prestar el mejor servicio al destinatario, satisfaciendo sus necesidades. Se genera de este modo una contradicción que se ha de resolver mediante la nada sencilla fórmula de atender a las necesidades diferenciadas de los destinatarios con sistemas de distribución compatibles¹²⁷. En definitiva, "debe hablarse de *15 comercios distintos* aunque se observen algunas señas de identidad en los cambios y tendencias de los diversos aparatos distributivos".¹²⁸

¹²⁵ Véase LiV RV, núm. 6, pág. ii.

¹²⁶ Véanse CRUZ/MÚGICA: "La distribución comercial...", cit., págs. 47-50; y LiV RV, núms. 25-26, págs. 8-9.

¹²⁷ Véase "Editorial - Distribución y Mercado Unico", cit., pág. 11. Véase también PLA BARBER, J.: "La expansión internacional de las empresas europeas de distribución", ICE 1997 (761), págs. 77-78, quien se refiere al enfoque organizativo "transnacional" como aglutinador de las ventajas y superador de los inconvenientes de las estrategias globales y multidomésticas para la transferencia transfronteriza de formatos comerciales.

Es ésta una cuestión de gran interés para la Comisión CE, que se pregunta "si este carácter nacional de la distribución, unido a la necesidad de integración económica de las cadenas de suministro derivada del ahorro que ha supuesto la tecnología de la información, tiene consecuencias en la política de competencia" (LiV RV, núm. 9, pág. iii).

¹²⁸ CASARES/REBOLLO, ob. cit., pág. 206 —la cursiva es del original—. En efecto, se mantiene la convivencia de modelos nacionales de distribución muy distintos y difícilmente equiparables, pese a la progresiva internacionalización (véase "Avance de contenidos", cit., pág. 8).

Para un estudio más pormenorizado de las estructuras comerciales de diferentes

Así, en 1986 se distinguía un primer grupo de Estados miembros que se caracterizaban por tener un comercio con mercados medios reducidos y escasa productividad (España, Irlanda, Portugal e Italia), un segundo grupo con un comercio de elevada productividad y grandes mercados medios (Alemania, Francia, Bélgica y Luxemburgo), y un tercer grupo (Reino Unido, Dinamarca) con un mercado medio de tamaño adecuado pero con una productividad baja¹²⁹. Por otra parte, el grado de concentración en el comercio era igualmente dispar: un primer grupo de Estados miembros (Grecia, Portugal, España y Bélgica) tenía altas cuotas de comercio independiente, un segundo grupo (Luxemburgo, Irlanda y Francia) mostraba una situación intermedia, mientras que en un tercer grupo (Países Bajos, Alemania, Reino Unido y Dinamarca) predominaba ya el comercio integrado.¹³⁰

En cualquier caso, para la exposición de las estructuras, se debe diferenciar entre el comercio minorista y el mayorista.

El comercio minorista presenta un mayor grado de heterogeneidad. No obstante, y dentro de tal diversidad, pueden distinguirse tres modelos: de alta concentración comercial y fuerte desarrollo de las grandes superficies (Alemania, Francia, Reino Unido); de moderada concentración comercial y menor desarrollo de las grandes superficies (España, Dinamarca, Benelux y regiones industriales de Italia); de coexistencia de

Estados miembros de la CE, además de CRUZ/MÚGICA: "La distribución comercial...", cit., págs. 47-61, véanse MÚGICA GRIJALBA, J.-M.: "España. La nueva organización del mercado", DyC 1992/93 (7), págs. 13-30; FILSER, M.: "Francia. El liderazgo de los hipermercados, la concentración de las centrales de compra y las nuevas formas comerciales", DyC 1992/93 (7), págs. 32-42; PELLEGRINI, L., y ZANDERIGHI, L.: "Italia. El reto de la modernización", DyC 1992/93 (7), págs. 44-57; BURT, S.: "Gran Bretaña. La adaptación a un escenario de crisis", DyC 1992/93 (7), págs. 60-71; ARAGONÉS, R.: "Distribución comercial en Gran Bretaña", DyC 1994 (17), págs. 124-135; y GÓMEZ NAVARRO, E.: "Panorama actual de la distribución comercial en Portugal", DyC 1998 (38), págs. 81-91.

¹²⁹ Véase CRUZ/MÚGICA: "La distribución comercial...", cit., pág. 51.

¹³⁰ Véase GRANELL: "El sector de la distribución comercial...", cit., págs. 31-32.

las grandes organizaciones con el pequeño comercio familiar (Portugal, Grecia, Irlanda y zonas rurales de Italia). Por contra, el comercio mayorista muestra un menor grado de heterogeneidad. Sin embargo, en el concurren otros factores que deben ser tenidos en cuenta. Por un lado, una creciente complejidad, debida a la especialización y diversificación de las fases comerciales previas a la actividad minorista. La evolución hacia la especialización en ciertos productos y/o destinatarios, el aumento de los servicios ofrecidos a estos últimos en materia de logística, técnica comercial, apoyo financiero, etc., son claves para la supervivencia de los agentes económicos tradicionalmente instalados en este escalón. De hecho, la complejidad es tal que resulta difícil considerar todavía al comercio mayorista como un escalón único. A todo ello debe añadirse la confusión creciente con el escalón minorista y con el productor, motivada por la profusión de la venta directa, los mayoristas "cash and carry", las actividades mayoristas de las grandes cadenas de detallistas y las actividades distribuidoras de los productores.¹³¹

Efectivamente, la situación del sector mayorista español no difiere de la arriba descrita. En cuanto al sector minorista en España, éste se caracteriza por su inestabilidad, presentando una gran heterogeneidad y dinámica de cambio; en cuanto al actual grado de integración, sólo uno de cada siete comerciantes minoristas forma parte de un canal de distribución integrada.¹³²

¹³¹ Véanse CASARES/REBOLLO: *Distribución comercial*, cit., pág. 206; y CARDOSO E CUNHA: "Mercado Unico...", cit., pág. 5. Véase también LiV RV, núm. 14, pág. 5, y núms. 22-23, págs. 7-8.

¹³² Es decir, tanto de integración horizontal (por ejemplo, una cadena voluntaria o una central de compras) como vertical (por ejemplo, una red de franquicia), de manera que únicamente el 15 % de los comerciantes minoristas aprovechan las ventajas de la integración (véase PÉREZ/RODRÍGUEZ: "La distribución comercial española en 1996", cit., págs. 14 y 16). No obstante, al menos por lo que a la franquicia se refiere, ésta se encuentra todavía en fase de expansión (véase IBIDEM, pág. 21, "Noticias - Informe sobre la distribución comercial en España", cit., pág. 93).

IV. 6. B. b. Características tendenciales: concentración e internacionalización

Junto a los rasgos estructurales anteriormente señalados, la distribución comercial europea muestra las siguientes tendencias que, con distinto grado de intensidad, impulsan el proceso de reestructuración que en la actualidad atraviesa el sector en la UE: la concentración, la reducción del número de mayoristas tradicionales, la transformación del sector minorista, la diversificación y la internacionalización¹³³. De entre dichas tendencias, por su relevancia en atención al objeto de estudio, conviene detenerse en la primera y la última de las enunciadas.

La concentración aparece como un fenómeno irreversible y que se ha visto acelerado por al creación del Mercado Unico. Afecta a todos los escalones de la distribución comercial, si bien puede apreciarse que está mucho más extendida en el Norte que en el Sur de la UE, y que afecta especialmente a la distribución de los productos alimentarios de gran demanda¹³⁴. La concentración es consecuencia de la disminución de los agentes económicos a un reducido número de operadores de grandes dimensiones, y de unas relaciones verticales más estrechas, así como del desarrollo de redes de comerciantes independientes¹³⁵. Dicha

¹³³ Véase LiV RV, núm. 44, pág. 15. Por su parte, la distribución comercial española responde igualmente a las características tendenciales señaladas (véase FLAVIAN, C., MARTÍNEZ, E., y POLO, Y.: "La distribución comercial en España: evolución reciente y perspectivas de futuro", Bol. Eco. ICE 1997 [2558], págs. 17-20).

¹³⁴ Véanse LiV Comercio, núms. 18-19, págs. 7-8; LiV RV, núm. 6, pág. ii, y núm. 30, pág. 10; y CASARES/REBOLLO: *Distribución comercial*, cit., pág. 207. No obstante, en España no deja de llamar la atención el fuerte movimiento de concentración experimentado especialmente por el comercio minorista (por todos, véanse GÓMEZ NAVARRO, E., y PUELLES PÉREZ, J. A.: "Integración corporativa en la distribución detallista. Alternativas del pequeño comercio", DyC 1993/94 (13), págs. 37-38; y ARANDA GARCÍA, E.: "La política económica de las relaciones producción/distribución", DyC 1994 [17], págs. 21-22).

¹³⁵ Véase LiV RV, núm. 44, págs. 15-16. La versión española del Documento contiene un error de traducción, pues donde dice "... a través de *la reducción del número* de operadores de grandes dimensiones...", debería decir "... a través de *un reducido número* de

tendencia apunta un claro efecto negativo: el alto grado de concentración produciría una integración vertical *de facto* o la dependencia del productor de un único gran distribuidor, lo que llevaría al cierre del mercado tanto para los productores como para los pequeños distribuidores. Otro resultado de la concentración ha sido el aumento del poder de los distribuidores respecto de los productores.¹³⁶

Sin entrar ahora a valorar sus pros y sus contras¹³⁷, la internacionalización puede obedecer a distintas causas: al denominado "efecto desbordamiento"¹³⁸ y a estrategias de diversificación y de intercambio de experiencias¹³⁹. Sin embargo, a diferencia de la concentración, la internacionalización no afecta a todos los escalones de la distribución por igual. Así, dentro del Mercado Unico, debe distinguirse, una vez más, entre el comercio mayorista y minorista, pues el primero presenta un mayor grado de internacionalización que el segundo.¹⁴⁰

En el comercio al por mayor, la internacionalización aparece como una de las estrategias aplicadas en respuesta a los cambios estructurales

operadores de grandes dimensiones...", como así resulta del cotejo con las versiones inglesa ("... a reduced number of larger operators...") y alemana ("... es gibt weniger und gewichtigere Akteure...") del Documento.

¹³⁶ Véanse LiV Comercio, núms. 20-21, pág. 8; e *infra*, epg. VI.

¹³⁷ Sobre las ventajas y los inconvenientes del fenómeno de la internacionalización, véase SUBDIRECCIÓN GENERAL DE ESTUDIOS DEL SECTOR EXTERIOR: "El impacto de la globalización sobre las economías en desarrollo: visiones opuestas del Banco Mundial y la UNCTAD", Bol. Eco. ICE 1997 (2554), págs. 3-8.

¹³⁸ Este efecto se produce cuando "[a]lgunas empresas y organizaciones comerciales que se encuentran con mercados internos saturados intentan desbordar estas limitaciones mediante el acceso a mercados foráneos". Efecto que se ve reforzado por otros "elementos decisores tales como el afán de diversificar inversiones, las restricciones derivadas de las políticas urbanísticas y el deseo de generar imágenes de marca internacional" (CASARES/REBOLLO: *Distribución comercial*, cit., pág. 187).

¹³⁹ Véase CASARES/REBOLLO: *Distribución comercial*, ob. cit., pág. 207; véase también PLA BARBER: "La expansión internacional...", cit., págs. 69-71.

¹⁴⁰ Véanse LiV Comercio, núms. 27-32, págs. 9-11; y LiV RV, núm. 9, pág. iii.

en los canales de distribución. Esta evolución se valora positivamente, ya que facilita el acceso al mercado a los pequeños fabricantes, actuando como contrapeso de la concentración en la producción. Por contra, el comercio al por menor está poco internacionalizado. Como ya se ha indicado¹⁴¹, las diferencias culturales obligan a diseñar estrategias "nacionales", de manera que únicamente los grandes grupos, es decir, aquellos que tienen la dimensión suficiente para adquirir la capacidad técnica de servir a modelos de consumo diferentes, pueden aprovechar los mercados internacionales y adaptarse, a su vez, a las características particulares de cada mercado nacional.¹⁴²

Por lo que a España se refiere, la internacionalización de la distribución tiene un alcance muy limitado. Si se atiende a las empresas nacionales, ésta es prácticamente nula. Las manifestaciones de la internacionalización que pueden observarse entre nosotros son fruto de la recepción de iniciativas de expansión de empresas extranjeras, principalmente de origen intracomunitario.¹⁴³

Conviene ahora poner de manifiesto la distinción que hace la Comisión CE entre la internacionalización del comercio a nivel mundial y la internacionalización a nivel europeo, o "europeización del comercio"¹⁴⁴. En cuanto a la marcha de esta última, la Comisión CE entiende que las empresas no están sacando todo el partido posible al Mercado Unico, como lo demuestra el hecho de que la propia Comisión

¹⁴¹ Véase *supra*, epg. IV. 6. B. a.

¹⁴² Véase LiV Comercio, núm. 30, pág. 10.

¹⁴³ Véase MUÑIZ MARTÍNEZ, N., PLACER GALÁN, J. L., y CERVANTES BLANCO, M.: "Diversificación e internacionalización de las empresas de distribución comercial que operan en España", DyC 1997/98 (37), págs. 59-61.

¹⁴⁴ LiV Comercio, núm. 31, pág. 10. Mientras que la internacionalización en sentido estricto es objeto de una aproximación clásica, más próxima a la tradicional del comercio exterior, la segunda está íntimamente ligada a la realización del Mercado Unico, y de ahí que, lógicamente, sea objeto de especial atención por la Comisión CE y que reciba un tratamiento propio del comercio interior por parte de ésta (véase *supra*, epg. IV. 4. D.; para el tratamiento dado por la Comisión CE al comercio exterior, véase LiV Comercio, núms. 33-37, págs. 11-12).

CE busque medios para estimular o facilitar el acceso de mayoristas o minoristas a mercados transfronterizos¹⁴⁵. Es más, lo que se observa —especialmente en la distribución comercial minorista— es el fenómeno inverso, la nacionalización-regionalización de la distribución, incluso por parte de grupos extranjeros¹⁴⁶. Se llega incluso a afirmar que se trata de un "sector cubierto de la competencia internacional".¹⁴⁷

Tal inmunidad puede encontrar su razón de ser en la alta flexibilidad del comercio para adaptarse a las estructuras socioeconómicas, propiedad que viene a reforzar la diversidad de los modelos de consumo y comportamiento en la UE.¹⁴⁸

Dicha situación puede incluso empeorar, en la medida en que, a consecuencia de la saturación del mercado, aparecen nuevas y más complejas estructuras de la demanda. Es decir, existe una tendencia hacia la diferenciación creciente en los destinatarios, lo que apunta hacia el mantenimiento, cuando menos, de la situación de divergencia en los mercados finales.¹⁴⁹

¹⁴⁵ Véase LiV Comercio, cuadro, pág. 17. En el caso de España, por ejemplo, la distribución comercial ha quedado "al margen del intenso proceso de apertura al exterior, que ha introducido mayores niveles de competencia en la economía española". Y es que "[m]ientras que los productos son fácilmente importables, con lo que se incrementa casi automáticamente el grado de competencia desde el exterior, no es tan sencillo que esto suceda en los servicios" (CRUZ ROCHE, I.: "Evaluación de los problemas del comercio: un enfoque competitivo", DyC 1996/97 [31], pág. 7).

¹⁴⁶ LiV RV, núm. 29, pág. 10, ya que "[m]uchos minoristas a escala transfronteriza han tenido que adaptar su oferta para responder a los gustos de los consumidores locales y siguen aplicando condiciones de comercialización basadas en el elemento nacional más que en la idea paneuropea".

¹⁴⁷ CRUZ ROCHE: "Evaluación...", cit., pág. 15.

¹⁴⁸ Véase LiV Comercio, núm. 39, pág. 12; pero la explicación de esta evolución puede ser más compleja, como explica PLA BARBER: "La expansión internacional...", cit., págs. 74-76.

¹⁴⁹ Véase LiV RV, núm. 222, pág. 75-76.

En este contexto tan poco prometedor, y dentro de las alternativas para la penetración en mercados extranjeros¹⁵⁰, las franquicias internacionales –más precisamente, "transeuropeas"–, aparecen, en opinión de la Comisión CE, como "un importante elemento de la europeización del comercio". No obstante, ella misma advierte como las diferencias de precios entre los Estados miembros persisten, lo que hace que la internacionalización de las marcas no implique la de la oferta ni la convergencia de precios¹⁵¹. Es por ello que hay voces que defienden que la efectiva europeización del comercio pasa por fomentar los acuerdos de cooperación para la distribución, mediante las alianzas minoristas inter-empresariales.

Por "alianza minorista inter-empresarial" se entiende la "cooperación entre dos o más empresas de distribución detallista, en las cuales cada socio busca aumentar sus competencias mediante la combinación de sus recursos con los de sus socios"¹⁵². Esta forma de vincular a los intermediarios comerciales sitúa la dimensión vertical en un segundo plano, prevaleciendo la dimensión horizontal, dado que estas alianzas buscan sobre todo, y al margen de la internacionalización, la acumulación y especialización o extensión de funciones y actividades¹⁵³. Sin embargo, los resultados hasta ahora alcanzados en esta dirección –señaladamente, por las denominadas "eurocentrales"– no permiten corroborar el acierto

¹⁵⁰ A este respecto, MÚGICA GRIJALBA: "España. La nueva organización...", cit., págs. 26-29, distingue las siguientes estrategias de internacionalización: el desarrollo de cadenas propias con la marca de origen, ya sea mediante nuevas implantaciones o mediante franquicias, el desarrollo de nuevas implantaciones con marca nueva, la adquisición de empresas nacionales, la colaboración con empresas nacionales (acuerdos de cooperación) y la colaboración en proyectos multinacionales (centrales de compra europeas, centrales de distribución); véase también MUÑIZ/PLACER/CERVANTES: "Diversificación e internacionalización...", cit., pág. 66.

¹⁵¹ Véase LiV Comercio, núm. 31, pág. 10.

¹⁵² DAWSON, J. A., y SHAW, S. A.: "El comercio minorista en Europa. La experiencia de las alianzas empresariales", DyC 1992/93 (7), pág. 73.

¹⁵³ Véanse DAWSON/SHAW: "El comercio minorista...", cit. págs. 74-75 y 78; e *infra*, epg. VI. 2.

de tal postura.¹⁵⁴

¹⁵⁴ Véanse RECIO, M., y ROMÁN, M. V.: "Eurocentrales ¿Oportunidad o amenaza?", DyC 1994 (16), págs. 128-143; y LiV RV, núm. 236, pág. 76.

Capítulo Segundo

Fundamentos para el análisis de los canales de distribución comercial

Una vez situados los canales de distribución comercial en su contexto económico-empresarial, procede exponer unos rudimentos que permitan el análisis de los mismos y comprender su situación actual y perspectivas de futuro.

V. LOS CANALES DE DISTRIBUCION COMERCIAL

V. 1. Concepto de canal de distribución comercial

Con esta expresión, así como con las expresiones "canal comercial", "canal de comercialización", "canal de distribución comercial", o, abreviadamente, "canal de distribución", se hace referencia al conducto, vía o camino por el que transcurren los productos desde el fabricante hasta el destinatario; al circuito a través del cual se establece la relación entre producción y mercado-meta, con el propósito de poner los productos a disposición de los destinatarios mediante la articulación de los distintos flujos de distribución. De manera que los canales de

distribución organizan la actividad de los distintos agentes económicos en unos circuitos por los que circulan de modo recurrente los diferentes flujos de distribución comercial¹. De lo dicho, resultan los siguientes elementos fundamentales de la noción de canal de distribución: (a) es un circuito o conducto por el que circulan productos, comunicando la producción con el mercado-meta; (b) dicho circuito o conducto establece una vía o camino destinada a la circulación recurrente de productos, es decir, el circuito es establecido con vocación de duración en el tiempo; y (c) el circuito implica la articulación (especificación y asignación) de las funciones de distribución comercial. Si se sintetizan estos datos esenciales, el canal de distribución puede definirse como la articulación de las funciones de distribución comercial en forma de circuito destinado a la circulación duradera y recurrente de productos desde la producción al mercado-meta.²

¹ Véanse VÁZQUEZ/TRESPALACIOS: *Distribución comercial...*, cit., pág. 32; y CASARES/REBOLLO: *Distribución comercial*, cit., págs. 32 y 103. Sobre los flujos de distribución comercial, véase *supra*, epg. IV. 1.

² Parece rechazable, pues induce a confusión, esta otra definición, más amplia, por metonímica: si se entiende que "[l]os canales de distribución pueden definirse como el conjunto de agentes económicos, instituciones y espacios a través de los cuales circulan los bienes y servicios hasta el consumidor o usuario" (CASARES/REBOLLO: *Distribución comercial*, cit., pág. 32), éstos se asimilan a la noción de sistema de distribución comercial entendido como subsistema dentro del sistema económico. El hecho cierto de que éstos constituyan "el soporte fundamental del sistema de distribución comercial" (IBIDEM, págs. 32-33) no debe impedir la discriminación de los diversos elementos del sistema, de los que los canales, aunque de importancia, son uno de sus elementos constitutivos (véase *supra*, epg. IV. 3.). Idéntica suerte, aunque por distinto motivo, debe correr la conceptualización de los canales de distribución como "una sucesión de mercados que dan lugar al sistema de relaciones e infraestructuras que articulan los intercambios de los bienes hasta su disposición por el consumidor o usuario final" (IBIDEM, págs. 32-33). Esta definición peca por defecto, pues, como se pondrá de manifiesto más adelante (véase *infra*, epg. V. 5.), puede existir canal de distribución sin que existan mercados intermedios, es decir, sin una sucesión de mercados intermedios.

V. 2. Criterio delimitador de los canales de distribución comercial

El criterio delimitador de los canales de distribución nos viene dado por el objeto de la actividad distributiva, por el producto: los canales se configuran en torno a la comercialización de un inventario de productos especificado en función de las necesidades y hábitos de los destinatarios³. Y es que la articulación de las funciones de distribución en el canal va a venir enormemente condicionada por la modulación de los flujos de distribución requerida en atención a los atributos de marketing que haya de tener el producto, atributos que hoy en día viene determinados por las necesidades de la demanda.⁴

Esta constatación tiene significativas repercusiones en dos cuestiones importantes para el Derecho de defensa de la competencia: de una parte, que para la delimitación del mercado relevante se acuda especialmente a la demanda⁵; y, de otra parte, el hecho de partir de un inventario, de un grupo de productos es un dato a tener en cuenta a la hora de determinar la existencia de los acuerdos vinculados desde la perspectiva económico-empresarial.⁶

V. 3. Perspectivas analíticas de los canales de distribución comercial

En principio, el análisis estructural de los canales de distribución se ha venido realizando desde dos perspectivas. Así, los canales de

³ Véase CASARES/REBOLLO: *Distribución comercial*, cit., pág. 103.

⁴ Véanse VÁZQUEZ/TRESPALACIOS: *Distribución comercial...*, cit., pág. 39; y LiV RV, núm. 7, pág. ii. Véase también *supra*, epg. IV. 4. C.

⁵ Véase *infra*, epgs. XVI. 2. A. y XVI. 3. A.

⁶ Véase *infra*, epg. XIII. 3. C. b.

distribución se pueden contemplar, bien desde una perspectiva funcional, que atiende a las tareas y actividades desarrolladas en el proceso distributivo, y que desemboca en un análisis económico de los canales de distribución; bien desde una perspectiva institucional, que estudia las "organizaciones" o "sujetos"⁷ que forman parte o intervienen en los canales de distribución, y que da lugar a un análisis organizativo de éstos.⁸

A tales perspectivas deben hacerse diversas matizaciones.⁹ Como se ha avanzado, en el caso de la perspectiva funcional, el método aplicado es el del análisis económico, cuyo criterio valorativo es la eficiencia a través de la minimización de los costes de distribución. De manera que esta perspectiva no tiene por objeto propiamente el canal de distribución, sino que se centra en el estudio de las funciones y flujos de distribución comercial¹⁰. En realidad, no estamos ante un análisis propio de los canales de distribución, sino de la distribución comercial misma, en el que se considera al canal de distribución no como un todo, sino como una suma de funciones. No obstante, esta perspectiva se ha enriquecido con las aportaciones del modelo de especulación-aplazamiento y del modelo de creación de utilidad, por los que se supera el enfoque determinista del análisis funcional, y se adopta un enfoque contingente, que admite el hecho de que no existe una estructura óptima, sino varias, dependiendo de diversos factores.

En cuanto a la perspectiva institucional, se debe añadir que no sólo atiende a los sujetos, sino también a los vínculos existentes entre dichos sujetos. En efecto, ésta hace hincapié en el aspecto subjetivo-organizativo: el canal de distribución se concibe como un conjunto de organizaciones o sujetos interrelacionados o interdependientes, en el que

⁷ Respecto de término organización, véase *infra*, epg. V. 4.

⁸ Véase VÁZQUEZ/TRESPALACIOS: *Derecho de la distribución...*, cit., pág. 36.

⁹ Para mayor detalle, véase VÁZQUEZ/TRESPALACIOS: *Distribución comercial...*, cit., págs. 56-62.

¹⁰ Véase *supra*, epg. IV. 1.

cada agente económico integrante del canal precisa a las demás para sincronizar y coordinar los flujos y funciones de distribución¹¹. Propio de este enfoque es el análisis organizativo, que surge como reacción al análisis económico. Este se centra en el estudio de la conducta empresarial, mejor dicho, del comportamiento del canal de distribución como entramado formado por entidades interdependientes, que es un dato extraño al análisis económico pero de gran trascendencia en el estudio de la distribución comercial.¹²

Conciliando ambas perspectivas, el canal de distribución aparecería como un conjunto de sujetos que desarrollan actividades necesarias para elaborar el producto y llevarlo hasta el punto de utilización por los destinatarios¹³, percepción de la que, a modo de síntesis entre el análisis económico y el organizativo que salva las limitaciones de cada uno de esos métodos, surgen los llamados "modelos integradores" —así, la teoría de los costes de transacción, la teoría de la dependencia de recursos, la teoría del contrato relacional, el modelo de economía política, en sus vertientes interna y externa, y la teoría de sistemas—, que afirman que los canales de distribución son fruto del equilibrio entre la necesidad de minimizar costes y de mantener el control del proceso distributivo, por lo que se esfuerzan en relacionar ambos aspectos.¹⁴

¹¹ Véase VÁZQUEZ/TRESPALACIOS: *Distribución comercial...*, cit., págs. 32 y 43. Así, partiendo de dicha concepción, afirman que el canal de distribución "puede ser (*sic.*) conceptualizado como un sistema [...] que comprende a su vez otros dos subsistemas o sectores: el *sector comercial* y el *sector consumidor*. El subsistema comercial incluye una serie de organizaciones con relación vertical tales como fabricantes, mayoristas y detallistas. El consumidor final y los clientes industriales forman el sector consumidor" (IBIDEM, pág. 43). No obstante, existen serios reparos a la hora de considerar al sector destinatario como un subsistema del canal de distribución comprendido como sistema (véase *infra*, epg. V. 4.).

¹² Véase VÁZQUEZ/TRESPALACIOS: *Distribución comercial...*, cit., págs. 59-62.

¹³ VÁZQUEZ/TRESPALACIOS: *Distribución comercial...*, cit., pág. 40.

¹⁴ Véase VÁZQUEZ/TRESPALACIOS: *Distribución comercial...*, cit., págs. 62-73.

Dentro de la pauta marcada por los modelos integradores, se procede a continuación al análisis de los canales de distribución comercial partiendo de la perspectiva institucional, pero sin desatender los datos provenientes de la perspectiva funcional. Con tal propósito nos detendremos brevemente en el estudio de los sujetos, para centrarnos posteriormente en el estudio de las interrelaciones o vinculaciones existentes entre dichos sujetos.

V. 4. Sujetos partícipes en los canales de distribución comercial

En la ciencia económico-empresarial, por razón del análisis predominantemente organizativo aplicado al estudio de los canales de distribución, un concepto clave es el de "organización" (partícipe en el canal de distribución), concepto que es utilizado por los economistas como sinónimo de "distribuidor", que habíamos definido provisionalmente como cualquier agente económico que asume una o varias de las funciones de la distribución comercial.¹⁵

No obstante, a continuación, y con el propósito de evitar confusiones, en la exposición que sigue¹⁶ se preferirá, a estos efectos, el término "sujeto" al término "organización", aunque con ambos términos se quiere aludir a los elementos subjetivos de un canal de distribución; sin embargo, el término "organización" se va a reservar para referirse a la existencia de vínculos organizativos entre los distintos sujetos partícipes en un canal de distribución.

Con carácter previo a su clasificación, se plantea la polémica de

¹⁵ Véase *supra*, epg. IV. 1.

¹⁶ Especialmente, por lo que se refiere a *infra*, epgs. V. 5. y V. 6.

si, tanto el fabricante como el destinatario deben ser considerados como sujetos partícipes en el canal de distribución. La respuesta ha de ser afirmativa en el caso del productor, en la medida en que éste asuma alguna de las funciones de distribución comercial. En tal caso, debe ser considerado como eslabón de la cadena de distribución.

Así, no es infrecuente que el fabricante asuma funciones propias de la distribución comercial, como, por ejemplo, el almacenamiento o el transporte. Es más, cuando éste asume todas las funciones de la distribución comercial, no es que no exista distribución comercial, sino que nos encontramos ante un canal de distribución directo.¹⁷

Por contra, no parece que el destinatario deba ser considerado como sujeto partícipe en el canal de distribución.

Quienes apoyan la inclusión del destinatario en el concepto de distribuidor justifican tal calificación atendiendo al hecho de que éste puede realizar, por serle trasladadas por el productor o el intermediario, parte de las funciones propias de la distribución —así, transporte o almacenamiento—, algo que es frecuente cuando se busca la reducción de costes en la distribución —por ejemplo, el "descuento duro" (*hard-discount*)—. Quienes defienden su exclusión del dicho concepto argumentan que, antes que ser sujeto partícipe del canal, el destinatario es el objetivo de toda la actividad distributiva.¹⁸

Sin negar el hecho de que, efectivamente, funciones propias de la distribución comercial puedan ser asumidas por los destinatarios, parece que su exclusión del concepto de sujeto partícipe es la postura más correcta.

Y esto debe ser así si se es coherente con la definición de distribución

¹⁷ Véase *infra*, epg. V. 5. B. a.

¹⁸ Véase VÁZQUEZ/TRESPALACIOS: *Distribución comercial...*, cit., págs. 32-33.

comercial dada¹⁹. En ella, la puesta a disposición del destinatario del producto es la finalidad principal de la distribución comercial²⁰. Desde la perspectiva del destinatario, ésta no es sino un conjunto de servicios que le son prestados —o que, en algunos casos, no le son prestados—. De manera que, si bien el destinatario es un agente económico que asume o puede asumir una o varias de las funciones de la distribución comercial, no lo hace con carácter activo, sino pasivo, en el sentido de que su actividad no añade valor al producto, es decir, no genera utilidades de disponibilidad ni supone transformación psicológica alguna del bien o servicio distribuido²¹. En efecto, el hecho de que el destinatario deba, más que asumir, soportar una o varias funciones de la distribución comercial, por no serle prestadas por el canal de distribución, no le convierte en distribuidor, sino que determina la calidad (de distribución) del producto. Qué funciones de la distribución son incorporadas al producto es un dato que resulta de la decisión empresarial sobre el marketing-mix²². Y lo que el destinatario hace, en su elección, es valorar la relación precio-calidad del producto-calidad de la distribución-imagen resultante de la decisión empresarial. Finalmente, parece exagerado calificar al destinatario como "organización" cuando éste sea consumidor persona física.

Por lo tanto, y a la vista de lo anterior, ha de afinarse la definición de distribuidor dada. Por distribuidor debe entenderse cualquier agente económico que asume *activamente* una o varias de las funciones de distribución comercial.

Por otra parte, y dentro del concepto de distribuidor, habría que distinguir entre distribuidor-productor y distribuidor-intermediario. En contraposición al primero, debe entenderse por distribuidor-

¹⁹ Véase *supra*, epg. IV. 1.

²⁰ Véase *supra*, epg. IV. 5.

²¹ Véase *supra*, epg. IV. 2.

²² Sobre la noción de "marketing-mix", véase *supra*, epg. IV. 4. C.

intermediario cualquier agente económico que asume activamente una o varias de las funciones de la distribución comercial sin realizar transformaciones que modifiquen las características intrínsecas del producto distribuido. En este caso, también se habla de "intermediarios" o "distribuidores especializados"²³. A partir de ahora, y con ánimo simplificador, se aludirá a ambos como productores e intermediarios o simplemente "distribuidores", respectivamente.

A su vez, dentro de los distribuidores-intermediarios podemos distinguir entre²⁴: (a) no-colaboradores del productor, que son todos aquellos distribuidores que "compra[n] productos por cuenta propia, para su reventa posterior, sin realizar transformaciones que modifiquen sus características intrínsecas"²⁵. Estos pueden ser mayoristas o minoristas²⁶; (b) colaboradores del productor, que son todos aquellos distribuidores-intermediarios que "sin tomar los productos a cuenta y riesgo propios realizan funciones de distribución"²⁷; dentro de esta categoría se distinguen: (b. 1) colaboradores que asumen funciones materiales

²³ Así, por ejemplo, VÁZQUEZ/TRESPALACIOS: *Distribución comercial...*, cit., pág. 33; y LiV Comercio, núm 4, pág. ii, respectivamente.

²⁴ Se sigue a CASARES/REBOLLO: *Distribución comercial*, cit., págs. 30-31 —quienes, no obstante, no establecen la anterior distinción entre distribuidor-productor y distribuidor-intermediario—; completado con VÁZQUEZ/TRESPALACIOS: *Distribución comercial...*, cit., pág. 33.

²⁵ CASARES/REBOLLO: *Distribución comercial*, cit., pág. 30, denominan a estos distribuidores-intermediarios simplemente "comerciantes". Se ha optado por sustituir tal denominación por la expresión "no-colaboradores del fabricante", dado que la delimitación ofrecida no coincide por defecto con el concepto jurídico-mercantil de comerciante, en el que, por razón de la actividad, están incluidos todos los distribuidores (véase *supra*, epg. IV. 4. A.).

²⁶ Véase *supra*, epg. IV. 4. E.

²⁷ CASARES/REBOLLO: *Distribución comercial*, cit., pág. 31, denominan a estos distribuidores-intermediarios "otros distribuidores no comerciantes". Se ha optado por sustituir tal denominación por la expresión "colaboradores del productor", dado que a quienes aquí se quiere aludir es a empresarios colaboradores independientes del productor. La denominación escogida por estos autores no es adecuada, pues tales colaboradores independientes son comerciantes para el Derecho mercantil.

–almacenistas, transportistas, empresas de servicios logísticos–, y (b. 2) colaboradores que asumen funciones comerciales, dentro de los que, a su vez, podría distinguirse aquellos que asumen funciones específicamente promocionales –comisionistas, agentes, mediadores– de aquellos otros que asumen funciones de apoyo o auxiliares a la promoción –por ejemplo, instituciones financieras–.²⁸

También se consideran, si bien no distribuidores, sino "agentes de la distribución", es decir, "agentes económicos que participan en la distribución comercial" pero sin asumir función de la distribución comercial alguna, a las instituciones públicas –en el desarrollo de su actividad reguladora y de fomento de la distribución comercial–²⁹. No obstante, debe advertirse que el papel de las instituciones públicas, más precisamente, de la Administración, en la distribución comercial no tiene necesariamente que limitarse a éste, sino que pueden actuar como distribuidores, en virtud del principio de co-iniciativa económica establecido en art. 128 de la Constitución Española.

²⁸ Dentro de los colaboradores del productor, CASARES/REBOLLO: *Distribución comercial*, cit., pág. 31, distinguen entre "*agentes de distribución física* –almacenistas, transportistas, empresas de servicios logísticos–, *agentes comerciales* –comisionistas o representantes de empresas–, y *prestatarios de servicios auxiliares* a la distribución, algunos de ellos tan importantes como las instituciones financieras" –las cursivas son del original–.

Tal clasificación no puede ser sino objeto de crítica, tanto por ser incoherente con la clasificación de las funciones de la distribución que los propios autores exponen, como por hacer uso de la terminología de modo incorrecto desde el punto de vista jurídico-mercantil. En primer lugar, la expresión "agentes comerciales" tiene un significado perfectamente acuñado en nuestro Derecho, por lo que no resulta apta para aglutinar a los que hemos denominado "colaboradores que asumen funciones comerciales". Tampoco es lo mismo un agente que un comisionista (cfr. art. 244 del Código de comercio con art. 1 de la Ley 12/1992, de 27 de mayo, sobre el contrato de agencia [BOE de 29-5]; en adelante, LCA). Ni tampoco se entiende muy bien a qué se refieren estos autores con la expresión "representantes de empresas": si con ella se quiere aludir al representante de comercio sujeto a la relación laboral de carácter especial del R.D. 1384/1985, de 1 de agosto, a un factor, a un dependiente u a otro auxiliar del empresario productor, su inclusión en tal categoría sería improcedente, pues tales sujetos se integran en el personal de la empresa productora, no son colaboradores independientes (sobre todas estas cuestiones, véase *infra*, epg. VIII.).

²⁹ Véase CASARES/REBOLLO: *Distribución comercial*, cit., pág. 31.

Finalmente debe tenerse presente que la anterior clasificación de los sujetos partícipes en los canales de distribución se refiere a posibles posiciones subjetivas económico-empresariales. En el caso concreto, la existencia de determinada clase de distribuidor o la inclusión de determinado agente económico en una de las categorías anteriores dependerá de la articulación de funciones en el canal de distribución y de las interrelaciones que en él se den.

V. 5. Interrelaciones en los canales de distribución comercial

Tales interrelaciones pueden analizarse desde dos enfoques distintos: el estructural y el dimensional.³⁰

V. 5. A. Enfoque estructural

Desde este enfoque se distingue entre una estructura básica y una estructura superficial del canal de distribución. La estructura básica se compone de todas aquellos sujetos partícipes en el canal de distribución que, en algún modo, llegan a ser propietarios del producto distribuido, por oposición a la estructura superficial, de la que forman parte los sujetos que, en el desarrollo del proceso distributivo, no llegan a ser propietarios del producto distribuido. De otro lado, cada etapa o nivel de la estructura básica puede tener su propia estructura superficial.

Sin embargo, tal y como lo plantean los economistas, este enfoque suscita serias dudas. En efecto, se dice que la estructura básica está "formada por todas aquellas organizaciones que en algún momento llegan a tener la *posesión* del producto", mientras que la estructura superficial vendría a estar compuesta por "[e]l resto de las organizaciones o agentes intervinientes en la tarea de la distribución

³⁰ Véase VÁZQUEZ/TRESPALACIOS: *Distribución comercial...*, cit., págs. 40-43.

comercial y que no llegan a *poseer* los productos especializados". En el primer caso se habla "fabricantes, mayoristas y minoristas", mientras que en el segundo se menciona, a modo de ejemplo, "bancos, empresa de seguros y de transporte"³¹. En definitiva, parece que es la "posesión" o no del producto en algún momento de la circulación distributiva lo que determina la pertenencia del agente económico en cuestión, bien a la estructura básica, bien a la estructura superficial. En tal caso, difícilmente encaja el ejemplo del transportista como perteneciente a la estructura superficial, pues mal va a poder transportar el producto si no lo posee. En realidad, lo que parece es que se confunde posesión con propiedad del producto. Si el criterio diferenciador entre un elemento de la estructura básica y un elemento de la estructura superficial fuese la propiedad, ello sería coherente con los ejemplos propuestos y con la distinción, dentro de los distribuidores-intermediarios, entre no-colaboradores y colaboradores del productor; de manera que tanto los distribuidores-productores como los distribuidores-intermediarios no colaboradores del productor pertenecerían a la estructura básica, mientras que los distribuidores-intermediarios colaboradores del productor pertenecerían a la estructura superficial.

La trascendencia de esta distinción es que, es a la estructura básica a la que se debe atender para determinar las etapas del canal de distribución, es decir, para estudiar la dimensión vertical de los canales de distribución.

La estructura superficial será uno de los datos relevantes a la hora de estudiar la dimensión horizontal de cada una de los niveles del canal.

V. 5. B. *Enfoque dimensional*

Desde este otro enfoque se distingue, a su vez, entre la dimensión vertical y la horizontal.³²

³¹ VÁZQUEZ/TRESPALACIOS: *Distribución comercial...*, cit., págs. 40-41 –las cursivas son nuestras–.

³² Véase VÁZQUEZ/TRESPALACIOS: *Distribución comercial...*, cit., págs. 42 y 71.

V. 5. B. a. *Dimensión vertical: longitud del canal de distribución comercial y vínculos organizativos verticales*

Esta dimensión engloba los aspectos relativos a la organización de las distintas etapas o los distintos niveles del canal de distribución, y atiende a dos cuestiones: la longitud del canal de distribución y los vínculos organizativos verticales.³³

La longitud del canal de distribución determina las etapas o los niveles del canal de distribución. Por "longitud" se entiende el número de transacciones, entendidas como transmisiones a título definitivo, de que es objeto el producto en el proceso de distribución desde que sale del productor hasta que llega al destinatario³⁴. Así, en atención a la longitud del canal de distribución se distingue entre: (a) canales de distribución directos: cuando el productor vende directamente al destinatario (se habla de "nivel 1"); (b) canales de distribución indirectos: cuando el productor no vende directamente al destinatario (se habla de "nivel 2 ó superior"), dentro de los cuales se diferencia, a su vez, entre (b. 1) canales de distribución indirectos cortos (de 2 niveles) y (b.

³³ Cfr. VÁZQUEZ/TRESPALACIOS: *Distribución comercial...*, cit., pág. 41, quienes enuncian la dimensión vertical como sinónima de la longitud del canal de distribución. No obstante, y como los propios autores dan a pie a defender unas líneas más adelante, parece preferible entender que la dimensión vertical, a su vez, engloba dos parámetros, cuales son la longitud del canal y los vínculos organizativos ("las formas de vincular") entre los distribuidores.

³⁴ CASARES/REBOLLO: *Distribución comercial*, cit., pág. 105, identifican las transacciones con "compraventas a cuenta y riesgo" del intermediario. Es decir, que se atiende "al número de transacciones y mercados necesarios en el proceso de comercialización de cada producto" (IBIDEM, pág. 105, nota 1) o, lo que viene a ser lo mismo, a la estructura básica del canal, y no simplemente al "número de participantes en el proceso de distribución realizado en el canal" (IBIDEM, pág. 104). Cfr. VÁZQUEZ/TRESPALACIOS: *Distribución comercial...*, cit., pág. 41, quienes definen el criterio delimitador de manera imprecisa: "la longitud de un canal de distribución se refiere a la disposición de intermediarios comerciales de distintos tipos que intervienen en él".

2) canales de distribución indirectos largos (de 3 ó más niveles).³⁵

Sin embargo, esta clasificación no ha sido tomada en cuenta por el legislador a la hora de regular la "oferta de venta directa" en el art. 35.a) LOCM. Se entiende que hay venta directa cuando "se invoque por el vendedor su condición de fabricante o mayorista"; es decir, que se entiende que hay también "venta directa" no sólo cuando quien vende "fabrique realmente la totalidad de los productos puestos a la venta", que correspondería al supuesto del canal directo, sino también cuando quien vende sea un mayorista, lo que correspondería a un canal indirecto.

Pero lo equívoco de la denominación no termina ahí. Además, ésta induce a confusión con una serie de supuestos que, si bien son "ventas directas", no parece que, *a priori*, se engloben en el ámbito de aplicación de este precepto, como son aquellas modalidades de venta expresion del denominado "marketing directo" —así, venta a domicilio, por catálogo, a distancia, etc.—.³⁶

La segunda de las cuestiones que se estudian en esta dimensión son los vínculos organizativos verticales, expresión con la que se quiere aludir al grado de vinculación existente entre los diversos niveles del canal de distribución. Aquí se distingue, en primer lugar, entre³⁷: (a)

³⁵ Véase VÁZQUEZ/TRESPALACIOS: *Distribución comercial...*, cit., pág. 41; y CASARES/REBOLLO: *Distribución comercial*, cit., pág. 104.

Véase *infra*, fig. 1. Esta figura, como las restantes que acompañan la exposición escrita, pretenden complementarla, facilitando al lector la visualización de las nociones expuestas; éstas se hallan ubicadas al final de presente capítulo.

³⁶ Sobre el concepto de mayorista en la LOCM, véase *supra*, epg. IV. 4. E. A propósito de la última imprecisión, véase *infra*, epg. VIII. 2. D.

³⁷ Véase CASARES/REBOLLO: *Distribución comercial*, cit., pág. 107-109. Sin embargo, nótese que estos autores no enmarcan dicha clasificación en la sistemática seguida, que está inspirada en la aplicada por VÁZQUEZ/TRESPALACIOS: *Distribución comercial...*, cit., págs. 40-43.

CASARES/REBOLLO: *Distribución comercial*, cit., pág. 109, distinguen, dentro de los "canales de distribución comercial organizados", entre "sistemas verticales y sistemas

canales convencionales o canales de independientes, son aquellos en los que no existe otra relación entre los distribuidores (de la estructura básica) que los términos acordados para cada uno de los intercambios³⁸. Estos dan lugar a una configuración tradicional de la distribución comercial, a una sucesión de mercados intermedios netamente diferenciados, con presencia en cada uno de ellos de intermediarios especializados³⁹; cada uno de los niveles está protagonizado y controlado por empresas distintas y especializadas en el desarrollo de las funciones que corresponde a ese nivel específico; y (b) canales organizados, donde los distribuidores que componen la estructura básica del canal aceptan algún tipo de vinculación entre sí para la realización compartida las funciones de distribución⁴⁰; dichos vínculos constituyen "mecanismos de integración vertical por los que las empresas pueden coordinar y controlar el proceso de distribución"⁴¹; de ahí que se hable de los canales resultantes del recurso a estos vínculos como "sistemas verticales de organización de los canales de distribución" o simplemente

horizontales" de organización de los canales. Tal sistematización es descartada porque se centra en el enfoque dimensional y obvia el dato organizativo. En efecto, es posible que el "comercio asociado" o el "asociacionismo" se dé tanto en la dimensión vertical como en la horizontal; es decir, que tenga manifestaciones que puedan encuadrarse dentro de la dimensión vertical y otras que puedan englobarse en la dimensión horizontal (cfr. IBIDEM, págs. 107-108; y véase VÁZQUEZ/TRESPALACIOS: *Distribución comercial...*, cit., págs. 71-80, quienes distinguen entre una "estructura vertical" y una "estructura horizontal de la distribución comercial", y no entre una dimensión vertical y horizontal de los canales de distribución). Pero en tal caso se ignora el punto de referencia básico, que es el canal de distribución. Es decir, es posible que, en la dimensión horizontal, en determinada etapa del canal, existan vínculos entre los agentes económicos que actúan dentro de ese mismo nivel. Pero para expresar esta idea no se debería hablar de "canal organizado", sino de "nivel organizado", si los agentes económicos pertenecen a un mismo canal de distribución, o de "mercado organizado", si éstos pertenecen a distintos canales organizados y/o independientes.

³⁸ Véase CASARES/REBOLLO: *Distribución comercial*, cit., pág. 108.

³⁹ Véanse MÚGICA GRIJALBA: "Las distintas formas...", cit., pág. 15; y VÁZQUEZ/TRESPALACIOS: *Distribución comercial...*, cit., pág. 73.

Véase *infra*, fig. 2.

⁴⁰ Véase CASARES/REBOLLO: *Distribución comercial*, cit., pág. 109.

⁴¹ MÚGICA GRIJALBA: "Las distintas formas...", cit., pág. 18.

de "sistemas verticales de distribución"⁴², aunque parece más correcto denominarlos sistemas de organización vertical de los canales de distribución.

En definitiva, los canales organizados son manifestación del fenómeno de la integración, donde, en primer lugar, cabría diferenciar dos niveles u órdenes de integración: "de primer orden", que se da cuando se vinculan establecimientos minoristas entre sí y/o con el nivel mayorista, y "de segundo orden", que se refiere a la agrupación de estas cadenas y asociaciones en grandes centrales de compra⁴³. Además, dicha integración puede ser bien "hacia adelante" o "ascendente", bien "hacia atrás" o "descendente" —en función de si quienes toman la iniciativa integradora son el productor o el mayorista, o bien los minoristas, respectivamente— y ser "total o parcial" —en función de si ésta abarca algunos o todos los niveles del canal de distribución, respectivamente—. ⁴⁴

En segundo lugar, y dentro de los canales organizados, se distingue, a su vez, en atención al grado de integración que deriva de la naturaleza del vínculo organizativo, entre: (a) Sistemas (de distribución)

⁴² Véase CASARES/REBOLLO: *Distribución comercial*, cit., pág. 109; y VÁZQUEZ/TRESPALACIOS: *Distribución comercial...*, cit., pág. 73, respectivamente.

⁴³ Véase CRUZ/MÚGICA: "La distribución comercial...", cit., pág. 57, quienes entienden que el término "integración" es más correcto que "asociacionismo", que "ha venido siendo utilizado en general para describir los distintos tipos de vinculaciones directas que se presentan entre los empresarios (*rectius*, fabricantes) y empresas minoristas"; y véase VÁZQUEZ/TRESPALACIOS: *Distribución comercial...*, cit., pág. 78, quienes hablan, si bien únicamente dentro de los sistemas contractuales, de "organizaciones de primer nivel" y "organizaciones de segundo nivel".

⁴⁴ Véase VÁZQUEZ/TRESPALACIOS: *Distribución comercial...*, cit., págs. 73-74, quienes, no obstante, únicamente parecen plantearse la posibilidad de la integración hacia adelante y hacia atrás, así como de la integración total y parcial, en relación a los sistemas corporativos. Sin embargo, es perfectamente posible apreciar estas características tanto en los sistemas administrados como, y sobre todo, en los contractuales, como los propios autores confirman en IBIDEM, pág. 78.

corporativos o integrados, o, simplemente, integración corporativa⁴⁵, en los que uno de los sujetos partícipes en el canal (productor, mayorista o minorista) es quien crea o adquiere los otros eslabones del proceso distributivo. Es decir, se entiende que existe integración corporativa cuando se concentra en una sola persona, generalmente jurídica, la totalidad de los medios necesarios para desarrollar la actividad de intermediación comercial⁴⁶. Así, desde la perspectiva del productor, la integración corporativa consiste en asumir la propiedad de todas las empresas e instalaciones que participan en los flujos de distribución desde los puntos de producción hasta el destinatario, para lo que se presentan dos alternativas: la creación de las empresas intermediarias y la adquisición de las ya establecidas⁴⁷. En definitiva, ello supone que el control sobre los miembros del canal es ejercido a través de la propiedad

⁴⁵ Véanse VÁZQUEZ/TRESPALACIOS: *Distribución comercial...*, cit., págs. 42, fig. 7, y 73-77; CASARES/REBOLLO: *Distribución comercial*, cit., págs. 110-111; y MÚGICA GRIJALBA: "Las distintas formas...", cit., pág. 18, quien advierte que estos sistemas son lo que tradicionalmente se venían denominando como "integración vertical".

Es este sentido emplea también la Comisión CE la expresión "integración vertical" en LiV RV, núm. 16, pág. 6. Y así, manifiesta que la coordinación y el control del canal de distribución "se puede lograr el control completo mediante la adquisición de otros miembros de la cadena, es decir, con la *integración vertical*. Al carecer de los recursos financieros necesarios para vender directamente a los consumidores finales, muchos productores recurren a los mayoristas o minoristas debido, principalmente, a su mayor capacidad para poner a disposición de los clientes los bienes en cuestión. Cuando, como ocurre en la mayoría de los sistemas de distribución, no existe integración vertical en parte o en la totalidad de la cadena de suministro, las relaciones pueden regirse por las *restricciones verticales*, que constituyen el tema central del presente Libro Verde" –las cursivas son del original–. Sin embargo, hoy en día se utiliza la expresión "integración vertical" para aludir a todos los sistemas de organización vertical de los canales de distribución, incluido el contractual, que es donde pueden ubicarse las restricciones verticales de la competencia.

⁴⁶ Véase, en el contexto de la distribución de productos de gran demanda, GÓMEZ/PUELLES: "Integración corporativa...", cit., págs. 38-39.

⁴⁷ MÚGICA GRIJALBA: "Las distintas formas...", cit., pág. 18; en el mismo sentido, véanse CASARES/REBOLLO: *Distribución comercial*, cit., pág. 110; y VÁZQUEZ/TRESPALACIOS: *Distribución comercial...*, cit., pág. 73, quienes, sin embargo, utilizan los términos "absorción" y "fusión" para aludir a la "adquisición" de otros miembros de canal de distribución ya establecidos y situados a distinto nivel; parece que dichos términos no son utilizados con un alcance técnico-jurídico, pero, en cualquier caso tal vez sería preferible emplear la expresión "toma de control", si lo que se quiere es aludir a operaciones societarias, en general.

total o mayoritaria de los agentes económicos integrados, de manera que se está ante una única unidad de decisión plenamente integrada, que ordena jerárquicamente el canal de distribución⁴⁸. Ejemplos de estos sistemas se consideran, al margen de los canales-empresa, y los formados por una sociedad dominante y sociedades dominadas, así como las cadenas sucursalistas, las cooperativas de consumo y los desaparecidos economatos⁴⁹. (b) Sistemas (de distribución) administrados o cuasi-integración vertical⁵⁰. Estos tienen como fundamento el poder que una o un reducido número de empresas detentan sobre el producto comercializado por el canal, de modo que actúan como líderes sin precisar de acuerdos formales con las empresas más pequeñas o, en general, con relativamente poco poder de mercado, para que éstas condicionen su actuación a la política comercial de los líderes⁵¹. Es decir, dada una situación de dependencia fáctica de los restantes distribuidores respecto del líder, el proceso de distribución es coordinado y controlado a través de puras "relaciones de poder", cuya

⁴⁸ Una cuestión conexas, si bien representa una perspectiva diferente y ciertamente novedosa, es la consideración de las consecuencias que para la empresa de distribución comercial tiene la adopción de una forma societaria, especialmente, en los modos de gestión, la rentabilidad de los establecimientos y las estrategias de crecimiento. Así, de una parte, en España se puede constatar una evolución que ha desembocado en una alta presencia de lo que se ha denominado "empresas de titularidad jurídica" —parece que por contraposición al término empresas de titularidad individual, pero que no es acertada, ya que el término "titularidad jurídica" tiene un alcance distinto, por lo que sería preferible aludir a éstas como empresas cuyo titular es una persona jurídica— en el sector distributivo. De otra parte se afirma que la adopción de formas sociales es un indicador válido de modernización y de cambio en la gestión de la actividad, así como una opción que facilita el crecimiento de las empresas del sector (véase REBOLLO ARÉVALO, A.: "Las empresas de titularidad jurídica en la distribución comercial española", DyC 1997/98 [37], págs. 5-13).

⁴⁹ Véanse MÚGICA GRIJALBA: "Las distintas formas...", cit., pág. 18; VÁZQUEZ/TRESPALACIOS: *Distribución comercial...*, cit., págs. 73-74; y CASARES/REBOLLO: *Distribución comercial*, cit., págs. 110-111.

Véase *infra*, fig. 3.

⁵⁰ Véanse VÁZQUEZ/TRESPALACIOS: *Distribución comercial...*, cit., págs. 78-79; CASARES/REBOLLO: *Distribución comercial*, cit., pág. 111; y MÚGICA GRIJALBA: "Las distintas formas...", cit., págs. 19-20.

⁵¹ Véase CASARES/REBOLLO: *Distribución comercial*, cit., pág. 111.

fuente puede ser de muy diversa índole: así, capacidad para recompensar o sancionar, experiencia, referencia, legitimidad o persuasión⁵². Y (c) sistemas (de distribución) contractuales o integración contractual⁵³, que se entienden como "la asociación de empresas jurídicamente independientes para la realización conjunta de ciertas tareas comerciales"⁵⁴. Más precisamente, y matizando el alcance del término "asociación" utilizado en la definición anterior⁵⁵, este tipo de integración consiste en la asignación de funciones y actividades mediante la negociación, diseño y ejecución de un contrato (no societario) que liga a la totalidad o a parte de los miembros del canal de comercialización⁵⁶. Como ejemplos de estos sistemas tenemos las cooperativas de detallistas, las cadenas voluntarias o las cadenas franquiciadas.⁵⁷

⁵² Véanse MÚGICA GRIJALBA: "Las distintas formas...", cit., págs. 19-20; y VÁZQUEZ/TRESPALACIOS: *Distribución comercial...*, cit., págs. 78-79. Sobre las fuentes de poder, véanse *infra*, epg. V. 6. B. b.; y VÁZQUEZ/TRESPALACIOS: *Distribución comercial...*, cit., págs. 444-450.

Véase *infra*, fig. 4.

⁵³ Véanse VÁZQUEZ/TRESPALACIOS: *Distribución comercial...*, cit., págs. 77-78 y 145-149; CASARES/REBOLLO: *Distribución comercial*, cit., págs. 111-117; y MÚGICA GRIJALBA: "Las distintas formas...", cit., págs. 18-19.

⁵⁴ CASARES/REBOLLO: *Distribución comercial*, cit., pág. 111.

⁵⁵ Aunque del contexto parece deducirse que el término "asociación" se emplea en un sentido no jurídico, sino empresarial o comercial, sería preferible evitar su uso, pues con él se alude inevitablemente a vinculaciones asociativas o societarias, es decir, a la materialización de los vínculos mediante la constitución de asociaciones o sociedades, con lo que se genera el riesgo de confusión de estos sistemas con los corporativos.

⁵⁶ Véase MÚGICA GRIJALBA: "Las distintas formas...", cit., pág. 19.

⁵⁷ Véase CASARES/REBOLLO: *Distribución comercial*, cit., págs. 112-117; y VÁZQUEZ/TRESPALACIOS: *Distribución comercial...*, cit., págs. 146-149.

Véase *infra*, fig. 5.

V. 5. B. b. *Dimensión horizontal: anchura del canal de distribución comercial y vínculos organizativos horizontales*

En esta dimensión se agrupan las cuestiones relativas a la organización del canal de distribución dentro de una misma etapa o nivel⁵⁸, y atiende concretamente a las relativas a la anchura del canal de distribución y a los vínculos organizativos horizontales.

Previamente a tratar de la anchura del canal de distribución, es necesario precisar las perspectivas desde las que se puede plantear el análisis de la competencia en el sector de la distribución.

Ciertamente, no resulta fácil determinar las formas de competencia vigentes en la distribución comercial, pues éstas han experimentado importantes cambios en los últimos treinta años, cambios que continúan produciéndose. No obstante, se han distinguido las siguientes formas de competencia⁵⁹: (a) competencia en economías de escala y aumento de la cuota de mercado, donde en parte tienen su origen los movimientos de concentración, tanto en forma de integración corporativa como contractual, así como los de diversificación e internacionalización⁶⁰; (b) competencia en la gama de productos comercializados, que consiste en aumentar el valor añadido a los productos mediante la especialización y/o la prestación de servicios adicionales; (c) competencia en tecnología, tanto por lo que se refiere a la obtención de información, como al desarrollo de nuevas formas de venta —especialmente, de venta directa—;

⁵⁸ Véase VÁZQUEZ/TRESPALACIOS: *Distribución comercial...*, cit., págs. 42, 71 y 79-80. Téngase presente que se trata de una etapa o nivel de un mismo canal de distribución, y no de un determinado nivel de distribución donde confluyen distintos canales de distribución. Es decir, de existir vínculos organizativos en un nivel determinado, se trataría de niveles integrados, y no de mercado integrados, como se ha puesto de relieve *supra*, en este mismo epígrafe.

⁵⁹ Véase CASARES RIPOLL: "Distribución comercial en un mundo nuevo...", cit., pág. 11.

⁶⁰ Véanse *supra*, epg. IV. 6. B. b., e *infra*, epg. V. 6. B. a.

y (d) competencia en precios.

A estas formas de competencia se añade una más, cual es le "comportamiento estratégico de las grandes empresas". Sin embargo, más que de una forma de competencia, se trata de las consecuencias que el fenómeno de la concentración tiene en la competencia: la aparición de barreras de entrada en los mercados y la mayor relevancia del componente financiero en la actividad distributiva. Igualmente, la especialización, que busca hacer de cada distribuidor un mercado propio y diferente, hace aplicable en mayor medida la teoría de la competencia monopolística. De otra parte, la evolución tecnológica acorta los ciclos de vida de los productos y provoca cambios en las relaciones entre los fabricantes y los distribuidores⁶¹. Finalmente, la competencia en precios plantea dos grandes cuestiones, cuales son la compensación entre precios y márgenes, y la dispersión de los precios, que impide la obtención de información clara sobre los mismos.⁶²

A tal respecto interesa atender a los siguientes datos. De una parte, y desde la perspectiva que brinda el producto, se diferencia (a) la competencia intramarca o *intra-brand*, que es la que se da entre distribuidores de un mismo producto, de (b) la competencia intermarca o *inter-brand*, que es la que se da entre distribuidores de productos competidores; lo que, en el marco de la distribución integrada, se traduce en la competencia que existe entre los miembros de un mismo canal de distribución y la que se genera entre los canales de distribución de productos competidores, respectivamente⁶³. De otra parte, y en atención a los sujetos involucrados, se distingue entre (a) competencia intertipo, que es la competencia que se genera entre los distintos

⁶¹ Véase *infra*, epg. VI.

⁶² Sobre la dispersión de precios, véase CASARES RIPOLL: "Distribución comercial nueva...", cit., pág. 14.

⁶³ Véase REICH, N.: *Europäisches Verbraucherrecht. Eine problemorientierte Einführung in das europäische Wirtschaftsrecht*, 3.^a ed., reelaborada, Nomos, Baden-Baden, 1996, núm. 66, págs. 165-166.

formatos o formas comerciales de distribuidores-intermediarios existentes en un mismo nivel; (b) competencia intratipo, que es la que existe entre distribuidores-intermediarios del mismo formato o forma comercial existentes en un mismo nivel; y (c) competencia vertical, que la que se da en la relación entre fabricantes y distribuidores⁶⁴. El dato de referencia en el análisis de la competencia en la distribución comercial es el producto o inventario de productos; es decir, el de la marca⁶⁵. Pues bien, si se tiene presente lo anterior y se parte de los dos primeros elementos de la segunda perspectiva —entendidos, a su vez, como dos planos dentro de la competencia intramarca—, se habla de la "anchura" o de la "estrechez" del canal de distribución en función a dos datos:

En primer lugar, y atendiendo principalmente a la competencia intratipo, puede distinguirse entre⁶⁶ (a) distribución intensiva, que supone el no establecimiento de vínculos organizativos horizontales, o, lo que es lo mismo, no se impone a los distribuidores ningún tipo de restricción al acceso al producto, pues consiste en la utilización del mayor número posible de puntos de distribución, de manera que éstos ofrezcan una amplia cobertura —incluso pertenecientes a distintos canales de distribución—; (b) distribución selectiva, en la que la elección de los distribuidores se hace rigurosa, de manera que no todos los posibles intermediarios accederán a la comercialización del producto; y

⁶⁴ Véase CRUZ ROCHE, I.: "Evaluación...", cit., pág. 8, si bien circunscribe la siguiente clasificación al análisis de la competencia en el comercio minorista. Así, para la competencia intertipo pone el ejemplo, en el sector de la alimentación no perecedera, de la competencia entre establecimientos tradicionales, autoservicios, supermercados pequeños, supermercados grandes e hipermercados. Y para en la competencia intratipo, siguiendo con el ejemplo anterior, de la competencia entre supermercados, entre hipermercados, etc. No obstante, y pese a que ciertamente, esta distinción debe ser trasladada con precaución al comercio mayorista —debido a la heterogeneidad de sus formatos y a lo inestable de los límites del propio nivel mayorista—, sí que permite articular la exposición que sigue.

⁶⁵ Véase *supra*, epg. V. 2.

⁶⁶ Véase CASARES/REBOLLO: *Distribución comercial*, cit., págs. 124-125; y véase también *infra*, epg. V. 6. C.

(c) distribución exclusiva, en la que la distribución se realiza por un número limitado de intermediarios, a quienes se suministra en exclusiva; distribuidores que, en ocasiones, llegan a vender el producto en exclusiva; e incluso puede existir un acuerdo recíproco de exclusiva: un único distribuidor por producto y área. Así, mientras que la distribución intensiva indica la existencia de canales de distribución convencionales, la distribución selectiva y exclusiva son propias de los canales organizados. De ahí que haya autores que engloben la distribución selectiva (en sentido estricto) y la distribución exclusiva bajo el común denominador de distribución selectiva (en sentido amplio), entendida como la técnica distributiva en la que se produce una limitación del círculo de intermediarios para un determinado mercado espacial aplicada por el productor conforme a un plan y a una o varias de las etapas intermedias mediante la exclusión de los comerciantes que no cumplan los requisitos de selección, que pueden ser cualitativos, bien subjetivos, bien objetivos (entonces se estará ante la distribución selectiva en sentido estricto), o cuantitativos, de manera que al introducir la densidad de intermediarios propiamente como criterio de selección, el sistema deviene en *numerus clausus* (entonces se tratará de distribución exclusiva).⁶⁷

En segundo lugar, y atendiendo principalmente a la competencia intertipo, puede distinguirse entre distribución simple y distribución múltiple. Así, se habla de *distribución simple* cuando se emplea un mismo canal para llegar al mercado y *distribución múltiple* cuando se utilizan dos o más canales de distribución alternativos"⁶⁸. Sin embargo, bajo la expresión "distribución múltiple" o bajo la expresión "canales

⁶⁷ Véase MARTINEK, en: MARTINEK/SEMLER: *Handbuch des Vertriebsrechts*, cit., § 2 núm. 22.

⁶⁸ VÁZQUEZ/TRESPALACIOS: *Distribución comercial...*, cit., pág. 413 –las cursivas son del original–.

múltiples de distribución"⁶⁹ se engloban tres situaciones distintas. Ha de recordarse que se parte de la base de que un canal de distribución viene delimitado por el producto en el contexto del grupo de destinatarios al que va dirigido –lo que es lo mismo que decir en el contexto de su mercado-meta o mercado final–⁷⁰. Es decir, al plantear la cuestión tomamos como supuesto de hecho de referencia una diversidad de distribuidores-intermediarios perteneciente al mismo nivel que se da en un mismo y único canal de distribución, lo que da lugar a una competencia intertipo dentro del propio canal. Pero podemos encontrarnos con una situación distinta, cual es que, pese a que el mercado-meta que pretende alcanzar el producto sea el mismo, la diversidad de distribuidores-intermediarios en el mismo nivel obedezca efectivamente a la existencia de dos o más canales de distribución. Parece lógico pensar que tal situación sea más frecuente cuando, para un mismo producto, los mercados-meta sean distintos, pero puede no ser así; esto es, puede ser deseable que varios canales de distribución compitan entre sí. Y la tercera situación es aquélla en la que, efectivamente, y pese a tener por objeto un mismo producto –considerado en cuanto a sus características intrínsecas–, los mercados-meta difieren. Así las cosas, parece conveniente distinguir dentro de la distribución múltiple entre: (a) cuando tanto el producto –considerado en cuanto a sus características intrínsecas– como el mercado-meta sean idénticos, nos encontramos con la distribución múltiple en sentido propio, en la que, a su vez, se puede diferenciar: una (a. 1) distribución "multicanal", situación que se da cuando la diversidad de distribuidores-intermediarios del mismo nivel obedece a la existencia de una pluralidad de canales de distribución que compiten a ese nivel –por ejemplo, un productor de libros opta por llegar al mismo destinatario a través de un canal de distribución directa (así, técnica venta a distancia)

⁶⁹ VÁZQUEZ/TRESPALACIOS: *Distribución comercial...*, cit., pág. 43.

⁷⁰ Véase *supra*, epg. V. 2.

y, a la vez, mediante un canal de distribución indirecto largo (así, mayorista-distribuidor a nivel nacional, mayorista-distribuidor a nivel regional, minorista-librería); en el nivel minorista compiten ambos canales por el mismo destinatario—; y una (a. 2) distribución "multidistribuidor", situación que se daría cuando la diversidad de distribuidores-intermediarios del mismo nivel se da en uno de los niveles de un único canal de distribución —por ejemplo, el productor de libros opta por llegar al mismo destinatario-consumidor únicamente a través de un canal de distribución indirecto largo, pero en el nivel minorista no solamente admite como distribuidores a librerías (minorista especializado), sino también supermercados e hipermercados (minoristas no especializados)—; y (b) cuando el producto —considerado en cuanto a sus características intrínsecas— sea idéntico, pero no el mercado-meta, nos encontramos con lo que podría denominarse distribución múltiple en sentido impropio o distribución "pluricanal", puesto que en realidad no hay competencia entre los canales, ya que cada uno tiene asignado un segmento de la demanda distinto.⁷¹

Finalmente, y dentro de los vínculos organizativos horizontales, puede, a su vez, distinguirse entre vínculos implantados verticalmente y horizontalmente⁷². Los primeros son aquellos que, si bien son impuestos por uno o algunos de los sujetos partícipes situados en un nivel distinto del canal de distribución —normalmente, en un nivel superior—, determinan el entorno competitivo de los distribuidores de esa determinada etapa. Aquí se encuadrarían todas las opciones estratégicas expuestas anteriormente, que determinan la anchura del canal de distribución.

⁷¹ Véanse *infra*, epg. V. 6. C. Esta perspectiva aboca a superar la percepción bidimensional de los canales de distribución mediante una percepción tridimensional. Así, habría que tener en cuenta no sólo longitud y anchura, entendida como competencia intertipo, sino también altura, entendida como competencia intratipo: con la altura de canal de distribución se aludiría precisamente a la existencia de distribuidores-intermediarios de diferente tipo en un mismo nivel del canal de distribución.

Véase *infra*, fig. 6.

⁷² Véase VÁZQUEZ/TRESPALACIOS: *Distribución comercial...*, cit., págs. 79-80.

Los vínculos implantados horizontalmente serían aquellos que son establecidos por los propios distribuidores situados en el nivel de distribución al que van destinados –aunque no pertenezcan a un mismo canal–, y que determinan las relaciones existentes entre ellos; en principio, su finalidad es la de optimizar alguna de las funciones de gestión de las empresas de distribución⁷³, y se distingue entre: vínculos (o asociaciones) espaciales, que son típicos del comercio minorista, y agrupan a los distribuidores que se localizan en un mismo entorno comercial o centro de compras –así, centro comercial, mercado minorista, galería comercial, calle peatonal, etc.–; y vínculos (o asociaciones) no espaciales, que presentan una gran variedad, tanto si se atiende a los niveles afectados, como por lo que a la materialización y el alcance objetivo del vínculo se refiere. Al margen de la toma de control de empresas ya existentes y de la inversión directa para la creación de nuevas empresas, destaca la existencia de vínculos contractuales dentro del mismo nivel, que se traducen en acuerdos de cooperación, ya sean competitivos o complementarios.⁷⁴

V. 6. Vínculos organizativos y configuración de los canales de distribución comercial

A la luz de las explicaciones recogidas en los epígrafes anteriores, se pretende ahora dar cuenta de los argumentos a favor y en contra de la implantación de vínculos organizativos en los canales de distribución, así como de las ventajas y los inconvenientes de los diferentes sistemas de organización de la distribución posibles, tanto vertical como

⁷³ CASARES/REBOLLO: *Distribución comercial*, cit., pág. 117.

⁷⁴ En relación con los vínculos implantados horizontalmente, ha de apuntarse que la existencia de vínculos espaciales también se conoce con la expresión "integración espacial" (véase GÓMEZ/PUELLES: "Integración corporativa...", cit., págs. 44-45). En cuanto a los vínculos no espaciales, y dentro del nivel minorista, destacan los grupos y las centrales de compra (véase CASARES/REBOLLO: *Distribución comercial*, cit., págs. 118-119).

horizontalmente considerados. Previamente es preciso poner de manifiesto el carácter esencial de los propios canales como modo de articulación de las funciones de distribución en la actividad de comercialización.

V. 6. A. *El carácter esencial de los canales de distribución comercial*

Como ya se ha dicho, la finalidad de la distribución comercial contemporánea es la superación de la separación existente entre la producción y su mercado-meta, que encuentra su causa en la creciente multiplicidad y complejidad de los intercambios. De otra parte, dicha complejidad obedece, entre otras causas, a la diversidad de las funciones de distribución⁷⁵. Es la acción combinada de tal multiplicidad —en definitiva, de la masificación— y tal complejidad la que viene a explicar la necesaria existencia de los canales de distribución. Ambos fenómenos imposibilitan que la distribución se desarrolle de manera espontánea. Es decir, los canales de distribución se erigen en elemento esencial, en presupuesto de la distribución comercial, pues no cabe pensar en un desarrollo de la actividad distributiva contemporánea sin el recurso a los mismos.

Concretamente, la espontaneidad de la actividad distributiva viene impedida tanto por el coste que tendrían los intercambios si en cada caso hubieran de ajustarse los términos de las transacciones, como por la incertidumbre a que éstas estarían sujetas. Es necesario dotar al tráfico distributivo de un grado mínimo de seguridad que, en primer lugar, permita establecer el ciclo de transmisión de los productos y así minimizar el coste de las transacciones; y, en segundo lugar, posibilite a los operadores realizar su función con certidumbre en cuanto al tipo de producto, precio, calidades, etc., de manera que se asegure el poder

⁷⁵ Véase *supra*, epgs. IV. 5. y IV. 1.

ofrecer el producto con el nivel mínimo de servicios requerido en cada caso en función del grupo al que va destinado. Y esto sólo es posible si los distribuidores llegan a acuerdos, expresos o tácitos, sobre los términos de mercado —esto es, precios, cantidades, calidades, etc.—, acuerdos que establezcan relaciones estables entre ellos, que, en definitiva, tienen por objeto determinar la asignación de funciones de distribución comercial.⁷⁶

V. 6. B. *La implantación de vínculos organizativos verticales en los canales de distribución comercial*

Ahora bien, el establecimiento de dichos acuerdos puede ser el resultado de la interacción de las distintas organizaciones partícipes en el canal de distribución, o bien de la configuración decidida por una o algunas de las organizaciones partícipes en dicho canal. Es decir, lo primero que se va a apreciar al aproximarse a un canal de distribución es si se trata de un canal convencional o de un canal organizado, respectivamente⁷⁷. Dicho de otro modo, en una primera fase, la configuración del canal se plantea en términos de elección entre canal convencional y canal organizado.

Aunque debe advertirse que, en la práctica, no se trata de alternativas decididamente excluyentes, siendo perfectamente imaginable la hipótesis de un determinado canal que presente tramos convencionales y tramos organizados.⁷⁸

⁷⁶ Véase CASARES/REBOLLO: *Distribución comercial*, cit., pág. 32, y véase también *supra*, epg. V. 1.

⁷⁷ Véase *supra*, epg. V. 5. B. a.

⁷⁸ Véase CASARES/REBOLLO: *Distribución comercial*, cit., págs. 121-122, quienes, sin embargo, proponen el siguiente ejemplo: "[c]asos bien frecuentes son los de la utilización de servicios de los mayoristas para la distribución a medianos o pequeños minoristas, mientras se mantiene la relación directa con los minoristas de mayor tamaño"; sin embargo, en este caso, más bien parece estarse ante dos canales distintos, dado que, si bien se trata del mismo producto, el grupo de destinatarios difiere (véase *supra*, epg. V. 2.).

V. 6. B. a. *¿No integración o integración?: canales convencionales contra canales organizados*

En su forma convencional, los canales de distribución generan una sucesión de mercados intermedios, en los que tienen lugar cada una de las sucesivas transacciones de los productos que son objeto de distribución. Cada uno de estos mercados intermedios es atendido por unos sujetos especializados en él. De esta manera, cuando las transacciones dan lugar a rivalidad, el conflicto de intereses se soluciona "horizontalmente", en términos de competencia, entre distribuidores de un mismo mercado, sin que idéntica actividad se despliegue verticalmente. De modo que cada mercado se convierte en un compartimento estanco respecto de los demás mercados resultantes del canal de distribución, y donde cada distribuidor constituye un negocio aislado y con objetivos propios que no persiguen la maximización de los beneficios del conjunto del canal. Pero, además, esta interdependencia tan reducida entre productores e intermediarios –limitada a simples contratos de intercambio de los productos distribuidos– hace que los productos lleguen al mercado final en condiciones que obedecen principalmente a consideraciones de carácter horizontal, de manera que son la estructura de los mercados intermedios y el comportamiento de sus intermediarios lo que determina las condiciones en las que el producto llega al destinatario. Sin embargo, en la realidad se observa una situación muy distinta: son raros los canales de distribución que responden a la anterior descripción. De hecho, en prácticamente todos los canales están presentes principios de organización vertical más o menos desarrollados, que permiten obviar los mercados intermedios en alguna medida, de manera que los productos alcancen el mercado final en las condiciones idóneas para la estrategia de alguno (o todos) los miembros del canal de distribución⁷⁹. Dicho con otras palabras,

⁷⁹ Véanse CASARES/REBOLLO: *Distribución comercial*, cit., págs. 103-104; MÚGICA GRIJALBA: "Las distintas formas...", cit., pág. 15; y VÁZQUEZ/TRESPALACIOS: *Distribución comercial...*, cit., pág. 73.

considerados en su dimensión vertical, son pocos los canales de distribución que responden al modelo convencional, tratándose casi siempre de canales, en mayor o menor grado, organizados.

De las razones que llevan a la integración vertical de los canales de distribución, la principal, como ya se ha apuntado, es de orden estratégico. En efecto, uno o algunos de los participantes en el canal —ya sean productores o intermediarios, pero, en cualquier caso, con poder suficiente para ello—, asumen el liderazgo en el control del proceso de distribución, a fin de que los productos lleguen a los destinatarios en los términos más adecuados a la estrategia comercial que dichos líderes establecen. Tal decisión depende de su interés por controlar las condiciones en las que el producto llega al mercado-meta, lo que está en función de las características intrínsecas del producto, de la delimitación de ese mercado-meta y de las necesidades que en razón del mismo ha de satisfacer la distribución, así como de las condiciones de competencia. Es decir, bajo determinadas circunstancias y cuando se adopta la decisión de llegar al mercado en unas condiciones específicas, no basta con que los productos sean simplemente puestos a disposición de los destinatarios, sino que han de serlo de conformidad a lo establecido en los planes de comercialización. Aparece así, ante la incapacidad de los mercados intermedios para responder a esta exigencia estratégica, una serie de mecanismos alternativos que, obviando total o parcialmente esos mercados, aseguran un control sobre las condiciones básicas en las que los productos son puestos a disposición del destinatario. Estos mecanismos de integración vertical satisfacen la necesidad de controlar la ejecución de las actividades de distribución —qué funciones, quién las asume y en qué medida—, y así se consigue que las utilidades de disponibilidad añadidas a los productos por la distribución sean plenamente coherentes con las definiciones previas del producto y su público objetivo.⁸⁰

⁸⁰ Véanse MÚGICA GRIJALBA: "Las distintas formas...", cit., págs. 15-18; y

Sin embargo, no es esta la única razón impulsora de la integración, pues los canales organizados presentan, además, una serie de incentivos frente a los canales convencionales. La integración permite alcanzar⁸¹: (a) la reducción de los costes de transacción: (b) la reducción de la incertidumbre con la que operan los distribuidores, tanto en relación con los aprovisionamientos –volatilidad de la oferta, alto poder de los oferentes–, como en relación con la demanda –escasa fidelidad de la demanda, poder creciente de los demandantes–; (c) la mejora de la orientación de las inversiones hacia las actividades en el canal que presente una mayor rentabilidad; (d) la consecución de economías de escala y de alcance por la coordinación de funciones de distribución –optimización de los almacenamientos y de las entregas de mercancías, mejora del ciclo de pedidos y cobros, etc.–, así como economías de experiencia⁸²; (e) la mejora de la información y la capaci-

CASARES/REBOLLO: *Distribución comercial*, cit., pág. 104 y 121.

⁸¹ Véanse CASARES/REBOLLO: *Distribución comercial*, cit., págs. 109-110; y VÁZQUEZ/TRESPALACIOS: *Distribución comercial...*, cit., págs. 74-75; si bien estos últimos autores hablan de ventajas de la integración vertical corporativa, en realidad tales ventajas son predicables de todo tipo de integración, aunque, lógicamente se den con mayor intensidad en el sistema corporativo (véase *infra*, epg. V. 6. B. b.).

⁸² Las economías de escala "permiten una disminución de los costes unitarios al aumentar el volumen de actividad por período hasta alcanzar un nivel (*tamaño mínimo eficiente*) en que, por más que aumente la escala de operaciones, los costes permanecen constantes" –la cursiva es del original–. Ello reduce la repercusión de los costes fijos, sobre todo en el caso de las tecnologías, que presentan indivisibilidades, permite posibles reducciones de precios derivadas de mayores volúmenes de compras y, en la medida que aumenta la escala de operaciones, permite ganar en especialización de funciones.

Por su parte, las economías de experiencia implican menores costes que los que tendría una empresa inexperta, ya que "las empresas que llevan tiempo realizando una determinada actividad desarrollan una destreza y logran un aumento de la eficiencia en la coordinación de tareas organizativas".

A diferencia de las anteriores, las economías de alcance se generan al "compartir recursos tangibles como son las instalaciones e intangibles, por ejemplo, la imagen, habilidades o rutinas organizativas, entre diferentes actividades". Ello permite tener un coste menor que la suma de los costes de realizar las actividades por separado (VÁZQUEZ/TRESPALACIOS: *Distribución comercial...*, cit., págs. 74-75).

Estas economías se han visto facilitadas y aceleradas mediante la introducción de la tecnología de la información y las técnicas modernas de "just-in-time" (JIT) (véase LiV

dad de negociación⁸³; y (f) la alteración favorable de la estructura del mercado, destacadamente, la creación de barreras de entrada, puesto que los potenciales competidores ven aumentar la escala de operación a la vez que pueden encontrar dificultades para su aprovisionamiento, en función del poder alcanzado por las organizaciones verticales existentes en el mercado.⁸⁴

En conclusión, los canales organizados verticalmente dan como resultado un conjunto centralizadamente dirigido de agentes económicos situados en los distintos niveles del canal de distribución y que busca la combinación, coordinación y sincronización eficiente de funciones de distribución. Efectivamente, el nivel del servicio prestado y su eficiencia son elementos muy importantes en el proceso competitivo de acceso al destinatario, de manera que el punto de partida lo constituye la decisión por parte del distribuidor de referencia —ya sea productor o intermediario— del canal o los canales que supongan el menor coste para un nivel determinado de prestaciones de distribución, nivel que, a su vez, depende de las características intrínsecas del producto y de la decisión sobre el marketing-mix que adopta dicho

RV, núm. 7, pág. ii).

⁸³ VÁZQUEZ/TRESPALACIOS: *Distribución comercial...*, cit., pág. 75, ponen los siguientes ejemplos: en un supuesto de integración hacia atrás, se obtiene un mejor conocimiento sobre costes y tecnología, lo que permite comparar los resultados internos con los precios ofertados con los suministradores externos, lo que, a su vez, facilita negociar contratos con proveedores en mejores condiciones; o en un supuesto de integración hacia adelante, la integración permite tener un mejor conocimiento del mercado final, negociar en mejores condiciones con el resto de los distribuidores independientes, segmentar el mercado en favor del productor, quien se reserva los grandes clientes.

⁸⁴ Cfr. CASARES/REBOLLO: *Distribución comercial*, cit., pág. 104, quienes igualmente aluden a la búsqueda de la eficiencia, a través de los menores costes de operación que ofrecen los especialistas y a la minoración el riesgo inherente al proceso de comercialización. Pero, en realidad, estas dos son razones para preferir la distribución indirecta a la directa. Asimismo, se discrepa de que la integración vertical necesariamente haya de suponer un acortamiento de los canales (cfr. IBIDEM, pág. 109). Esto dependerá de la decisión sobre la longitud del canal, pero no de si hay integración o no, al menos fuera del caso del sistema corporativo (véase *infra*, epg. V. 6. B. b.).

líder.⁸⁵

Por contra, no parece correcto afirmar que la explicación última de las decisiones empresariales a favor o en contra de la integración consiste en la búsqueda de ventajas competitivas que proporcionen una posición de eficiencia superior. Un análisis puramente funcional, como el que da lugar a esta conclusión, pese a lo sugerente del mismo, no es satisfactorio. De hecho, en situación de competencia, la elección entre un canal convencional u organizado depende de la "relativa eficiencia" de tales opciones para proporcionar el nivel de servicios de distribución demandados por el destinatario.⁸⁶ Es decir, tanto para los productores como para los intermediarios, las razones que llevan a la integración responde a planteamientos de política de marketing, quedando la mejora de los aspectos financieros supeditada a la obtención de una posición de poder de mercado. La máxima es "poder de mercado antes que beneficios" (*Marktmacht vor Rendite*)⁸⁷. De ahí que, si bien se trata de criterios que son difícilmente escindibles, analíticamente conviene tener siempre presente la prioridad de la consecución del control sobre la mejora de la relación coste-beneficio.

Por otra parte, no deben perderse de vista dos datos muy importantes. Con la integración vertical de los canales de distribución, sus participantes obtienen un mayor poder de mercado —hacia la demanda—, y de negociación —hacia los proveedores—, lo que supondrá una mejora en el aprovechamiento del valor añadido a lo largo del proceso de distribución: con menos coste se consigue añadir más valor

⁸⁵ Véanse VÁZQUEZ/TRESPALACIOS: *Distribución comercial...*, cit., pág. 73; LiV RV, núm. 7, pág. ii; y CASARES/REBOLLO: *Distribución comercial*, cit., págs. 26 y 121. Sobre la noción de "marketing-mix" véase *supra*, epg. IV. 4. C.

⁸⁶ Véase MÚGICA GRIJALBA: "Procesos de integración vertical...", cit., pág. 32.

⁸⁷ Véase MARTINEK, en: MARTINEK/SEMLER: *Handbuch des Vertriebsrechts*, cit., § 2 núms. 8 y 12.

al producto. Es por ello que la competencia entre canales de distribución es cada vez más relevante, ya que la viabilidad a largo plazo de cualquier agente económico está cada vez más sujeta a la capacidad del canal en que participa para competir con otros operadores. De ahí que los miembros de un canal pueden tratar de influir en su funcionamiento, asumiendo la coordinación y el control del canal de distribución⁸⁸. Y que, además, este perfeccionamiento de los canales de distribución –que permite al líder ejercer un control más efectivo, tanto sobre los productos comercializados como sobre los distribuidores– sumado a su creciente protagonismo, desemboca en la minimización e incluso en la eliminación de la función económica de la distribución comercial: no permiten el arbitraje ni la especulación, y ello tanto a sujetos partícipes en el canal como a sujetos ajenos al mismo.⁸⁹

⁸⁸ Véanse CASARES/REBOLLO: *Distribución comercial*, cit., págs. 109-110; LiV RV, núm. 7, pág. ii, y núm. 16, pág. 6; véase también CRUZ/MÚGICA: "La distribución comercial...", pág. 58.

Véase *infra*, fig. 7.

⁸⁹ Véase *supra*, epg. IV. 1.

V. 6. B. b. *¿Qué integración?: sistemas corporativos contra sistemas contractuales, e integración directa contra integración indirecta*

Puesta de manifiesto la necesidad de la integración, el problema que se plantea a continuación es doble: con qué intensidad ha de producirse ésta y a qué funciones de distribución debe alcanzar. Dar respuesta a este interrogante implica adoptar una decisión, en primer lugar, sobre la conveniencia de optar por un sistema de distribución corporativo o contractual; y, en segundo lugar, señaladamente, sobre la conveniencia de optar por una integración directa o una integración indirecta o, lo que es lo mismo, por una distribución integrada directa o indirecta.

Una vez más debe señalarse que, en la práctica, no se trata de alternativas decididamente excluyentes, siendo perfectamente imaginable la hipótesis de un determinado canal que muestre etapas que han sido organizadas conforme al sistema corporativo y otras acudiendo al sistema contractual, e igualmente cabe pensar que un canal concreto presente niveles que han sido objeto de integración directa y niveles que han sido objeto de una integración indirecta.

Debe además advertirse que los sistemas administrados⁹⁰ son excluidos del estudio. La delimitación del supuesto no deja de plantear serias dificultades, ya que las fuentes de poder son de muy diversa índole, de manera que no será infrecuente dudar en casos concretos de la calificación que merezca estos canales organizados, incluso frente a un canal convencional. Al margen de esto, es una categoría que tiene su lógica desde la perspectiva económico-empresarial, al abordar la clasificación de los canales organizados en función de la intensidad de control derivada de la naturaleza del vínculo: fuerte-societario, en el sistema corporativo, medio-contractual, en el sistema contractual, y débil-fáctico, en el sistema administrado, respectivamente. Pero desde la perspectiva

⁹⁰ Véase *supra*, epígrafe V. 5. B. a. "Dimensión vertical: longitud del canal de distribución y vínculos organizativos verticales".

jurídica, van a ser de difícil tratamiento: tanto para el Derecho de sociedades como para el de obligaciones y contratos, serán, por definición, prácticamente irrelevantes; por contra, sí que les sería de aplicación el Derecho de la competencia, si bien no resulta sencillo determinar cuál deba ser su tratamiento en este sector normativo.

Así, en el Derecho de defensa de la competencia, si no hay acuerdo o decisión colectiva, pero sí que hay una recomendación colectiva o, más frecuentemente, una práctica concertada o conscientemente paralela, a estos efectos, es como si se estuviese ante un sistema contractual, y se aplicará el art. 85 TCE y el art. 1 LDC. Si no es así, la única vía que queda abierta es la del abuso de posición dominante, regulado en el art. 86 TCE y el art. 6 LDC. Pero, dada la muy diversa naturaleza de las fuentes de poder, es cuestionable si siempre que exista un sistema administrado se van a dar los requisitos que permitan aplicar sendas prohibiciones. Así, parece que para la existencia de un sistema administrado presupone que el o los líderes ostenten una "posición de poder" en el mercado relevante; y ello, aunque la fuente de poder puede ser de naturaleza no económica. Pero, en cualquier caso, el poder de mercado que se requiere para entender que existe posición dominante no tiene porqué coincidir con el que sea necesario en cada caso para ejercer las "relaciones de poder" que permiten controlar un sistema administrado. Y, además, tiene que haber un abuso. Así, es dudoso que si la fuente de poder no tiene naturaleza económica –información, experiencia, referencia y legitimidad– pueda hablarse de abuso. Parece que sería preciso que la fuente de poder fuese de naturaleza económica –la capacidad para recompensar o sancionar del líder-administrador– para poder constatar la existencia de un abuso de la posición dominante. Pero en todo caso, la coercibilidad que exige una efectiva dirección del sistema descansa, básicamente o en última instancia, en el poder económico. Algo que se traducirá en la capacidad –y la disposición– para abusar de la posición dominante. Por ello –y sin desdeñar que, *de facto*, puedan existir estos sistemas– ofrecen serias dudas en cuanto a su legalidad tanto en el ámbito comunitario europeo como en el estatal español. A idéntica conclusión se llega si se aborda la cuestión desde el Derecho de la competencia desleal, pues inmediatamente se piensa en

supuestos como los previstos en el art. 14 de la Ley 3/1991, de 10 de enero, de competencia desleal⁹¹ (en adelante, LCD) –prohibición de la inducción a la infracción contractual–, el art. 17 LCD –venta a pérdida eliminadora de competidores– y, especialmente, en el art. 16 LCD –prohibición de discriminación–.

En definitiva, desde la perspectiva jurídica nos encontramos con que los sistemas administrados, o bien son asimilables a los sistemas contractuales, o bien, si verdaderamente son tales y funcionan, son sistemas que infringen la prohibición de abuso de posición dominante o dan lugar a actos de competencia desleal, por lo que no pueden ser considerados por el Derecho como una opción sistémica de integración válida.

Tampoco resulta sencillo el tratamiento jurídico de los sistemas corporativos. Esta es una materia que no va a ser aquí objeto de estudio desde la perspectiva jurídica, aunque sí lo sea desde la económico-empresarial y en contraposición a los sistemas contractuales.

No obstante, con carácter general, puede afirmarse que el tratamiento jurídico de la integración corporativa variará en función de su concreción práctica; es decir, para el Derecho no es lo mismo si ésta se produce mediante la creación de sucursales o de filiales, por medio de la fusión por absorción de empresas ya existentes, gracias a la creación de empresas conjuntas, etc. Ahora bien, dicho tratamiento dependerá del sector del ordenamiento desde el que se considere la concentración; por ejemplo, la materialización de la operación de integración corporativa y su ulterior desarrollo mediante la creación por una sola empresa de una filial no va a suscitar cuestión alguna desde el Derecho de defensa de la competencia –señaladamente, las conductas mediante las que se materialice su ulterior desarrollo, como sería el caso de acuerdos entre la sociedad matriz y su filial, no quedan sujetas ni al art. 85 TCE ni al art. 1 LDC, por la inexistencia de una pluralidad de agentes económicos⁹²–.

⁹¹ BOE de 11-1.

⁹² Sobre este elemento de la prohibición de conductas colusorias véase *infra*, epg. X. 4.

Pero no va a suceder lo mismo si dicha operación, tanto en su momento inicial como en su desarrollo, se contempla desde el Derecho de sociedades o desde el Derecho de obligaciones y contratos.

Brevemente, y por lo que al Derecho comunitario de la competencia se refiere, las operaciones resultado de la creación y el funcionamiento de un sistema de distribución integrada corporativa van a desembocar, principalmente, en la aplicación del Reglamento (CEE) núm. 4064/89 del Consejo, de 21 de diciembre de 1989, sobre el control de las operaciones de concentración entre empresas⁹³ (en adelante, Rgto. CEE 4064/89)⁹⁴. Y ello únicamente cuando dichas operaciones se articulen mediante la fusión de sociedades o la adquisición del control en sociedades ya existentes. Dentro de ésta última posibilidad de concentración destaca la creación de "empresas en común", también denominadas "empresas en participación"⁹⁵. No obstante, en este último caso hay que distinguir entre empresas en participación de carácter concentrativo y de carácter cooperativo, pues en atención a este dato difieren los criterios de valoración *antitrust*⁹⁶: la admisibilidad de las

⁹³ Versión corregida: DOCE núm. L 257/13, de 21.9.1990; modificado por el Reglamento (CE) núm. 1310/97 del Consejo, de 30 de junio de 1997 (DOCE núm. L 180/1, de 9.7.1997; rectificación DOCE núm. L 40/17, de 13.2.1998).

⁹⁴ Para el Derecho español, véanse arts. 14-17 LCD y Real Decreto 1080/1992, de 11 de septiembre, por el que se aprueba el procedimiento a seguir por los órganos de Defensa de la Competencia en concentraciones económicas y la forma y contenido de su notificación voluntaria (BOE de 27-10); respecto de la notificación voluntaria, téngase en cuenta que el art. 15.3 del Real Decreto-Ley 7/1996, de 7 de junio, sobre medidas urgentes de carácter fiscal y de fomento y liberalización de la actividad económica (BOE de 8-6; corr. err. BOE 18-6), añadió un nuevo apdo. 5 al art. 15 LDC.

⁹⁵ Sobre el concepto de concentración, en general, y sobre el de control en común, en particular, véase Comunicación de la Comisión sobre el concepto de concentración con arreglo al Reglamento (CEE) núm. 4064/89 del Consejo, de 21 de diciembre de 1989, sobre el control de las operaciones de concentración entre empresas (98/C 66/02) (DOCE núm. C 66/6, de 2.3.1998; en adelante, Comunicación sobre COC de 1998).

⁹⁶ Para la delimitación de la noción de empresa en participación y, sobre todo, para la distinción entre empresas en participación de carácter concentrativo y cooperativo, presenta gran interés la Comunicación de la Comisión relativa al concepto de empresa en participación con plenas funciones con arreglo al Reglamento (CEE) núm. 4064/89 del Consejo, de 21 de diciembre de 1989, sobre el control de las operaciones de concentración entre empresas (98/C 66/01) (DOCE núm. C 66/1, de 2.3.1998; en adelante, Comunicación sobre EP de 1998). Y lo mismo sucede con la Comunicación de la Comisión sobre el trata-

empresas en participación de carácter cooperativo queda, en todo caso, sometida a lo dispuesto en el art. 85 TCE, mientras que las de carácter cooperativo quedan prácticamente sustraídas del ámbito de la prohibición comunitaria de conductas colusorias.

En efecto, una "empresa en participación" es aquella controlada en común por otras empresas distintas de ésta cuando dicho control —consistente en que esas otras empresas puedan influir decisivamente en la empresa en participación, teniendo en cuenta las circunstancias de hecho y de Derecho— se ejerce, bien mediante derechos derivados de la propiedad o el uso de activos de la empresa en participación, bien a través de derechos o contratos que permitan influir sobre los órganos sociales de dicha empresa (véanse art. 3, apdos. 1.b) y 3 Rgto. CEE 4064/89 y núms. 19-38 Comunicación sobre COC de 1998) —por decirlo gráficamente, el la influencia decisiva ha de ser ejercido "desde dentro" de la empresa en participación—. Si la empresa en participación tienen "plenas funciones", es decir, desempeña con carácter permanente las funciones de una entidad económica independiente, lo que supone un cambio permanente en la estructura de las empresas afectadas (art. 3.2 Rgto. CEE 4064/89 y núms. 11-15 Comunicación sobre EP de 1998), ésta constituye una operación de concentración, y su examen se sujeta, en todo caso —es decir, tenga carácter concentrativo o cooperativo—, a los criterios sustantivos y al procedimiento propio del Rgto. CEE 4064/89⁹⁷; sin embargo, si la empresa en participación, además de constituir una operación de concentración, tiene carácter cooperativa —esto es, si la creación de tal empresa en común tiene por objeto o produce el efecto de coordinar el comportamiento competitivo de las empresas fundadoras,

miento de las empresas en participación de carácter cooperativo en virtud del artículo 85 del Tratado (93/C 43/02) (DOCE núm. C 43/2, de 16.2.1993; en adelante, Comunicación sobre EPC de 1993); comunicación esta última que, no obstante, debe ser corregida conforme a las últimas modificaciones introducidas en el Rgto. CEE 4064/89, cuyo alcance vienen explicado en la Comunicación EP de 1998.

⁹⁷ Para los aspectos procedimentales, véase el Reglamento (CE) núm. 447/98 de la Comisión, de 1 de marzo de 1998, relativo a las notificaciones, plazos y audiencias contemplados en el Reglamento (CEE) núm. 4064/89 del Consejo, de 21 de diciembre de 1989, sobre el control de operaciones de concentración entre empresas (DOCE núm. L 61/1, de 2.3.1998).

que continúan siendo independientes—, entonces la procedencia de dicha operación debe de ser también juzgada conforme a los criterios materiales establecidos art. 85 TCE, por lo que a su objeto o efectos sobre el comportamiento competitivo de las empresas fundadoras se refiere (véanse art. 2.4 Rgto. CEE 4064/89 y núm. 16 Comunicación sobre EP de 1998, y cfr. núm. 11 Comunicación sobre EPC de 1993)⁹⁸. Por contra, si la empresa en participación de carácter cooperativo no constituye una entidad económica independiente o, pese a ser independiente, tiene un periodo de vida de corta duración —en cuyo caso, no hay operación de concentración— (núm. 10 Comunicación sobre EP de 1993), queda únicamente sujeta a la prohibición del art. 85 TCE, que será examinada en el marco del Rgto. CEE 17/62. Y así, se entiende que no tiene un objeto o produce efectos contrarios al art. 85 TCE, cuando las empresas fundadoras pertenecen al mismo grupo, cuando se trata de una empresa de menor importancia económica⁹⁹ o siempre que la cooperación se refiera a actividades neutrales desde el punto de vista de la libre competencia¹⁰⁰ (véase núm. 15 Comunicación sobre EPC de 1993).¹⁰¹

⁹⁸ Por el contrario, si se trata de una empresa en participación de carácter concentrativo, a la hora de enjuiciar su objeto o efectos sobre el comportamiento competitivo de las empresas fundadoras, se aplican principalmente los criterios sustantivos establecidos en el Rgto. CEE 4064/89. De manera que, siempre que las restricciones en cuestión estén directamente vinculadas con la operación y sean necesarias para la aplicación de la concentración, y si la operación es autorizada, dichas restricciones de la competencia son consideradas "restricciones accesorias" de dicha operación y, por lo tanto, no infringen la prohibición del art. 85.1 TCE, tal y como se explica la Comisión CE en los núms. 16 Comunicación de EP de 1998 y V de su Comunicación sobre las restricciones accesorias a las concentraciones (90/C 203/06) (DOCE núm. C 203/5, de 14.8.1990); para la noción de restricción accesorio, véase *infra*, epg. XV. 2.

No obstante, si la concentración da lugar a restricciones que no tienen dicho carácter accesorio, "normalmente la Comisión examinará la aplicabilidad del artículo 85 a la luz del Reglamento núm. 17" (núm. 16 Comunicación sobre EP de 1998); se refiere la Comisión CE al Reglamento (CEE) núm. 17/62 del Consejo, de 6 de febrero de 1962, Primer Reglamento de aplicación de los artículos 85 y 86 del Tratado (ABIEG núm. 13, de 21.2.1962, pág. 204; DOCE ed. especial en español 8/vol. 1, pág. 22; en adelante, Rgto. CEE 17/62).

⁹⁹ Respecto a los acuerdos de menor importancia, véase *infra*, epg. XVI. 3.

¹⁰⁰ Tal y como éstas se delimitan en la Comunicación de la Comisión relativa a los acuerdos, decisiones y prácticas concertadas relativos a la cooperación entre empresas (ABIEG núm. C 75/3, de 29.7.1968; DOCE ed. especial en español 8/vol. 1, pág. 117; en adelante, Comunicación sobre cooperación de empresas de 1968). Sobre el contenido de

Tanto en el caso de la alternativa entre integración corporativa o contractual, como entre integración directa o indirecta, y siempre en el marco de la distribución integrada, la cuestión sobre la que tiene que tomar una decisión el líder del canal es si debe internalizar o externalizar funciones de distribución comercial; es decir, si debe ser o no titular de los medios necesarios para desarrollar las correspondientes funciones de distribución comercial y, consecuentemente, tener un mayor control sobre el desarrollo de dichas funciones pero, a la vez, asumir los riesgos que les son inherentes.

En cualquier caso, se opte por un sistema corporativo o contractual, o por la integración directa o indirecta, a la hora de configurar el canal de distribución integrado, debe tenerse en cuenta que se pueden eliminar intermediarios, pero no las funciones que estos debían realizar o venían realizando.¹⁰²

Sin embargo, este problema se plantea desde distintos ángulos, de manera que, en puridad, optar por un sistema corporativo no es lo

esta comunicación se tratará, *infra*, epg. X. 3.

¹⁰¹ Sobre el control de concentraciones empresariales en el Derecho comunitario europeo, en general, y sobre las empresas en participación, en especial, véanse, en la literatura española, BELLO MARTÍN-CRESPO, M. P.: *Concentración de Empresas de Dimensión Comunitaria*, Aranzadi, Pamplona, 1997; y VEGA GARCÍA, F. D. L.: "Filiales comunes coordinadoras de comportamientos competitivos de empresas independientes y Derecho de la Competencia", RGD 1998 (645), págs. 7567-7593. Véanse también GOÑI URRIZA, N.: *Problemas de aplicabilidad del Reglamento (CEE) 4064/89, sobre el control de las concentraciones entre empresas*, Col. Ciencia Jurídica y Derecho Internacional núm. 1, Biblioteca de Ciencia Jurídica, Comares, Granada, 1997, pág. 304 y sigs.; y MIQUEL RODRÍGUEZ, J.: *La sociedad conjunta* (Joint Venture Corporation), Col. Monografías, Civitas, Madrid, 1998, pág. 57 y sigs., especialmente, págs. 62-73.

¹⁰² Es decir: "1. Es factible eliminar y sustituir organizaciones en el canal de distribución. 2. Sin embargo, las funciones desarrolladas por tales organizaciones no pueden eliminarse. 3. Cuando se elimina una organización miembro del canal de distribución o se suprime un nivel [...], sus funciones se han de trasladar hacia arriba o hacia abajo en el mismo, siendo asumidas por otros miembros" (VÁZQUEZ/TRESPALACIOS: *Distribución comercial...*, cit., pág. 36).

mismo que inclinarse por la integración directa, ni decidirse por el sistema contractual es equivalente a hacerlo por la integración indirecta. Y el riesgo de confusión es elevado¹⁰³, pues ambas dicotomías guardan numerosas interrelaciones.

Así, de una parte, la opción entre un sistema corporativo y un sistema contractual supone decidir entre si es preferible organizar un canal propio de distribución, es decir, la realización interna de las funciones de la distribución comercial en general, o si es preferible realizar la comercialización mediante la traslación de funciones de distribución, en general, a agentes externos especializados, es decir, organizar un canal de distribución integrado, pero ajeno. Traducido en términos jurídicos, lo primero supone el establecimiento de vínculos que podían calificarse de "societarios" —así, ampliaciones de capital destinadas a la financiación de la apertura de sucursales, creación de sociedades filiales o toma de control de sociedades ya existentes— y, para lo segundo, vínculos que, en la misma línea, podrían denominarse "contractuales no societarios" —así, contratos de concesión mercantil, de distribución autorizada, de franquicia—. Es decir, mediante el sistema corporativo desaparece el contrato de distribución como tal, descomponiéndose en contratos simples relacionados por vínculos societarios.¹⁰⁴

¹⁰³ Así, entre los economistas, véase VÁZQUEZ/TRESPALACIOS: *Distribución comercial...*, cit., pág. 41; MÚGICA GRIJALBA: "Procesos de integración vertical...", cit., pág. 31, contraponen canales indirectos y canales integrados. Entre los juristas, véase MARTINEK, en: MARTINEK/SEMLER: *Handbuch des Vertriebsrechts*, cit., § 1 núm. 3, quien identifica distribución (*Vertrieb*) directa con sistema corporativo —lo que precisa una previa matización, como se hará más adelante— y distribución indirecta con sistema no corporativo. Así, se dice que existe distribución indirecta "cuando el productor traslada las actividades de distribución por completo o en su mayoría a un órgano de distribución ajeno, independiente jurídica y económicamente"; pero esta delimitación abarca tanto el sistema contractual, dentro de la distribución integrada, como también la distribución convencional; paradójicamente, más adelante (IBIDEM, § 1 núm. 7) diferencia distribución (*Umsatz*) directa e indirecta en el sentido que se expone *infra*, en el este mismo epígrafe.

¹⁰⁴ Véase SANTINI: *El comercio...*, cit., pág. 114 y sigs., especialmente pág. 118.

De otra parte, la opción entre la integración directa o indirecta requiere inclinarse por internalizar o externalizar una concreta función de distribución comercial, la función transaccional, y más precisamente, dos flujos ligados a dicha función: el flujo de titularidad y el flujo de riesgo correspondiente¹⁰⁵. Así, en un canal organizado liderado por el productor, si éste decide internalizar dichos flujos de la función transaccional, opta por la distribución integrada directa de sus productos, mientras que si se externalizan, se inclina por la distribución integrada indirecta –aunque, en este último caso, lo normal será que se externalice la función transaccional por completo; es decir, que también el flujo de información en sentido amplio y su flujo de riesgo correspondiente–. Dicho en términos jurídicos, si el intermediario integrado adquiere la propiedad del producto objeto de comercialización y procede a su ulterior transmisión al destinatario, entonces hay integración indirecta, mientras que si, pese a la presencia del intermediario integrado, es el productor quien transmite la propiedad al destinatario, entonces hay integración directa.

Nótese que se habla de distribución (no integrada) indirecta para referirse a un canal convencional, pues en este caso el intermediario "compra para revender". Y se habla de canal directo o indirecto en atención a este dato, a la externalización del flujo de titularidad, e independientemente de que se esté en presencia de un canal convencional u organizado.

Ahora bien, es preciso matizar la anterior distinción, pues la opción por un sistema corporativo implica la integración directa.

En teoría, sería posible pensar que cabe la distribución indirecta dentro de los sistemas corporativos, pues este sistema no excluye la

¹⁰⁵ Véase *supra*, epg. IV. 1.

pluralidad de sujetos en el canal de distribución –así, por ejemplo, una sociedad matriz, productora y líder del canal, y diversas sociedades filiales, intermediarias–, por lo que cabría la externalización del flujo transaccional de la sociedad matriz a la filial. Pero, realmente, tal externalización es sólo aparente, o tiene un alcance limitado, pues aunque no se trate de las mismas personas jurídicas, la productora tiene la propiedad de la intermediaria, con lo que, al fin y a la postre, ni cede parte del control sobre el flujo de titularidad, ni reduce el flujo de riesgo correspondiente. Sin embargo, esta identificación final no resta validez a la diferenciación introducida.

Centrándonos en los sistemas contractuales, la distinción efectuada justifica que la ciencia económico-empresarial entienda que es perfectamente posible que exista integración aunque no se externalice controladamente –por los vínculos contractuales– la función transaccional. La integración se da siempre que se externaliza controladamente cualquier función de distribución. Así, se puede afirmar que intermediario integrado es el transportista que asume la satisfacción de la función espacial bajo el control del productor.

Ahora bien, cuando se habla de integración vertical, en sentido estricto, no se atiende a la existencia de vínculos organizativos en la estructura superficial del canal de distribución, sino a su estructura básica¹⁰⁶; es decir, el dato fundamental es la externalización controlada de la función transaccional. Y si se distingue entre integración vertical directa e indirecta es merced al deslinde, dentro de la función transaccional, del flujo de titularidad –que se correspondería con la actividad de transmisión del producto distribuido–, del de información en sentido amplio, especialmente del flujo de persuasión –que se correspondería con la actividad de promoción del producto distribuido–. De modo que se dará la integración vertical contractual indirecta cuando se produzca

¹⁰⁶ Véase *infra*, epg. V. 5. A.

la externalización controlada (contractualmente) de la función transaccional de distribución comercial en su totalidad; es decir, el intermediario integrado asume tanto el flujo de información como, sobre todo, el de titularidad o, lo que es lo mismo, realiza las actividades de promoción y transmisión del producto comercializado. Mientras que habrá integración vertical contractual directa cuando lo que se produce la externalización controlada parcial de la función transaccional: únicamente, del flujo de información; con otras palabras, el intermediario integrado realiza solamente la actividad de promoción. Ello pone de relieve que la actividad promocional tiene sustantividad propia.

Pero aún se puede ir más allá: es muy raro que se externalice controladamente el flujo de titularidad sin que se haga lo mismo con el flujo de persuasión. Lo cual podría respaldar la opinión de la pérdida de importancia relativa de la actividad de transmisión frente a la de promoción, pues lo característico de la distribución integrada sería no tanto la traslación de la actividad de transmisión, sino, sobre todo, de la actividad de promoción. Igualmente, ello llevaría a reconsiderar el criterio por el que se determina la estructura básica de un canal de distribución, que debería atender a la externalización de cualquiera de los dos flujos que componen la función transaccional, y a la que, por lo tanto, también deberían de pertenecer los distribuidores verticalmente integrados contractual y directamente. Se defiende, pues, la independencia y, más todavía, el carácter principal de la actividad de promoción frente a la de transmisión en los contratos de distribución.

En este orden de ideas, PAZ-ARES¹⁰⁷ observa cómo SANTINI tiene una idea recurrente: la progresiva transformación del aparato distributivo en un verdadero aparato de prestación de servicios, lo que significa la

¹⁰⁷ PAZ-ARES: "Recensión a SANTINI: *Il commercio...*, cit., págs. 675 y 677.

conversión de la actividad de cambio en una actividad asistencial¹⁰⁸. Pese a esto, el autor italiano no se libera del basamento que constituye la compraventa para tratar de los cambios en la contratación, en los negocios. Ciertamente, la metodología —es decir, el recurso a variables— sea muy atractiva, pues permite romper el rígido molde del tipo y dar mayor protagonismo normativo a la categoría. Esta metodología es consecuencia de "infravalorar la *causa vendendi*"¹⁰⁹ —mejor dicho, de redimensionar y ajustar el grado de importancia de la misma—, para dar relevancia a aspectos "secundarios". Sin embargo, SANTINI no abandona la plataforma que supone el contrato de compraventa. Ciertamente es que los tipos de venta no son tipos contractuales, sino módulos que darán lugar, mediante su combinación, a múltiples posibilidades de configuración¹¹⁰. Pero estas son cuestiones que atañen más al tramo final de la distribución que a la organización de los canales de distribución.

En cuanto a qué motivos determinan la respuesta a la pregunta de qué integración escoger, qué duda cabe que los factores de mercado y del producto pueden condicionar la longitud del canal de distribución.

Así, un número elevado de clientes dispersos aconseja optar por un canal indirecto largo, mientras que una clientela muy concentrada geográficamente o que realiza compras unitarias de entidad inclina a diseñar un canal directo o indirecto corto. Los productos perecederos, los altamente tecnificados o los producidos bajo pedido requieren de un canal corto, a diferencia de los productos estandarizados.¹¹¹

¹⁰⁸ Véase *supra*, epg. IV. 5.

¹⁰⁹ Véase PAZ-ARES: "Recensión a SANTINI: *Il commercio...*, cit., pág. 678.

¹¹⁰ Véanse SANTINI: *El comercio...*, cit., págs. 218-220; y PAZ-ARES: "Recensión a SANTINI: *Il commercio...*, cit., pág. 681.

¹¹¹ Véase VÁZQUEZ/TRESPALACIOS: *Distribución comercial...*, cit., pág. 411. Cfr. GÓMEZ/PUELLES: "Integración corporativa...", cit., págs. 40-41, quienes confunden ventajas e inconvenientes propios de uno y otro tipo de integración con las que se derivan, tanto de la gran distribución como de las modernas técnicas de venta, y que estos autores identifican erróneamente con la integración corporativa.

Pero, al margen de tales factores, la gran ventaja de los canales de distribución propios es, a grandes rasgos, que éstos permiten un mayor control del mercado y control directo del cliente. El riesgo de descoordinación y la pérdida del control sobre el proceso de distribución, por acumulación de poder en los intermediarios, queda así eliminado. Pero existe un gran inconveniente: las elevadas inversiones en capital fijo permanente que un canal de distribución propio exige a quien decide tomar el control del mismo por la vía del sistema corporativo. Este inconveniente se mitiga al acudir a un canal de distribución integrado pero ajeno, esto es, a la vía del sistema contractual, donde, además, una parte sustancial de la financiación de *stocks* es asumida por el distribuidor.¹¹²

Y es que la presencia de distribuidores-intermediarios ajenos a la corporación del productor presenta indudables ventajas, tanto para el sistema económico como para el propio productor. Así, y en relación con el sistema económico, éstos permiten una comunicación más fluida y eficaz entre los productores y sus mercados finales, un mejor ajuste entre las cantidades y los surtidos producidos y disfrutados, así como facilitan las transacciones en el mercado, con el consiguiente ahorro en

¹¹² Véanse CASARES/REBOLLO: *Distribución comercial*, cit., pág. 27; y VÁZQUEZ/TRESPALACIOS: *Distribución comercial...*, cit., pág. 41.

Efectivamente, en el ámbito de la distribución comercial, tanto la empresa (sistema corporativo) como el contrato (sistema contractual) constituyen vehículos para articular los canales de distribución; así, los contratos de distribución ocupan un lugar intermedio entre la empresa y el mercado —entendido éste como sinónimo de canal convencional—. Pero no se puede afirmar que la opción entre uno y otro sistema de distribución integrada sea una cuestión de costes de transacción; así, el sistema contractual abarata los costes de distribución y por ello es preferible al sistema corporativo (véase PAZ-ARES: "La terminación...", cit., págs. 13-16). Al igual que se puso de manifiesto *supra*, epg. V. 6. B. a., al tratar de los criterios determinantes de la opción que el epígrafe plantea, la elección no es única ni principalmente una cuestión de costes de transacción; se trata de ponderar el control del canal de distribución y los costes que ello supone, pero atendiendo prioritariamente al grado de control deseado. Es decir, se trata de obtener el control suficiente al menor coste, y no de fijar unos costes e intentar alcanzar el mayor grado de control posible.

tiempo y costes¹¹³. Visto desde la perspectiva de los productores, los intermediarios mejoran tanto la eficiencia de la distribución —dado que, en principio, los especialistas ofrecen menores costes de operación que si fuese el productor quien realizase las funciones de distribución (así, evita la realización de cuantiosas inversiones para la constitución del canal, sobre todo en el caso de bienes de gran demanda y bajo valor unitario)—, como la rentabilidad de las empresas productoras —pues permite a los productores invertir en las actividades donde obtienen mejores rendimientos—, además de disminuir los riesgos de comercialización.¹¹⁴

De manera que, si bien un sistema corporativo presenta todas las ventajas de la distribución integrada en general en su mayor grado —y al margen de proporcionar, por lo general, una reducción de la carga impositiva—, no deja de plantear, además de su elevado coste, los siguientes inconvenientes: (a) pérdida de flexibilidad o capacidad de adaptación de la empresa ante su entorno, especialmente ante una disminución de ventas y frente a innovaciones tecnológicas; (b) problemas de gestión que se traducen en un aumento de la complejidad organizativa por el incremento del tamaño de la empresa y por la necesidad de coordinar de forma eficiente nuevas actividades con las ya existentes; (c) costes de la integración, por la dificultad de valorar los costes, tanto de adquisición como de gestión, así como de determinar, de una parte, el coste de oportunidad de prescindir del mercado y, de otra parte, la estrategia para materializar la integración —disyuntiva entre

¹¹³ Véase VÁZQUEZ/TRESPALACIOS: *Distribución comercial...*, cit. págs. 33-35; véase también LiV Comercio, núm. 15, pág. 7, donde además se señala su virtualidad como pieza de ajuste, ya que dada su posición entre el productor y el destinatario, el intermediario está en condiciones de influir sobre ambas partes.

¹¹⁴ Véase CASARES/REBOLLO: *Distribución comercial*, cit., pág. 27. Así, en el ámbito de la distribución mayorista, "los fabricantes y los compradores recurren a los mayoristas únicamente cuando éstos desempeñan con mayor eficacia uno o varios de los servicios de la distribución" (LiV RV, núm. 18, págs. 6-7).

inversión directa y adquisición de empresa ya instalada en el mercado—; y (d) obstáculos legales, motivados por la legislación sobre control de concentraciones empresariales.¹¹⁵

Por todo ello, si bien es posible toparse con canales de distribución carentes de intermediarios —o con intermediarios integrados corporativamente—, son muy pocos los productores optan por un canal propio y directo¹¹⁶. Así, el sistema contractual permite alcanzar gran parte de las ventajas, tanto de las ofrecidas por los distribuidores-intermediarios independientes, como por la integración corporativa, pero mitigando sus inconvenientes. Se mantiene la necesaria flexibilidad del canal, ya que la integración contractual permite dar respuesta a las condiciones competitivas cambiantes y es origen de nuevas iniciativas competidoras¹¹⁷, a la par que se eluden los costes y los problemas de gestión que debería soportar el líder del sistema; tal es así, que el éxito del sistema contractual se explica por la "incapacidad financiera y/o administrativa de las empresas para integrar bajo el control de su propiedad la totalidad o parte del proceso de distribución"¹¹⁸. Además, aportan otras ventajas, como son una mayor cobertura del mercado, una mayor posibilidad para introducir marcas propias o nuevos productos y el fomento de una imagen de calidad única de cara al mercado.¹¹⁹

¹¹⁵ Véanse VÁZQUEZ/TRESPALACIOS: *Distribución comercial...*, cit., págs. 75-77 y 411; y MÚGICA GRIJALBA: "España. La nueva organización...", cit., pág. 24.

¹¹⁶ Véase LiV RV, núm. 7, pág. ii.

¹¹⁷ Véase MÚGICA GRIJALBA: "España. La nueva organización...", cit., pág. 22.

¹¹⁸ VÁZQUEZ/TRESPALACIOS: *Distribución comercial...*, cit., pág. 77; véanse IBIDEM, pág. 411; y LiV RV, núm. 16, pág. 6. Por su parte, CASARES/REBOLLO: *Distribución comercial*, cit., págs. 104-105, plantean la cuestión de si existe relación entre la longitud del canal y el coste del proceso de distribución —es decir, si cuanto más largo sea el canal, más costosa es la distribución—, sin que parezca que pueda establecerse esta relación.

¹¹⁹ VÁZQUEZ/TRESPALACIOS: *Distribución comercial...*, cit., pág. 78.

Desde una perspectiva dinámica —en concreto, la que ofrece la consideración del crecimiento de los operadores del sector distributivo—, la elección de un sistema corporativo o de un sistema contractual —se habla de "crecimiento orgánico" frente a "crecimiento exterior", respectivamente— atiende a una serie de criterios que vendrían a complementar a los anteriores. Así, entre otras razones, el sistema corporativo es preferible si la fórmula comercial que aplica el operador en crecimiento se encuentra en fase de desarrollo —sobre todo, si dispone de un *know-how* superior o igual a sus competidores—, si el mercado inicial de la fórmula está poco saturado, si se desea asegurar una correcta implantación de la fórmula comercial, o también se busca evitar o dificultar su imitación. En cambio, la opción por el sistema contractual se muestra como la más indicada cuando la fórmula comercial se encuentra en su fase de madurez, si se precisa de una expansión rápida o se buscan economías de escala o una dimensión determinada, así como si se tiene un conocimiento insuficiente del mercado extranjero y se busca un cooperador local¹²⁰, ventajas todas ellas de gran relevancia en el contexto del Mercado Unico.

Pero los sistemas contractuales no sólo aportan ventajas al líder del canal de distribución. Los intermediarios también obtienen ventajas de su integración contractual: si bien están interesados en asegurarse el control de su etapa, renuncian a ello si el productor lo compensa con la garantía de ventajas económicas, con un incremento de las expectativas de beneficio. Mediante los acuerdos de integración vertical contractual, los distribuidores se integran, desde el punto de vista económico, en la red comercial del productor, pasando así a formar parte de una organización estable, que normalmente descansa en una marca de prestigio o renombrada, con lo que consiguen aprovecharse del *goodwill* de la misma; van a disfrutar de la asistencia técnica del propio fabricante, quien les va a transmitir normalmente el *know-how*; y se les abren

¹²⁰ Véase MUÑIZ/PLACER/CERVANTES: "Diversificación e internacionalización...", cit., pág. 66.

importantes y serias expectativas de incremento de los beneficios.¹²¹

V. 6. C. *La implantación de vínculos organizativos horizontales en los canales de distribución comercial*

Los sistemas de integración vertical arriba estudiados, especialmente en el contexto de los sistemas contractuales, producen un cierto grado de integración horizontal en el correspondiente nivel del canal de distribución, al ordenar el productor también la relación que debe existir entre los distintos distribuidores. De ello se va a tratar bajo el título "vínculos horizontales implantados verticalmente".

Pero, además de éstos, en la dimensión horizontal cabe que existan otros vínculos no impuestos desde arriba (o desde abajo) del canal de distribución, sino establecidos entre los agentes económicos que operan en una misma etapa del canal de distribución, e incluso en etapas equivalentes de distintos canales de distribución. Como ya se propuso, se hablaría, respectivamente, de un "nivel integrado" y de un "mercado integrado"¹²². Quedan éstos, en principio, fuera del ámbito de estudio, si bien conviene dar breve noticia de la existencia de estos sistemas contractuales de integración horizontal con finalidad distributiva, a los que se alude con la expresión "vínculos horizontales implantados horizontalmente".

V. 6. C. a. *Vínculos horizontales implantados verticalmente: distribución intensiva, selectiva o exclusiva, y distribución simple o múltiple*

Bajo este epígrafe hemos de referirnos a dos cuestiones distintas, si bien complementarias entre sí: de una parte, la opción entre la distribución intensiva, selectiva o exclusiva; y, de otra parte, establecimiento de una distribución simple o múltiple.

¹²¹ Véase por todos MARTINEK, en: MARTINEK/SEMLER: *Handbuch des Vertriebsrechts*, cit., § 2 núm. 12.

¹²² Véase *supra*, epg. V. 5. B. a.

Adoptar una decisión sobre la distribución intensiva, selectiva o exclusiva, es dar respuesta a las cuestiones que plantea la *cobertura del mercado*. En primer lugar, se ha de decidir el número de puntos de venta necesarios en un área geográfica determinada. Pero también se debe atender a qué prestaciones de distribución han de ofrecer dichos puntos de venta. Atendiendo a estos dos parámetros: (a) la distribución intensiva permite la máxima cobertura de mercado, al existir numerosos puntos de venta para el producto en el área geográfica en cuestión; esta estrategia es adecuada para bienes y servicios destinados a un elevado número de destinatarios, de compra frecuente, bajo valor unitario, y que requieren un esfuerzo mínimo por parte del destinatario; (b) la distribución selectiva supone que el producto es ofrecido en un área geográfica a través de puntos de venta elegidos en función de la capacidad de satisfacer determinadas prestaciones de distribución —así, instalación, mantenimiento, reparaciones—; en cuanto al producto, y junto a la exigencia de unos niveles mínimos de prestaciones de distribución, esta estrategia resulta indicada para bienes o servicios diferenciados y de marca, destinados a mercados concretos y grupos de destinatarios específicos, en cuya adquisición el destinatario está dispuesto a realizar un esfuerzo de búsqueda de tipo medio o intensivo; y (c) la distribución exclusiva implica que para un área geográfica definida, el producto es disponible en un único punto de venta, exclusividad que frecuentemente va acompañada de la del surtido, de manera que se prohíbe la distribución de marcas competidoras; por lo que se refiere al producto, responde éste a las mismas características que en la distribución selectiva —productos altamente diferenciados y de gran imagen—, si bien, en este caso, el destinatario está dispuesto a realizar un mayor esfuerzo de búsqueda.

Atendiendo ahora al *grado de control* que cada una de estas estrategias permite, se observa como: (a) en el caso de la distribución

intensiva, el productor se limita a acudir a los canales (convencionales) ya existentes; (b) en la distribución selectiva, la empresa productora busca obtener una mayor profundización en el mercado-meta, concentrando en ellos sus esfuerzos y aumentando el control que ejerce sobre el canal. Existe una relación más directa con los miembros del canal; y (c) en la distribución exclusiva, el productor persigue un control casi corporativo del proceso de distribución, el mantenimiento de la imagen de marca del producto, asegurando un nivel homogéneo de servicios, un alto conocimiento del producto por los distribuidores, etc.; es decir, el productor evita la competencia en dicho producto para una zona determinada a cambio de un mayor compromiso de colaboración por parte del intermediario con su política comercial; y si la exclusiva es recíproca, ello hace, de una parte, que se concentre todo el esfuerzo en el punto de venta hacia el producto distribuido, y, de otra parte, que el productor pueda invertir más decididamente en su canal de distribución sin riesgo de aprovechamiento por otras marcas.

En definitiva, desde los intereses del fabricante, si lo que se busca es una elevada disponibilidad del producto para el destinatario se ha de acudir a una cobertura intensiva del mercado, pero ello implica un control de escasa intensidad de la distribución por parte del fabricante. Por contra, la limitación de los intermediarios, la distribución selectiva y exclusiva, reduce la disponibilidad a cambio de control del canal de distribución por el productor.¹²³

Teniendo en cuenta las matizaciones hechas, por lo que a la distinción entre distribución simple y múltiple se refiere¹²⁴, debe comenzarse por poner de relieve la proliferación del fenómeno de la distribución múltiple. Ello se debe a la mayor diferenciación comercial

¹²³ Véanse CASARES/REBOLLO: *Distribución comercial*, cit., págs. 124-125; VÁZQUEZ/TRESPALACIOS: *Distribución comercial...*, cit., págs. 412-413.

¹²⁴ Véase *supra*, epg. V. 5. B. b.

de las ofertas en el mercado —es decir, la proliferación de mercados-meta—, y a las mayores posibilidades en la distribución —por ejemplo, el marketing directo y las nuevas tecnologías—. La distribución múltiple permite una mejor adaptación de la distribución al mercado, incrementa la disponibilidad y la presencia del producto en el mercado, aproximando de modo más específico dicho producto a los distintos grupos de destinatarios, a la vez que permite una promoción más adecuada de nuevos productos. Sin embargo, la distribución múltiple puede plantear serias dificultades en relación con el control de los canales, debido al elevado riesgo de conflictos que presenta, además de complicar la gestión de los canales, por las interferencias e incluso contradicciones que pueden surgir. De ahí que, dentro de la distribución múltiple, la tendencia sea hacia una distribución pluricanal, que se alcanza incidiendo, bien sobre el mercado-meta —diferenciando más precisamente los grupos de destinatarios y adjudicándolos a distintos canales—, bien sobre las características intrínsecas del producto —por ejemplo, recurriendo al uso de distintas marcas—. ¹²⁵

V. 6. C. b. *Vínculos horizontales implantados horizontalmente: vínculos espaciales y no espaciales*

De los dos tipos de vínculos a considerar bajo este epígrafe, son los segundos aquellos que presentan mayor interés en atención al objeto de estudio. En efecto, mientras que los vínculos espaciales persiguen la mejora de la capacidad de atracción comercial y la obtención de un mayor poder de mercado por los distribuidores agrupados en un mismo entorno comercial o centro de compras, los vínculos no espaciales dan lugar a acuerdos horizontales de distribución, acuerdos de cooperación o alianzas en los que las partes, persiguen compartir no solo instalaciones, sino todo tipo de actividades de distribución, para promocionar conjuntamente sus productos, desarrollar una imagen común, e intercam-

¹²⁵ Véase VÁZQUEZ/TRESPALACIOS: *Distribución comercial...*, cit., págs. 413-415.

biar información, formación o investigación.¹²⁶

V. 6. D. La configuración del canal de distribución comercial

La decisión final sobre los objetivos que deben alcanzarse, el análisis de las alternativas competidoras, la selección del canal o, en su caso, de los canales de distribución, y el establecimiento de un plan de acción y control, es lo que define la estrategia de distribución, y su materialización dará lugar a la "red de distribución comercial", entendida como la suma de canales para la distribución de un producto o inventario de productos¹²⁷. No debe confundirse pues la noción de red de distribución con la de "red de ventas", término con el que se alude a la configuración –anchura y vínculos organizativos– del nivel último de distribución, esto es, del que está en contacto con el mercado final.¹²⁸

Dicha decisión final será el resultado de la evaluación de los criterios anteriormente expuestos, que básicamente se agrupan en criterios económicos –nivel de ventas y costes– y de control en sentido amplio; este último engloba subcriterios como el del control en sentido estricto, el del grado de colaboración –intercambios de información, mantenimiento de un inventario mínimo, servicios postventa–, el de cobertura, el de la imagen de los componentes del canal de distribución –en qué medida contribuye ésta a reforzar la imagen deseada para los productos– y el de la competencia de los mismos a la hora de aportar las prestaciones de distribución.

Igualmente suele diferenciarse entre factores horizontales, que

¹²⁶ Respecto de los vínculos espaciales, véase CASARES/REBOLLO: *Distribución comercial*, cit., pág. 118. A propósito de los vínculos no espaciales, véanse VÁZQUEZ/TRESPALACIOS: *Distribución comercial...*, cit., págs. 79-80; e *infra*, epg. VI.

¹²⁷ Véase VÁZQUEZ/TRESPALACIOS: *Distribución comercial...*, cit., págs. 56, 404, 405-407 y 423-429.

¹²⁸ Véase *infra*, fig. 8.

analizan la adecuación de los distribuidores finales a las características del mercado-meta, y factores verticales, que atienden a la capacidad de asumir funciones de distribución por cada etapa y de colaborar.

A estos ha de añadirse la consideración de la "adaptabilidad" o capacidad evolutiva de los canales. Si se atiende al carácter de decisión a largo plazo que presenta el diseño de un canal de distribución y la posibilidad de que aparezcan nuevas formas de distribución o mejoras en los canales competidores, es preciso ponderar la capacidad del canal diseñado para adaptarse a cambios del entorno. A esta capacidad debe sumarse su compatibilidad con otros canales de distribución.¹²⁹

En resumen, para llevar a cabo dicha evaluación debe atenderse, en principio, a cuatro grupos de variables: (a) variables internas, entre las que se encuentran el producto –valor unitario, carácter perecedero o no, peso, volumen, nivel de prestaciones de distribución que deben completarlo, imagen y posicionamiento en el mercado–, el precio final, la política de comunicación y los recursos y posibilidades de la empresa; (b) el grado de competencia existente, tanto dentro del mismo nivel como entre canales; (c) variables del mercado y del entorno, como los hábitos de compra de los destinatarios, la estacionalidad de la demanda, la tecnología, los medios logísticos, la legislación, etc.; y (d) disposición y condiciones de los intermediarios para ser incorporados al canal de distribución.¹³⁰

En pos de un enfoque más global, puede decirse que a la hora de decidir si se opta por un canal convencional o integrado y, en este último caso, por qué sistema de integración, el productor debe realizar elecciones en tres grupos de cuestiones distintas: (a) si debe recurrir y, en

¹²⁹ Véanse CASARES/REBOLLO: *Distribución comercial*, cit., pág. 126; y VÁZQUEZ/TRESPALACIOS: *Distribución comercial...*, cit., págs. 426-428.

¹³⁰ Véase VÁZQUEZ/TRESPALACIOS: *Distribución comercial...*, cit., págs. 421-423.

caso afirmativo, cómo, a la captación de fuerzas externas y con qué mecanismos —controles e incentivos— puede integrar los esfuerzos de dichos operadores en su política empresarial; (b) qué tipo de intermedio es el adecuado en atención a las decisiones de su política de marketing sobre los destinatarios del producto, las características del mismo y la competencia a la que está sometido; y (c) qué sistema de distribución resulta menos problemático desde el punto de vista legal, tanto desde el Derecho de obligaciones y contratos —especialmente, los regímenes de extinción de las relaciones contractuales— como, especialmente, desde el Derecho de la competencia.¹³¹

Dichos criterios suelen evaluarse habitualmente acudiendo bien a métodos generales, bien a métodos específicos. No obstante, y pese a los esfuerzos por fijar criterios y métodos para la selección de los canales, en todos ellos persiste un elevado grado de discrecionalidad, debido a la diversidad de situaciones empresariales y a la amplitud de la oferta de servicios comerciales, datos que hace variar de forma acusada la valoración de los factores que fundamentan la decisión. Finalmente será el entorno competitivo, en su dimensión nacional e internacional, y con sus componentes políticos, legales, culturales, sociales, económicos y tecnológicos, el factor determinante a la hora de decidir a este respecto.¹³²

¹³¹ Véase OESCHLER, J.: "Kriterien für die Vertragstypenwahl (§ 5)", en: MARTINEK/SEMLER: *Handbuch des Vertriebsrechts*, cit.

¹³² Véanse CASARES/REBOLLO: *Distribución comercial*, cit., pág. 126; VÁZQUEZ/TRESPALACIOS: *Distribución comercial...*, cit., pág. 44; y MÚGICA GRIJALBA: "Procesos de integración vertical...", cit., pág. 31. Dentro de los métodos de evaluación específicos propuestos, destacan los basados en criterios múltiples, que presentan dos variantes, en forma de método de puntuación de factores ponderados, de método de ordenación por preferencia jerárquica (sobre los mismos, véanse VÁZQUEZ/TRESPALACIOS: *Distribución comercial...*, cit., págs. 429-432; y CASARES/REBOLLO: *Distribución comercial*, cit., págs. 127-128).

VI. LAS RELACIONES DE PODER ENTRE PRODUCTORES E INTERMEDIARIOS

Al igual que sucedía en el análisis de los canales de distribución en situación estática, existen distintas teorías que intentan explicar cuáles son las causas de las transformaciones en los canales de distribución y, de ese modo, predecir su evolución¹³³. Sin embargo, el objetivo de estas páginas es más modesto, pues no se pretende elaborar teoría alguna de la evolución de los canales de distribución. Como complemento del análisis de los canales realizado, se trata ahora de sintetizar la situación actual y las tendencias evolutivas de la tercera de las perspectivas desde las que se puede plantear el análisis de la competencia en el sector de la distribución comercial: la competencia vertical o entre productores e intermediarios¹³⁴. En definitiva, lo que en este momento se pretende es considerar las relaciones de poder entre productores e intermediarios, cuestión que afecta directamente a la configuración de los canales de distribución. Ello será de utilidad para ajustar las anteriores explicaciones al escenario actual del sector distributivo, así como para indicar futuros focos de atención que deberán ser tenidos en consideración por los juristas dedicados al estudio de la distribución comercial, en general, y de los canales de distribución, en especial.

¹³³ Véase *supra*, epg. V. 3. Estas teorías, al igual que sucede con los métodos de análisis estático, parten tanto de la perspectiva funcional –así, teoría de la transferencia funcional– como, y sobre todo, de la perspectiva institucional –teorías cíclicas y teorías del entorno– (véase VÁZQUEZ/TRESPALACIOS: *Distribución comercial...*, cit., págs. 80-86).

¹³⁴ Véase *supra*, epg. V. 5. B. b.

Al margen queda el estudio de las relaciones entre el moderno comercio y el comercio tradicional, ámbito que constituye el otro gran foco de conflicto en el sector distributivo español, y donde también se está realizando esfuerzos de consenso, principalmente institucionales (véanse CASARES RIPOL: "Observatorio de la distribución comercial", cit., págs. 109-110; y MAESTRO ALCÁNTARA, F. L.: "4.^a Ponencia: La pequeña empresa comercial vs. la gran distribución", ICE 1997 [763], págs. 82-86).

VI. 1. Situación actual de las relaciones de poder entre productores e intermediarios

En primer lugar, ha de afirmarse que las relaciones de poder entre productores e intermediarios tienen una naturaleza dinámica, relaciones que muestran una evolución en el tiempo.

Así, se ha observado que estas relaciones atraviesan periodos de colaboración y de conflicto, que a su vez se desarrollan en tres fases: una primera, llamada fase "pionera", en la que las relaciones entre productores e intermediarios se articulan principalmente a través del mercado sin poder negociador, es decir, en la que los intercambios se fundamentan en la persuasión y en la capacidad de venta/compra de los operadores, y en la que las situaciones de conflicto se resuelven mediante el uso del poder coercitivo entre los concretos agentes económicos involucrados; la generalización del conflicto se supera acudiendo al establecimiento de relaciones más racionales, con lo que da comienzo la segunda fase, llamada "racional-científica", en la que la relación dominante entre productores y distribuidores es la negociación, cuya suerte dependerá del poder negociador de los operadores, fase cuya crisis se caracteriza por la colectivización y politización de los conflictos; esta situación es superada mediante el recurso a relaciones más participativas, con lo que se abre una tercera fase, en la que los operadores cooperan en la solución de los conflictos.¹³⁵

Así, los sistemas de distribución integrada y, en especial, los contratos de distribución, esto es, los sistemas de organización contractual de los canales de distribución, tal y como hoy los conocemos, son la solución

¹³⁵ Véanse ARANDA GARCÍA: "La política económica...", cit., págs. 20-21; y ROMÁN GONZÁLEZ, M. V.: "Relaciones producción-distribución. Objetivos y ventajas de la cooperación a largo plazo", DyC 1995/96 (25), págs. 6-7 y 9. Sobre el concepto de conflicto, y sobre su aplicación a los canales de distribución comercial, véase IBIDEM, págs. 7-9.

racional-científica a la situación de conflicto generada en el declive de la fase pionera de las relaciones entre productores e intermediarios. Ahora bien, en la actualidad, el sector distributivo se halla inmerso en la situación de conflicto de la segunda fase, si bien ya se atisban los primeros intentos de solución marcados por una tendencia creciente al establecimiento de relaciones de cooperación.

El origen de la presente situación de conflicto tiene se encuentra en el cambio producido en el paradigma de las relaciones de poder entre productores e intermediarios¹³⁶. En el paradigma tradicional, los primeros son quienes detentan el poder, porque al fin y al cabo son los creadores de los productos distribuidos; ellos, usando de incentivos a corto plazo, configuran su red de distribución y obtienen el rendimiento de la actividad distributiva desarrollada por ésta.¹³⁷

VI. 1. A. Ascensión de los intermediarios

Sin embargo, como se ha puesto de manifiesto, este paradigma ya no representa, hoy por hoy, la realidad de referencia media o, cuando menos, no es el único que debe ser considerado, pues no siempre es el productor quien es el líder del canal de distribución. Ello se debe a la concentración experimentada por el sector de la distribución comercial durante las tres últimas décadas, tendencia que continuará caracterizando al sector, tanto el comercio mayorista como minorista¹³⁸. Así, en el comercio mayorista, se espera todo tipo de estrategias de inte-

¹³⁶ No obstante, téngase en cuenta que tal cambio no es absolutamente generalizable: la situación en el caso concreto está en función de la actividad en cuestión y del tamaño de los productores y distribuidores involucrados (véase ARANDA GARCÍA: "La política económica...", cit., pág. 20).

¹³⁷ Véase VÁZQUEZ/TRESPALACIOS: *Distribución comercial...*, cit., pág. 453.

¹³⁸ Así, "[l]as tendencias en los últimos años han llevado a un aumento notable de la influencia del sector comercial sobre los fabricantes, y los operadores que antes competían han unido sus fuerzas para negociar con los fabricantes desde una posición de fuerza" (LiV Comercio, núm. 14, pág. 7). Véase *supra*, epg. IV. 6. B. b.

gración vertical: tanto hacia adelante como hacia atrás, y por todos los sistemas conocidos, que darán lugar a la aparición de las denominadas "organizaciones globales"¹³⁹. En el comercio minorista, y a medida que las grandes empresas extiendan su control sobre los canales de distribución, tanto mediante integración vertical —ya sea con sistemas contractuales o corporativos—, como horizontal, aumentará el grado de concentración, con la consiguiente pérdida de importancia de los establecimientos independientes de pequeña dimensión¹⁴⁰. La concentración de la demanda y la oferta en el sector de la distribución en la UE ha supuesto un incremento del poder de los intermediarios tanto frente a los productores como frente a los consumidores, lo que ha originado una redistribución del poder¹⁴¹ y una diversificación del paradigma, en el que, dentro de la dimensión vertical, además de la integración descendente o hacia adelante, hay que tener en cuenta la integración ascendente o hacia atrás.¹⁴²

Centrándonos en las relaciones de poder entre productores e intermediarios, la aparición de las grandes empresas y grupos de distribución ha traído consigo cambios muy importantes¹⁴³. En primer lugar, los intermediarios han adquirido un gran poder de negociación

¹³⁹ Véase VÁZQUEZ/TRESPALACIOS: *Distribución comercial...*, cit., págs. 113-114. Estos autores destacan, dentro del sistema contractual, el protagonismo de las cadenas voluntarias patrocinadas por mayoristas a las que se adherirán minoristas. En la dimensión horizontal destacan las centrales de compra, fundamentadas en la colaboración de diversos mayoristas. En España se prevé una mayor incidencia del asociacionismo horizontal entre mayoristas (véase IBIDEM, pág. 116). Con este diagnóstico coincide sustancialmente FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ: "Factores clave ...", cit., págs. 106-107, quien, no obstante, entiende que tendrán mayor relieve los cambios relativos a la especialización de los mayoristas, la mejora en la prestación de servicios al cliente y en el almacenaje y la distribución propia.

¹⁴⁰ Véase VÁZQUEZ/TRESPALACIOS: *Distribución comercial...*, cit., págs. 152-153.

¹⁴¹ Véanse CRUZ/MÚGICA: "La distribución comercial...", cit., págs. 58; y LiV Comercio, núm. 21, pág. 8.

¹⁴² Véase LiV RV, núm. 28, pág. 10. Véase *infra*, fig. 9

¹⁴³ Véase VÁZQUEZ/TRESPALACIOS: *Distribución comercial...*, cit., págs. 456-457.

frente a los productores, lo que se traduce en claras diferencias de precios a su favor. Tales diferencias de precios son generadas a expensas de los productores –que, en muchos casos, dejan de obtener rendimientos de la distribución¹⁴⁴– y en detrimento de los intermediarios que todavía operan en canales convencionales¹⁴⁵. En segundo lugar, la concentración genera importantes economías, tanto de escala, como de experiencia y de alcance¹⁴⁶, lo que hace aumentar las diferencias de precios. Y, en tercer lugar, los grandes intermediarios pueden dedicar mayores esfuerzos al estudio de los hábitos y motivaciones de compra de los destinatarios, lo que les permite presentar una oferta de productos más próxima y rentable, que es lo mismo que decir más competitiva.¹⁴⁷

¹⁴⁴ Valga como ejemplo la situación española, descrita por CRUZ ROCHE, I.: "Estancamiento de las ventas de las grandes superficies y relaciones entre fabricantes y distribuidores", DyC 1996 (27), págs. 12-125; véase también IDEM: "Evaluación...", cit., págs. 13-15. La mala situación económica –originada, básicamente, por un estancamiento de las ventas– ha llevado a los intermediarios a compensar los efectos negativos de dicha situación con una elevación de los márgenes brutos en la distribución –es decir, del porcentaje de la diferencia entre el precio de venta y el precio de coste respecto al precio de venta–. Para ello, las empresas de distribución han de ejercer su poder de mercado, bien frente a los consumidores, bien frente a los fabricantes. En este caso, ante la imposibilidad de incrementar los precios por la situación de la demanda, los intermediarios han optado por lo segundo, es decir, por reducir el coste de las compras. Ello ha dado lugar a complejas negociaciones y ha generado mayor presión en las relaciones productor-intermediario.

Así se observa un cambio en la formación de los precios entre productores e intermediarios. En 1985, el 15 % del precio era el margen del fabricante, y el 5 % dependía de las condiciones comerciales (descuentos, etc.); en 1995, el 5 % del precio era el margen del fabricante y el 20 % dependía de las condiciones comerciales. Como las condiciones comerciales son menos transparentes, pues dependen del poder de negociación del productor –que, a su vez, está en función, principalmente, del prestigio de la marca– y del intermediario –que depende de su volumen de compra–, el mayor peso de dichas condiciones introduce una mayor asimetría en la negociación.

¹⁴⁵ Véase también CRUZ ROCHE: "Evaluación...", cit., pág. 13, quien pone de manifiesto como la única salida del comercio tradicional es combinar adecuadamente especialización, proximidad y servicios, para así compensar sus debilidades en cuanto al nivel de precios.

¹⁴⁶ Véase *supra*, epg. V. 6. B. a.

¹⁴⁷ Véase *supra*, epg. IV. 4. C.

En efecto, la ascensión de los intermediarios coloca en una difícil tesitura a los productores. Estos se encuentran, de una parte, con que¹⁴⁸: son unas pocas las empresas que controlan la distribución y es necesario negociar, al menos, con alguna de ellas si se quiere tener garantías de una mínima presencia en el mercado¹⁴⁹; si en el sector de la producción la oferta es amplia, negociar mediante presión con los intermediarios implica condiciones duras para los productores —es decir, precios inferiores, descuentos elevados o aplazamientos mayores—; y así, en España han tenido gran repercusión entre los productores el endurecimiento tanto en los precios y descuentos¹⁵⁰ como, especialmen-

¹⁴⁸ Véase VÁZQUEZ/TRESPALACIOS: *Distribución comercial...*, cit., págs. 457-458.

¹⁴⁹ Así, VÁZQUEZ/TRESPALACIOS: *Distribución comercial...*, cit., pág. 421, afirman que, de hecho, muchos pequeños y medianos productores dan por concluido el proceso de selección de canales de distribución cuando consiguen suministrar su producto sin solución de continuidad a unos pocos grandes intermediarios, como es habitual en el mercado de productos de gran demanda.

¹⁵⁰ En este punto destaca la problemática que plantea la venta a pérdida en el comercio minorista. Así, CRUZ ROCHE, I.: "Promociones en precios y ventas a pérdida", ICE 1995 (739), pág. 113; e IDEM: "La venta a pérdida en las relaciones fabricante distribuidor", DyC 1997 (33), pág. 108, explica que los productores se ven perjudicados por este tipo de prácticas, ya que han de financiar parte del proceso mediante la reducción de sus márgenes, lo que, a su vez, les resta credibilidad en las negociaciones con otros intermediarios y deteriora su imagen de marca. No obstante, parece que el recurso a esta estrategia de ofertas en precios ha disminuido desde la entrada en vigor de la LOCM (véase IBIDEM, págs. 109-110), aunque los fabricantes siguen sometidos a durísimas condiciones de negociación (véase IBIDEM, págs. 106-107, a propósito de los descuentos, donde se facilitan ejemplos de productores que llegan incluso hasta a "perder dinero" —obtienen un beneficio neto negativo— en sus ventas a los intermediarios).

No obstante, parece que la promulgación del criticado art. 14 LOCM, precepto que incluso se contradice con el art. 17 LCD —especialmente, por lo que al supuesto autorizado de venta a pérdida "cuando quien la realice tenga por objetivo alcanzar los precios de uno o varios competidores con capacidad para afectar, significativamente, a sus ventas"—, no obedece a los intereses de los fabricantes, sino primordialmente a los de los intermediarios minoristas tradicionales, a quienes, no obstante, flaco favor hace (véanse AVILA ALVAREZ, A. M., y PANIZO GARCÍA, A.: "Los precios en la Ley de ordenación del comercio minorista. Especial referencia a la venta con pérdidas", en: AA. VV.: *Nueva ordenación del comercio minorista en España*, Cámara Oficial de Comercio e Industria de Madrid, Madrid, 1996, págs. 79-101; PEGUERA POCH, M.: "Comentario al artículo 14", en: ARIMANY · MANUBENS & ASOCIADOS: *Ordenación del comercio minorista...*, cit., págs. 131 y 134; y PORTELLANO DÍEZ, P.: "Comentario al artículo 14", en: PIÑAR/BELTRÁN: *Comentario a la Ley de Ordenación...*, cit., págs. 139-140; sobre el precepto, más extensamente, MARÍN LÓPEZ, J. J.: "Comentario al artículo 14", en: BERCOVITZ/LEGUINA: *Comentarios a las*

te, en los aplazamientos en los pagos.¹⁵¹ En esta misma dinámica, se fuerza el empleo de instrumentos de comunicación a corto plazo —fundamentalmente promoción de ventas. Todo lo anterior va en detrimento de aquellos otros instrumentos que suponen una inversión en la notoriedad de la marca; además, las grandes cadenas de distribución están cambiando los hábitos de los destinatarios, quienes tras acudir masivamente a sus establecimientos, acaban comprando las marcas propias del intermediario. Tal cúmulo de hechos desemboca en una pérdida de capacidad de negociación en los productores y la consiguiente desprotección frente a los intereses puntuales de los intermediarios, así como la pérdida del control de la distribución del producto. No obstante, quienes se ven especialmente afectados por esta situación son los productores de segunda fila, sin marcas con imagen en el mercado.

Leyes de Ordenación..., cit., págs. 240-300; y AA. VV.: *La prohibición de venta a pérdida*, Cámara Oficial de Comercio e Industria de Madrid, Madrid, 1997).

¹⁵¹ Tal ha sido su repercusión que hasta el legislador ha optado por tomar cartas en el asunto en el art. 17 LOCM. Sobre este particular, véanse ARANDA GARCÍA: "La política económica...", cit., págs. 24-27, y págs. 31-33, sobre la situación en la UE, de cuya comparación con la situación española resulta la gravedad de la misma entre nosotros; ROMÁN GONZÁLEZ, M. V.: "Análisis comparativo de los plazos de pago en la industria alimentaria y la distribución comercial", ICE 1995 (739), págs. 93-109; e IDEM: "Plazos de pago. La necesidad de un nuevo equilibrio", DyC 1995/96 (25), págs. 17-31. Véase también GONZALO ANGULO, J. A.: "Régimen de pago a proveedores", en: *Nueva ordenación del comercio...*, cit., págs. 103-131; ARIMANY LAMOGLIA, E., y MANUBENS FLORENSA, C.: "Comentario a los artículos 16 y 17", en: ARIMANY · MANUBENS & ASOCIADOS: *Ordenación del comercio minorista...*, cit., págs. 149-176; PORTELLANO DÍEZ, P.: "Comentario a los artículos 16 y 17", en: PIÑAR/BELTRÁN: *Comentarios a la Ley de Ordenación...*, cit., págs. 151-158; y MARÍN LÓPEZ, J. J.: "Comentario al artículo 17", en: BERCOVITZ/LEGUINA: *Comentarios a las Leyes de Ordenación...*, cit., págs. 322-344.

Otras cuestiones candentes a las que la LOCM trata de dar respuesta son las relativas a los horarios comerciales (véase arts. 2 y 3 de la Ley Orgánica 2/1997, de 15 de enero, complementaria de la de Ordenación del Comercio Minorista) y las denominadas "segundas licencias" para la apertura de grandes superficies (véase arts. 6 y 7 LOCM). Pese a polarizar éstas conflictos que se sitúan en las relaciones entre el comercio moderno y el tradicional (véase ROMÁN GONZÁLEZ: "Relaciones producción-distribución...", cit., pág. 7), no debe menospreciarse sus repercusiones (negativas) sobre la competencia, pues no dejan de constituir barreras de acceso que pueden haber acrecentado el poder de mercado de determinados distribuidores en mercados oligopolísticos (véase LiV RV, núm. 8, pág. ii).

Si bien es cierto que, en general, las grandes empresas de distribución están aumentando su poder relativo respecto de los fabricantes, dicha evolución es bastante asimétrica: debe distinguirse entre productos con marca de productor fuerte y consolidada y productos con escasa fuerza en el mercado y fácilmente sustituibles.¹⁵²

Y es que los productores en general, y los pequeños y medianos en especial, topan con el problema del distanciamiento entre ellos y el mercado final en beneficio de los intermediarios. Dicho distanciamiento presenta una doble vertiente: la introducción de las marcas de distribuidor y el mejor conocimiento de las preferencias de los destinatarios.¹⁵³

¹⁵² Véase CASARES RIPOL: "La política de comercio interior...", cit., pág. 24. Así, VÁZQUEZ/TRESPALACIOS: *Distribución comercial...*, cit., pág. 428, dan la siguiente explicación: "Los fabricantes con grandes marcas nacionales e internacionales pueden atraer mejor a los intermediarios deseados, como ocurre por ejemplo con Nestlé o Sony. Las marcas de prestigio conocidas por el gran público suponen poder de negociación vía canales de distribución. En el otro lado pequeños fabricantes de bienes de consumo se encuentran con serias dificultades para imponer sus criterios e incluso conseguir la colaboración de distribuidores. En estos casos se puede afirmar que la selección la llevan a cabo estos últimos, que eligen a sus proveedores (productores) en función de factores tales como la calidad de sus productos, el margen que pueden alcanzar con los mismos, las condiciones de entrega y pago o la propia imagen y prestigio del fabricante".

¹⁵³ Véase MÚGICA GRIJALBA: "Procesos de integración vertical...", cit., pág. 39, quien, a los dos instrumentos de control de los intermediarios reseñados, añade un tercero: los acuerdos y las disposiciones legales que restringen la competencia. No obstante, esta tercera vía de poder posee una virtualidad muy reducida. Si la restricción de la competencia tiene su origen en un acuerdo entre intermediarios, en un acuerdo horizontal, éste puede ser declarado nulo y evitado su efecto gracias a la aplicación de las normas de defensa de la competencia, especialmente los arts. 85 TCE y 1 LDC. De otra parte, las restricciones de la competencia que se amparan en una disposición legal tienden a desaparecer, merced tanto a la penetración de los principios inspiradores del Derecho de defensa de la competencia en el resto del ordenamiento como al movimiento de liberalización al que en la actualidad se está asistiendo —así, este autor pone uno de los pocos ejemplos que en la actualidad persisten, el de la distribución de productos farmacéuticos (véase también IBIDEM, pág. 41), y que, no obstante, está amenazado de desaparición (en esta línea, véase el Real Decreto-Ley 11/1996, de 17 de junio, de ampliación del servicio farmacéutico a la población [BOE de 18-6]).

Por un lado, mediante la introducción de las "marcas de distribuidor" —estrategia en expansión en España y que engloba las marcas blancas, las marcas de distribuidor en sentido estricto y las marcas exclusivas del distribuidor—¹⁵⁴, los intermediarios compiten con los productores en la generación de imagen de marca; y lo hacen con éxito, resultando cada vez más difícil a los productores diferenciarse de los intermediarios en el mercado. Tanto el desarrollo de nuevos conceptos y productos, como la publicidad, estrategias a las que los productores han de recurrir para diferenciarse, implican unos costes que no están al alcance de todos ellos¹⁵⁵. Es decir, cada vez resulta más costoso que los destinatarios identifiquen los productos por sus productores en el mercado, de manera que será el intermediario quien oriente al destinatario hacia el producto¹⁵⁶. Y es que la imagen de marca es el mejor argumento que tienen los fabricantes para negociar con los intermediarios. En efecto, el productor, a la hora de motivar al intermediario a la adquisición del producto y de negociar con él, puede seguir dos estrategias distintas: acudir directamente al intermediario, siguiendo

¹⁵⁴ Véase CASARES/REBOLLO: *Distribución comercial*, cit., págs. 134-136. Sobre los mercados español y europeo en este particular, mercados que se caracterizan por ser modelos predominantemente marquistas, véase IBIDEM, págs. 203-206 y 208; VÁZQUEZ/TRESPALACIOS: *Distribución comercial...*, cit., pág. 114, pronostican un mayor desarrollo de las marcas propias en el comercio mayorista. Sobre el particular, véase también SERRA, T., y PUELLES, J. A.: "Las marcas de distribución en el mercado de alimentación", *DyC* 1994 (14), págs. 97-106; ARANDA GARCÍA: "La política económica...", cit., págs. 23-24; PUELLES PÉREZ, J. A.: "Análisis del fenómeno de las marcas de distribuidor en España y de su tratamiento estratégico", *ICE* 1995 (739), págs. 117-129; PUELLES, J. A., FERNÁNDEZ DE LARREA, P. y ALBERT, R.: "Marcas de distribuidor. Especial referencia al precio", *DyC* 1997 (33), págs. 112-130; y FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, R., y REINARES LARA, P.: "Aspectos teóricos y estratégicos en la gestión de las marcas de distribución", *DyC* 1998 (38), págs. 92-101.

¹⁵⁵ Véase MÚGICA GRIJALBA: "Procesos de integración vertical...", cit., pág. 40.

¹⁵⁶ Además, el recurso a las marcas de distribuidor constituye para los intermediarios un recurso alternativo más interesante que la propia integración vertical ascendente con los fabricantes, pues de este modo se aseguran suficientemente el suministro sin incrementar el grado de rigidez de su organización, al evitar la internalización de la actividad productiva (así, para la gran distribución, véase MUÑIZ/PLACER/CERVANTES: "Diversificación e internacionalización...", cit., pág. 61).

una estrategia de presión, o bien dirigir su esfuerzo al mercado final, a los destinatarios. Esto último supone adoptar una estrategia que los economistas denominan de "aspiración", de manera que sean los destinatarios quienes soliciten al intermediario el producto, viéndose así este último "aspirado" por la demanda suscitada por el productor en el mercado final. Esto se consigue generando una imagen de marca entre los destinatarios¹⁵⁷. De modo que, en un mercado con exceso de oferta, un productor sin imagen de marca es, utilizando una expresión jurídica, "fungible". Y frente a rivales tan fuertes, las estrategias de presión se vuelven contra el productor, con lo que la situación de éste es netamente desfavorable.

Por otro lado, el mejor conocimiento de las preferencias de los destinatarios permite a los intermediarios disponer de una información vital para los productores. En la actualidad, son los destinatarios quienes orientan la actividad de la producción y la distribución comercial. Es decir, se ha pasado de un proceso de "lanzamiento" a un proceso de "tirón", de manera que los flujos de la cadena de distribución ya no son determinados por la oferta sino por la demanda¹⁵⁸. Ello ha tenido como consecuencia el traslado de los principios del "*just-in-time*" también a la distribución¹⁵⁹, lo que a su vez ha sido posible gracias a los avances tecnológicos, especialmente informáticos, en la gestión de la distribución. La implantación de estos sistemas de gestión ha supuesto un cambio en las relaciones comerciales entre productores e intermediarios, en la medida en que son estos últimos quienes están en condiciones de tirar del canal de distribución. La información da el poder, y está la

¹⁵⁷ Véase VÁZQUEZ/TRESPALACIOS: *Distribución comercial...*, cit., págs. 439-442 y 460.

¹⁵⁸ Véase *supra*, epg. IV. 4. C.

¹⁵⁹ Resultado de tal traslado son la "logística de respuesta rápida" (LRR) y la "respuesta eficaz al consumidor" (REC) (véanse LiV RV, núms. 41-42, págs. 14-15; y LiV Comercio, cuadro, pág. 26).

poseen los intermediarios. La tecnología ha modificado el equilibrio de la información y reordenado la situación de poder entre productores e intermediarios¹⁶⁰. Si un productor no tiene acceso a esta información se encuentra en una situación claramente desfavorable.

Téngase en cuenta que las nuevas tecnologías influyen tanto en los flujos de información en sentido estricto como en nuevas modalidades de distribución —así, el impluso que éstas suponen para el marketing directo—. Ambas influencias tienen su reflejo en las relaciones de poder entre productores e intermediarios. Por lo que a la última respecta, al introducirse nuevas formas de comercio directo pueden acortarse sensiblemente las cadenas de distribución, lo que permite a los productores prescindir de los intermediarios.

El movimiento de concentración de las empresas intermediarias y los efectos que ha traído consigo, han provocado cambios muy importantes en el sector de la producción¹⁶¹. Como reacción se ha producido un movimiento de concentración de las empresas fabricantes y la desaparición de muchos pequeños y medianos productores, que no han podido soportar el alto grado de rivalidad del sector. Pero, además, dicho movimiento doble de concentración —en el sector de la distribución y en el de la producción— está conduciendo a la polarización del mercado, ya que únicamente los grandes fabricantes e intermediarios están en condiciones de seguir adelante. De manera que la competencia sólo se da entre éstos, mejor dicho, entre los canales que ellos lideran, ya sea desde la producción o desde la intermediación. Pero, de otra parte, se observa un cambio de actitud de los productores frente a los intermediarios. Si bien el marketing del destinatario se

¹⁶⁰ Así, la Comisión CE detecta un importante desplazamiento del poder económico hacia los minoristas (véase LiV RV, núm. 34, pág. x, núm. 20, pág. 7, núm. 223, pág. 76, y núm. 233, pág. 78; ésta, de hecho, es una de las razones que impulsan la elaboración del LiV RV (véase IBIDEM, núm. 7, pág. 3).

¹⁶¹ Véase VÁZQUEZ/TRESPALACIOS: *Distribución comercial...*, cit., pág. 458.

mantiene, pues no se puede descuidar el mercado final, se desarrolla un marketing de la distribución, destinado a atender los intereses de los intermediarios. Pero esta cuestión será abordada más adelante.¹⁶²

VI. 1. B. Reacción de los productores

Al productor que se encuentra en clara desventaja en la negociación del suministro de sus productos debido al desequilibrio de poder y medios en favor de los intermediarios, le quedan, en principio, dos opciones: hacerles frente o evitar la seria amenaza que esta situación supone para su negocio actual y para su supervivencia futura. Más precisamente, ante tal desequilibrio, el productor puede adoptar básicamente tres actitudes, que le llevarán a desarrollar distintas estrategias¹⁶³: (a) una actitud de resistencia, de enfrentamiento, que se puede traducir en las siguientes actuaciones: (a. 1) la integración horizontal, promoviendo la concentración en el sector de la producción, o (a. 2) la estrategia competitiva, esforzándose por mejorar la calidad de sus productos y, sobre todo, por diferenciar los productos en el mercado; (b) una actitud de elusión, consistente en la búsqueda de canales de distribución alternativos que le permitan liderar una red propia de distribución a través de la cual llegar al mercado en condiciones aceptables, para lo que recurrirá bien a (b. 1) la distribución directa, que actualmente se ve especialmente favorecida por las nuevas tecnologías de comunicación¹⁶⁴

¹⁶² Véase *infra*, I. 4. 2. "Tendencias evolutivas de las relaciones entre productores e intermediarios".

¹⁶³ Véase VÁZQUEZ/TRESPALACIOS: *Distribución comercial...*, cit., págs. 408-410 y 459-461.

¹⁶⁴ Así, VÁZQUEZ/TRESPALACIOS: *Distribución comercial...*, cit., pág. 152, pronostican un incremento del comercio minorista sin establecimiento, en el que telemática y el telemarketing adquirirán un fuerte protagonismo. Sobre las tendencias evolutivas del marketing directo, véanse, con carácter general, MIR, J., y MOLLA, A.: "Marketing directo. La distribución en busca del cliente", *DyC* 1992 (2), págs. 95-103; y BALLINA BALLINA, F. J. D. L.: "Las perspectivas de desarrollo del marketing directo en España", *ICE* 1995 (739), págs. 130-142. Sobre la venta por catálogo, véase GÓMEZ NAVARRO, E.: "Venta por catálogo. Espectativas de crecimiento en España", *DyC* 1995/96 (25), págs. 42-50. Y a propósito de otras modalidades de venta a distancia, véanse IDEM: "Televenta", *DyC* 1995

y, si es preciso, se puede apoyar con logística externa, bien a (b. 2) la integración vertical, opción dentro de la que ofrecen grandes ventajas los sistemas de distribución contractuales¹⁶⁵; y (c) una actitud de cooperación, cuando desee terminar con situaciones de continuo enfrentamiento y conflictos mediante acuerdos estables que se traduzcan en ventajas relativas para ambas partes o menores amenazas y riesgos, para lo que se perseguirá también la integración vertical, pero en forma de acuerdos de colaboración a largo plazo con los intermediarios. De esta última estrategia se trata a continuación con más detenimiento.

(22), págs. 74-90; ARAGONÉS, R.: "Distribución y 'autopistas de la información'", DyC 1995/96 (25), págs. 96-103; IDEM: "Comercio electrónico. ¿Revolución o espejismo virtual?", DyC 1997 (35), págs. 6-19; OROÑO, M.: "Comercio electrónico y desarrollo tecnológico. ¿Dónde está el límite?", DyC 1997 (35), págs. 20-25; y FERREIRO, T., y TANCO, M.: "El comercio electrónico en Internet", DyC 1997 (35), págs. 26-31.

¹⁶⁵ Así, VÁZQUEZ/TRESPALACIOS: *Distribución comercial...*, cit., pág. 420, dicen: "En un contexto competitivo como el actual, en muchos sectores la tarea de gestión y mantenimiento de las vías para llegar al mercado se vuelve muy complicada, con riesgos frecuentes de ruptura. Los costes de transacción son excesivos y de ahí que muchos fabricantes, si no pueden asumir una distribución directa, cuando menos intentan establecer acuerdos contractuales que alivien lo incierto del futuro".

VI. 2. Tendencias evolutivas de las relaciones de poder entre productores e intermediarios

Actualmente, las relaciones en los canales de distribución siguen basándose primordialmente en el poder de negociación de las empresas de mayor tamaño, sean productores o intermediarios, y en el "principio de apropiación del valor añadido" que genera el proceso distributivo; es decir, el líder es quien obtiene los rendimientos de la comercialización. Por eso, la negociación del líder con los restantes miembros del canal gira en torno a la reducción de los precios que los últimos pretenden imponer¹⁶⁶. Sin embargo, esta filosofía de la distribución comercial ha quedado desfasada. El futuro de las relaciones de poder entre productores e intermediarios pasa por alcanzar acuerdos de colaboración a largo plazo.¹⁶⁷

Así, en la dimensión vertical, aparece una tendencia evolutiva que se ha venido a denominar "cooperación vertical de grupo" (*vertikale Gruppenkooperation*), por la que las empresas partícipes en un canal organizado mediante un sistema de distribución contractual actúan en el mercado como si fueran un grupo, que surge de la coordinación de diversos parámetros de competencia, y que permite alcanzar una mayor unidad de rendimiento y, de ese modo, mejorar la posición competitiva de las empresas cooperadoras. Los canales de distribución resultantes de la implantación de dicha tendencia se caracterizan por mostrar una

¹⁶⁶ Véase CASARES/REBOLLO: *Distribución comercial*, cit., pág. 131.

¹⁶⁷ Así lo entienden, en relación con el comercio mayorista, VÁZQUEZ/TRESPALACIOS: *Distribución comercial...*, cit., pág. 114-115. Véanse también LiV RV, núm. 34, pág. 12, donde se detecta, como tendencia, como las negociaciones en el canal de distribución adquieren progresivamente naturaleza más cooperativa; y ROMÁN GONZÁLEZ: "Relaciones producción-distribución...", cit., págs. 9-10, quien pone de relieve que los elevados costes de transacción que implica la complejidad de las relaciones comerciales basadas en la negociación es una de las causas que empujan a adoptar una filosofía de cooperación.

extraordinaria intensidad de cooperación —que trae como resultado la dedicación prácticamente exclusiva al grupo—, una consistencia sistémica —en el sentido del completo encaje de la empresa en el canal de distribución—, una dinámica específica, una elevada unidad de imagen y la formación de una comunidad de marketing —que lleva a abandonar la competencia *intra*brand y a potenciar enormemente la competencia *inter*brand—, de manera que el canal de distribución pasa a ser una organización, una unidad competidora, y se establece una competencia entre canales de distribución¹⁶⁸. No obstante, la adopción de una estrategia de colaboración con los intermediarios no es nada sencilla. Para los productores, comporta un cambio importante en la visión del negocio y de cómo competir en los mercados. El intermediario pasa, de ser un enemigo, a ser un aliado, lo que implica orillar la rivalidad en la negociación y adoptar una actitud de colaboración. En definitiva, las también denominadas "relaciones de colaboración" representan una solución alternativa a los canales convencionales y los canales organizados, solución que comporta flexibilidad y eficacia, y permite establecer vínculos de mayor duración en busca de un beneficio común. Es decir, ya no se deben basar las negociaciones en decisiones a corto plazo —esto es, precio del producto, coste de las actividades de distribución, descuentos, plazos de entrega y de pago—, sino que se persigue alcanzar acuerdos duraderos, a medio-largo plazo, sobre la calidad de los productos, las campañas conjuntas de promoción, los intercambios de información, aspectos logísticos e incluso de investigación y desarrollo de nuevos productos. Todo ello se puede sintetizar en el sostenimiento del control del canal de distribución con una mejora general de la posición competitiva de todos los agentes económicos implicados.

¹⁶⁸ Véase MARTINEK, en: MARTINEK/SEMLER: *Handbuch des Vertriebsrechts*, cit., § 2 núms. 28-43.

Véase *infra*, fig. 10.

En cualquier caso, lo que queda fuera de toda duda es que el desarrollo de la actividad distributiva no puede reducirse a la satisfacción del mercado final conforme a los objetivos de marketing del líder del canal, sino que hay que tener también en cuenta las necesidades, los objetivos de todos los miembros del canal de distribución. Nace así el "*trade marketing*", "marketing para el distribuidor" o "marketing de relaciones", que consiste en la búsqueda de ventajas asociativas con distribuidores para conseguir un mayor impacto en el mercado final. Se parte de la idea de que para llegar mejor al destinatario, el productor ha de vender primero su oferta a los intermediarios, para lo que debe analizar sus necesidades y deseos como sujetos partícipes en el canal de distribución con sus propios mercados-meta y objetivos, de manera que el producto responda también a éstos. Se trata, en definitiva, de adoptar una actitud estratégica global en el proceso de relaciones entre productores e intermediarios.¹⁶⁹

Ello se traduce en la elaboración de un programa de actuación que se desglosa en las siguientes fases: (a) determinación de las características del mercado del intermediario; (b) determinación de los objetivos de los acuerdos de cooperación; (c) definición de la posición deseada en los acuerdos de cooperación; y (d) programa de resolución de conflictos y estímulo de la cooperación.¹⁷⁰

En conclusión, el productor necesita un doble soporte para asegurarse el éxito en el mercado final: una ventaja competitiva, que alcanzará creando imagen de marca para el producto en el mercado final, y una ventaja asociativa, que alcanzará llegando a acuerdos de cooperación verticales que aseguren la presencia del producto en el

¹⁶⁹ Véanse VÁZQUEZ/TRESPALACIOS: *Distribución comercial...*, cit., págs. 405 y 461-462; y ROMÁN GONZÁLEZ: "Relaciones producción-distribución...", cit., págs. 9-14.

¹⁷⁰ Véase VÁZQUEZ/TRESPALACIOS: *Distribución comercial...*, cit., págs. 463-465. Para un mayor detalle, véase DAWSON/SHAW: "El comercio minorista...", cit., págs. 80-83.

mercado final¹⁷¹. Junto a la inversión en la creación de una imagen de marca, la evolución hacia la cooperación vertical parece ineludible.

Pero esta evolución no terminará ahí. Conviene poner de relieve como la noción de cooperación vertical de grupo implica que las relaciones verticales estén en mayor o menor medida salpicadas de elementos horizontales, a lo que debe sumarse, en un movimiento convergente, la evolución de la integración horizontal hacia formas de organización más verticalizadas¹⁷². Ya se ha pronosticado que la integración, tal y como hoy la conocemos, perderá parte de su importancia a medida que los actuales sistemas verticales sean reemplazados por otras disposiciones estructurales, en las que "organizaciones focales lideren redes inter-organizacionales formadas por especialistas funcionales" —es decir, organizaciones que "ensamblen o recojan las producciones de múltiples especialistas y las comercialicen a través de otro grupo de especialistas". Más correctamente, no parece que la concentración vaya a perder relevancia, sino que, en la organización vertical de los canales de distribución, se manifestará una tendencia hacia la sustitución de los sistemas de distribución centralizados —de integración— por sistemas descentralizados —de cooperación—. Ello va a tener como consecuencia una reorganización de los mercados intermedios y de los canales de distribución. No obstante, tal reorganización afectará primordialmente a los niveles intermedios del canal de distribución, mientras que poco va a cambiar el último eslabón, el comercio minorista, pues persisten las diferencias entre gustos, necesidades y hábitos de compra entre los destinatarios.¹⁷³

¹⁷¹ Véase VÁZQUEZ/TRESPALACIOS: *Distribución comercial...*, cit., págs. 462-463.

¹⁷² Véase MARTINEK, M.: "Vom Handelsvertreterrecht zum Recht der Vertriebssysteme", ZHR 1997 (161), pág. 90.

¹⁷³ Véase MÚGICA GRIJALBA: "España. La nueva organización...", cit., pág. 30. Véase también *supra*, epg. IV. 6. B. b.

Ante esta evolución, no es de extrañar que la Comisión CE esté preocupada¹⁷⁴. En primer lugar, por la constatación de la efectiva evolución presente de una distribución comercial de lanzamiento a una de tirón, es decir, de estar dirigida por la oferta a estarlo por la demanda¹⁷⁵, que, apoyada por los avances tecnológicos, ha provocado un cambio en las relaciones de poder por información. Ello ha dado lugar a una concentración de poder en los polos y a la desaparición de intermediarios independientes, lo cual implica mayores barreras de entrada. Y, en segundo lugar, por la inminente evolución del tradicional distanciamiento a la cooperación dentro de los canales de distribución. Ello puede debilitar las "fuerzas competitivas positivas" dentro de la cadena —es decir, la competencia *intra*brand—, y crear, de nuevo, mayores barreras de entrada; supone pasar a una competencia entre sistemas integrados-cooperativos —es decir, la batalla se dará en la competencia intermarca (*inter*brand), o tal vez sería mejor hablar de competencia "intersistema" ("*intersystem*")—. Este panorama permite explicar porque el efecto del comercio paralelo y del arbitraje resulta sensiblemente amortiguado.¹⁷⁶

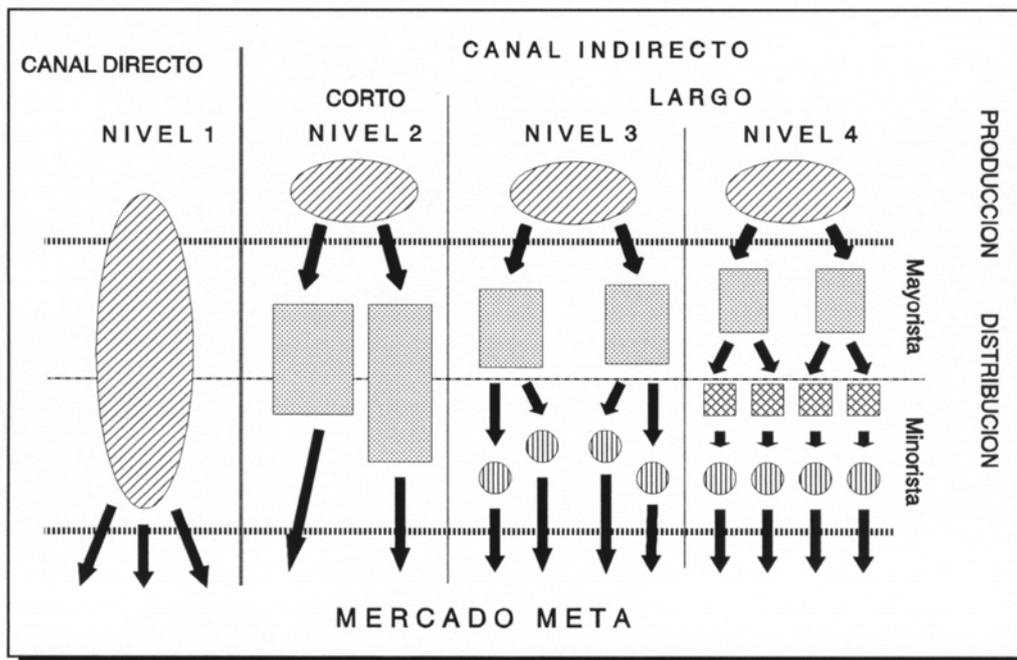
¹⁷⁴ Véase LiV RV, núms. 51-52, págs. 18-19.

¹⁷⁵ Véase *supra*, epg. IV. 4. C.

¹⁷⁶ Véase *infra*, epg. XVI. 2. A.

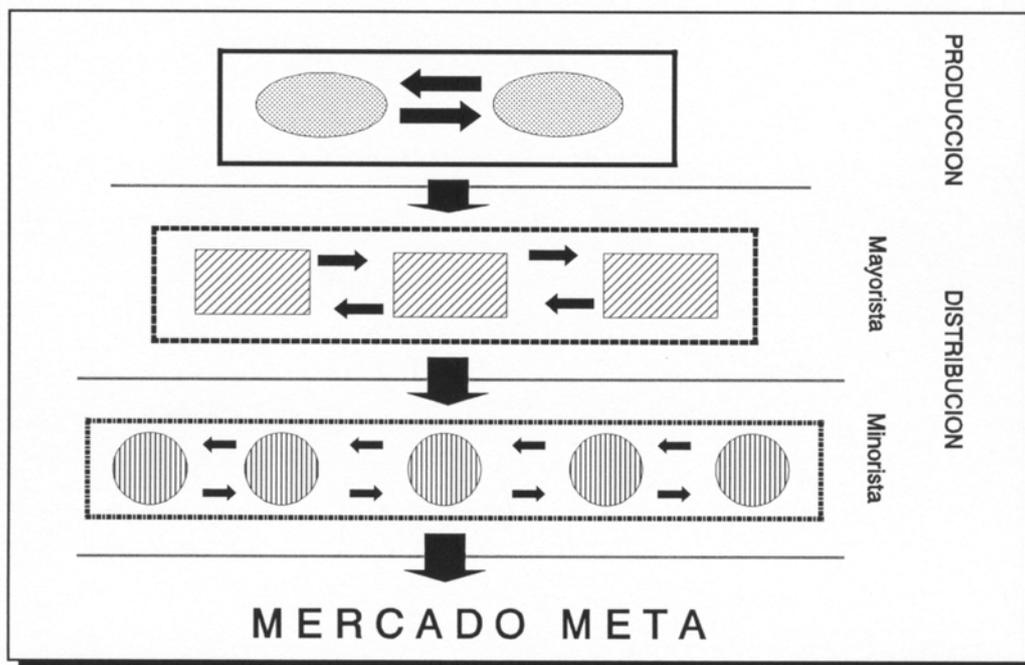
Figuras
(Capítulo Segundo)

Figura 1: Longitud de los canales de distribución comercial



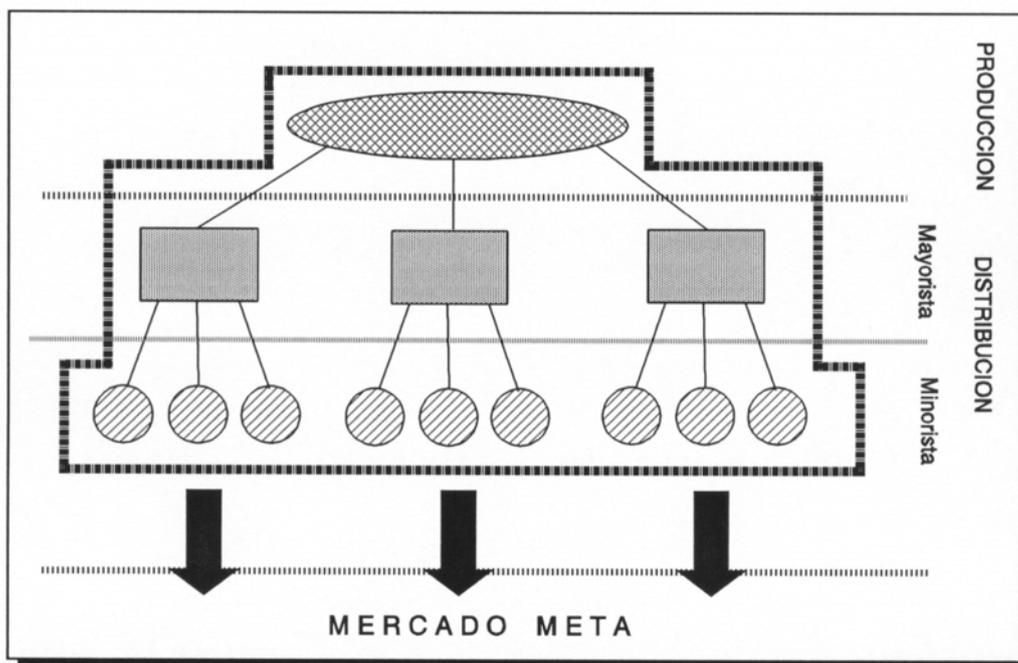
Fuente: *Elaboración propia*

Figura 2: Canal de distribución comercial convencional



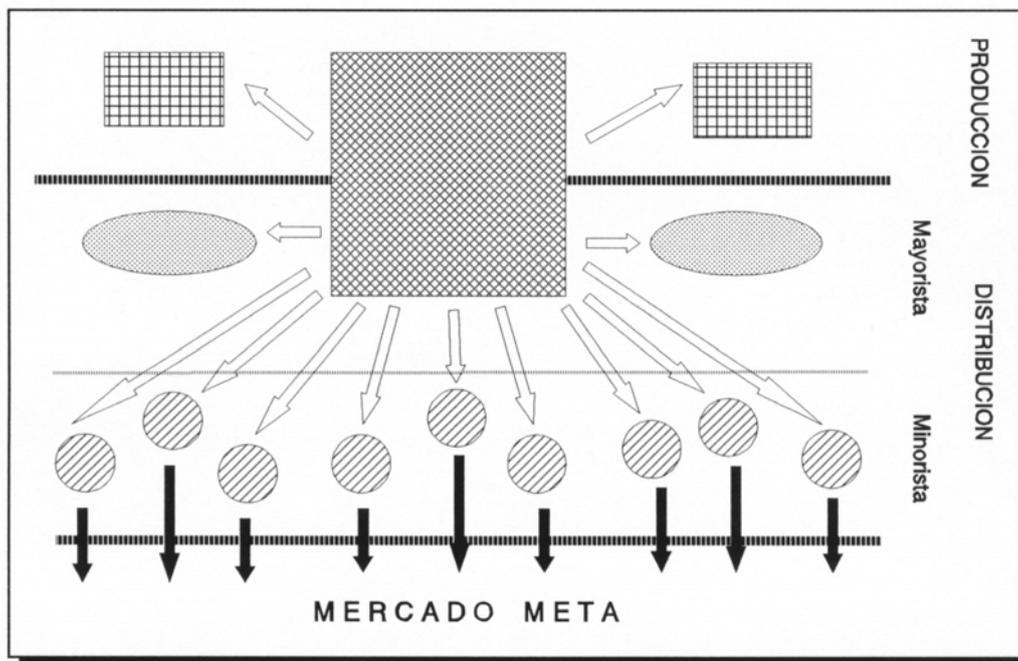
Fuente: Elaboración propia

Figura 3: Canal de distribución comercial organizado. Sistema de integración corporativa



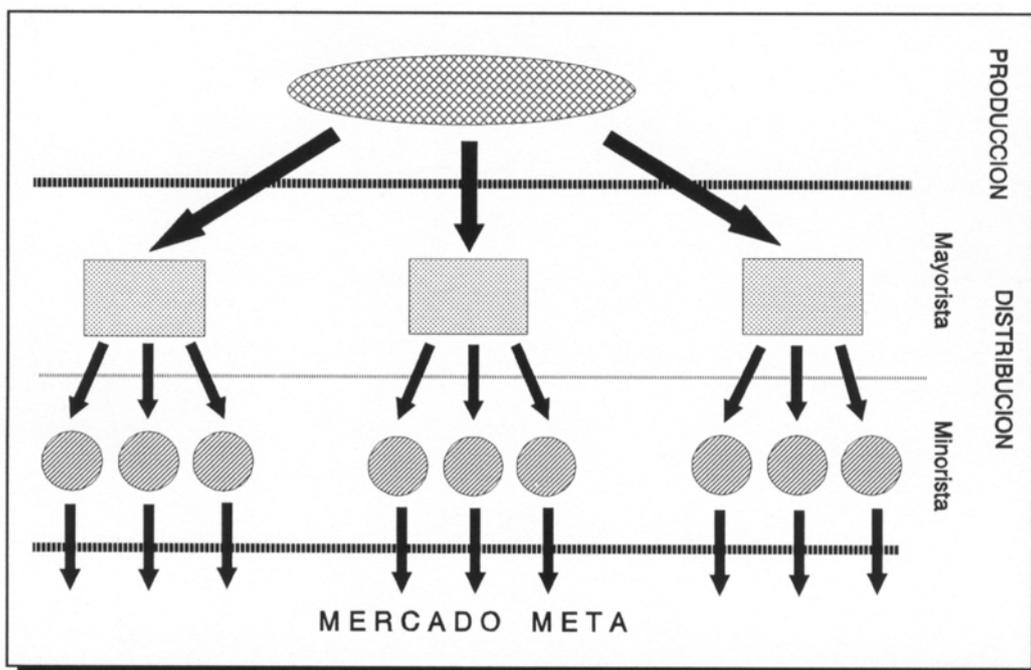
Fuente: Elaboración propia

Figura 4: Canal de distribución comercial organizado. Sistema de integración administrada



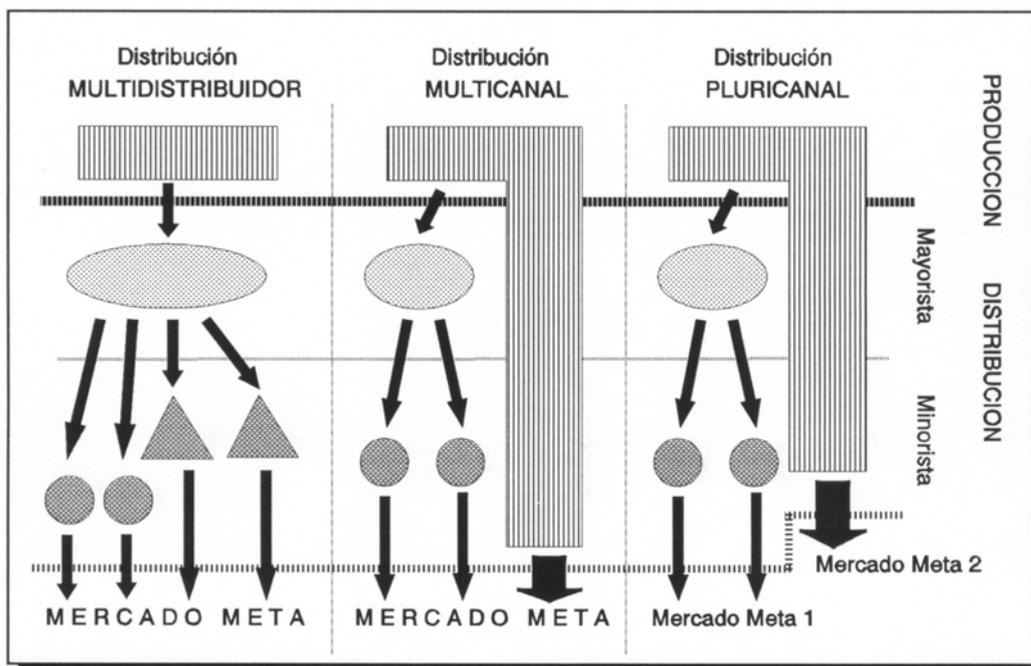
Fuente: *Elaboración propia*

Figura 5: Canal de distribución comercial organizado. Sistema de integración contractual. Integración vertical y descendente



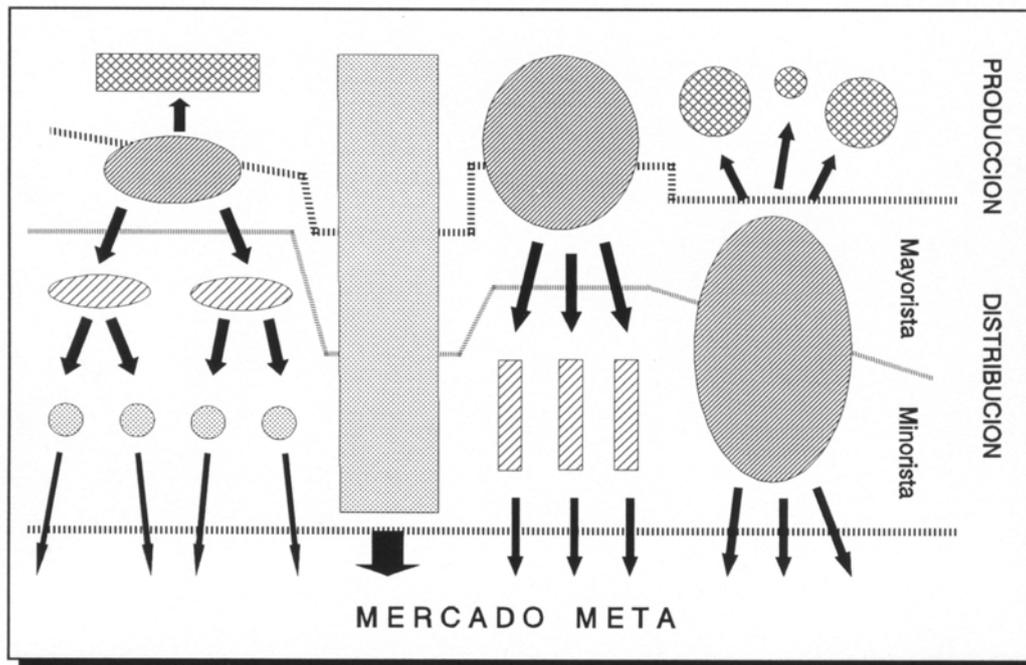
Fuente: Elaboración propia

Figura 6: Clases de distribución comercial múltiple



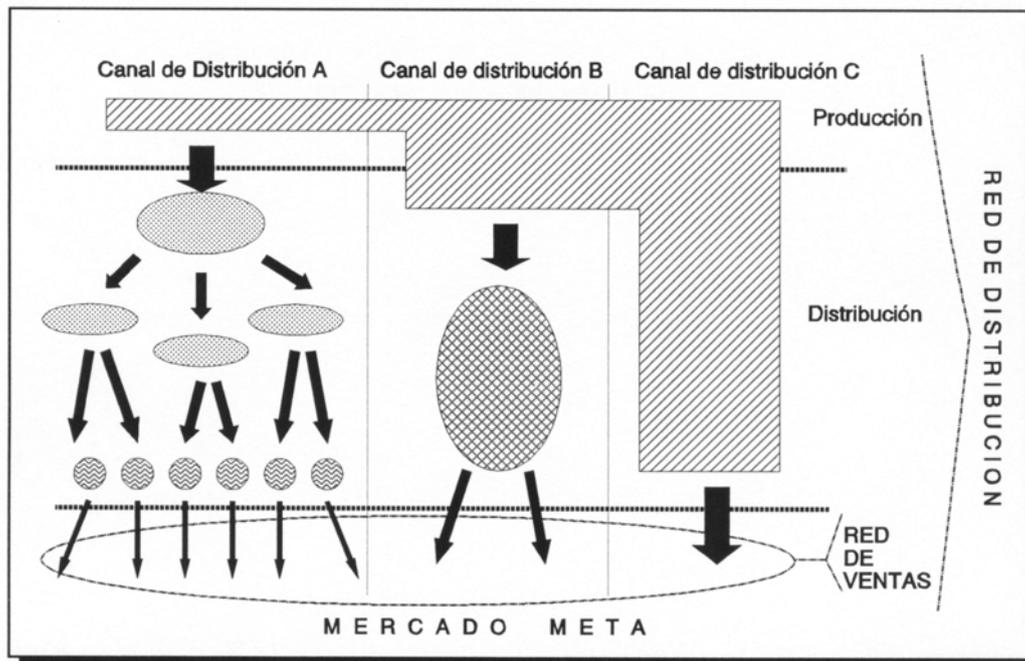
Fuente: Elaboración propia

Figura 7: Competencia entre canales de distribución comercial



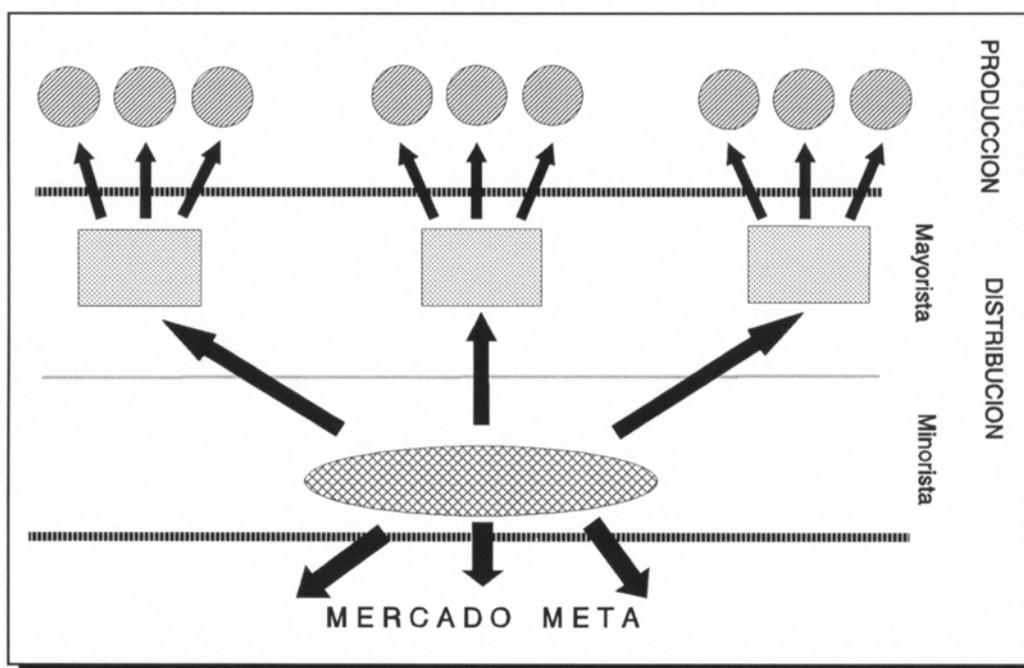
Fuente: *Elaboración propia*

Figura 8: Red de distribución comercial y red de ventas



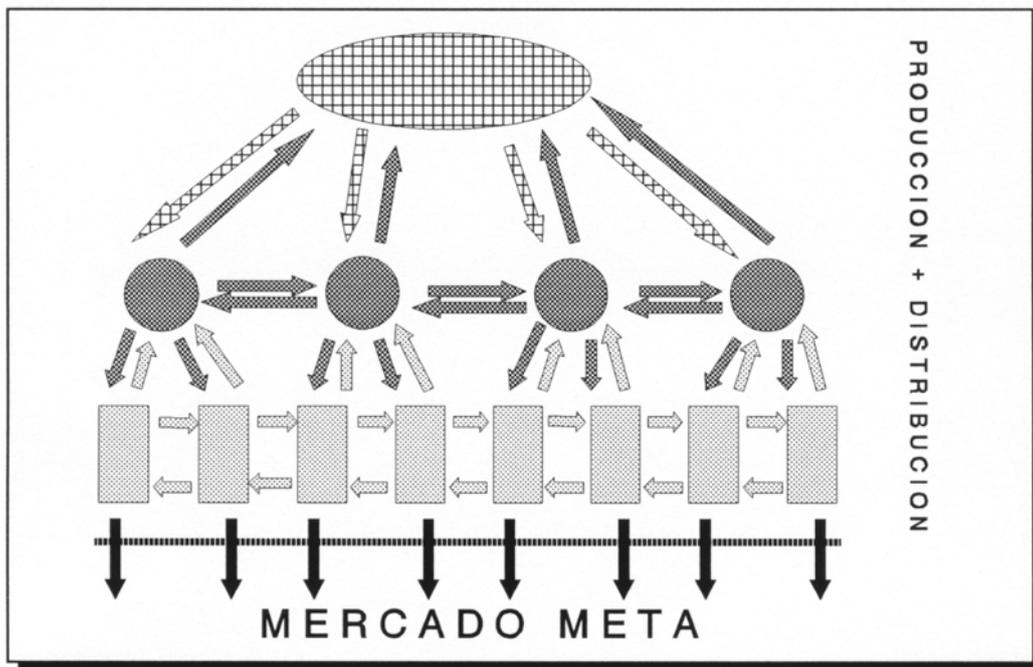
Fuente: Elaboración propia

Figura 9: Canal de distribución comercial organizado. Sistema de integración contractual. Integración vertical y ascendente



Fuente: *Elaboración propia*

Figura 10: Cooperación vertical de grupo



Fuente: *Elaboración propia*

PARTE SEGUNDA

**DERECHO DE LA
DISTRIBUCION COMERCIAL
Y
CONTRATOS DE DISTRIBUCION**

Capítulo Tercero
**Contratos de distribución
comercial en el Derecho español**

VII. OBSERVACIONES PRELIMINARES

Una vez situada la materia objeto del presente trabajo en su contexto económico-empresarial, procede ahora ubicarla en su contexto jurídico; es decir, a continuación debe estudiarse la delimitación que del concepto de "contratos de distribución" se ha efectuado en el Derecho.

Y si bien el presente estudio gira sobre el doble eje normativo del Derecho de defensa de la competencia y del Derecho comunitario europeo, es preciso volver la vista ahora al Derecho de obligaciones y contratos, pues es en este sector del ordenamiento donde la categoría de los contratos de distribución presenta contornos más elaborados —aunque ello no quiere decir que estén suficientemente acabados ni que sean satisfactorios—. Incluso se podría pensar, en un primer momento, que la categoría objeto de estudio tiene su origen en el Derecho de obligaciones y contratos, mientras que, en el Derecho de defensa de la competencia, ésta no es sino un reflejo distorsionado de la misma.

El Derecho de obligaciones y contratos, en la UE, sigue siendo en gran medida —y en la materia que nos ocupa, así es— Derecho de fuente de producción estatal¹. Por lo tanto, la consideración del Derecho de los Estados miembros constituye una tarea ineludible si se desea ofrecer, tanto una panorámica lo más completa posible de las perspectivas existentes en el tratamiento jurídico de la materia, como una delimitación atenta a todos los perfiles de esta incipiente categoría contractual. Dicha labor se acomete desde el Derecho español, que se toma como punto de contacto básico con los Derechos de los Estados miembros; si bien, y con el propósito de ofrecer una visión lo más global posible de éstos, dicha exposición irá acompañada de la de la situación en tres sistemas legales comparados de la UE: el italiano, el francés y el alemán. Estos ordenamientos no han sido escogidos al azar, sino por razón del grado de desarrollo en el tratamiento de la materia y por la influencia que han ejercido y todavía ejercen entre nosotros. No obstante, su exposición tiene por objeto completar la del Derecho español. Dado que se ha constatado la existencia de una gran similitud en el planteamiento inicial de la materia que es objeto de estudio, únicamente es preciso atender a los sistemas legales comparados escogidos de manera parcial, en la medida que aportan datos de interés en relación a la situación española, que debe constituir la principal referencia en este estudio. Puesto que no se persigue dar cuenta de modo exhaustivo de los sistemas legales comparados, su síntesis, por ese carácter parcial, se entiende mejor si se ubica tras el estudio del Derecho español. Ello es lo que justifica la alteración de lo que suele ser el orden habitual². Finalmente, y todavía dentro de esta parte segunda, se tratará

¹ Al respecto, si bien relativo al Derecho de obligaciones y contratos específico para la defensa de los consumidores, véase BUESO GUILLÉN, P.-J.: "Los criterios determinantes del carácter abusivo en la Directiva comunitaria sobre cláusulas abusivas en contratos celebrados con consumidores", RDBB 1995 (59), págs. 654-655.

² Ciertamente, el Derecho español forma parte de un contexto jurídico en el que se integra, lo que justificaría que previamente se expusiese dicho contexto, mediante el recurso al método del Derecho comparado, para pasar, a continuación, a tratar del Derecho propio. No obstante, por las razones aludidas, y en el contexto de una concepción del

el Derecho comunitario europeo, pero de manera igualmente parcial, sólo en lo relativo a la definición de la categoría de los contratos de distribución en este ámbito, más precisamente, en el de su Derecho de defensa de la competencia. Así, además de disponer de todos los elementos necesarios para acometer una delimitación conceptual unitaria de la categoría contractual, ello servirá de introducción a la parte tercera, con lo que se retomará el hilo normativo conductor del presente estudio.

Es precisamente el carácter interdisciplinar de la exposición que aquí da comienzo y la búsqueda de un concepto unitario de contratos de distribución, lo que da pie a utilizar la expresión "Derecho de la distribución comercial" para dar título a esta segunda parte. Si se recurriese a conceptos de sobras conocidos en el ámbito del Derecho de obligaciones y contratos para referirse a estos últimos, y se aplicasen a este sector del ordenamiento, podría decirse que, en España, el Derecho de la distribución comercial no es "innominado", pero sigue siendo "atípico". Si bien se alude al mismo cada vez con más frecuencia, todavía no existe entre nosotros una propuesta delimitadora del Derecho de la distribución comercial, a diferencia de lo que ocurre en el Derecho comparado, donde se distinguen dos acepciones del mismo. Sin perjuicio de volver sobre ello más adelante³ e independientemente de por cuál de las dos se opte, el estudio interdisciplinar de los contratos de distribución forma parte —más o menos esencial— de su objeto. Ello no impide, sin embargo, que desde dicha perspectiva interdisciplinar se desgaje, para su especial estudio en la parte tercera, el Derecho comunitario europeo de defensa de la competencia.

Derecho comparado como instrumento de comprensión y de progreso del propio ordenamiento (véase *supra*, epg. I), se opta por la indicada alteración.

³ Véase *infra*, epgs. IX. y XI. 2.

VII. 1. Sobre el contexto dialéctico de la categoría de los contratos de distribución comercial y su delimitación conceptual

Si se toma como punto de partida el contexto jurídico español, la primera constatación que debe hacerse es la del caos terminológico que reina en esta materia. Denominaciones como "contrato de distribución" –simplemente, o con los calificativos de "en exclusiva", "selectiva" o "autorizada"–, "contrato de venta en exclusiva", "contrato de exclusiva de venta", "contrato de concesión" –llanamente o con los calificativos de "mercantil", "comercial" o "con exclusiva"–, "contrato de compra o aprovisionamiento en exclusiva", "contrato de franquicia" y hasta "contrato de distribución con prestación retribuida de asistencia técnica, formación y licencia de know-how", se suceden en nuestros textos doctrinales y en nuestra legislación y jurisprudencia para referirse a un conjunto de contratos –que en la actualidad no puede decirse que sean simplemente atípicos, sino "atípicos en sentido propio", pues están fragmentariamente regulados⁴–, sin que llegue a saberse a ciencia cierta en qué se distinguen y qué afinidades guardan entre sí. Especialmente, y por lo que aquí nos interesa, si todos ellos son calificables como "contratos de distribución" y, de ser así –como, por otra parte, cada vez es más frecuente observar que son calificados–, cuáles son las notas características relevantes comunes a todos ellos.

Llegados a este punto puede inmediatamente alegarse que sobre las clasificaciones de los contratos no existe un acuerdo en la doctrina, resultando, en principio, igualmente válidas todas las empleadas, pues "[t]oda clasificación es al propio tiempo justificada y arbitraria, según que nos coloquemos o no en el mismo punto de vista en que se coloca el autor. Y toda clasificación es siempre incompleta, ya que pueden

⁴ Véase *infra*, epg. XI.

añadirse otros criterios que abarquen otros supuestos"⁵. Sin embargo, y si bien es cierto que no hay una única sistemática admisible, modestamente se entiende que la cuestión no carece de cierta importancia⁶. Cuando menos, existen unas clasificaciones preferibles a otras, sobre todo en atención a su mejor adecuación a la cambiante realidad de referencia, tanto fáctica como normativa⁷. Y es que, en efecto, los conceptos, el sistema y las clasificaciones son "[i]nstrumentos del pensar, vías para el conocimiento" que han de auxiliar al jurista en la consecución del que debe ser su objetivo básico: dar con la solución justa ante un conflicto de intereses. Así, una formulación clara y operativa del concepto de "contratos de distribución" puede contribuir a responder a la exigencia de la justicia de tratar del mismo modo casos iguales, pues el concepto permite constatar la igualdad de los casos, al reunir en él los supuestos singulares.⁸

⁵ GARRIGUES DÍAZ-CAÑABETE, J.: *Tratado de Derecho Mercantil*, t. III, vol. 1.º (Obligaciones y contratos mercantiles), 1.ª ed., RDM, Madrid, 1963, pág. 95. En el mismo sentido, URÍA GONZÁLEZ, R.: *Derecho Mercantil*, 24.ª ed., Marcial Pons, Madrid, 1997, núm. 665, pág. 646, quien puntualiza que la clasificación de los contratos que utiliza carece relevancia jurídica, "como cualquier otra que pudiera hacerse": es un mero sistema ordenador de los diferentes contratos que se estudian.

⁶ Como ejemplo de lo estéril e incluso perturbador que para el conocimiento de la materia objeto de estudio puede resultar una clasificación poco fundada, véase CANO RICO, J. R., con la colaboración de SERRA MALLOL, A. J.: *Manual práctico de contratación mercantil*, t. I (Contratos mercantiles en general), 3.ª ed., Tecnos, Madrid, 1993, págs. 44-46. Cfr., como ejemplo de lo contrario, de una clasificación bien fundada y, como se ha demostrado ulteriormente, de gran utilidad, PAZ-ARES RODRÍGUEZ, C.: "Las excepciones cambiarias", en: AA. VV., MENÉNDEZ MENÉNDEZ, A. (dir.): *Derecho cambiario. Estudios sobre la Ley cambiaria y del cheque*, Civitas, Madrid, 1986, págs. 257-267.

⁷ En este sentido, VICENT CHULÍA, F.: Voz "Acto de comercio (D.º Mercantil)", en: *Enciclopedia Jurídica Básica*, cit., vol. I, pág. 186, observa como las clasificaciones de los contratos cambian al dictado de la realidad del tráfico actual, y como éstas adquieren un carácter más sociológico.

⁸ Véase SANTOS MARTÍNEZ, V.: "Sobre los conceptos, sistema y principios en Derecho mercantil", en: AA. VV.: *Estudios de Derecho civil en honor del prof. Batlle Vázquez*, Madrid, 1978, págs. 740 y 743. Otra cosa es cuál sea el concreto alcance de dicha calificación jurídica, algo que dependerá del grado de homogeneidad existente. Por otra parte, debe tenerse presente que una vez formadas las nociones jurídicas y los conceptos, éstos tienden a determinar, por la intervención de la voluntad humana, el desarrollo y las manifestaciones futuras de la realidad objeto de estudio (véase IBIDEM, págs. 745-746, con cita de VILLAR

No obstante, en el caso que nos ocupa, se adivina una alteración en dicha secuencia, causada por los prejuicios presentes sobre cuál deba ser la intensidad de la "tutela del distribuidor", cuestión que se encuentra íntimamente vinculada a un concepto latente de "contratos de distribución". Como tendrá ocasión de exponerse⁹, un sector de la doctrina española persigue proteger ampliamente al intermediario indirectamente integrado mediante la calificación del contrato de agencia como contrato de distribución y la consiguiente aplicación analógica de las normas tuitivas contenidas en la LCA –especialmente aquellas atinentes al régimen extintivo del contrato– a "los otros" contratos de distribución, es decir, tanto al contrato de concesión como al contrato de franquicia. Por contra, otro sector no es partidario de conferir tal grado de protección a los concesionarios ni a los franquiciados, para lo cual elabora un concepto más restringido de contratos de distribución, excluyente del contrato de agencia. Dichos posicionamientos perturban la tarea de formación del concepto y, con ello, de determinación de la verdadera naturaleza jurídica de estos contratos.

El recurso a la naturaleza jurídica tiene primeramente una función gnosológica-científica, es decir, ha de servir para conocer el verdadero sentido y alcance del supuesto para el Derecho. Así, ha de partirse de un atento examen y análisis de las normas particulares que pudieran concernir al objeto de estudio, de los efectos que éstas producen y de los intereses y valores que entran en juego para poder llegar a la solución calificadora. Y ésta servirá ante todo para atribuir a ese supuesto o

PALASÍ: *La interpretación y los apotegmas jurídico-lógicos*, Tecnos, Madrid, 1975, pág. 24). Efecto que en el Derecho resulta intensamente amplificado por el carácter prescriptivo del lenguaje, algo que sin duda es necesario –por las exigencias de la seguridad jurídica–, pero que implica un alto riesgo de obsolescencia, ya que la consecuyente rigidez afecta del mismo modo al paradigma de referencia adoptado por la norma, mientras que la realidad experimenta un constante cambio. La cuestión radica pues en determinar cuándo es necesaria la modernización de la norma.

⁹ Véase *infra*, epg. VIII. 1. B.

relación un determinado puesto en el sistema, que permita ver la correlación y conexión con otras instituciones. De manera que la analogía debe ser conducida de acuerdo con los intereses, fines y valores en juego previamente determinados, tanto en la norma como en el supuesto de hecho no normado —esto es, constatando la verdadera afinidad teleológico-práctica justificadora de la aplicación de la norma (recuérdese el artículo 4 del Código civil)— y de acuerdo también con las exigencias de la justicia —como corresponde a un procedimiento de integración del ordenamiento—. ¹⁰

El objetivo perseguido por las páginas que siguen es el de exponer críticamente, en el marco de la dialéctica arriaba referida, las propuestas de delimitación que de los "contratos de distribución" se han realizado, tanto en el contexto español, como en el comparado, con el propósito de arrojar alguna luz sobre las sombras de dicha noción, claridad que conduzca a la formación de un concepto unitario que permita progresar en la dirección señalada por el naciente Derecho de la distribución comercial.

Así, la impresión que se tiene tras una primera aproximación a la cuestión es la de la existencia de una pluralidad de conceptos. Nociones no exentas, a su vez, de zonas grises, debido principalmente a dos factores. En primer lugar, a un factor extrajurídico, consistente en la complejidad y la cambiante realidad que el fenómeno económico de la distribución comercial presenta para el Derecho ¹¹. La operatividad —entendida como aptitud representativa de la realidad— del concepto

¹⁰ Véase SANTOS MARTÍNEZ: "Sobre los conceptos...", cit., págs. 758-759.

Especialmente sobre la analogía en general, véase, por todos, LARENZ, K.: *Methodenlehre der Rechtswissenschaft*, 4.ª ed., completada, Springer, Berlin/Heidelberg, 1979; trad. esp.: *Metodología de la Ciencia del Derecho*, Col. Derecho, Ariel, Barcelona, 1994, págs. 359 y sigs.; con especial referencia al ordenamiento español contemporáneo, véase GORDILLO CAÑAS, A.: *Ley, Principios Generales y Constitución: Apuntes para una relectura, desde la Constitución, de la teoría de las Fuentes del Derecho*, Col. Pensamiento Jurídico, Centro de Estudios Ramón Areces, Madrid, 1990, págs. 29 y sigs.

¹¹ Véase *supra*, epgs. IV. 6. B. a. y VI. 2.

jurídico de contratos de distribución variará en función de la reducción que del fenómeno económico se opere para determinar el paradigma de referencia.

Dicho con otras palabras, puede optarse por un concepto económico restringido de distribución comercial —por ejemplo, puede equipararse distribución comercial a los mecanismos de integración vertical, descendente e indirecta en los canales de distribución de bienes de consumo—, pero esto supone ignorar otros vínculos existentes en los canales de distribución considerados —por ejemplo, otros vínculos "contractuales", como los de agencia, y los "no contractuales", es decir, los propios de los sistemas corporativos— y otros canales de distribución —por ejemplo, los de distribución de servicios o los de distribución industrial—. ¹²

Pero, además, y dentro de los márgenes de la reducción efectuada, dicho paradigma experimenta rápidos cambios, que provocan el desajuste entre el concepto acuñado y la realidad que persigue aprehenderse.

Así, por ejemplo, si la configuración de la integración vertical cambia, en la medida en que cobra importancia el sentido ascendente de la integración o la integración vertical pierde su carácter jerarquizado y centralizado, se produce el desajuste entre un concepto jurídico excesivamente rígido y la realidad a la que va dirigido.

Y lógicamente, cuanto más reduccionista sea el concepto elaborado, mayor es el riesgo de obsolescencia. Y aunque pueda que así sea éste más operativo para el jurista ¹³, no es ello cierto, si por operatividad se

¹² Incluso cabría plantearse si otras técnicas o mecanismos económico-empresariales distintos de tales vínculos y canales, pero no exentos de relevancia jurídica —por ejemplo, lo que la LOCM ha dado en llamar "actividades de promoción de ventas" (véase art. 18 LOCM)—, deberían ser conceptuadas como contratos de distribución, o, cuando menos, ser objeto de estudio del Derecho de la distribución, como sucede en Francia (véase *infra*, II. 3. "Sistema legal francés").

¹³ En este sentido, véase DOMÍNGUEZ GARCÍA, M. A.: "Aproximación al régimen jurídico de los contratos de distribución. Especial referencia a la tutela del distribuidor",

entiende —insístase una vez más—, no la pura simplificación, sino la virtualidad del concepto para sintetizar la realidad de referencia de la manera más fiel posible, lo que implica, entre otras cosas, que esté abierto a las nuevas tendencias. En cualquier caso, una noción excesivamente restringida de la distribución comercial implica un serio riesgo de acuñar un concepto incompleto e inadecuado de estos contratos. En segundo lugar, concurre un factor de confusión jurídico, cual es la diversidad de aproximaciones al fenómeno de la distribución comercial desde el Derecho en el ámbito europeo. Efectivamente, los contratos de distribución se han estudiado principalmente desde el Derecho de obligaciones y contratos, desde el Derecho de la competencia —especialmente, desde el Derecho de defensa de la competencia, bajo la denominación de "acuerdos de distribución"— y, ahora, desde el naciente Derecho de la distribución comercial. Como cada una de estas perspectivas tiene su propio eje de interés, su propio enfoque teleológico-funcional, es posible que exista una inequivalencia entre las acepciones sectoriales del mismo concepto jurídico.

A modo de ejemplo, valdría la hipótesis siguiente: en el ámbito del Derecho de defensa de la competencia se utiliza un concepto funcionalmente matizado de los contratos de distribución respecto del aplicado en el Derecho de obligaciones y contratos; es decir, se engloban en esta categoría sólo aquellos contratos que, siendo de distribución desde la óptica del Derecho de obligaciones y contratos —si es que se recurre a una delimitación causal honestamente atenta a la función económica de estos contratos—, son relevantes para el Derecho de defensa de la competencia, en el sentido de que pueden dar lugar a restricciones de la libre competencia. Y viceversa, es posible que un contrato que es de distribución para el Derecho de la competencia, no lo sea para el Derecho de obligaciones y contratos porque no concurre en él la nota de

RDM 1985 (177), págs. 425-426; y MARTINEK, en: MARTINEK/SEMLER: *Handbuch des Vertriebsrechts*, cit., § 1 núm. 1, si bien este autor se refiere específicamente al ámbito del Derecho de la distribución comercial y no a la noción de contratos de distribución comercial.

la estabilidad, de la duración de la relación contractual, o pese a la concurrencia de dicha nota, no se genere una situación de dependencia entre el productor y el intermediario.

VII. 2. A propósito del Derecho de la distribución comercial y de su relación con el Derecho mercantil

Si se atiende a las tres aproximaciones doctrinales arriba aludidas que el tratamiento de la materia presenta, se constata cómo la doctrina española concentra su labor dentro de las dos primeras, no encontrándose aportaciones que puedan englobarse dentro de la tercera. Es por ello que, al tratar el Derecho comparado, se prestará especial atención a la aproximación a estos contratos desde el Derecho de la distribución comercial. Ello permitirá poner de relieve el vacío doctrinal que existe en España, a diferencia de lo que sucede en las doctrinas francesa, alemana y, más difusamente, italiana, donde, si bien con distinto alcance —amplio en el caso de Francia y restringido en los otros dos casos—, sí que se realizan esfuerzos innovadores en tal dirección.

Aunque suponga avanzar ideas que más adelante se podrán constatar¹⁴, tales esfuerzos no son ajenos al intento de superar un paradigma de referencia tal vez excesivamente restringido, lo que pone una vez más de manifiesto la necesaria conexión entre la labor conceptualizadora y sistematizadora del jurista y un mejor conocimiento por éste de la realidad que estudia.

De hecho, bajo la denominación contratos de distribución, tanto en el Derecho de obligaciones y contratos como en el Derecho de defensa de la competencia, se presta mayoritariamente atención a los vínculos de integración vertical descendente indirecta para la distribución de bienes,

¹⁴ Véase *infra*, epg. IX.

con lo que quedan fuera otros supuestos que cada vez adquieren una mayor importancia —por ejemplo, se excluye la gran distribución, que se articula a través de vínculos de integración vertical ascendente o incluso de integración horizontal (así, los denominados "contrato de afiliación" y "contrato de referenciación" (*réfèrencement*)—, y que precisan de un tratamiento jurídico adecuado.¹⁵

El Derecho de la distribución comercial no es sino consecuencia de la percepción actualizada del "comercio de intercambio"; es decir, del comercio que constituye el núcleo de la base sociológica de los códigos de comercio decimonónicos. Comercio que ha evolucionado, y que en la actualidad se podría caracterizar, por contraposición al anterior, como "comercio de promoción y de asistencia".

Si se atiende a las anteriores consideraciones, inmediatamente se advierte lo "problemático" de tal percepción actualizada del comercio: sus consecuencias conceptuales y sistemáticas. La congruencia con el nuevo paradigma de referencia implica acometer una tarea muy delicada, que comienza por una resistemización de parte de la materia mercantil, tarea que tropieza con el rígido y desfasado marco que ofrecen los códigos de comercio decimonónicos, que pese a las sucesivas reformas han mantenido su estructura inalterada. Pero dicha tarea aboca irremediabilmente a una segunda fase, consistente en la modernización y reorganización del sustrato normativo fundamental, genuino del Derecho mercantil, lo que va a afectar a su propia esencia. Precisamente, el Derecho de la distribución comercial, para un iusprivatista, se presenta como el vehículo para llevar adelante tal modernización y tal reorganización.

En efecto, la consideración del tratamiento de los contratos de

¹⁵ Sobre la noción de "gran distribución", véase *supra*, epg. IV. 4. B. Sobre los mencionados contratos, véase *infra*, epg. IX. 3.

distribución en dicho contexto puede aportar observaciones de interés para la propia disciplina, para el Derecho mercantil, especialmente, sobre el fenómeno del distanciamiento entre la materia y el Derecho mercantil, y sobre el alcance de la adscripción del Derecho de defensa de la competencia al Derecho mercantil.

Antes de proseguir con dichas observaciones, ha de hacerse una advertencia: lo que éstas persiguen es poner de manifiesto la potencial influencia de un futuro Derecho de la distribución comercial en el Derecho mercantil.

En ningún momento se pretende estudiar exhaustivamente el concepto de Derecho mercantil. De ahí que, a los efectos de la cuestión que se aborda y del contexto en el que se hace, se parta de un concepto concreto, funcional, del Derecho mercantil; pero ello, sin perjuicio de la existencia de otros conceptos de Derecho mercantil que puedan ser igualmente válidos.

Pues bien, enfocar el Derecho mercantil desde la perspectiva de los contratos de distribución conduce a una concepción marcadamente funcional de esta rama del Derecho. Es decir, partiendo de la idea de que su "núcleo esencial" consiste en ser "el Derecho (privado) regulador de los empresarios y de la actividad externa de la propia empresa"¹⁶, abordar el estudio del Derecho de la distribución comercial en el seno del Derecho mercantil supone hacer hincapié en el segundo elemento –que podría denominarse "funcional"– de tal núcleo.

Así, el Derecho mercantil sería, predominantemente, "el sector del ordenamiento que regula la actividad económica organizada en forma de

¹⁶ Así, entre otras muchas definiciones simbióticas de los elementos empresa y mercado, OLIVENCIA RUIZ, M.: "Derecho mercantil y Derecho de la empresa", en: AA. VV., JIMÉNEZ SÁNCHEZ, G. (coord.): *Derecho mercantil*, t. I, 3.^a ed., corregida y puesta al día, Col. Derecho, Ariel, Barcelona, 1995, pág. 32.

empresa y desarrollada en el mercado (sobre la exigencia de contribuir a la realización de los postulados de la constitución económica)"¹⁷. En efecto, aprehender el Derecho mercantil como el Derecho privado ordenador de la actividad económica que se desarrolla en forma de empresa supone ya que el mismo abarca potencialmente todo el Derecho privado de la actividad económica¹⁸. E incluso dando un paso más y prescindiendo del elemento empresarial, el Derecho mercantil sería el "Derecho patrimonial privado especial que regula las relaciones que se desarrollan en el mercado entre sus diversos operadores, profesionales o no".¹⁹

De este modo, la actividad económica y el mercado, binomio inseparable en el sistema económico vigente, desplazarían a la empresa en su cometido delimitador predominante del Derecho mercantil. Con lo que, a la par que la extensión de la materia, y consecuentemente, del Derecho mercantil se ampliaría —al abarcar también la actividad económica organizada en forma distinta de empresa—, la distancia entre el Derecho mercantil y el Derecho económico se reduciría.

Así las cosas, de los elementos que forman la última de las definiciones reproducidas, el término "privado"²⁰ poseería un enorme valor

¹⁷ MASSAGUER: "El Derecho mercantil...", cit., pág. 429.

¹⁸ Véase MENÉNDEZ: "Voz «Derecho Mercantil...», cit., pág. 2334.

¹⁹ OLIVENCIA RUIZ, M.: "Concepto del Derecho mercantil", en: AA. VV., JIMÉNEZ SÁNCHEZ, G. (coord.): *Lecciones de Derecho mercantil*, 4.ª ed., revisada y puesta al día, Tecnos, Madrid, 1997, pág. 41. No obstante, la concepción del Derecho mercantil como Derecho del mercado tiene, entre nosotros, su origen en PUENTE MUÑOZ, T.: "Notas para un estudio sobre el concepto de Derecho Mercantil", en: AA. VV.: *Estudios Jurídicos en Homenaje a Joaquín Garrigues*, t. III, Tecnos, Madrid, 1971, págs. 75-85 —no en vano, es una de las primeras estudiosas del fenómeno distributivo en su configuración actual (véase *infra*, epg. VIII. 1. B. b. ii.)—; y, especialmente, DUQUE DOMÍNGUEZ: "Constitución económica y Derecho mercantil", cit., págs. 75-84.

²⁰ Este es un elemento que se entiende mayoritariamente esencial a la definición de Derecho mercantil. Así, también MASSAGUER: "El Derecho mercantil...", cit., pág. 429, entiende que el Derecho mercantil es Derecho privado.

delimitador del Derecho mercantil dentro del Derecho económico. Virtualidad que resalta todavía más si se atiende a la publicación del Derecho regulador, tanto de la materia mercantil en general, como, en especial, de la materia que aquí es objeto de estudio. Fenómeno que no es equivalente al de la desprivatización del Derecho mercantil.

La publicación es una intervención legislativa de Derecho público sobre actividades tradicionalmente sometidas, incluso de manera exclusiva, al Derecho privado —en nuestro ordenamiento es el caso, por ejemplo, de la contratación bancaria²¹ o de las relaciones contractuales entre productores e intermediarios y entre empresarios y consumidores²²—. Esta constituye un fenómeno distinto a una intervención legislativa de Derecho privado reductora de la autonomía de la voluntad, vía por la que se opera la desprivatización.²³

²¹ Ex art. 48. 2 de la Ley 26/1988, de 29 de julio, de Disciplina e Intervención de las Entidades de Crédito, y su desarrollo reglamentario, por Orden del Ministerio de Economía y Hacienda de 12 de diciembre de 1989 y Circular del Banco de España 8/1990, de 7 de septiembre; y, si bien tomando como eje el crédito al consumo, ex LCC.

²² En el primer caso, ex LOCM, y, en el segundo caso, ex art. 34.9 LGDCU, introducido por la disp. ad. 1.^a, 5, LCGC, y ex estatutos autonómicos del consumidor —así, véanse art. 11 de la Ley 10/1981, de 18 de noviembre, por la que se aprueba el texto definitivo del estatuto del consumidor del País Vasco (BOPV de 2-3-83); art. 18 de la Ley 12/1984, de 28 de diciembre, por la que se aprueba el estatuto gallego del consumidor y usuario (DOG de 1-2-85; este precepto ha sido declarado en parte inconstitucional [STC 62/1991, de 22 de marzo; BOE de 24-4; corr. err. BOE de 29-5]); arts. 11-12 de la Ley 5/1985, de 8 de julio, de consumidores y usuarios de Andalucía (BOJA de 17-7); y art. 6 de la Ley 3/1995, de 9 de marzo, por la que se aprueba el estatuto del consumidor de Castilla-La Mancha (BOCM de 21-4); más claramente, véanse arts. 9-11 y 33 de la Ley 2/1987, de 9 de abril, por la que se aprueba el estatuto de consumidores y usuarios de la Comunidad Valenciana (DOGV de 15-4); arts. 6 y 29-30 de la Ley 3/1993, de 5 de marzo, por la que se aprueba el estatuto del consumidor catalán (BOGC de 12-3), que ha venido a reforzarse mediante la Ley 1/1990, de 8 de enero, de disciplina del mercado y defensa de los consumidores y usuarios (BOGC de 17-1); y arts. 14 y 43.1 de la Ley 8/1997, de 30 de octubre, de Estatuto del consumidor y usuario de Aragón (BOA de 5-11)—.

²³ Sobre la desprivatización del Derecho privado, es especial, del Derecho mercantil, véase, por todos, GIRÓN: *Tendencias actuales...*, cit., pág. 118 y sigs.; MENÉNDEZ: *Constitución, sistema económico...*, cit., pág. 33 y sigs.; y ROJO: "El Derecho económico...", cit., pág. 253 y sigs.

Y no deben confundirse ambos fenómenos, aunque entre ellos existe un claro punto de conexión: vienen a articular la penetración de intereses generales en el régimen regulador del desarrollo de la actividad económica.

Previamente conviene aclarar que la publicación del Derecho regulador de la materia mercantil no es consecuencia del fenómeno de la desregulación. Al contrario, la desregulación entendida como liberalización —es decir, como el tránsito que experimenta un mercado de una situación de monopolio legal (regido, por lo tanto, por el Derecho administrativo) a una situación de ausencia de dicho monopolio—, aumenta el ámbito de aplicación del Derecho privado. Esto es así porque la entrada de particulares exige la producción de normas destinadas a regular esa actividad económica empresarial privada, que se integran *ratione materiae* en el sistema jurídico mercantil. Las relaciones jurídico-administrativas son sustituidas por relaciones jurídico-privadas.²⁴

Cuestión distinta es que las nuevas normas de Derecho privado —surjan éstas como consecuencia de un proceso de desregulación o no— sean de signo más intervencionista, en el sentido de tener un marcado carácter imperativo y, por lo tanto, limitador de la autonomía de la voluntad. Esto es lo que se ha venido a denominar desprivatización del Derecho privado, fenómeno que tiene su origen en la instrumentalización del mismo en función de los fines perseguidos, en este caso, por el ordenamiento público de la economía²⁵. Es decir, la norma privada persigue la consecución de intereses generales; y para impedir que los particulares anulen o mitiguen la operatividad instrumental de la norma privada, debe ésta ser declarada inderogable.

²⁴ Véase MASSAGUER: "El Derecho mercantil...", cit., pág. 424. Un reciente ejemplo de desregulación consecuencia de un proceso de liberalización viene constituido por la Ley 24/1998, de 13 de julio, del Servicio Postal Universal y de Liberalización de los Servicios Postales (BOE de 14-7), especialmente su tít. II, relativo a la prestación de servicios postales en régimen de libre concurrencia, donde únicamente se establece un sistema de autorización previa para la prestación del servicio postal en dicho régimen.

²⁵ Véase MENÉNDEZ: "Voz «Derecho Mercantil...», cit., pág. 2334.

Y es que, en efecto, este nuevo Derecho mercantil, como todo el Derecho privado, experimenta una reorientación de su función, en la que se atiende a "las exigencias del programa económico y social de la Constitución".²⁶

Es decir, el alto contenido de normas imperativas se explica por ser éstas las que están llamadas a salvaguardar los intereses generales implicados, que no pueden quedar a merced del libre albedrío de los particulares. Y así, en el caso de desregulación, se trata de normas ordenadoras de la libertad de actuación en el nuevo mercado —generalmente, un mercado en formación—, atentas a los intereses generales en juego. Pero ello no supone la "pérdida de su naturaleza jurídico-privada"²⁷. Al igual que sucede con otras nuevas normas de Derecho privado que no tienen su causa próxima en procesos de liberalización, como suele ser el caso de las disposiciones de esta naturaleza clasificables como normas de protección de los consumidores, normas en materia de responsabilidad extracontractual o en materia de insolvencia²⁸. Por su parte, y especialmente en el ámbito de la regulación económica, se observa el fenómeno de la denominada "huida" del Derecho administrativo al Derecho privado.²⁹

En síntesis, del efecto acumulado de los fenómenos de la publicación y la desprivatización resulta que la concepción individualista

²⁶ Al respecto, véase FONT GALÁN, J. I.: *Constitución económica y Derecho de la competencia*, Tecnos, Madrid, 1987; e IDEM: "El modelo normativo de la competencia empresarial: un relectura constitucional. (Conferencia pronunciada el 20 de mayo de 1987)", en: AA. VV., VERDERA Y TUELLS, E. (dir.): *El nuevo Derecho de la empresa*, Forum Cámara, Cámara de Comercio e Industria de Madrid, Madrid, 1989, págs. 123-152; y recientemente IDEM: "Legitimación constitucional...", cit., págs. 1322-1324.

²⁷ Véase MASSAGUER: "El Derecho mercantil...", cit., pág. 428.

²⁸ Véase MENÉNDEZ: "Voz «Derecho Mercantil...», cit., pág. 2334.

²⁹ Como ejemplo de esta tendencia, opuesta en cierto sentido a la anterior, véase GONZÁLEZ-VARAS IBAÑEZ, S.: *El Derecho administrativo privado*, Montecorvo, Madrid, 1996.

tradicional es superada por una concepción "social" del ordenamiento, en la que el Derecho privado también está llamado a cumplir una "función política".³⁰

De ahí que, en la actualidad, sea muy discutible, sino es que ya está superada, la tajante incomunicación tradicionalmente establecida entre el Derecho privado y el Derecho público.

Es por ello que, a la luz de estas consideraciones, resulte muy discutible la validez de la incomunicación entre lo jurídico-público y lo jurídico-privado, como si se tratase de compartimientos estancos, de manera que las opciones de política legislativa adoptadas en uno de los bloques del ordenamiento para nada influyan en el otro. Esta solución no es de recibo, sobre todo –por decirlo de un modo gráfico, usando la expresión de MASSAGUER– si se trata de un Derecho mercantil, privado, no "militante", generalmente por obsolescencia.³¹

Así, parece contrario al principio de unidad del ordenamiento –produciendo una suerte de esquizofrenia jurídica– que un mismo comportamiento quede sometido a dos parámetros de conducta diferentes por el hecho de estar aquél sujeto a dos normas que incorporan principios rectores dispares –es decir, no se trata de que estén en juego intereses diversos, sino que los idénticos intereses en juego son tratados de manera diferente–; y que por el hecho de ser la naturaleza jurídica de dichas normas distinta, no se permita una interpretación correctora de la una por la otra.³²

³⁰ Cfr. MENÉNDEZ: "Voz «Derecho Mercantil...», cit., pág. 2334.

³¹ Véase MASSAGUER: "El Derecho mercantil...", cit., pág. 406.

³² No es ésta una situación en la que la norma jurídico-privada viene reforzada por una norma jurídico-pública. En este caso no hay dos parámetros distintos de valoración del comportamiento, sino un único parámetro, que da lugar a la imposición de la sanción jurídico-privada y jurídico-pública, cuando se dan los correspondientes presupuestos. No hay conflicto. Este es el caso de la LOCM (aunque no en todo caso), de la LGDCU y de la LCC.

Sería posible sostener que es aceptable que un mismo comportamiento esté contemplado por una norma jurídico-privada y una norma jurídico-pública, porque en ese comportamiento concurren intereses privados y públicos: entonces ese único comportamiento recibe una doble valoración y una razón también doble, porque doble es el interés protegido.

Sin embargo, esta solución, cuando los supuestos de hecho son idénticos, no parece de recibo. En principio, el comportamiento (más) aceptable conforme al programa económico y social de la Constitución sólo podrá ser uno, con independencia de que su realización se confíe a mecanismos jurídico-privados o/y jurídico-públicos. Además, y atendiendo a las exigencias de la seguridad jurídica, no se puede exigir a los sujetos que actúen conforme a una pauta de comportamiento "+n" y, a la vez, a una pauta de comportamiento "-n", cuando ambas pautas son incompatibles entre sí –por ejemplo, no se puede desincentivar una conducta con una sanción y, a la vez, permitir que dicha conducta sea aceptable en la relación *interpartes*–.

En conclusión, presumiendo que la norma de Derecho público, por su mayor grado de actualidad, es la más próxima a los postulados de la constitución económica, nada impediría –al contrario, resultaría obligado– acudir a normas de Derecho público para realizar una interpretación, integradora o correctora, según los casos, de normas de Derecho privado que no respondan a los postulados de la constitución económica (*ex arts. 53.3 de la Constitución Española y 3.1 del Código civil*). Con otras palabras, hasta que el legislador no "ponga al día" todo el Derecho privado –y con ello no se quiere decir que aquél deba eliminar la autonomía de la voluntad o hacerle perder el protagonismo que tiene, sino que debe determinar sus límites–, parece perfectamente legítimo recurrir al Derecho público para realizar, en la medida de lo posible, una interpretación actualizadora de aquél.

Lo que no está claro es cuál deba ser el criterio de política legislativa para optar entre la regulación jurídico-privada y jurídico-pública, y que

explicaría la "fuga" de la materia mercantil del Derecho mercantil por el continuo recurso al Derecho público.

La realización de los postulados de la Constitución económica se puede perseguir tanto mediante normas de Derecho público como de Derecho privado –o, lo que es lo mismo, su tutela puede confiarse a la iniciativa de las Administraciones públicas o de los particulares³³–. Como regla general, la opción a favor de la regulación de determinada materia mediante instrumentos jurídico-públicos parece que estará en función de la inoperatividad de los particulares para hacer efectivo el cumplimiento de una hipotética o preexistente norma jurídico-privada equivalente –independientemente de si tal inactividad les sea o no imputable–. Ello explicaría, al menos en parte, los recientes supuestos de publicación a los que estamos asistiendo –señaladamente, los de regulación por normas de doble naturaleza (así sucede en las ya mencionadas LOCM, en la LGDCU o en la LCC)–.

El anterior discurso, no es que refleje más o menos elocuentemente la crisis de la distinción radical entre Derecho privado y Derecho público³⁴, sino entre materia de Derecho privado y materia de Derecho público, así como la crisis de *status quo* de las interconexiones que deben existir entre ambos bloques del ordenamiento. Finalmente, se

³³ No obstante, este criterio delimitador, respectivamente, entre el Derecho público y el Derecho privado, próximo al criterio de la forma de protección o reestablecimiento de la efectividad aplicativa de la norma (para los distintos criterios de distinción entre ambos bloques del ordenamiento, véase LUNA SERRANO, A.: "Derecho público y Derecho privado", en: LACRUZ BERDEJO, J. L., SANCHO REBULLIDA, F. D. A., LUNA SERRANO, A., y DELGADO ECHEVERRÍA, J.: *Elementos de Derecho civil, I*, vol. 1.º [Introducción], Bosch, Barcelona, 1988, págs. 28-34), no deja de plantear dudas en cuanto a su operatividad, si bien parece hoy por hoy parece el menos endeble de los existentes, dado que, en definitiva, es el que mejor atiende a las consecuencias de dicha distinción, en especial, al distinto aparato normativo e institucional del ordenamiento que resulta activado de acudir a uno u otro bloque (véase IBIDEM, págs. 24-29, en especial, págs. 37-38).

³⁴ Cfr. PIÑAR MAÑAS, J. L., y BELTRÁN SÁNCHEZ, E.: "Nota preliminar", en: PIÑAR/BELTRÁN: *Comentarios a la Ley de Ordenación...*, cit., pág. 9.

pone de manifiesto la irremediable actitud interdisciplinar –tanto hacia otros sectores del ordenamiento, especialmente, hacia el Derecho administrativo, como hacia otras ciencias sociales–, que ha de mantener el estudioso de la materia mercantil. Ciertamente, "la interacción de las instituciones públicas y privadas conforma, cada vez más, la estructura socioeconómica global"³⁵. La exclusión del Derecho público impide una explicación completa y coherente de la materia mercantil.

Es más, por muy paradójico que resulte, la interdisciplinariedad se da incluso si el jurista intenta ceñirse en su cometido al Derecho mercantil. Precisamente, y de entre de las normas tradicionalmente adscritas al Derecho mercantil, el presente estudio adopta el Derecho de la competencia en sentido estricto –más concretamente, dentro de éste, el Derecho de defensa de la competencia– como herramienta de trabajo básica. Derecho del que, empero, difícilmente se puede predicar que sea privado o, cuando menos, exclusivamente privado.

Ciertamente parece discutible afirmar que "el Derecho de la competencia, en general, no es un Derecho de tipificación de infracciones, como el Derecho disciplinario administrativo y el penal, sino un *Derecho de principios* por ser Derecho privado"³⁶. Así, se oyen

³⁵ Véase MENÉNDEZ: "Voz «Derecho Mercantil...», cit., pág. 2334.

³⁶ VICENT CHULIÁ, F.: *Compendio Crítico de Derecho Mercantil*, 3.^a ed., t. I, vol. 2.º, Bosch, Barcelona, 1991, pág. 1055; en este mismo sentido, VICIANO PASTOR, J.: *Libre competencia e intervención pública en la economía (Acuerdos restrictivos de la competencia de origen legal)*, Biblioteca Jurídica Cuatrecasas, Tirant lo Blanch, Valencia, 1995, págs. 34-35.

Es más, VICENT CHULIÁ mantiene idéntica actitud respecto de la naturaleza jurídica del Derecho del mercado financiero, pues entiende que es sigue siendo fundamentalmente Derecho privado (véase VICENT CHULIÁ, F.: "Presentación de la Sección de Derecho del Mercado Financiero y de los contratos mercantiles", RGD 1998 [643], pág. 3979; por contra, ningún eco se hace este autor, pese al objeto de la sección que presenta, de los contratos de distribución comercial ni del Derecho de la distribución comercial).

voces que discrepan abiertamente de esta opinión³⁷. Posiblemente nos encontremos ante un *tertium genus*, ante normas que combinan características de ambos grandes bloques del ordenamiento³⁸. En este orden de ideas se ha afirmado que el Derecho de la competencia "supera como ningún otro la *summa divisio* entre Derecho público y privado: deja de ser un ordenamiento privado para salvaguardia de los derechos subjetivos de los empresarios para pasar a primar la idea de la protección institucional, inspirada en la necesidad de tutelar la institución misma del mercado y de la competencia, desde la perspectiva de su función so-

³⁷ Señaladamente, ALONSO SOTO, R.: "Recensión a VICIANO PASTOR, J.: *Libre competencia e intervención pública en la economía (Acuerdos restrictivos de la competencia de origen legal)*, Biblioteca Jurídica Cuatrecasas, Tirant lo Blanch, Valencia, 1995", RDM 1996 (222), pág. 1573, quien afirma que no comparte "la tesis de la configuración del Derecho de la Competencia, incluso entendido en sentido amplio, como un Derecho regulador de las relaciones entre operadores económicos privados". Véase también SORIANO GARCÍA, J. E.: *Derecho público de la competencia*, Col. Monografías Jurídicas, IDELCO/Marcial Pons, Madrid, 1998, págs. 39-42.

³⁸ En este sentido, véase GONDRA: *Derecho mercantil*, cit., págs. 86-88.

Surge así la distinción entre un Derecho público y un Derecho privado de la competencia. Distinción que, si bien puede referirse a la existencia de un Derecho de defensa de la competencia y de un Derecho de la competencia desleal, respectivamente (así, explícitamente, GARCÍA DE ENTERRÍA, E.: "Prólogo", a: SORIANO GARCÍA: *Derecho público de la competencia*, cit., pág. 10; e, implícitamente, SORIANO GARCÍA: *Derecho público de la competencia*, cit., pág. 18 y sigs.), también alude, ya dentro del Derecho de defensa de la competencia, a ciertas cuestiones que son objeto de tratamiento más frecuente desde el Derecho administrativo –así, aspectos constitucionales, cuestiones competenciales, órganos y procedimiento (véase, por ejemplo, CASES PALLARÉS, LL.: *Derecho administrativo de la defensa de la competencia*, Escola d'Administració Pública de Catalunya/Marcial Pons, Madrid, 1995; BAÑO LEÓN, J. M.: *Potestades administrativas y garantías de las empresas en el Derecho español de la competencia*, Col. Monografías-Ciencias Jurídicas, McGraw-Hill, Madrid, 1997; y el propio SORIANO GARCÍA: *Derecho público de la competencia*, cit.; y, aún dentro de esta aproximación más tradicional, puede apreciarse un creciente interés y una importante ampliación del espectro de cuestiones tratadas: a modo de referencia, cfr. la actual literatura con MARTÍN MATEO, R., y SOSA WAGNER, F.: *Derecho administrativo económico*, Civitas, Madrid, 1977, pág. 233 y sigs.)–. No obstante, existe un tercer frente, que también puede identificarse con la terminología "Derecho público de (defensa de) la competencia", compuesto por una serie de cuestiones de naturaleza "más sustantiva", como son los derechos exclusivos, los monopolios legales, en el contexto de la desregulación y, en general, la actuación de las Administraciones Públicas como agentes económicos en coactividad con los particulares (art. 90 TCE), y las ayudas públicas (art. 92 y sigs. TCE) (a este planteamiento responde GONZÁLEZ-VARAS IBÁÑEZ: *El Derecho administrativo privado*, cit., págs. 283-398).

cial"³⁹. Pero esta evolución parece hoy extensible al Derecho privado, por lo que no se puede determinar, atendiendo a los intereses en juego, si el Derecho de defensa de la competencia es Derecho público o Derecho privado. Es el aparato de Derecho público, de Derecho administrativo, que lo sustenta, lo que termina por inclinar la balanza del lado del Derecho público —así, si se atiende a las pautas para su aplicación, éstas se alejarían de las propias del Derecho privado (especialmente, de las del Derecho de obligaciones y contratos) para aproximarse al Derecho administrativo, dada la relevancia adquirida por la opinión de la autoridad especializada en el margen de su discrecionalidad técnica—. La primigenia asignación de Derecho de defensa de la competencia al Derecho mercantil *ratione materiae* no debe llevar a concluir que el Derecho de defensa de la competencia es Derecho privado. Por contra, si se dice que el Derecho de defensa de la competencia es Derecho mercantil, entonces el Derecho mercantil pierde una de las notas definitorias a las que más unánimemente se recurre: el ser Derecho privado.

Pero la ascendente del Derecho de la competencia dentro de los contenidos del Derecho mercantil plantea otros interrogantes relativos al primer componente del concepto hoy generalmente aceptado de esta rama del ordenamiento, cual es el ser Derecho de la empresa.

Si se sostiene que el Derecho mercantil es Derecho de la empresa⁴⁰, el ascendente del Derecho de defensa de la competencia conllevará cambios en la concepción del Derecho mercantil. El hecho de dar mayor importancia al Derecho de defensa de la competencia —fruto de la

³⁹ MENÉNDEZ: "Voz «Derecho Mercantil...», cit., pág. 2335.

⁴⁰ En cuanto a la concepción del Derecho mercantil como Derecho de la empresa, véase, por todos, POLO DÍEZ, A.: "El concepto y los problemas del Derecho mercantil en la legislación y la jurisprudencia españolas", RDP 1956 (XL), págs. 1175-1191, y 1957 (XLI), págs. 3-28; GIRÓN TENA, J.: "Concepto de Derecho mercantil en el Derecho español", ADC 1954, págs. 971 y sigs.; y BROSETA PONT, M.: *La empresa y la unificación del Derecho de obligaciones y el Derecho Mercantil*, Tecnos, Madrid, 1965.

prevalencia del enfoque funcional, cuyo centro es dicho sector normativo⁴¹ – implica un cambio en el paradigma subjetivo de referencia del Derecho mercantil, en el concepto de "empresario", que sigue siendo relevante, pese a los intentos de objetivación y pese al protagonismo conferido a la noción de empresa: el del comerciante, el del sujeto que ejerce el comercio. En la medida en que otros sujetos no comerciantes –profesionales liberales, señaladamente– son destinatarios de las normas de Derecho de defensa de la competencia, es más, en la medida en que, por principio, ningún agente económico escapa a la aplicación del Derecho de defensa de la competencia, es indiferente a qué actividad se dedique dicho operador, más concretamente, a si la misma puede entenderse como ejercicio del comercio.

La consecuente vulgarización o generalización de la empresa dará lugar a un Derecho mercantil, de una parte, demasiado extenso y, de otra, demasiado variado, dada su complejidad creciente, como para mantener su hoy ya precaria compactibilidad. Ello acelerará, sin duda, el proceso de desintegración del Derecho mercantil tradicional en Derechos sectoriales, especialmente, por razón del objeto de la actividad. Pero ello no llevará a la desaparición del Derecho mercantil. Este renacerá de sus cenizas, y tomará las funciones de distribución como criterio delimitador⁴². Se abandonarían de este modo las delimitaciones objetiva –es decir, en atención a cuál es el objeto de la actividad, criterio propio de los Derechos sectoriales– y subjetiva –es decir, en atención a quién es el sujeto de la actividad, irrelevante tras la vulgarización del concepto de empresa–, para acogerse a una delimitación funcional, coherente con su nuevo carácter subsidiario de los Derechos sectoriales: estaremos ante una norma de Derecho mercantil, si ésta regula, con abstracción tanto del objeto como del sujeto, la realización de una función de distribución.

En definitiva, y sin perjuicio de que lo anteriormente expuesto, mejor, propuesto, sea opinable en más de un extremo, la cuestión de la

⁴¹ Véase MENÉNDEZ: "Voz «Derecho Mercantil...», cit., pág. 2335.

⁴² Véase *supra*, epg. IV. 4. A.

delimitación de la categoría de los contratos de distribución y, de su mano, la propuesta de un Derecho de la distribución comercial, presenta, como puede apreciarse, un indudable interés, no sólo en el plano del concepto del Derecho mercantil, sino también respecto de sus concretos contenidos normativos. De hecho, la doctrina jurídica española, especialmente, la mercantil, reconoce unánimemente el hecho novedoso y sus repercusiones⁴³, aunque tal reconocimiento diste

⁴³ La excepción que confirma la regla viene constituida por el trabajo de ALVAREZ CAPEROCHIPI, J. A.: *El mandato y la comisión mercantil*, Col. Monografías, Comares, Granada, 1997.

Se trata de un estudio de la doctrina jurisprudencial sobre la materia que da título al libro. En él, su autor achaca el surgimiento de "figuras jurídicas con nombre propio" —entre las que trae a colación la agencia, "la distribución", la concesión, la franquicia— a la "falta de raíces" de la comisión. El siguiente fragmento resulta muy ilustrativo de las ideas que defiende este autor: "Y ¿por qué este repentino estallido de nuevos nombres, regulación jurídica y jurisprudencia? A mi juicio ello se debe probablemente a que el intermediario, que era el maldito de la dogmática marxista, es ahora elevado a los altares como generador de una «clientela», y como sujeto imprescindible para el correcto funcionamiento del sistema capitalista; creo que es importante en este momento volver a encuadrar la intermediación y figuras conexas en el mandato y la comisión mercantil, para evitar la terrible tiranía de un desconocido de origen alemán y francés: «el agente»; evitar que sin tener conciencia de sus presupuestos y consecuencias, un nuevo nombre sea una excusa para introducir un nuevo régimen jurídico (eludiendo los principios normativos), y a la vez para evitar que el mandato y la comisión mercantil sean vaciados de contenido" (IBIDEM, pág. 2). Al margen del impropio tinte marxista que reciben nuestros Código de comercio y civil —cuando, además, la percepción negativa de la intermediación tiene un origen mucho más remoto (véase *supra*, epg. IV. 5.)—, este autor no se da cuenta de que no puede encajarse una realidad distributiva como la actual en las normas del siglo pasado, cuando dicha realidad no se parece en casi nada a la de hace cien años; cambio de la realidad subyacente de la que el autor, no obstante, parece ser consciente (véase IBIDEM, págs. 43-49). El agente será un "tirano desconocido" para el Derecho de los códigos, pero no para la realidad, ni para el Derecho mercantil. Coherentemente entiende ALVAREZ CAPEROCHIPI que los contratos de agencia y franquicia, así como los distribuidores y concesionarios —sin que hable de contratos—, son "figuras especiales de comisión" (IBIDEM, pág. 63). En efecto, afirma que en el estudio de la jurisprudencia se ha "encontrado así con una gran variedad de personajes, que curiosamente son diversos de los que en los tiempos de la codificación mercantil, y aun en los años cincuenta de este siglo, se calificaba de comisionistas" (IBIDEM, pág. 64). Y así se pregunta: "¿Y por qué no llamarles a todos directamente comisionistas?". Claro, ¿qué más da! Más adelante entiende que tanto corredores como agentes son comisionistas: los primeros, cuando son intermediarios de operaciones concretas, y los segundos, cuando son intermediarios en masa o tipo (IBIDEM, págs. 64-65). Por los argumentos que se expondrán en las páginas que siguen, debe rechazarse tal posición, al igual que el tratamiento dispensado a la agencia, la concesión y la franquicia en esta obra (véase IBIDEM, págs. 77-89).

todavía de ser uniforme. Este impulso, sumado a la constatación del fenómeno de la "especialización" del Derecho de contratos, puede desembocar entre nosotros en la aparición del Derecho de la distribución comercial. En efecto, dicha especialización se caracteriza por el progresivo desplazamiento de lo abstracto a lo concreto, que hace cada vez más inoportuno estudiar exclusivamente el contrato en sí mismo, como si se tratara de un sistema cerrado, y obliga a referirse lo más frecuentemente posible al derecho especial de los diferentes contratos. Porque, paralelamente e incluso al margen de la teoría general, se han desarrollado reglamentaciones o prácticas contractuales en función de tipos concretos de actividad; con ello se está aludiendo a la influencia de la "reglamentación pública" (Derecho de seguros, de transporte, bancario, etc.). De manera que, instituciones jurídicas hasta entonces homogéneas han visto desarrollar en su seno características diferenciadoras que les proporcionan específica fisonomía y autónoma identidad.⁴⁴

En este mismo planteamiento insiste recientemente ECHEBARRÍA SÁENZ, quien opina que la insatisfacción de las soluciones jurídicas ante los conflictos que plantea el contrato que estudia —el de franquicia— tienen su causa en la distorsión que produce la aplicación de un sistema jurídico de perspectiva contractual a problemas de configuración institucional o estatutaria. Afirma que en la actualidad, el Derecho mercantil ya no es un Derecho de contratos, sino esencialmente de instituciones. Esto genera la inaptitud de la norma general para el tratamiento específico de conflictos de interés, en los que, en atención al sector económico implicado o a la personalidad de los sujetos, se requieren acomodados tópicos del sistema jurídico, o estatutos personalizados. Ello justifica los intentos de crear un Derecho de la

⁴⁴ Véase SUAREZ-LLANOS GÓMEZ, L.: "Bases para la ordenación del Derecho de la contratación mercantil", en: *Jornadas sobre la reforma de la legislación mercantil*, cit., pág. 302.

distribución comercial. A propósito de lo cual llama la atención sobre el hecho de que se trata del sector más ligado al comercio; y que por su vinculación histórica con la reventa, presenta uno de los más bajos grados de institucionalización de nuestro Derecho, pues la codificación se limitó a regular el esquema básico del intercambio como acto de comercio, encomendando la articulación de esquemas de colaboración continuados a la omnipresente figura de la sociedad. La "colaboración distributiva como fenómeno continuado" y no como mero episodio especulativo (compraventa), o eventual (comisión), dejó en manos de los operadores económicos una *laguna legis*, que fue cubierta por éstos, primero, mediante la agencia y, posteriormente, por medio de múltiples figuras contractuales de colaboración.⁴⁵

A estas ideas tan sugerentes deben, no obstante, hacerse las siguientes observaciones. De una parte, no parece cierto que existiese una limitación en la actuación del codificador, sino que a finales del siglo pasado no se conocía el fenómeno de la moderna distribución comercial, más precisamente, de los canales de distribución organizados. Lo propio de los canales convencionales, desde el punto de vista jurídico-contractual, son los contratos de intercambio y de colaboración de carácter instantáneo. No es que el legislador hiciese "dejación de funciones", sino que no podía regular la colaboración distributiva como fenómeno continuado, pues era una realidad económica futura. Y, ciertamente, el contrato de sociedad no estaba pensado para articular la distribución comercial, sino para permitir la formación de agentes de la distribución de mayor entidad⁴⁶. De otra parte, no es de extrañar que el sector de la distribución presente el grado más bajo de institucionalización, dado que es aplicable a todos los sectores de la

⁴⁵ Véase ECHEBARRÍA SÁENZ: *El contrato de franquicia...*, cit., pág. xxxvii y sigs.

⁴⁶ Lo cual no quiere decir que no se utilice con el propósito de organizar la distribución comercial. Buena muestra de ello son los sistemas de distribución corporativos (véase *supra*, epgs. V. 5. B. a. y V. 6. B. b.).

actividad económica, delimitados en atención a su objeto. La cuestión clave es que la formación de un Derecho de la distribución comercial afecta al "núcleo duro" de la materia mercantil; de ahí que, en este caso, una pretendida aproximación institucional suponga, como ha sido puesto ya de manifiesto, una auténtica revolución: actualizar el paradigma de referencia del Derecho mercantil. En efecto, la ley no ha contemplado la transformación de la actividad de comercialización, que se ha manifestado mediante la aparición de formas contractuales, sucesivamente más alejadas del simple intercambio y de la simple colaboración, formas en las que los operadores intermedian de manera estable o, al menos, con vocación de estabilidad, entre el productor y el destinatario, promocionando el producto y añadiéndole valor con la prestación de sus funciones.

Así, se coincide en reclamar con urgencia un estatuto jurídico para solucionar los nuevos conflictos de intereses y los problemas de ejecución contractual, que el régimen regulador de la distribución preindustrial manifiestamente desconoce, y los modelos institucionalizados de colaboración expresamente no incluyen, porque no es su causa-función económica típica. Y, en efecto, hay voces que desde la práctica forense reclaman un "estatuto jurídico mínimo de la distribución"⁴⁷. Pero no se puede ignorar lo trascendental y comprometido de dicha petición. Una vez más, debe ponerse de relieve que ese nuevo estatuto jurídico está llamado nada menos que a reemplazar una parte muy significativa del vigente Derecho mercantil regulador del tráfico patrimonial. Un nuevo estatuto en el que deben ser objeto de especial atención los efectos que la actividad comercial privada despliega sobre el mercado, modernizando así nuestro Derecho privado, y haciendo del mismo un instrumento más próximo a los postulados de nuestra

⁴⁷ Véase NAVARRO ALVAREZ, I.: "La distribución comercial. Necesidad de regulación normativa del sector", *Tapia* 1997 (96), págs. 22-23, si bien esta abogada toma como paradigma de referencia del mencionado estatuto jurídico los canales de distribución integrada vertical descendente e indirecta.

constitución económica. Además, dicha aproximación "institucional" obliga a realizar un esfuerzo por coordinar los distintos sectores del ordenamiento, en especial, el Derecho de defensa de la competencia y el de obligaciones y contratos. Exigencia a la que hay que atender a la hora de plantearse la cuestión de la delimitación conceptual de la categoría de los contratos de distribución, pues la formulación de un concepto unitario sentaría las bases para dicha coordinación. Es cierto que tal aproximación conlleva grandes dosis de interdisciplinariedad, pero ello no obsta para acometer, en la parte que corresponda a los mercantilistas, tal empresa, pues ello contribuirá a una mejor adecuación del Derecho a la realidad y, a la postre, a la consecución de los fines que le son propios.

Retomando el hilo de estas consideraciones previas, la cuestión a resolver a continuación es si la expresión jurídica "contratos de distribución" se corresponde con un mismo paradigma de referencia, y si tiene el mismo alcance en los tres ámbitos resultantes de las perspectivas jurídicas desde las que se ha estudiado el fenómeno. Para ello se realizará una exposición crítica de la situación en los sistemas legales español, comparados y comunitario europeo.

VIII. ESTUDIO DE LA SITUACION ACTUAL EN EL SISTEMA LEGAL ESPAÑOL

Para realizar esta síntesis se va a atender a tres datos: el desarrollo de las cuestiones que plantea la distribución comercial en la doctrina jurídica española, la regulación legal de la distribución comercial en nuestro Derecho y el tratamiento jurisprudencial de los litigios en esta materia.

VIII. 1. Tratamiento de las cuestiones que plantea la distribución comercial en la doctrina jurídica española

Se constata que, en el seno de la doctrina iusprivatista española, es principalmente la mercantilista la que más se interesa por las cuestiones que plantea la moderna distribución comercial, más concretamente, por los canales de distribución, en su consideración como fenómeno contractual⁴⁸. El tratamiento de la materia en dichos moldes —es decir, en forma de contratos de distribución— es abordado mayoritariamente desde el Derecho de obligaciones y contratos, y minoritariamente desde el Derecho de defensa de la competencia.

⁴⁸ Como botón de muestra del menor tratamiento de la cuestión por parte de la doctrina civilista —y al margen de las escasas aportaciones que irán apareciendo citadas a lo largo de la exposición—, véase RIVERO HERNÁNDEZ, F.: "Los grupos de contratos con disciplina común", en: LACRUZ BERDEJO, J. L., SANCHO REBULLIDA F. D. A., LUNA SERRANO, A., DELGADO ECHEVERRÍA, J., RIVERO HERNÁNDEZ, F., y RAMS ALBESA, J.: *Elementos de Derecho civil, II*, (Derecho de obligaciones), vol. 1.º (Parte general. Teoría general del contrato), 3.º ed., Bosch, Barcelona, 1994, págs. 505-512, quien, en el marco de la parte general de obligaciones y contratos de esta obra no hace referencia alguna a la cuestión; en el marco de la parte general, véase DELGADO ECHEVERRÍA, J., y RIVERO HERNÁNDEZ, F.: "Contratos de obras y servicios", en: LACRUZ BERDEJO, J. L., SANCHO REBULLIDA F. D. A., LUNA SERRANO, A., DELGADO ECHEVERRÍA, J., RIVERO HERNÁNDEZ, F., y RAMS ALBESA, J.: *Elementos de Derecho civil, II*, (Derecho de obligaciones), vol. 2.º (Contratos y cuasicontratos. Delitos y cuasidelitos), 3.º ed., Bosch, Barcelona, 1995, págs. 189-250, no tratan, ni tan siquiera mencionan el contrato de agencia; el contrato de concesión es objeto de estudio en el marco de la compraventa y la permuta, más precisamente, en el de la venta con pacto de exclusiva (véase RIVERO HERNÁNDEZ, F.: "Compraventa y permuta", en: LACRUZ/SANCHO/LUNA/DELGADO/RIVERO/RAMS: *Elementos de Derecho civil, II*, cit., vol. 2.º, págs. 69-71), y el contrato de franquicia es objeto de una breve reseña en la exposición de los contratos atípicos (véase RIVERO HERNÁNDEZ, F.: "Contratos atípicos", en: LACRUZ/SANCHO/LUNA/DELGADO/RIVERO/RAMS: *Elementos de Derecho civil, II*, cit., vol. 2.º, pág. 415).

Por su parte, DÍEZ-PICAZO, L., y GULLÓN, A.: *Instituciones de Derecho Civil*, vol. I/2 (Doctrina general del contrato y de las obligaciones. Contratos en especial. Cuasi contratos. Enriquecimiento sin causa. Responsabilidad extracontractual), 2.ª ed., Tecnos, Madrid, 1998, no aluden en absoluto a los contratos de distribución como categoría no a los tipos arriba mencionados. Exactamente igual sucede en IDEM: *Sistema de Derecho Civil*, vol. II (El contrato en general. La relación obligatoria. Contratos en especial. Cuasi contratos. Enriquecimientos sin causa. Responsabilidad extracontractual), 6.ª ed., revisada y puesta al día, Tecnos, Madrid, 1992.

La exposición de tal situación doctrinal se desarrolla, progresivamente, en dos etapas: en primer lugar, y como punto de partida, se sintetizará el *status quaestionis* en general en la doctrina mercantil española, para lo que se analizarán los tratados y manuales de la disciplina; en segundo lugar, se dará cuenta del estado de la doctrina en el plano específico, para lo que serán objeto de consideración las aportaciones doctrinales más significativas –normalmente, en forma de monografías o artículos en revistas especializadas– en materia de contratos de distribución.

VIII. 1. A. *Desarrollos en el plano general*

La manualística proporciona una primera aproximación al tratamiento que de los contratos de distribución hace la doctrina mercantil española. El análisis de los diversos textos, tanto en cuanto a la delimitación realizada de los contratos de distribución, como en cuanto a su ubicación sistemática y al contenido explicativo relativo a los mismos, da una idea bastante cierta de cual es el grado de sedimentación real en la materia –en otras palabras, esta aproximación permite conocer cuál es el estado de la doctrina sobre dichos contratos en el contexto general de la totalidad del Derecho mercantil, y no en un espectro doctrinal especialmente incidente en el estudio de los contratos de distribución–.

En primer lugar, se aprecia que todos los autores de manuales, en mayor o menor medida, se hacen eco de la existencia de estos contratos. Así, y si atendemos a la ubicación sistemática, todos ellos abordan el tratamiento de los contratos de distribución –como, por otra parte, parece lógico–, en la parte dedicada al estudio del Derecho mercantil de

obligaciones y contratos⁴⁹. Por contra, únicamente dos de los manuales que han sido objeto de estudio, ambos de un mismo autor, tratan de los contratos de distribución en ambos marcos sistemáticos –desde el Derecho de obligaciones y contratos y desde el de defensa de la competencia–.⁵⁰

Si se comienza por el tratamiento de los contratos de distribución en la parte dedicada a la explicación del Derecho mercantil de obligaciones y contratos, debe asimismo constatarse la gran disparidad existente entre los distintos manuales. Estas divergencias consisten en el empleo y, en caso afirmativo, la delimitación del concepto "contratos de distribución"; en la concreta ubicación de los contratos de distribución

⁴⁹ Véanse ANGULO RODRÍGUEZ, L.: "Colaboradores del empresario y otros contratos de colaboración", en: *Derecho...*, cit., t. II, 2.ª ed., págs. 261-263; IDEM: "Contratos de colaboración", en: *Lecciones...*, cit., 4.ª ed., págs. 360-362; BROSETA PONT, M.: *Manual de Derecho Mercantil*, 10.ª ed., Tecnos, Madrid, 1994, pág. 510; SÁNCHEZ CALERO, F.: *Instituciones de Derecho Mercantil*, t. II, 20.ª ed., McGraw-Hill, Madrid, 1997, págs. 163-168; IDEM: *Principios de Derecho Mercantil*, 2.ª ed., EDERSA, Madrid, 1994, págs. 465-467; VICENT CHULIÁ, F.: *Compendio Crítico de Derecho Mercantil*, t. II, 3.ª ed., Bosch, Barcelona, 1990, págs. 171-185; IDEM: *Introducción al Derecho Mercantil*, 10.ª ed., totalmente revisada, adaptada a los nuevos Planes de Estudio y orientada a la Praxis, Tirant lo Blanch, Valencia, 1997, págs. 586-591; URÍA: *Derecho...*, cit., 24.ª ed., núm. 760, págs. 758-760.

Por su singularidad, ya que el planteamiento ofrecido supera el de un manual de Derecho mercantil, merece mención aparte AA. VV., BELTRÁN SÁNCHEZ, E. M., y ORUÑA MORENO, F. J. (dir.): *Curso de Derecho privado*, 2.ª ed., Tirant lo Blanch, Valencia, 1996, págs. 566-574.

⁵⁰ Así, VICENT CHULIÁ, quien en *Compendio...*, cit., t. I, vol. 2.º, 3.ª ed., págs. 1133-1139, y en *Compendio...*, cit., t. II, 3.ª ed., págs. 171-185, se ocupa de los contratos de distribución tanto en la exposición del Derecho de defensa de la competencia como del de obligaciones y contratos. Esta distribución sistemática de la materia parece que se inclina del lado del Derecho de defensa de la competencia en IDEM: *Introducción...*, cit., 10.ª ed., págs. 490-492 y 586-591: el autor trata de ciertos aspectos atinentes a los contratos de distribución en sentido estricto en el ámbito del Derecho de obligaciones y contratos –señaladamente, de la extinción de estos contratos–, para remitir la explicación de las clases de contratos de distribución a la lección dedicada al Derecho de la competencia. No obstante, dedica una especial atención a la franquicia en el ámbito del Derecho de obligaciones y contratos.

en el seno de una categoría de contratos mercantiles, es decir, en su calificación; y en la delimitación de los tipos contractuales y los contenidos de las explicaciones de este grupo de contratos.

En cuanto al empleo de la terminología "contratos de distribución", ésta es utilizada por la gran mayoría de los manuales de referencia. Sin embargo, y dentro de este grupo mayoritario, hay que distinguir, a su vez, dos subgrupos. De una parte, los textos que tratan a los "contratos de distribución" como una categoría o subcategoría contractual con entidad propia. De otra parte, aquéllos que, en realidad, hacen uso de la terminología "contrato de distribución" como denominación alternativa o complementaria de la de "contrato de concesión", de manera que con ello no quiere ponerse de manifiesto que se está ante una categoría o subcategoría propia de contratos, sino ante un tipo contractual⁵¹. Además, la consideración de los tipos

⁵¹ Al primer subgrupo pertenecen BELTRÁN/ORUÑA: *Curso...*, cit., 2.^a ed., pág. 566, quienes hablan de los "contratos de distribución" y expresamente afirman su condición de "categoría propia de contratos"; SÁNCHEZ CALERO, en *Instituciones...*, cit., t. II, 20.^a ed., págs. 163-168; y en *Principios...*, cit., 2.^a ed., págs. 465-467, quien, no obstante, sólo emplea esta terminología en el título de los correspondientes capítulos —así, en el cap. XLV. "Contratos de colaboración y de distribución: contrato de agencia, de concesión mercantil, de franquicia, de corretaje y de «factoring»", y en el cap. XXIV: "Los contratos de comisión, los publicitarios y los de distribución", respectivamente—, sin hacer uso de la misma a lo largo de la explicación; VICENT CHULIÁ, en *Compendio...*, cit., t. II, 3.^a ed., págs. 133, 171 y 178-184, quien utiliza dicha terminología con dos alcances distintos: como sinónima de "contratos de duración para la distribución de mercancías" o contratos de distribución en sentido amplio, grupo de contratos con "significado autónomo" (IBIDEM, pág. 171), que a su vez engloba determinados tipos contractuales dentro del subgrupo de los "contratos de distribución en sentido estricto", calificando a este último de "categoría propia de contratos" (IBIDEM, pág. 178); y en *Introducción...*, cit., 10.^a ed., pág. 586, si bien emplea la terminología únicamente en el sentido estricto arriba expuesto.

En el segundo grupo se engloban ANGULO RODRÍGUEZ, en: JIMÉNEZ SÁNCHEZ: *Derecho...*, cit., t. II, 2.^a ed., pág. 261; e IDEM, en: JIMÉNEZ SÁNCHEZ: *Lecciones...*, cit., 4.^a ed., pág. 360, quien habla del "contrato de concesión o distribución comercial"; y BROSETA: *Manual...*, cit., 10.^a ed., pág. 510, quien habla del "contrato de concesión o distribución".

No utiliza dicha terminología, ni con uno ni con otro alcance, URÍA: *Derecho...*,

contractuales, que bajo la denominación "contratos de distribución" se aglutinan en los tratados y manuales pertenecientes al primer subgrupo arriba delimitado, pone de relieve los contornos no uniformes de dicho concepto considerado como categoría o subcategoría contractual. Así, si bien se considera casi unánimemente que tanto el contrato de concesión como el de franquicia forman parte de esta categoría, los contratos de suministro y estimatorio, de una parte, y los contratos de agencia y de mediación o corretaje, de otra parte, son desigualmente considerados⁵². En este punto, llaman poderosamente la atención las matizaciones y los ajustes que pueden detectarse mediante el cotejo de las últimas ediciones de un mismo texto⁵³. Y todo ello, al margen de analizar las

cit., 24.ª ed., aunque mencione el contrato de concesión (IBIDEM, núm. 665, pág. 646) y aborde el contrato de franquicia (IBIDEM, núm. 760, págs. 758-760), aludiendo en tal ocasión a la "finalidad de servir a una mejor *distribución* comercial de productos" que, junto a la función económica de colaboración, presenta este tipo contractual —la cursiva es del original—. Tampoco la utiliza CANO RICO: *Manual práctico...*, cit., t. I, 3.ª ed.

⁵² BELTRÁN/ORUÑA: *Curso...*, cit., 2.ª ed., págs. 566-574, incluyen los contratos estimatorio, de suministro, de concesión y de franquicia; SÁNCHEZ CALERO, en *Instituciones...*, cit., t. II, 20.ª ed., págs. 155-171, parece incluir los contratos de concesión mercantil y de franquicia, aunque, si se atiende al tenor del epígrafe, y puesto que no traza una línea divisoria entre los contratos de colaboración y los de distribución, puede entenderse que también considera contratos de distribución al contrato de agencia, al de corretaje e, incluso, al de *factoring* —si bien, en este último caso, parece descartable tal consideración—; y en *Principios...*, cit., 2.ª ed., págs. 453-468, donde igualmente parece que se ocupa, como contratos de distribución, de los contratos de agencia, concesión mercantil, franquicia y corretaje; VICENT CHULIÁ, en *Compendio...*, cit., t. II, 3.ª ed., págs. 171 y 178-184, quien engloba dentro de los "contratos de duración para la distribución de mercancías", el contrato de suministro, el estimatorio y los "contratos de distribución en sentido estricto", donde a su vez distingue tres grandes categorías: "el contrato de concesión comercial o de distribución exclusiva, el contrato de distribución autorizada, en el sistema de distribución selectiva, y el contrato de franquicia" (IBIDEM, pág. 178), aunque posteriormente los divide para su estudio en contrato de concesión comercial y de franquicia; y en *Introducción...*, cit., 10.ª ed., págs. 586-587, donde, al utilizar la terminología "contratos de distribución" en sentido estricto, simplemente distingue entre contratos de "distribución selectiva o a través de distribuidores autorizados [...]"; distribución exclusiva, a través de concesionarios; y distribución en franquicia [...]"

⁵³ Así, por ejemplo, SÁNCHEZ CALERO introduce tal organización sistemática de los contratos mercantiles, incluyendo una lección dedicada a los "Contratos de distribución: contrato de agencia, de concesión mercantil, de franquicia y de corretaje", tan sólo reciente-

concretas definiciones que de cada uno de los tipos contractuales considerados facilitan los textos estudiados.

No obstante, previamente procede detenerse en el estudio de la delimitación del concepto "contratos de distribución" en su consideración como categoría contractual. De entre aquellos tratadistas que emplean esta terminología para aludir a una categoría o subcategoría de contratos mercantiles, únicamente uno de ellos ofrece una delimitación acabada del concepto: son contratos de distribución "(o [de] 'distribución integrada' en 'redes') aquellos contratos de duración, determinada o indeterminada, en que *el distribuidor adquiere en firme mercancías para su reventa en nombre y por cuenta propia* (a diferencia del comisionista y del agente), si bien comprometiéndose a defender los intereses del *fabricante o mayorista (la 'marca'), dentro de la disciplina de una red de distribución integrada*"⁵⁴. Los restantes textos no terminan de ofrecer una definición, si bien sí que dos de ellos facilitan

mente, en la 17.^a ed. (1994) de sus *Instituciones...*, cit., como destaca MARTÍNEZ SANZ, F.: *La indemnización por clientela en los contratos de agencia y concesión*, Col. Monografías, Civitas, Madrid, 1995, pág. 24, nota 7. En efecto, en la 16.^a ed. (1993), el epígrafe "El contrato de concesión mercantil y el de franquicia" se ubicaba en el cap. XXI, titulado "Los contratos de comisión, agencia, mediación y publicitarios". Dicho epígrafe se mantiene en la 17.^a ed. (1994), si bien se ubica en el cap. XLIV, titulado "Los contratos de distribución: contrato de agencia, de concesión mercantil, de franquicia y de corretaje". No obstante, se observa una significativa matización posterior, tanto en el título como en el contenido de la lección, si atendemos a la 18.^a ed. (1995). Así, se cambia el título del capítulo equivalente, que pasa a ser el cap. XLV, por el de "Contratos de colaboración y de distribución: contrato de agencia, de concesión mercantil, de franquicia, de corretaje y de «factoring»", figurando en distinto capítulo el contrato de comisión y los contratos publicitarios. Esta organización sistemática se mantiene en la 19.^a ed. (1996) y en la 20.^a ed. (1997).

⁵⁴ VICENT CHULIÁ, en *Introducción...*, cit., 10.^a ed., pág. 586, definición referida al concepto de contratos de distribución en sentido estricto —las cursivas son del original—. Se observa que el autor ha aquilatado su definición, si se compara con la facilitada en IBIDEM, 9.^a ed., pág. 573: "aquellos contratos en que el distribuidor adquiere en firme mercancías para su reventa en nombre y por cuenta propia (a diferencia del comisionista y del agente), si bien comprometiéndose a defender los intereses del fabricante o mayorista".

una enumeración de los rasgos característicos de estos contratos: se informa de que constituyen una técnica de integración empresarial, que son manifestación del fenómeno de la contratación adhesiva, que son contratos atípicos y de duración, predominando una visión subyacente vertical y unidireccional de la distribución, en la que el fabricante es el líder del canal de distribución.⁵⁵

⁵⁵ Así, de una parte, BELTRÁN/ORUÑA: *Curso...*, cit., 2.ª ed., pág. 566, ponen de relieve como originan relaciones permanentes, por lo que se trata de contratos de duración, determinada o no, y sistemas de distribución más o menos integrados, constituyendo un instrumento de integración empresarial; además llaman la atención sobre su atipicidad normativa, sobre la caracterización de la contratación como adhesiva, siendo el fabricante predisponente, y sobre su extinción contra Derecho, que origina desequilibrios patrimoniales entre las partes en perjuicio del distribuidor (*rectius*, la existencia previa del desequilibrio es lo que da lugar al perjuicio del distribuidor en caso de extinción contra Derecho del contrato).

De otra parte, VICENT CHULIÁ, en *Compendio...*, cit., t. II, 3.ª ed., págs. 133, 171, 178, y pese a lo que manifiesta en el título del epígrafe, no ofrece una definición del concepto de contratos de distribución en sentido estricto, como tampoco ofrece una definición en sentido amplio, sí bien pone de relieve datos de interés relativos a estas categorías de contratos.

En primer lugar, intenta trazar la línea divisoria entre los contratos de distribución en sentido estricto, que también denomina de "distribución integrada", y en sentido amplio, igualmente llamados de "distribución simple o libre": se afirma que sólo en los primeros se da la vinculación contractual previa y permanente entre fabricante o mayorista y revendedor (IBIDEM, págs. 133-134); sin embargo, esta vinculación contractual previa y permanente también se va a dar, como regla general, en los contratos de suministro y estimatorio, que para el autor son contratos de distribución en sentido amplio. De otra parte entiende que los contratos de distribución en sentido estricto son "instrumentos que han permitido montar las redes de 'comercio integrado', dirigidas u organizadas por el propio fabricante o productor [...], frente a las estructuras tradicionales del 'comercio independiente' de mayoristas y minoristas, apoyado en la compraventa aislada. Y frente a la alternativa de la 'distribución directa' o 'red de ventas' (sucursales, agentes y comisionistas)" (IBIDEM, pág. 134). A lo que habría que añadir, además, frente a la alternativa del contrato de suministro y del contrato estimatorio.

Más adelante, enuncia una serie de caracteres de los contratos de distribución en sentido estricto: constituyen una técnica de incorporación de comerciantes independientes a la red, son contratos atípicos, de adhesión y de duración, determinada o indefinida, y en los que generalmente se observa una fuerte desigualdad entre las partes (IBIDEM, pág. 178). No obstante, las notas de la atipicidad (junto con el su carácter normativo) y la duración (habla de "permanencia") también se predicen de los contratos de distribución en sentido amplio, como el propio autor reconoce (IBIDEM, pág. 171). Finalmente, el carácter adhesivo y la desigualdad entre las partes pueden asimismo darse en los contratos de suministro y estimatorio.

Esta situación de diversidad, y por lo tanto, cuando menos, de duda, si no de confusión, se ve agravada por la dispar ubicación sistemática de los contratos de distribución. Claro está que este factor de heterogeneidad se encuentra en estrecha relación con las distintas categorías sistematizadoras de los contratos mercantiles utilizadas por cada uno de los textos. Ciertamente, y por lo que al criterio se refiere, los tratados y manuales analizados optan, a la hora de sistematizar los contratos mercantiles, por hacerlo desde el punto de vista de la función económica y/o social, "considerando el contrato como instrumento de la circulación y como centro de la vida de los negocios"⁵⁶. Cosa distinta es que las categorías resultantes de la aplicación de dicho criterio presenten un mayor o menor grado de homogeneidad, tanto por lo que a su denominación se refiere, como a su delimitación. Sin entrar ahora en tales matices, del estudio de los textos resulta que los contratos de distribución, al menos, por lo que respecta a los tipos que parecen claramente incluidos en esta categoría, como son el contrato de concesión y el de franquicia, bien en su consideración aislada, bien conjunta y como subcategoría, se ubican principalmente dentro de los contratos de colaboración⁵⁷. Esta solución ha venido a superar la opción

Por contra, SÁNCHEZ CALERO, ni en *Instituciones...*, cit., t. II, 20.^a ed.; ni en *Principios...*, cit., 2.^a ed., da una definición de lo que entiende por contratos de distribución, si bien esboza sus rasgos característicos al tratar de contrato de concesión mercantil (véase *Instituciones...*, cit., t. II, 20.^a ed., págs. 163-164).

⁵⁶ GARRIGUES: *Tratado...*, cit., vol. 1.º, pág. 96. En el mismo sentido, URÍA: *Derecho...*, cit., 24.^a ed., núm. 665, pág. 646, quien reitera que la función económica es el criterio más adecuado, por ser el contrato el principal instrumento jurídico de la circulación de tráfico jurídico-patrimonial.

⁵⁷ ANGULO RODRÍGUEZ, en: JIMÉNEZ SÁNCHEZ: *Derecho...*, cit., t. II, 2.^a ed., pág. 257 y sigs., sin explicar la sistemática que se sigue a la hora de articular la exposición de los distintos contratos, considera el contrato de concesión o distribución comercial y el de franquicia como contratos de colaboración, al agruparlos bajo el título "otros contratos de colaboración", junto con los contratos de agencia, corretaje y *factoring*. Igualmente, si bien claramente bajo el epígrafe "contratos de colaboración", IDEM, en: JIMÉNEZ SÁNCHEZ:

inicialmente preponderante, que consistía en enmarcar estos contratos, mejor dicho, sus primeros indicios clausulares —es decir, el pacto de exclusiva—, dentro de los de transmisión, traslativos o de intercambio, solución que parece haber sido definitivamente abandonada. Constituye ésta la aproximación que podíamos calificar de tradicional⁵⁸. No obstan-

Lecciones..., cit., 4.ª ed., pág. 352 y sigs. Los contratos estimatorio y de suministro se ordenan como contratos "afines" (IDEM, en: JIMÉNEZ SÁNCHEZ: *Derecho...*, cit., t. II, 2.ª ed., pág. 319 y sigs.) o "próximos" (IDEM, en: JIMÉNEZ SÁNCHEZ: en *Lecciones...*, cit., 4.ª ed., pág. 384 y sigs.) a la compraventa.

BROSETA: *Manual...*, cit., 10.ª ed., págs. 449-450, expone cuál es la clasificación de los contratos por la que opta, acogiendo, por su función, causa o finalidad económica, la categoría de los contratos de colaboración, en la que distingue la colaboración asociativa (sociedad) de la simple (comisión, agencia, corretaje, asistencia técnica). Si bien expresamente manifiesta que el contrato de concesión o distribución es, además de atípico, mixto, se inclina por incluirlo en los contratos de colaboración simple (véase IBIDEM, cap. 24, "Los contratos de comisión, agencia, corretaje, concesión y los contratos publicitarios", pág. 494 y sigs.). Respecto a los contratos de suministro y estimatorio, únicamente trata del primero, dentro del epígrafe titulado "Compraventas especiales" (IBIDEM, pág. 465 y sigs.).

SÁNCHEZ CALERO, ni en *Instituciones...*, cit., t. II, 20.ª ed.; ni en *Principios...*, cit., 2.ª ed., explica cuál es el criterio seguido para la clasificación de los contratos, si bien parece que se inclina por aproximar los contratos de distribución a los contratos de colaboración, aunque sin llegar a incluirlos en dicha categoría. Por lo que a los contratos de suministro y estimatorio se refiere, y si bien no se ocupa del segundo de ellos en *Principios...*, cit., 2.ª ed., en ambos manuales los ubica en los capítulos destinados al estudio de la compraventa (así, en *Principios...*, cit., 2.ª ed., pág. 480 y sig.; véase también *Instituciones...*, cit., t. II, 20.ª ed., en "Contratos especiales de compraventa", pág. 202 y sigs.).

URÍA: *Derecho...*, cit., 24.ª ed., aborda la "Clasificación de los contratos" en el núm. 665, pág. 646, donde distingue, por lo que aquí nos interesa, entre: a) contratos de cambio, que procuran la circulación de la riqueza; pueden ser 1) *do ut des* (compraventa, permuta, cesión de crédito, estimatorio, suministro) ó 2) *do ut facias* (transporte, contratos de obra por empresa, en general); y b) contratos de colaboración, "en los que una parte coopera con su actividad al mejor desarrollo de la actividad económica (empresa) de la otra" (comisión, mediación, agencia, concesión, contratos publicitarios, contrato de edición, sobre obras audiovisuales, engineering, transferencia de tecnología, asistencia técnica, *leasing, factoring y franchising*).

⁵⁸ Así, LANGLE Y RUBIO, E.: *Manual de Derecho Mercantil Español*, t. III (Obligaciones comerciales - Doctrina general de las obligaciones mercantiles y de sus fuentes, especialmente del contrato - Contratos de comercio en particular), Bosch, Barcelona, 1959, pág. 134 y sigs., no trata de los contratos de distribución, ni en el ámbito de la compraventa, ni en el de los "contratos de prestación de servicios o de gestión" (IBIDEM, pág. 207 y sigs.), donde tampoco se hace eco del contrato de agencia. Sí que se ocupa de los contratos de suministro (IBIDEM, pág. 201 y sigs.) y estimatorio (IBIDEM, pág. 205 y sigs.).

te, otra corriente doctrinal ha optado recientemente por su ubicación dentro de los contratos de servicios, como solución alternativa superadora asimismo de la aproximación tradicional.⁵⁹ Interesa destacar

sig.), considerándolos tipos especiales de compraventa. Al tratar del suministro, se hace eco de la posibilidad de establecer "pactos de exclusiva", tanto en beneficio del suministrador como del suministrado (IBIDEM, pág. 203).

GARRIGES DÍAZ-CAÑABETE, J.: *Instituciones de Derecho Mercantil*, 2.^a ed., S. Aguirre Imp., Madrid, 1948, trata de los contratos de compraventa y comisión, limitándose a analizar el régimen del Código de comercio. En IDEM: *Tratado...*, cit., t. III, vol. 1 (Obligaciones y contratos mercantiles), 1.^a ed., RDM, Madrid, 1963, tampoco trata de los contratos de distribución. No obstante, y al clasificar los contratos, ubica dentro de aquellos que tienden a realizar la circulación de la riqueza mediante un *do ut des* el contrato de suministro, y dentro de los de cooperación o colaboración el de agencia (IBIDEM, pág. 96). Es en el ámbito de la compraventa —así, venta con cláusula de reventa a precio impuesto (IBIDEM, pág. 410 y sigs.), venta por suministro (IBIDEM, pág. 414 y sigs.) y venta con pacto de exclusiva (IBIDEM, pág. 428 y sigs.)— donde aborda, si bien en forma embrionaria y aislada, muchas de las cuestiones que van a ser objeto de estudio en el marco de los contratos de distribución dentro de la aproximación propia del Derecho mercantil de obligaciones y contratos. La evolución de este autor puede seguirse en mejor medida si se atiende a las sucesivas ediciones de su *Curso de Derecho Mercantil*, en cuya 1.^a ed., (RDM, Madrid, t. I [1936] y t. II, vols. 1 y 2 [1940]), no se encuentra referencia alguna a los contratos de distribución. Es más, al tratar de la "Contratos típicos, mixtos y atípicos en Derecho mercantil" (IBIDEM, pág. 94 y sigs.), renuncia a clasificar los contratos. Únicamente se ocupa del contrato estimatorio (IBIDEM, pág. 158), sin hacer alusión alguna al tráfico de la moderna distribución, como por otra parte, y en consideración de la fecha de publicación, es comprensible; en el t. II de la 4.^a ed., revisada y puesta al día (1962), al tratar de compraventas especiales, aborda los contratos de suministro y estimatorio; en el t. II de la 6.^a ed. (1974), trata además del contrato de agencia, con ocasión del de comisión; será en el t. II de la 7.^a ed. (1979), y en el ámbito del contrato de comisión y de otros contratos de colaboración, cuando aborde por primera vez el contrato de concesión mercantil —nótese, no obstante, que las explicaciones de esta 7.^a ed. son idénticas a las que SÁNCHEZ CALERO da en *Instituciones...*, cit.; y, es que, en efecto, como en la portada del propio tomo se advierte, esta edición fue "revisada con la colaboración" de SÁNCHEZ CALERO—.

Por su parte, RUBIO GARCÍA-MINA, J.: *Introducción al Derecho mercantil*, Nauta, Barcelona, 1969, no llega a tratar de obligaciones y contratos mercantiles.

⁵⁹ BELTRÁN/ORUÑA: *Curso...*, cit., 2.^a ed., no explican la sistematización de los contratos por la que optan —exposición que, dado el carácter novedoso de este texto, en el que la sistemática constituye uno de sus alicientes, parece que no hubiera estado de más—. En cualquier caso, se ubica a los contratos de distribución dentro de los contratos de servicios, categoría que, sin embargo, no termina de definirse (cfr. IBIDEM, págs. 543-544), y que incluye los contratos básicos de prestación de servicios (contrato de servicios y contrato de obra), el contrato de transporte, el de depósito, y dentro de los de empresa y

que la única justificación para tal cambio sistemático, consistente en "traslada[r] el estudio de los contratos de distribución, desde su sede tradicional, junto al contrato de compraventa y otros de entrega de mercancías [...], a un lugar distinto después de la exposición del contrato de agencia", radica en que, en los contratos de distribución, "la representación impropia o gestión del interés del empresario cuyos productos se distribuyen tiene mayor peso que la función que desempeña en ellos la compraventa"⁶⁰; dicho de otro modo, parece que tal cambio descansa en la analogía existente entre la posición del

junto a los contratos de distribución, los contratos de asistencia técnica y de agencia.

VICENT CHULIÁ, en *Compendio...*, cit., t. II, 3.ª ed., pág. 46, distingue, atendiendo a las prestaciones (con cita de GARRIGUES: *Tratado...*, cit., t. III, vol. 1.º, pág. 96; y URÍA: *Derecho...*, cit., 16.ª ed. [1989], núm. 522) y por lo que aquí nos interesa, entre: a) Contratos de entrega de cosas o de distribución. Incluye la compraventa y contratos análogos. En el tema 24 trata de las "Compraventas especiales y otros contratos de distribución", en cuyo epígrafe VI se estudian "Otros contratos de distribución de mercancías", donde se agrupan el contrato de suministro, el estimatorio y los contratos de distribución en sentido estricto. Y b) Contratos de gestión (de negocios ajenos). Incluye la comisión y contratos análogos. En el tema 27 alude a los contratos de prestación de servicios y de gestión. Agrupa la comisión, la agencia, el corretaje y la gestión de negocios ajenos.

Sin embargo, no parece que esta sea la postura que en la actualidad defiende este autor. En efecto, hasta la 8.ª ed. (1995) de su *Introducción...*, cit., VICENT CHULIÁ incorporaba en dicho texto, al igual que en *Compendio...*, cit., t. II, 3.ª ed., un subepígrafe titulado "Contratos de distribución" en la lección dedicada a los "Contratos de transmisión de mercancías y de bienes inmateriales" y dentro del epígrafe "Otros contratos de transmisión de mercancías", junto con los contratos de suministro y estimatorio. Pero en la 9.ª ed. (1996) de *Introducción...*, cit., pasa a ubicar dicho epígrafe en la lección dedicada a los "Contratos de colaboración y de prestación de servicios". Los contratos de distribución aparecen como una subcategoría propia frente a los contratos de colaboración, de prestación de servicios, de gestión (en los que incluye a la comisión, agencia, mediación y 'management' empresarial), depósito, ejecución de obra e ingeniería, de transporte, turísticos y publicitarios. Por contra, los contratos estimatorio y de suministro permanecen en la lección dedicada a los "Contratos de transmisión de mercancías y de bienes inmateriales". Esta posición se mantiene en la 10.ª ed. (1997) de su *Introducción...*, cit. Verdaderamente, tal cambio sistemático ha de ser muy reciente, si se observa que en su "Voz «Acto de comercio...», cit., pág. 187, todavía engloba dentro de los contratos de distribución, parece que en sentido muy amplio, "todas las compraventas de bienes muebles y los contratos de distribución, en sentido amplio y en sentido estricto".

⁶⁰ VICENT CHULIÁ: *Introducción...*, cit., 9.ª ed. (1996), pág. 574, y 10.ª ed. (1997), pág. 588

concesionario y del franquiciado y la del agente en la relación interna, es decir, frente al fabricante y al empresario, respectivamente.

Centrándonos en los tipos contractuales que mayoritariamente se adscriben a la categoría de los contratos de distribución, es decir, el contrato de concesión y el de franquicia, ambos son objeto de tratamiento generalizado⁶¹. Por lo que se refiere a la delimitación que de estos tipos contractuales hacen las obras consultadas, llaman la atención las divergencias entre las distintas denominaciones, en el caso de la concesión, y entre las definiciones, en ambos casos.

En efecto, tras la promulgación de la LCA, ni la denominación ni la delimitación del contrato de agencia parece que plantee a la doctrina especiales dificultades⁶². Pero no sucede lo mismo en los casos del contrato de concesión y del de franquicia. En el caso del primero de los contratos enunciados, y al margen de las distintas denominaciones utilizadas –así, contrato de "concesión"⁶³, de "concesión mercantil"⁶⁴,

⁶¹ No obstante, téngase en cuenta que, de una parte, URÍA: *Derecho...*, cit., 24.^a ed., no se ocupa del contrato de concesión; hecho que no deja de resultar sorprendente, pues fue precisamente este autor quien en la 9.^a ed (1974) de su *Derecho...*, cit., hizo la primera referencia en una obra española de carácter general a este contrato, como informa IGLESIAS PRADA, J. L.: "Notas para el estudio del contrato de concesión mercantil", en: AA. VV.: *Estudios de Derecho Mercantil en homenaje a Rodrigo Uría*, Civitas, Madrid, 1978 pág. 251, nota 2. Y, de otra parte, BROSETA: *Manual...*, cit., 10.^a ed., no trata del contrato de franquicia.

⁶² Véanse arts. 1, 2 y 6 LCA, y ello sin perjuicio de ello no sea exacto si se desciende al detalle (véase *infra*, epgs. VIII. 1. B. y X. 4.).

⁶³ Así, ANGULO RODRÍGUEZ, en: JIMÉNEZ SÁNCHEZ: *Derecho...*, cit., t. II, 2.^a ed., págs. 261-262; y en: JIMÉNEZ SÁNCHEZ: *Lecciones...*, cit., 4.^a ed., pág. 360; BELTRAN/ORUÑA: *Curso...*, cit., 2.^a ed., pág. 569; BROSETA: *Manual...*, cit., 10.^a ed., pág. 510; SÁNCHEZ CALERO, en *Instituciones...*, cit., t. II, 20.^a ed., pág. 163; y en *Principios...*, cit., 2.^a ed., pág. 465.

⁶⁴ Así, CANO RICO: *Manual práctico...*, cit., t. I, 3.^a ed., pág. 417; SÁNCHEZ CALERO,

de "concesión comercial"⁶⁵, de "distribución"⁶⁶, de "distribución comercial"⁶⁷, de "distribución (en) exclusiva"⁶⁸—, puede entenderse que el mínimo denominador común viene representado por la definición facilitada por SÁNCHEZ CALERO: es el contrato "por el cual un empresario (concesionario) se compromete a adquirir en determinadas condiciones productos, normalmente de marca, a otro (concedente) y a revenderlos también bajo ciertas condiciones en una zona y a prestar a los compradores de estos productos determinada asistencia una vez realizada la venta"⁶⁹. Además del dato de constituir un mecanismo de distribución comercial⁷⁰, la actuación por cuenta y en nombre propios del concesionario es una nota definitoria generalmente aceptada. Precisamente, es la nota que diferencia a éste del contrato de agencia —pues el agente, bien promueve actos u operaciones de comercio por cuenta ajena, bien promueve y concluye actos u operaciones de comercio por cuenta y en nombre ajenos, si bien para la conclusión de actos u operaciones de comercio en nombre del empresario deberá tener atribuida, mediante un pacto de apoderamiento, esta facultad (véanse arts. 1 y 6 LCA)—⁷¹. No obstante, y pese a sostener la actuación por

en *Instituciones...*, cit., t. II, 20.ª, pág. 163; y en *Principios...*, cit., 2.ª ed., pág. 465.

⁶⁵ Así, VICENT CHULIÁ, en *Compendio...*, cit., t. II, 3.ª ed., pág. 180.

⁶⁶ Así, BROSETA: *Manual...*, cit., 10.ª ed., pág. 510.

⁶⁷ Así, ANGULO RODRÍGUEZ, en: JIMÉNEZ SÁNCHEZ: *Derecho...*, cit., t. II, 2.ª ed., págs. 261-262; y en: JIMÉNEZ SÁNCHEZ: *Lecciones...*, cit., 4.ª ed., pág. 360.

⁶⁸ Así, ANGULO RODRÍGUEZ, en: JIMÉNEZ SÁNCHEZ: *Derecho...*, cit., t. II, 2.ª ed., págs. 261-262; y en: JIMÉNEZ SÁNCHEZ: *Lecciones...*, cit., 4.ª ed., pág. 360; VICENT CHULIÁ, en *Introducción...*, cit., 10.ª ed., pág. 586; y en *Compendio...*, cit., t. II, 3.ª ed., pág. 180.

⁶⁹ SÁNCHEZ CALERO, en *Instituciones...*, cit., t. II, 20.ª ed., pág. 163; y en *Principios...*, cit., 2.ª ed., pág. 465.

⁷⁰ Véase, por todos, SÁNCHEZ CALERO: *Instituciones...*, cit., t. II, 20.ª ed., págs. 163-164.

⁷¹ Véanse ANGULO RODRÍGUEZ, en: JIMÉNEZ SÁNCHEZ: *Derecho...*, cit., t. II, 2.ª ed., pág. 261; y en: JIMÉNEZ SÁNCHEZ: *Lecciones...*, cit., 4.ª ed., pág. 360; BELTRÁN/ORUÑA: *Curso...*, cit., 2.ª ed., pág. 569; BROSETA: *Manual...*, cit., 10.ª ed., pág. 510; y VICENT

cuenta propia del concesionario, hay autores que afirman que su remuneración consiste en una "comisión".⁷²

Lo que ya no es tan unánime es, si se está ante un tipo rígido o éste presenta distintas modalidades; en este punto sobresale la cuestión de la esencialidad o no de la exclusiva en favor del concesionario. Así, la mayoría de los autores se inclinan por afirmar que la exclusiva no es un elemento esencial, sino "habitual" o "normal" –sin que tan siquiera se llegue a decir que es un elemento natural– del contrato de concesión mercantil⁷³. Coherentemente con ello, se comprende la concesión como

CHULIÁ, en *Compendio...*, cit., t. II, 3.^a ed., pág. 181. No obstante, este último autor, en *Introducción...*, cit., 10.^a ed., pág. 586, predica dicha nota de "los contratos de distribución en sentido estricto", denominación bajo la que se engloban los contratos de distribución exclusiva, de distribución selectiva y de franquicia.

Cfr. CANO RICO: *Manual práctico...*, cit., t. I, 3.^a ed., pág. 417, quien en un principio no se pronuncia sobre este extremo –así, define el contrato de concesión como "un contrato bilateral por el que una empresa, concesionario, se compromete a favor de otra, concedente, a la venta de sus productos y prestación de servicios complementarios según directrices de la concedente a cambio de una remuneración pactada, generalmente una comisión sobre unidad vendida"–. Sin embargo, en la pág. 418, y pese a que reproduce la definición que del contrato diese IGLESIAS PRADA (en "Notas para el estudio...", cit., pág. 253), afirma que "el concesionario no adquiere mercaderías, sino que las recibe y expone al público; es un comisionista, un agente".

⁷² Así, BELTRÁN/ORUÑA: *Curso...*, cit., 2.^a ed., pág. 569; y CANO RICO: *Manual práctico...*, cit., t. I, 3.^a ed., pág. 417, quien especifica que la comisión es "sobre unidad vendida"; ahora bien, este autor entiende que el concesionario no actúa por cuenta propia (véase nota anterior).

En contra, expresamente insisten en el dato de que la actuación por cuenta propia del concesionario hace que su remuneración sea el beneficio en la reventa, y no una comisión, ANGULO RODRÍGUEZ, en: JIMÉNEZ SÁNCHEZ: *Derecho...*, cit., t. II, 2.^a ed., pág. 262; y en: JIMÉNEZ SÁNCHEZ: *Lecciones...*, cit., 4.^a ed., pág. 360; y BROSETA: *Manual...*, cit., 10.^a ed., pág. 510.

⁷³ Así, ANGULO RODRÍGUEZ, en: JIMÉNEZ SÁNCHEZ: *Derecho...*, cit., t. II, 2.^a ed., pág. 262; y en: JIMÉNEZ SÁNCHEZ: *Lecciones...*, cit., 4.^a ed., pág. 360; sin embargo, este autor es contradictorio: previamente ha identificado la concesión con la "distribución en exclusiva" tal y como la delimita el Reglamento (CEE) núm. 1983/83 de la Comisión, de 22 de junio de 1983, relativo a la aplicación del apartado 3 del artículo 85 del Tratado a determinadas categorías de acuerdos de distribución exclusiva (ABIEG núm. L 173/1, de 30.6.1983;

un tipo amplio, plasmación de la distribución selectiva en sentido igualmente amplio⁷⁴, que permite diversas modalidades, entre ellas, la distribución *agrée* o a través de intermediarios autorizados⁷⁵, que es el

DOCE ed. especial en español 8/vol. 2, pág. 110; en adelante, Rgto. CEE 1983/83) —el periodo de validez de este Rgto. ha sido prorrogado hasta el 31.12.1999 por el Reglamento CE 1582/97 de la Comisión, de 30 de julio de 1997 (DOCE núm. L 214/27, de 6.8.1997), cuyo art. 1 modifica el art. 10 Rgto. CEE 1983/83—; BELTRÁN/ORUÑA: *Curso...*, cit., 2.ª ed., pág. 569; SÁNCHEZ CALERO, en *Instituciones...*, cit., t. II, 20.ª ed., págs. 163 y 165; y en *Principios...*, cit., 2.ª ed., págs. 465-466.

Cfr., siguiendo a IGLESIAS PRADA: "Notas para el estudio...", cit., BROSETA: *Manual...*, cit., 10.ª ed., pág. 510, quien además cita el art. 1 de la Ley belga de 27 de julio de 1961; CANO RICO: *Manual práctico...*, cit., t. I, 3.ª ed., pág. 417; y VICENT CHULÍA, quien, en *Introducción...*, cit., 10.ª ed., pág. 491, no define el contrato de distribución exclusiva, si bien da a entender que la exclusiva, para una determinada zona, en favor del concesionario, es esencial, y que, en su caso, existirá una exclusiva en favor del concedente. Sin embargo, en *Compendio...*, cit., t. II, 3.ª ed., pág. 181, e inmediatamente después de reproducir la definición de IGLESIAS PRADA: "Notas para el estudio...", cit., pág. 253, VICENT CHULÍA explica acto seguido tal definición, en un párrafo que pone al descubierto el "mar de aparentes contradicciones" en el que navega: "Consiste este contrato en esencia en un suministro en el que la cláusula de exclusiva, generalmente recíproca, adquiere una relevancia fundamental (nótese que para IGLESIAS PRADA es un elemento esencial, cosa que no se llega a afirmar aquí, pese a que se reproduce su definición), al que se añaden las obligaciones propias de un agente [...] salvo la de contratar en nombre del concedente, ya que el concesionario compra en firme y revende a su clientela propia, aunque utilice la marca del concesionario".

⁷⁴ Véase *supra*, epg. V. 5. B. b.

⁷⁵ El término francés "*agréation*", que se puede traducir por "distribución autorizada" o por "distribución oficial", se emplea por la doctrina española como sinónimo de distribución selectiva.

Sin embargo, y aunque se trate de relaciones contractuales muy similares, tal equivalencia no es de todo exacta en el Derecho francés. En ambos casos, el distribuidor es seleccionado por el productor en atención a sus cualidades profesionales y/o a sus instalaciones, que le hacen particularmente apto para la distribución de los productos que son objeto del contrato. Sin embargo, en el contrato de distribución selectiva propiamente dicho, el productor no suministra más que a los distribuidores seleccionados. En cambio, en el contrato de *agréation*, el productor no solo suministra los productos objeto del contrato a los distribuidores elegidos, sino también a todo intermediario que lo solicite; de manera que los distribuidores *agrées* únicamente se diferencian de los restantes intermediarios por la exhibición de signos distintivos que indican la calidad del distribuidor —por ejemplo, la enseña del fabricante aparece en la fachada del establecimiento del distribuidor, o en su papel comercial— (véase BOUT, R. [y dir.], y PRIETO, C. [CAS, G, J.]: *Lamy - Droit économique: concurrence, distribution, consommation - 1998*, Lamy, Paris, 1997, núm. 4116).

reflejo de una estrategia de distribución selectiva en sentido estricto⁷⁶.

Sin embargo, y de conformidad con la doctrina española, no se va a introducir tal distinción, de manera que el término "*agrégation*" y, sobre todo, la expresión "distribución autorizada", deben entenderse como sinónima de distribución selectiva en sentido estricto.

⁷⁶ Así, BELTRÁN/ORUÑA: *Curso...*, cit., 2.^a ed., pág. 569; y SÁNCHEZ CALERO, en *Instituciones...*, cit., t. II, 20.^a ed., pág. 163, donde expresamente se aclara que la concesión incluye tanto la distribución exclusiva, en el sentido del Rgto. CEE 1983/83, como el aprovisionamiento exclusivo, en el sentido del Reglamento (CEE) núm. 1984/83 de la Comisión, de 22 de junio de 1983, relativo a la aplicación del apartado 3 del artículo 85 del Tratado a determinadas categorías de acuerdos de compra en exclusiva (ABIEG núm. L 173/5, de 30.6.1983; DOCE ed. especial en español 8/vol. 2, pág. 114; en adelante, Rgto. CEE 1984/83) —al igual que en el caso del Rgto. CEE 1983/83, este el periodo de validez de este Rgto. ha sido prorrogado hasta el 31.12.1999 por el Reglamento CE 1582/97 de la Comisión, cit., cuyo art. 2 modifica el art. 19 Rgto. CEE 1984/83—; como también incluye la distribución selectiva y, en especial, la distribución de automóviles. En esta materia se encuentra vigente en el ámbito comunitario el Reglamento (CE) núm. 1475/95 de la Comisión, de 28 de junio de 1995, relativo a la aplicación del apartado 3 del artículo 85 del Tratado a determinadas categorías de acuerdos de distribución y servicio de venta y de postventa de vehículos automóviles (DOCE núm. L 145/25, de 29.6.1995), en adelante, Rgto. CE 1475/95. No obstante, el R.D. 157/1992 sigue remitiendo al Reglamento (CEE) núm. 123/85 de la Comisión, de 12 de diciembre de 1984, relativo a la aplicación del apartado 3 del artículo 85 del Tratado a determinadas categorías de acuerdos de distribución y servicio de venta y de postventa de vehículos automóviles (ABIEG núm. L 15/16, de 18.1.1985; DOCE ed. especial en español 8/vol. 2, pág. 150), en adelante, Rgto. CEE 123/85, derogado en el ámbito comunitario. El comentario de la situación de los reglamentos de exención por categorías en el Derecho español de defensa de la competencia se realizará *infra*, epg. XVI. 4. D.

Por contra, otros autores consideran tipos distintos la concesión y la distribución a través de intermediarios autorizados. Así, y coherentemente con la delimitación del contrato de concesión dada, BROSETA: *Manual...*, cit., 10.^a ed., pág. 510; VICENT CHULIÁ, en *Introducción...*, cit., 10.^a ed., pág. 586; y en *Compendio...*, cit., t. II, 3.^a ed., pág. 180, si bien, y a diferencia de en *Introducción...*, cit., en *Compendio...*, cit., contrapone este contrato también al de aprovisionamiento en exclusiva, por lo que, en realidad y junto con la de franquicia, distingue cuatro categorías, y no tres, como afirma. Téngase en cuenta que este autor entiende que se está ante categorías (y no tipos) de contratos de distribución.

Sorprende, ANGULO RODRÍGUEZ, en: JIMÉNEZ SÁNCHEZ: *Derecho...*, cit., t. II, 2.^a ed., pág. 261; y en: JIMÉNEZ SÁNCHEZ: *Lecciones...*, cit., 4.^a ed., pág. 360, quien entiende que el contrato de concesión es sinónimo de "contrato de distribución en exclusiva", tal y como lo define el Rgto. CEE 1983/83, y se contrapone al "contrato de compra o aprovisionamiento en exclusiva" del Rgto. CEE 1984/83, a los contratos de distribución selectiva o a través de revendedores autorizados, y al contrato de franquicia. Sin embargo, como ya se ha informado *supra*, este autor no opina que la exclusiva sea elemento esencial, sino frecuente, del contrato de "distribución en exclusiva".

Por contra, el hecho de que la exclusiva sea recíproca no da lugar a ningún tipo de distingo.⁷⁷

En el caso del contrato de franquicia⁷⁸, la discusión se centra, en primer lugar, en torno a su naturaleza jurídica. Unos autores entienden que el contrato de franquicia es un contrato de concesión –y, por lo tanto, de distribución comercial–, cualificado por la licencia de bienes inmateriales que comporta⁷⁹. Para otros autores se trataría principalmen-

⁷⁷ Expresamente aluden a esta posibilidad sin que ello introduzca elemento de diferenciación alguno, ANGULO RODRÍGUEZ, en: JIMÉNEZ SÁNCHEZ: *Derecho...*, cit., t. II, 2.ª ed., pág. 262; y en: JIMÉNEZ SÁNCHEZ: *Lecciones...*, cit., 4.ª ed., pág. 360; BELTRÁN/ORUÑA: *Curso...*, cit., 2.ª ed., pág. 569; BROSETA: *Manual...*, cit., 10.ª ed., pág. 510; SÁNCHEZ CALERO, en *Instituciones...*, cit., t. II, 20.ª ed., pág. 165; y en *Principios...*, cit., pág. 466.

En el caso de aquellos autores que identifican contrato de concesión y "acuerdo de distribución exclusiva", conforme a la denominación y tipificación que hacen el Derecho de defensa de la competencia tanto comunitario como español, la exclusiva recíproca no supone obstáculo alguno, pues es coherente con la delimitación efectuada en los Rgto. entender que, en este caso, hay distribución exclusiva y no aprovisionamiento exclusivo (véanse arts. 16 Rgto. CEE 1984/83 y 2.2.b) Rgto. CEE 1983/83).

⁷⁸ Todavía utilizan el término inglés "*franchising*" como alternativo al castellano, CANO RICO: *Manual práctico...*, cit., t. I, 3.ª ed., pág. 426; y URÍA: *Derecho...*, cit., 24.ª ed., núm. 760, pág. 758.

⁷⁹ Así, ANGULO RODRÍGUEZ, en: JIMÉNEZ SÁNCHEZ: *Derecho...*, cit., t. II, 2.ª ed., págs. 262-263; y en: JIMÉNEZ SÁNCHEZ: *Lecciones...*, cit., 4.ª ed., pág. 361, afirma que es una modalidad de concesión comercial: en la franquicia, la concesión comercial ordinaria se complementa con un pacto de exclusiva y con el derecho y la obligación del franquiciado de utilizar los signos distintivos y las técnicas comerciales del franquiciador. Además se hace eco de la definición contenida en el art. 62 LOCM, que describe a la franquicia como un "sistema propio de comercialización de productos o servicios" (a propósito de este precepto, véase *infra*, epígrafe II. 2. 4. "Ley de ordenación del comercio minorista").

SÁNCHEZ CALERO, en *Instituciones...*, cit., t. II, 20.ª ed., pág. 167; y en *Principios...*, cit., 2.ª ed., pág. 467, afirma que la franquicia es una "figura escindida del contrato de concesión"; como la concesión "responde a la finalidad de facilitar de modo estable la distribución de bienes o servicios mediante la organización de una red que cubra de forma más o menos amplia el mercado"; y la define como el contrato "por el que el llamado franquiciador (o concedente) transmite al franquiciado (o concesionario) determinados conocimientos técnicos o comerciales, con frecuencia de carácter secreto, para que los aplique a su negocio consintiendo también que el franquiciado use el rótulo y otros signos distintivos (en particular, las marcas de los productos) en el ejercicio de su actividad, que ha de realizar bajo el control del franquiciador, el cual percibirá un canon

te de un contrato de licencia de bienes inmateriales que secundariamente sirve como mecanismo de distribución comercial.⁸⁰

que ha de pagar el franquiciado". Finalmente apunta que tal percepción, es decir, la franquicia como concesión cualificada, viene refrendada por el art. 62 LOCM.

También URÍA: *Derecho...*, cit., 24.^a ed., núm. 760, págs. 758-760, quien, ya desde el aspecto puramente económico entiende que se trata de un "sistema técnico de distribución comercial" que se plasma en un vínculo contractual de recíproca colaboración entre empresarios.

⁸⁰ Así, VICENT CHULIÁ, en *Introducción...*, cit., 10.^a ed., págs. 491-492; y en *Compendio...*, cit., t. II, 3.^a ed., pág. 183, atiende a los problemas que la franquicia presenta en cuanto que marco en el que se transmiten derechos de propiedad industrial e intelectual; incluso insiste en la definición procedente de la Sent. del TJCE de 28.1.1986, As. 161/84 *Pronuptia*, Slg. 1986, pág. 353 y sigs.: modo de "financiación de la adquisición por el franquiciado de un bien inmaterial, consistente en un modelos de empresa organizado", por lo que para este autor, "más que de un modo de distribución se trata de una manera de explotar financieramente, sin comprometer capitales propios, un conjunto de conocimientos". Coherentemente, en *Introducción...*, cit., 10.^a ed., pág. 489, sitúa el Reglamento (CEE) núm. 4087/88 de la Comisión, de 30 de noviembre de 1988, relativo a la aplicación del apartado 3 del artículo 85 del Tratado a categorías de acuerdos de franquicia (DOCE núm. L 359/46, de 28.12.1988), en adelante, Rgto. CEE 4087/88, junto con el Reglamento (CE) núm. 240/96 de la Comisión, de 31 de enero de 1996, relativo a la aplicación del apartado 3 del artículo 85 del Tratado a determinadas categorías de acuerdos de transferencia de tecnología (DOCE núm. L 31/2, de 9.2.1996), en adelante, Rgto. CE 240/96, y no con los Rgto. CEE 1983/83, 1984/83, 123/85 y el Rgto. CE 1475/95.

Una posición ecléctica, aunque dentro de esta tendencia, es la que sostienen BELTRÁN/ORUÑA: *Curso...*, cit., 2.^a ed., pág. 571, quienes definen la franquicia como el contrato en virtud del cual "una de las partes —franquiciador— transmite a la otra —franquiciado— sus productos o servicios, así como un complejo comprensivo de derechos de propiedad industrial, prestando, asimismo, la asistencia y servicios necesarios para llevar a cabo la explotación de la empresa del franquiciado, quien, como contraprestación se obliga a pagar el precio alzado de la franquicia, porcentajes sobre la cifra de negocios y el precio de los productos y materias primas que le entregue el franquiciador". No obstante, más adelante, ponen de manifiesto como, en atención a las relaciones multilaterales que genera una pluralidad de contratos de franquicia, ésta es, "simultáneamente, [...] un sistema de integración empresarial y [...] una técnica de distribución comercial" (IBIDEM, pág. 572).

En cuanto a CANO RICO: *Manual práctico...*, cit., t. I, 3.^a ed., pág. 426, parece que puede incluirse en esta línea, pues define la franquicia como "un contrato de arrendamiento de bienes y servicios con la cesión en uso de no sólo bienes materiales, sino también de propiedad industrial"; e insiste en esta idea cuando dice que el objeto de este contrato es la concesión del derecho de utilizar la razón social y la marca de una empresa a otra empresa para la venta de productos o servicios. Tal posición no parece que resulte "desvirtuada" por la siguiente afirmación: "Este contrato surgió en EEUU en el año 1955 como un tipo o clase de comercialización vinculado a la concesión. De hecho, existe una concesión de licencia, de marca, de servicios y/o productos" (IBIDEM, pág. 427).

Finalmente, como ya se ha apuntado, puede aparecer un tercer tipo contractual, junto con los contratos de concesión y de franquicia, cual es el "contrato de distribución selectiva o a través de distribuidores autorizados".⁸¹

Por lo que a los contenidos de los contratos se refiere, en muchos casos, los textos no van más allá de la delimitación de la figura contractual y de una más o menos somera descripción del contenido. No obstante, cierto es que la extensión con la que se tratan los problemas que estos contratos plantean depende también del alcance y planteamiento didáctico con el que se ha elaborado el correspondiente tratado o manual. En todo caso, lo que sí se puede constatar es una presencia creciente de los contratos de distribución en estos materiales destinados

⁸¹ VICENT CHULIÁ, en *Introducción...*, cit., 10.ª ed., pág. 586, entiende que existe esta tercera categoría de contratos de distribución. Sin embargo, en las explicaciones de Derecho de la competencia (IBIDEM, pág. 491), agrupa dentro de "acuerdos o sistemas de distribución" la distribución exclusiva y la distribución selectiva, dejando aparte los "acuerdos de franquicia". En *Compendio...*, cit., t. II, 3.ª ed., pág. 180-183, llama mucho la atención que no trate de esta "tercera categoría" a pesar de haberla enunciado. Tampoco ofrece una definición de distribución selectiva (en *Introducción...*, cit., 10.ª ed., pág. 491), aunque da a entender que la elección de los intermediarios es fruto de una selección —posteriormente alude a cómo la selección es válida si se acude a criterios cualitativos y no cuantitativos, además de apuntar que no está claro a qué productos se puede aplicar este sistema y qué es, en realidad, un criterio cualitativo—.

Por su parte, CANO RICO: *Manual práctico...*, cit., t. I, 3.ª ed., pág. 422, delimita el que denomina "contrato de delegación". Este "novedoso" tipo contractual es "un contrato similar al de concesión, pero con la particularidad de exigir la prestación de servicios (reparaciones)", porque, como acto seguido explica, "en su mejor desarrollo favorece al vendedor, pues a mejor servicio hay más venta y, en consecuencia, más ventas". Sin embargo, dice a continuación que "[e]s normalmente parte de un contrato de concesión y establece la obligación para la entidad delegada del mantenimiento de los bienes [...] (de consumo duraderos); a cambio, tiene la exclusividad de venta de dichos bienes, repuestos y reparación de averías". Lo cierto es que no se alcanza a saber si se está tratando de un tipo contractual distinto al de concesión —así, el de Servicio de Asistencia Técnica (SAT), tal vez—, o a una obligación que puede o no ser asumida por el concesionario.

principalmente a la docencia, donde además ya se van apuntando especial y separadamente otras cuestiones distintas de las anteriores, superadoras de ese contenido mínimo, como son la problemática que plantea la extinción de estos contratos y la tutela del distribuidor⁸², y la novedad legislativa que, en relación con la franquicia, supone el art. 62 LOCM.⁸³

En cuanto al tratamiento de los contratos de distribución desde el Derecho de defensa de la competencia, como ya se avanzó, únicamente VICENT CHULIÁ acomete tal empresa⁸⁴. Ciertamente, este autor siempre ha mostrado una mayor sensibilidad hacia el Derecho de la competencia⁸⁵. Seguramente a consecuencia de esta mayor sensibilidad, dedica

⁸² Así, BELTRÁN/ORUÑA: *Curso...*, 2.^a ed., cit., págs. 570-571 y 574; SÁNCHEZ CALERO, en *Instituciones...*, cit., t. II, 20.^a ed., págs. 166-167; y en *Principios...*, cit., 2.^a ed., pág. 467; VICENT CHULIÁ, en *Compendio...*, cit., t. II, 3.^a ed., págs. 179-180; y en *Introducción...*, cit., 10.^a ed., págs. 587-589.

⁸³ ANGULO RODRÍGUEZ, en: JIMÉNEZ SÁNCHEZ: *Lecciones...*, cit., 4.^a ed., pág. 361, que incluso afirma que la franquicia se regula —no dice que fragmentariamente— en el art. 62 LOCM; BELTRÁN/ORUÑA: *Curso...*, 2.^a ed., cit., pág. 572; SÁNCHEZ CALERO, en *Instituciones...*, cit., t. II, 20.^a ed., págs. 167-168; y VICENT CHULIÁ, en *Introducción...*, cit., 10.^a ed., pág. 590.

⁸⁴ En el ámbito de las explicaciones de Derecho de obligaciones y contratos, no hacen referencia alguna a la problemática que en el Derecho de defensa de la competencia plantean los contratos de distribución: ANGULO RODRÍGUEZ, en: JIMÉNEZ SÁNCHEZ: *Derecho...*, cit., t. II, 2.^a ed., págs. 261-263, y en: JIMÉNEZ SÁNCHEZ: *Introducción...*, cit., 4.^a ed., págs. 360-362, pese a citar abundante normativa de defensa de la competencia; BROSETA: *Manual...*, cit., 10.^a ed., pág. 510, y SÁNCHEZ CALERO: *Principios...*, cit., 2.^a ed., págs. 465-467. Una mera alusión a dicha problemática: BELTRÁN/ORUÑA: *Curso...*, cit., 2.^a ed., pág. 572-574, pero sólo para la franquicia; SÁNCHEZ CALERO: *Instituciones...*, cit., t. II, 20.^a ed., pág. 163; y URÍA: *Derecho...*, cit., 24.^a, núm. 760, pág. 760, pero sólo para franquicia, y aunque remite a las explicaciones de Derecho de defensa de la competencia, no trata específicamente de los contratos de distribución en los números correspondientes.

⁸⁵ Ello ha tenido su reflejo tanto en la mayor extensión, como en la profundidad de las explicaciones de la materia en comparación con otros tratados y manuales. Así, véase *Compendio...*, cit., t. I, vol. 2.^o, 3.^a ed., tema 18: "Derecho industrial: el Derecho de la

especial atención a los "acuerdos o sistemas de distribución" en sus explicaciones de Derecho de defensa de la competencia⁸⁶. Es más, VICENT CHULIÁ realiza un encomiable esfuerzo por coordinar las explicaciones relativas a los contratos de distribución en el ámbito del Derecho de obligaciones y contratos y del Derecho de defensa de la competencia⁸⁷. Esta es una tarea necesaria, pero requiere de una mayor

competencia", págs. 1047-1152; pero también en *Introducción...*, cit., 10.ª ed., lección 12.ª: "El Derecho de la Competencia", págs. 463-508. En ambos textos sigue una estructura similar, si bien en materia de Derecho de defensa de la competencia se observa un cambio de actitud importante. En efecto, en *Compendio...*, cit., t. I, vol. 2.º, 3.ª ed. (1991), pág. 1118, y modificando la sistemática de *Compendio...*, cit., t. I, 2.ª ed. (1986), hace una exposición conjunta de los aspectos sustantivos de los Derechos de defensa de la competencia comunitario y español, afirmando que "[d]ada la *similitud entre la Ley española y el Derecho comunitario* y de los problemas planteados en el Derecho anti-trust en todos los ordenamientos, *es posible hacer una exposición conjunta de las líneas seguidas en su interpretación*, lo que permitirá simplificar una materia ingente y compleja" —las cursivas son del original—. Sin embargo, en *Introducción...*, cit., 10.ª ed. (1997), expone previa y separadamente el Derecho comunitario, solución que nunca abandonó en las anteriores ediciones de dicho manual. Y, en efecto, en la última edición se limita a decir que el contenido sustantivo de la LDC "se acerca" al del Derecho de defensa de la competencia del TCE (véase IBIDEM, pág. 495). Es revelador de la percepción de las disimilitudes entre el Derecho de defensa de la competencia comunitario y español el siguiente pronunciamiento, a propósito de la solución que representa el R.D. 157/1992: "El traslado al Derecho interno de esta normativa de la CE simplifica el trabajo del TDC pero es una solución demasiado rígida, dada la diferencia de planteamientos (falta el imperativo de construir un «Mercado Común») (IBIDEM, pág. 497).

⁸⁶ Véase VICENT CHULIÁ, en *Compendio...*, cit., t. I, vol. 2.º, 3.ª ed., págs. 1134-1137; y en *Introducción...*, cit., 10.ª ed., págs. 491.

⁸⁷ Ya en *Compendio...*, cit., t. II, 3.ª ed., pág. 178, afirma que "[t]anto la *práctica* como, sobre todo, *el Derecho de defensa de la competencia* han contribuido a distinguir (en los contratos de distribución) *tres grandes categorías*, correspondientes a tres tipos de redes o sistemas de distribución integrada" —las cursivas son del original—; esta postura es mantenida en *Introducción...*, cit., 9.ª ed., pág. 575, "[c]abe distinguir *tres grandes categorías diferenciadas gracias sobre todo a la aplicación del Derecho de defensa de la competencia*" —la cursiva es del original—; y en *Introducción...*, cit., 10.ª ed., pág. 586, aunque tal vez menos contundentemente, pues se limita a afirmar que las tres categorías son "delimitadas por el Derecho de la competencia".

En *Compendio...*, cit., t. II, 3.ª ed., págs. 180-184, se detiene a explicar cada una de las "categorías" de contratos de distribución, si bien dicha exposición contiene remisiones constantes a las explicaciones de Derecho de la competencia. Sin embargo, en *Introducción...*, cit., 9.ª ed., pág. 575, remite la explicación de las categorías, una vez expuestas las

reflexión, pues se puede observar cierto solapamiento distorsionador a la hora de establecer las clases o tipos de los contratos de distribución, entre las aproximaciones propias del Derecho de obligaciones y contratos, y del Derecho de defensa de la competencia.⁸⁸

En definitiva, y como recapitulación, en el plano general se observa un tratamiento no uniforme, todavía en fase de consolidación doctrinal, de la materia que es objeto de estudio. No obstante, parece que los que aparecen como los dos extremos doctrinales, representados por SÁNCHEZ CALERO y VICENT CHULIÁ se tocan: lo que el primero denomina "contrato de concesión", y considera como tipo susceptible de englobar distintas modalidades –debidas a las exigencias de la distribución selectiva, exclusiva o franquiciada–, el segundo lo denomina "contratos de distribución en sentido estricto", categoría que engloba las tres, en este caso, categorías, arriba señaladas.

cuestiones relativas a la extinción de los contratos de distribución y la tutela del distribuidor, a la lección dedicada al Derecho de la competencia. Prácticamente idéntica es la solución adoptada en *Introducción...*, cit., 10.^a ed., pág. 586 y sigs., donde –como ya se ha informado anteriormente– trata, no obstante, con mayor extensión de la cuestión de la tutela del distribuidor y, además, se ocupa de la delimitación del contrato de franquicia.

⁸⁸ Así, por ejemplo, ANGULO RODRÍGUEZ, en: JIMÉNEZ SÁNCHEZ: *Derecho...*, cit., t. II, 2.^a ed., págs. 261-262; y en: JIMÉNEZ SÁNCHEZ: *Lecciones...*, cit., 4.^a ed., pág. 360, de una parte afirma que la cláusula de exclusiva no es esencial en la concesión y, de otra, sin embargo, identifica la concesión con la "distribución en exclusiva" tal y como la delimita el Rgto. CEE 1983/83.

VIII. 1. B. *Desarrollos en el plano específico*

Tras el estudio de la manualística, procede detenerse en el análisis de los trabajos específicamente dedicados a los contratos de distribución elaborados por la doctrina jurídica española. Dichos trabajos constituyen un dato importante a la hora de establecer cuál es el grado de evolución en el tratamiento de la materia que es objeto de estudio. Tras una breve introducción, y con el propósito de ofrecer una exposición lo más ordenada posible y que, además, permita su comparación con la de la situación en el plano general, el análisis –atento a las aproximaciones doctrinales detectadas– se articulará conforme al siguiente esquema. Se comenzará por la perspectiva que ofrece el Derecho de obligaciones y contratos, pues es aquí donde realmente surge la terminología que nos ocupa, y se reparará en las contribuciones doctrinales que tienen como objeto principal los contratos de agencia, de franquicia y, finalmente, de concesión –entendido éste en sentido amplio, aglutinador de la concesión exclusiva y de la concesión simple, ésta última expresión de la distribución selectiva en sentido estricto–, que es donde normalmente se realizan aportaciones a la delimitación conceptual de la categoría de los contratos de distribución. Y, a continuación, se atenderá a la perspectiva que ofrece el Derecho de defensa de la competencia, donde se prestará especial atención a las contribuciones dedicadas a la franquicia en particular, y a los acuerdos o sistemas de distribución en general.

VIII. 1. B. a. *Preliminar*

El propósito de esta breve introducción es poner de manifiesto un dato de importancia a la hora de valorar el esfuerzo realizado por nuestra doctrina. En efecto, llama poderosamente la atención la juventud de los trabajos sobre la materia, tanto desde la aproximación del Derecho de defensa de la competencia, como desde la del Derecho de obligaciones y contratos. Así, desde la última, el primer estudio dedicado a los contratos de distribución como categoría es el realizado por DOMÍNGUEZ GARCÍA a mediados de los ochenta⁸⁹. Otro dato nos viene dado por la actitud del legislador: parece que la categoría de los contratos de distribución empieza a ser tomada en consideración en el contexto de un proyecto de nueva ordenación legal del Derecho de obligaciones y contratos, a finales de los ochenta⁹⁰. Por otra parte, en cuanto al

⁸⁹ Este fue el tema de su tesis doctoral, trabajo que no fue objeto de publicación íntegra, si bien tuvo su reflejo en dos artículos: DOMÍNGUEZ GARCÍA, M. A.: "Los contratos de distribución. Propuesta de construcción unitaria", *Anuario de la Facultad de Derecho de Cáceres, Universidad de Extremadura, Servicio de Publicaciones*, 1984-85 (3), págs. 475-503, especialmente págs. 482-486, que, en realidad, es un extracto de la tesis doctoral; y, sobre todo, IDEM: "Aproximación...", *cit.*, especialmente, págs. 419-443, trabajo este último que, si bien coincide en lo sustancial con el anterior, deja entrever una reelaboración y cambios de cierta entidad en las ideas de su autor, que más adelante serán puestos de relieve.

⁹⁰ Así, señaladamente, no aluden a los contratos de distribución como categoría a regular: POLO DíEZ, A.: "Reflexiones sobre la reforma del ordenamiento jurídico mercantil", en: *Homenaje a Uría*, *cit.*, págs. 547-645, si bien menciona el *franchising*, la agencia y la concesión como ejemplos de nuevas formas contractuales mercantiles (págs. 629-630); SUAREZ-LLANOS: "Bases para la ordenación...", *cit.*, págs. 283-305; SÁNCHEZ CALERO, F.: "El Código de comercio y los contratos mercantiles", en: AA. VV.: *Centenario del Código de comercio*, vol. I (Estudios), Ministerio de Justicia, Madrid, 1986, págs. 211-260, quien aunque sí alude a la agencia y la concesión, no lo hace bajo el común denominador de contratos de distribución.

Es MENÉNDEZ MENÉNDEZ, A.: "Anteproyecto de Ley de reforma parcial y adaptación de la legislación mercantil a las Directivas de la CEE en materia de sociedades", en: AA. VV., ROJO FERNÁNDEZ-RÍO, A. (dir.): *La reforma de la Ley de Sociedades Anónimas*, Civitas, Madrid, 1987, pág. 14, quien por primera vez informa de cómo la Sección de Derecho Mercantil de la Comisión General de Codificación aspiraba entonces, bien a preparar un Anteproyecto de ley única de obligaciones y contratos, bien a regular ciertos sectores de la más moderna contratación mercantil, como era el caso de los contratos

Derecho de defensa de la competencia, en realidad no se trata de la materia en sí misma considerada, sino de la propia aproximación, del propio sector normativo. Si bien existen trabajos muy meritorios anteriores a 1986⁹¹, el Derecho de defensa de la competencia comienza a recibir la consideración que merece y el correspondiente impulso científico a raíz de nuestro ingreso como Estado miembro en la entonces Comunidad Económica Europea.

VIII. 1. B. b. Aportaciones en el ámbito del Derecho de obligaciones y contratos

Con carácter general, debe comenzarse por afirmar que, aunque gran número de autores se hacen eco, con diversa intensidad, de los cambios habidos en la distribución comercial como fenómeno económico en la última mitad del siglo⁹² y de los reflejos que ello tiene en la práctica contractual interempresarial, y a pesar de que se alude a los "contratos de distribución" como categoría, ya sea de una manera indirecta, con circunloquios, ya sea incluso empleando esta misma terminología, nuestra doctrina sólo excepcionalmente se ha detenido a reflexionar sobre los contornos de esta categoría de contratos.

A modo de primera aproximación, merece la pena detenerse en el comentario que ALBERTO BERCOVITZ hace de la Sent. del Tribunal

de distribución.

⁹¹ Así, sobre restricciones verticales de la libre competencia, AA. VV., BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, A. (dir.): *La fijación de precios u otras condiciones contractuales en el Tratado de Roma y el la Ley española sobre prácticas restrictivas de la competencia*, Moneda y Crédito, Madrid, 1970; y, especialmente, GALÁN CORONA, E.: *Acuerdos restrictivos de la competencia*, Montecorvo, Madrid, 1977. Véase también ALONSO UREBA, A.: "La competencia", RDM 1981 (161-162), págs. 523-580.

⁹² Dicho sea de paso, con muy escaso recurso a los datos que facilita la ciencia económico-empresarial, lo que no en pocas ocasiones dificulta enormemente saber qué representación de la moderna distribución comercial es la que se utiliza como paradigma de referencia y, consecuentemente, cuál es el concreto significado de los términos económico-empresariales utilizados.

Supremo (en adelante, TS) de 8 de noviembre de 1995⁹³. En este breve trabajo, el autor trata casi exclusivamente de cuestiones conceptuales: hace especial hincapié en la delimitación de la categoría de los contratos de distribución y de algunos de los tipos contractuales englobados en dicha categoría, procurando deshacer el entuerto clasificatorio provocado por nuestro Alto Tribunal.⁹⁴

La cuestión es elegida con gran acierto, pese a suscitar la resolución judicial otras de interés relativas a estos contratos –así, atinentes a la extinción del contrato de concesión exclusiva, que el autor denomina de "concesión o distribución en exclusiva"–. En efecto, las delimitaciones que realiza el TS son, cuando menos, equívocas: parece querer decir que el contrato de concesión es una subespecie del de agencia, amén de acudir a la nota de la independencia organizativa para diferenciar ambos contratos, cuando, en una correcta lectura del art. 2.2 LCA, dicha nota sirve para distinguir al agente del viajante o representante de comercio sometido a relación laboral, ya sea ésta de carácter especial o no, pero no del concesionario. Se afirma que el agente se diferencia del concesionario por la actuación en nombre y por cuenta del principal en el caso de aquél, mientras que éste actúa en nombre y por cuenta propios. Así, ALBERTO BERCOVITZ concluye que la "diferencia básica" consiste en el distinto objeto de ambos contratos: mientras que la agencia tiene por objeto la promoción de operaciones comerciales ajenas, la concesión tiene por fin la compra para revender.⁹⁵

Pero volviendo a la cuestión del concepto de contratos de distribución, se distingue entre el "sentido amplio" y el "sentido estricto"

⁹³ RAJ 1995, 8637.

BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, A.: "Comentario a la sentencia del Tribunal Supremo de 8 de noviembre de 1995", CCJC 1996 (41), págs. 525-537; especialmente, véase pág. 531 y sigs.

⁹⁴ MERCADAL VIDAL, F.: "Comentario a la sentencia del Tribunal Supremo de 17 de octubre de 1995", CCJC 1996 (40), pág. 279, con referencia expresa a esta Sent. del TS, califica dicha confusión de "nihilismo conceptual".

⁹⁵ Véase A. BERCOVITZ: "Comentario a la sentencia...", cit., págs. 533-535.

de la terminología. En sentido amplio, con "contratos de distribución" se alude a la categoría que comprende todos aquellos contratos que sirven precisamente para la distribución de los productos o servicios en el mercado, entendiéndose la distribución como el proceso por el cual se ponen los distintos productos a disposición de los demandantes últimos o finales de la economía⁹⁶. Se pone de relieve que, en su sentido amplio, el criterio delimitador de la categoría contractual no es jurídico, sino económico: estos contratos se caracterizan por servir a la comercialización de productos o servicios dentro del mercado, en cualquier fase de esa comercialización: entre productores e intermediarios mayoristas, entre intermediarios mayoristas y minoristas, entre intermediarios minoristas y demandantes finales. Se afirma, asimismo, que se trata de contratos de colaboración, de una parte, y de organización de la comercialización, de otra parte⁹⁷. No obstante, y pese a lo sugerente de la idea —que en este sentido amplio parece, en principio, de recibo—, la inclusión de los contratos de consumo en los contratos de distribución no es coherente con la calificación de estos últimos como contratos de colaboración, pues esta categoría presupone una contratación entre sujetos que tienen la condición jurídica de empresario; es decir, si se opina que los contratos de distribución, también en su sentido amplio, son contratos ontológicos de empresa⁹⁸, no procede incluir en esta categoría los contratos de consumo. Y, por otra parte, la determinación de los sujetos partícipes en los canales de distribución comercial, especialmente, la exclusión del destinatario⁹⁹, invita a no incluir los contratos de consumo en la categoría de los de

⁹⁶ Véase A. BERCOVITZ: "Comentario a la sentencia..., cit., pág. 532; véase también *supra*, epg. IV. 1.

⁹⁷ Véase A. BERCOVITZ: "Comentario a la sentencia..., cit., pág. 532.

⁹⁸ Véase DOMÍNGUEZ GARCÍA, M. A.: "Los contratos de distribución: agencia mercantil y concesión comercial", en: AA. VV., CALVO CARAVACA, A. L., y FERNÁNDEZ DE LA GÁNDARA, L. (dir.), y BLANCO MORALES-LIMONES, P. (coord.): *Contratos internacionales*, Tecnos, Madrid, 1997, núm. 22, págs. 1285-1286.

⁹⁹ Véase *supra*, epg. V. 4.

distribución. Así, y siempre dentro de esta noción amplia, el autor incluye la comisión, la mediación, la agencia, la concesión y la franquicia. Incluso puede entenderse que también engloba los contratos que permiten al empresario el empleo de "medios propios" para la distribución comercial —así, creación de sucursales, contratos de trabajo (viajantes)—¹⁰⁰. Pero no menciona ningún contrato de consumo. Por lo que, en realidad, parece que el autor tiene en mente dos nociones amplias del concepto: una primera, que englobaría todos los vínculos contractuales que pudieran darse en un canal de distribución, indistintamente de si articulan una función material o una función comercial de distribución, así como los vínculos contractuales que relacionan al último eslabón del canal con el consumidor, y otra segunda, que únicamente agruparía los vínculos contractuales que pudieran darse dentro del canal y que articulasen funciones comerciales de distribución.¹⁰¹

En cuanto al sentido estricto de la terminología "contratos de distribución", como ya se ha apuntado, se pone de manifiesto cómo el contrato de concesión se denomina también muy frecuentemente de "distribución en exclusiva"¹⁰². Efectivamente, este autor entiende que la exclusiva es elemento esencial del contrato de concesión.¹⁰³

¹⁰⁰ Véase A. BERCOVITZ: "Comentario a la sentencia..., cit., pág. 533.

¹⁰¹ Véase *supra*, epg. IV. 1.

¹⁰² Véase A. BERCOVITZ: "Comentario a la sentencia..., cit., pág. 533.

¹⁰³ Véase A. BERCOVITZ: "Comentario a la sentencia..., cit., pág. 534, con cita de IGLESIAS PRADA: "Notas para el estudio..., cit., pág. 255, y de DOMÍNGUEZ GARCÍA: "Aproximación..., cit., pág. 426. Si bien de la segunda definición de concesión citada no se desprende que la exclusiva sea un elemento esencial del contrato de concesión, DOMÍNGUEZ GARCÍA se pronuncia expresamente en este sentido en IBIDEM, pág. 427. A esta delimitación se suma también VALENZUELA GARACH, F. J.: "El Contrato de Concesión Mercantil y su extinción por denuncia unilateral", RDM 1997 (225), págs. 1298, a propósito de la aplicación analógica del régimen de extinción establecido en la LCA a los "contratos de distribución en exclusiva" o "contratos de concesión".

Lo cierto es que ALBERTO BERCOVITZ se hace eco de los dos posibles extremos del concepto que es objeto de análisis. Pero en el estudio de los pronunciamientos doctrinales emanados desde la perspectiva del Derecho de obligaciones y contratos cabe apreciar ciertas matizaciones, que dan lugar a posiciones intermedias en la delimitación del concepto de contratos de distribución. Dichos pronunciamientos se encuentran recogidos principalmente en aquellos trabajos que adoptan como centro de gravedad el estudio del contrato de concesión, ora aisladamente, ora junto con el contrato de agencia o con el de franquicia. No obstante, y previamente a tratar de los mismos, es conveniente aludir a la atención que, tanto en el marco del estudio del contrato de agencia, como del contrato de franquicia, ha sido dispensada a la cuestión de la categoría de los contratos de distribución.

Ciertamente, en el marco de la categoría de los contratos de intercambio y, especialmente, en el de los contratos de suministro y estimatorio, no se encuentran aportaciones relativas a la delimitación conceptual de la categoría de los contratos de distribución.¹⁰⁴

¹⁰⁴ Por ejemplo, véase CAMACHO DE LOS RÍOS, J.: "Actualidad del contrato estimatorio. Su problemática", en: *Homenaje a Duque*, cit., vol. II, pág. 1207-1220, especialmente, págs. 1207-1208. En este reciente trabajo, su autor se plantea, con carácter introductorio, si el contrato estimatorio es un contrato de distribución, cuestión a la que parece que responde afirmativamente, aunque no llegue a saberse a ciencia cierta qué es lo que se entiende por "contrato de distribución". Y, sin embargo, en el posterior desarrollo, se acude al esquema expositivo clásico, que brindan los contratos de cambio y de colaboración, sin que el autor se plantee cuestiones tan importantes como el pago o el régimen de extinción, ni, por supuesto, se aluda tan siquiera a la aplicación de la normativa de defensa de la competencia.

VIII. 1. B. b. i. *Contribuciones con ocasión del estudio de los contratos de agencia y de franquicia*

En los trabajos dedicados especialmente al estudio del contrato de agencia —que fundamentalmente tratan sobre el concepto del contrato, las obligaciones de las partes y el régimen de extinción del mismo—, como regla general, se da a entender, con mayor o menor insistencia, que alguna relación existe entre el contrato de agencia y la moderna distribución comercial, pero no se abordan exhaustivamente los términos de dicha relación ni la cuestión del concepto de contratos de distribución.¹⁰⁵

¹⁰⁵ No contienen alusión alguna a la relación existente entre la moderna distribución comercial y el contrato de agencia: FLORES MICHERO, R.: "El contrato de agencia", RJC 1957 (24), pág. 110 y sigs.; GARRIGUES DÍAZ-CAÑABETE, J.: "Los agentes comerciales", RDM 1962 (83), págs. 7-25; VALENZUELA GARACH, F.: *El agente comercial*, Cuadernos de la *Studia Albornotiana*, Zaragoza, 1986; CAPILLA RONCERO, F.: "Comentario a la sentencia del Tribunal Supremo de 19 de diciembre de 1985", CCJC 1986 (10), págs. 3337-3355, si bien, en este caso, no se llega a saber con seguridad si se trata de un contrato de agencia; QUIÑONERO CERVANTES, E.: "Comentario a la sentencia del Tribunal Supremo de 22 de marzo de 1988", CCJC 1988 (16), págs. 237-242; RAGEL SÁNCHEZ, L.-F.: "Comentario a la sentencia del Tribunal Supremo de 19 de septiembre de 1989", CCJC 1989 (21), págs. 853-865; IDEM: "Comentario a la sentencia del Tribunal Supremo de 16 de febrero de 1990", CCJC 1990 (23), págs. 459-472; BOTANA AGRA, M.: "El contrato de agencia en el Derecho español", RDN 1993 (30), págs. 1-14; PORFIRIO CARPIO, L. J.: "La extinción del contrato de agencia", RDM 1993 (210), págs. 1243-1275; MARTÍNEZ FLÓREZ, A.: "La declaración judicial de quiebra como causa de denuncia del contrato de agencia", RDM 1996, págs. 1143-1199 —también en: *Homenaje a Duque*, cit., vol. II, págs. 1265-1285 (en adelante, las citas a este trabajo de MARTÍNEZ FLÓREZ los serán al publicado en RDM)—; y MONTEAGUDO MONEDERO, M.: *La remuneración del agente*, Col. Estudios de Derecho Mercantil, Civitas, Madrid, 1997, quien —siguiendo a VICENT CHULIÁ en *Compendio...*, cit.— se limita a decir que el contrato de agencia es un contrato de gestión de intereses ajenos que tiene por objeto una colaboración (duradera) en la estipulación de negocios jurídicos por cuenta del empresario (véase IBIDEM, pág. 31).

Sin embargo, no faltan alusiones a la relación del contrato de agencia con la moderna distribución comercial. Así, por orden cronológico, RAGEL SÁNCHEZ, L.-F.: "La denuncia unilateral sin justa causa en el contrato de agencia por tiempo indeterminado", ADC 1985 (38), págs. 61-87, quien, si bien no emplea la terminología "contratos de distribución", sí que entiende que tanto el agente como el concesionario son "órganos de distribución" del productor, llegando a proponer la aplicación analógica al contrato de

agencia de alguna de las soluciones elaboradas por la jurisprudencia para el contrato de concesión mercantil (IBIDEM, págs. 70-71).

SÁNCHEZ CALERO, F.: "La normativa del contrato de agencia mercantil", ponencia presentada al I Congreso Nacional de Agentes Comerciales de España, Madrid, junio 1985, quien pese a eludir expresamente la cuestión de la naturaleza jurídica del contrato de agencia, se hace eco de las similitudes entre este contrato y el de concesión; incluso, con cita de IGLESIAS PRADA: "Notas para el estudio...", cit., afirma que ambos contratos sirven para la distribución de productos (véase IBIDEM, pág. 15).

VALENZUELA GARACH, F.: "El agente comercial: algunos apuntes sobre la delimitación y la disciplina jurídica de su actividad", *La Ley* 1989 (4), págs. 1144-1157, "apunta" tímidamente que la agencia es un contrato de distribución (IBIDEM, pág. 1150); e IDEM: "La extinción del contrato de agencia en la Ley 13/1992, de 27 de mayo", *RDN* 1993 (37), págs. 1-9, simplemente incluye al contrato de agencia en los de distribución.

LLOBREGAT HURTADO, M. L.: *El contrato de agencia mercantil. Comentario sistemático a la Ley 12/1992, de 27 de mayo, sobre el contrato de agencia (BOE 129 de 29 de mayo 1992)*, Col. Cuadernos de Derecho Privado, Bosch, Barcelona, 1994, no llega a utilizar la terminología "contratos de distribución" ni a afirmar que el contrato de agencia es un contrato de distribución. Sin embargo, insiste en la importancia que el contrato de agencia ha adquirido en el marco de la moderna distribución comercial (véase IBIDEM, págs. 13 y 17). Y sí que expresa opiniones que dan a entender que el contrato de agencia es de distribución. Así, y desde una perspectiva jurídica unitaria —curiosamente, con cita de DOMÍNGUEZ GARCÍA: "Aproximación...", cit.—, entiende que la distribución comprende la práctica totalidad de los procedimientos aplicados por los "productores mayoristas" con vistas a la introducción de sus productos en el mercado, y afirma que carece de relevancia que tales procedimientos se sirvan de una vía directa o indirecta. Lo decisivo es "únicamente el hecho de que el agente [...] pasa a ser [...] un elemento básico del proceso de venta y distribución comercial" (IBIDEM, págs. 18-19). De hecho, considera que agencia y concesión son figuras de uso alternativo, por la similitud de su fisonomía y su función (IBIDEM, págs. 89-92). No obstante, ello no es obstáculo para que repetidamente aluda a las diferencias que separan el contrato de agencia de los de concesión y franquicia.

Por su parte, FERNÁNDEZ DE LA GÁNDARA, L.: "Voz «Contrato de agencia (D.º Mercantil)»", en: *Enciclopedia Jurídica Básica*, cit., vol. I, págs. 1569-1573; y SORIA FERRANDO, J. V.: *El agente de comercio (La Directiva de 18 de diciembre de 1986 y su incorporación al Derecho español: la Ley 12/1992, de 27 de mayo, sobre contrato de agencia)*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1996, dan a entender, el segundo más ostensiblemente que el primero, que existen puntos de conexión entre el contrato de agencia y la moderna distribución comercial.

Finalmente, VERGEZ, M.: "Reflexiones en torno al contenido y características de la prestación del agente", en: *Homenaje a Menéndez*, cit., t. III (Contratos mercantiles, Derecho concursal y Derecho de la navegación), págs. 3053-3074, adopta una postura ecléctica, pues afirma que, si bien tal y como se han delimitado los contratos de distribución —con cita de PARDOLESI, R.: *I contratti di distribuzione*, Pubblicazioni della Facoltà Giuridica dell'Università di Bari, Jovene, Napoli, 1979—, efectivamente la agencia no es uno de esos contratos, no cabe duda de su función distributiva y de su interés normativo para los contratos de distribución (véase IBIDEM, pág. 3053, nota 2).

Por lo que al contrato de la franquicia se refiere, es éste un tipo que plantea enormes dificultades a la hora tanto de su delimitación como de la determinación de su naturaleza jurídica. Sin embargo, lo que parece cierto es que puede ser considerado como un contrato de distribución —tal vez no sea así en el caso de la franquicia industrial, aunque es algo discutible, pues la frontera entre fabricar el producto y "añadir valor" al mismo resulta difusa en muchas ocasiones¹⁰⁶—. Este tipo contractual es, con diferencia, el que mayor interés ha despertado en la literatura, arrastrada por su creciente importancia práctica en el marco de la integración vertical mediante sistemas contractuales.

Ello no deja de tener su influencia sobre la cuestión de la que se trata, puesto que ha retrasado la formación de la categoría de los contratos de distribución. Habida cuenta de la naturaleza jurídica poliédrica del contrato de franquicia en sus distintas modalidades, no presentaba interés alguno el esforzarse por enmarcar este contrato entre los de distribución, al menos hasta la promulgación de la LCA. Dada la atipicidad de todos los contratos susceptibles de ser englobados en dicha categoría, era de escasa utilidad su calificación como tal para resolver las cuestiones de régimen aplicable.

Así, este contrato ha dado lugar, además de a una abundante literatura estrictamente jurídica, a numerosas publicaciones con contenidos parcialmente jurídicos y con una orientación eminentemente práctica, aparecidas especialmente a finales de la década de los ochenta y principios de años los noventa, momento en el que se produce la eclosión de esta figura en nuestro país¹⁰⁷. Estos trabajos se caracterizan

¹⁰⁶ Véase *supra*, epg. VII.; para la noción de función de valor añadido, véase *supra*, epg. IV. 5.

¹⁰⁷ Cabe citar, por orden de publicación, ORTIZ DE ZÁRATE, A.: *Manual de franquicia*, Deusto, Bilbao, 1988; AA. VV.: *Guía de franquicia*, 2.^a ed., Generalitat Valenciana

por utilizar una terminología más propia de la ciencia económico-empresarial que de la ciencia jurídica; en cualquier caso, resulta bastante imprecisa¹⁰⁸. En cualquier caso, estos trabajos, ni abordan la cuestión de la categoría (jurídica) de los contratos de distribución, ni tan siquiera emplean dicha terminología.

Ya en la literatura jurídica sobre el contrato de franquicia pueden distinguirse, fundamentalmente, dos enfoques temáticos. De una parte, aquellos trabajos que realizan un tratamiento general del contrato; es decir, que abordan tanto cuestiones relativas al Derecho de obligaciones y contratos —especialmente, las cuestiones de la información precontractual y de la extinción de la relación contractual—, como al

(Conselleria d'Indústria, Comerç i Turisme)-Cámara Oficial de Comercio, Industria y Navegación de Valencia, Valencia, 1989; BESCÓS TORRES, M.: *La franquicia internacional. La opción empresarial de los años noventa*, Servicio de Estudios Económicos del Banco Exterior de España, Madrid, 1989; CASA, F., y CASABÓ, M.: *La franquicia (Franchising)*, Gestió 2000, Barcelona, 1989; TEAM DE ECONOMISTAS DVE: *La franquicia*, De Vecchi, Barcelona, 1989; MENDELSON, M.: *Guía práctica de la franquicia*, Biblioteca de Gestión, Desléc de Brouwer, Bilbao, 1989; BESCÓS TORRES, M.: *Factoring y franchising. Nuevas técnicas de dominio de los mercados exteriores*, Pirámide, Madrid, 1990; MARTÍN FONTANET, J. M.: *Manual práctico de la franquicia*, Cámara Oficial de Comercio e Industria de Teruel, Teruel, 1990; y RIGOL GASSET, J.: *La franquicia. Una estrategia en expansión*, EINIA, Barcelona, 1992.

En esta misma línea, aunque menos ambiciosas, se editan en la actualidad unas autodenominadas "guías", publicaciones que tienen especial interés para conocer la actualidad económico-empresarial de la actividad desarrollada en este formato. Así, por ejemplo, AA. VV., BARBADILLO DE MARÍA, S. (dir.): *Guía de franquicias de España 1996*, Barbadillo Asociados Consultores, Madrid, 1996 —publicación que, en la actualidad cuenta con una 3.ª ed. (1998)—; o AA. VV., TORMO, A. E. (dir.): *Franquicias'97 - Guía de Franquicias*, Selina Olmedo, Madrid, 1996.

¹⁰⁸ Como botón de muestra, véase BESCÓS TORRES: *Factoring y franchising...*, cit., págs. 133-135, quien distingue entre comercio integrado, independiente y asociado, encuadrándose a la franquicia en la última de las categorías —y no en el integrado, que se utiliza como sinónimo de sistema de distribución corporativo—, junto con las agrupaciones de minoristas, las cadenas voluntarias y las "grandes y medianas superficies" —elemento último este que introduce una categoría extraña a esta clasificación, pues con ello se alude a un tipo de establecimiento, y no a una manifestación del comercio asociado—. Muy similar, CASA/CASABÓ: *La Franquicia...*, cit., págs. 17-20.

Derecho de defensa de la competencia¹⁰⁹. De otra parte, aquellos otros que realizan un tratamiento del contrato circunscrito a una de las dos aproximaciones enunciadas. Dentro del primer grupo de trabajos, y si bien se suele utilizar la terminología que nos ocupa, no se suelen precisar los perfiles delimitadores de la categoría de contratos de distribución. No obstante, sí que pueden diferenciarse tres posturas respecto a la calificación del contrato de franquicia como contrato de distribución: (1) la de quienes afirman que el contrato de franquicia es un contrato de distribución¹¹⁰, (2) la de quienes niegan que sea un contrato de distribu-

¹⁰⁹ Incluso cabría apuntar un tercer grupo de cuestiones, las relativas a la transferencia de tecnología. No obstante, éstas han quedado incluidas en el del Derecho de defensa de la competencia desde el momento en que desaparece la normativa sobre control de transferencia de tecnología, con la derogación del Decreto 2343/1973, de 21 de septiembre, por el que se regulaba la transferencia de tecnología (BOE de 2-10; corr. err. BOE de 12-10) por el Real Decreto 1750/1987, de 18 de diciembre, por el que liberaliza la transferencia de tecnología y la prestación de asistencia técnica extranjera a empresas españolas (BOE de 13-1-1988); en este mismo sentido, véase MASSAGUER FUENTES, J.: "El enjuiciamiento antitrust de los acuerdos de licencia de patente y de licencia de know-how tras la reforma del Derecho español de defensa de la competencia", La Ley 24-12-1992 (2988), pág. 1.

¹¹⁰ Así, ELÍAS-OSTÚA Y RIPOLL, R. D.: "El *franchising*. Tratamiento mercantil y fiscal", HPE 1985 (94), págs. 233-259, ni trata la cuestión del concepto de contratos de distribución, ni lo utiliza. No obstante, sí que vincula la franquicia a la concesión, pues considera a la primera una variante de la segunda, recalando su proximidad al distinguir ambas figuras, y ello frente a la licencia de signos distintivos. Califica a la franquicia de contrato de colaboración o para-asociativo, si bien reconoce que su objeto es la "integración en una unidad económica pluriempresarial" (véase IBIDEM, págs. 245-246; además, dedica las págs. 233-235 a tratar brevemente de la moderna distribución comercial). E IDEM: "La Franquicia europea", Noticias CEE 1992 (88), págs 21-64, pese a aludir a los "demás contratos de distribución integrada" (IBIDEM, pág. 21), vuelve a calificar la franquicia como contrato de colaboración (IBIDEM, pág. 28).

Por su parte, AGUILÓ PIÑA, J. F.: "Consideraciones sobre el contrato de franquicia", RGD 1986 (507), págs. 4807-4842, al hablar de la franquicia, manifiesta que "en todo caso las figuras con las que tiene más puntos en común son las del contrato de concesión mercantil y del de distribución selectiva" (IBIDEM, pág. 4811).

Finalmente, CARDELÚS I GASSIOT, L.: *El contrato de franchising*, Promociones y Publicaciones Universitarias, Barcelona, 1988, califica al contrato de franquicia como contrato de distribución —citando indirectamente a PARDOLESI: *I contratti...*, cit., curiosamente a través de ELÍAS-OSTÚA Y RIPOLL: "El *franchising...*, cit.—. Entiende el concepto como sinónimo de acuerdos de integración vertical. Con ello se quiere aludir a un "supuesto de nueva fórmula, por la que los integrantes del proceso productivo aúnan sus esfuerzos para canalizar, mediante un nuevo haz de medios materiales y humanos, aquellos productos a los consumidores finales" (véase IBIDEM, págs. 28-30).

ción, pues se trata de un contrato de licencia de bienes inmateriales –más precisamente, de derechos de propiedad industrial e intelectual–¹¹¹, y (3) la de quienes eluden la cuestión de la naturaleza jurídica del contrato de franquicia¹¹². La excepción a este panorama viene constituida por el trabajo de GALLEGO SÁNCHEZ¹¹³, quien tanto en el plano de las relaciones bilaterales, como en el de las relaciones

¹¹¹ Destaca ALFARO AGUILA-REAL, J.: "Voz «Franchising (D.º Mercantil)»", en: *Enciclopedia Jurídica Básica*, cit., vol. II, págs. 3153-3158. Este autor entiende que la franquicia no es un contrato de distribución. Mientras que los contratos de distribución –típicamente, el de concesión– tienen *causa vendendi*, pues "el contrato se celebra para que el concesionario promueva la venta de los productos del fabricante", en el contrato de franquicia "la *causa es de reproducción de la empresa*". Entiende que "el llamado *franchising de productos* (o *franchising de distribución*) debe calificarse jurídicamente como concesión, reservando el tipo de *franchising* al *franchising de empresa o de servicios* también denominado «franquicia de un estilo empresarial>". Así, define la franquicia como un "*contrato de licencia de bienes inmateriales*" –las cursivas son del original– (IBIDEM, págs. 3153-3154).

En esta misma línea puede también citarse a RODRÍGUEZ, L.: "A propósito del *franchising*", *La Ley* 1986 (3), págs. 877-879, quien si bien afirma que los contratos de distribución son algo distinto a la franquicia, emplea la terminología "contrato de distribución" como sinónima de la de "contrato de concesión" (IBIDEM, pág. 877). Asimismo, ROSELL, J.: "El contrato de franquicia", en: AA. VV., BISBAL, J., y VILADÁS, C. (dir. y coord.): *Derecho y tecnología: curso sobre innovación y transferencia*, Ariel, Barcelona, 1990, págs. 203-217, quien no entra a tratar del concepto de contratos de distribución. No obstante, en la introducción, parece que se aproxima más la franquicia a la licencia de bienes inmateriales –sin embargo, tal visión puede obedecer al planteamiento de la obra en la que este trabajo se enmarca–.

¹¹² Así, FERNÁNDEZ FERNÁNDEZ, J. M.: "La franquicia: el futuro inmediato", *Bol. ICAM* 1990 (6), págs. 51-56, quien al tratar de la naturaleza jurídica del contrato de franquicia no se plantea cual es su función económica o social. Simplemente habla de la franquicia como forma de comercialización y la distingue de la concesión (véase IBIDEM, págs. 52-53).

Más recientemente, ORTUÑO BAEZA, M. T.: "Contratos ligados a la propiedad industrial. Licencia de marca. Franquicia", en: CALVO/FERNÁNDEZ DE LA GÁNDARA-/BLANCO: *Contratos internacionales*, cit., págs. 1505-1568, quien no se decanta por ninguna de las dos opciones más extendidas (contrato de distribución o de licencia de bienes inmateriales). De una parte critica la discusión sobre la categoría de los contratos de distribución, pues entiende que es estéril, por la atipicidad del contrato de concesión; sin embargo, sí que apunta la relevancia "de subsumir la franquicia en la regulación de la agencia" (véase IBIDEM, núms. 49-50, págs. 1258-1259; de hecho, aplica el régimen de la agencia al tratar de la extinción del contrato de franquicia en núms. 68-82, págs. 1539-1546).

¹¹³ GALLEGO SÁNCHEZ, E.: *La franquicia*, Trivium, Madrid, 1991.

multilaterales a que dan lugar el contrato y el canal de distribución establecido mediante dichos contratos, respectivamente, entiende que en la causa de la franquicia prevalece la vertiente distributiva frente a la que denomina "vertiente de la propiedad industrial"¹¹⁴. La autora se hace eco de la polémica sobre el concepto de contratos de distribución, pero no hace especial hincapié en ella, pues cuestiona la utilidad de la categoría de cara a determinar la disciplina aplicable al contrato¹¹⁵. Tal vez por la esterilidad de la discusión, y por la ambigüedad del concepto —que la propia autora pone de relieve—, no se esfuerce en realizar una delimitación precisa del mismo. Así, no queda claro cuál es el alcance del concepto amplio, al que parece referirse también con la denominación "contratos en materia de distribución", sumándose por lo demás al concepto restringido imperante en la doctrina.¹¹⁶

¹¹⁴ Esta autora entiende que en el plano de las relaciones bilaterales, la franquicia supera la pura relación de cambio, para constituir una relación de colaboración informada por un interés común y dirigida a una finalidad única, cual es la distribución del producto objeto del contrato, mientras que en el plano de las relaciones multilaterales, considerado pues como sistema, conforma una técnica de organización de los canales de distribución, una técnica de distribución comercial (véase GALLEGO SÁNCHEZ: *La franquicia*, cit., pág. 28). Insiste en esta última vertiente FERNÁNDEZ DE LA GÁNDARA, L.: "Prólogo", a: GALLEGO SÁNCHEZ: *La franquicia*, cit., págs. 13-15, quien concibe la franquicia principalmente como una técnica organizativa destinada a satisfacer nuevas necesidades en el ámbito de la distribución de productos, enmarcable en los modernos sistemas de distribución, esto es, como una técnica de distribución, de "integración empresarial en el marco de la distribución integrada".

A propósito de la "vertiente de propiedad industrial", GALLEGO SÁNCHEZ no comparte que la transmisión de derechos inmateriales pueda constituir una causa-función; en todo caso, dicha transmisión será el medio para la realización de una función económica, pero no un fin en sí mismo.

Finalmente, de interés resulta el siguiente pronunciamiento: considerando la franquicia desde la perspectiva multilateral, se afirma que, como resultado de la combinación de sus momentos genético y funcional, con ella se logra "una unidad económica integrada que sólo puede explicarse como una categoría ambivalente comprensiva de acuerdos o prácticas verticales y horizontales, la combinación de las cuales ha permitido a la doctrina calificarla como técnica de «concentración empresarial»" (GALLEGO SÁNCHEZ: *La franquicia*, cit., pág. 35). Esto resulta criticable, pues una cosa es que los acuerdos verticales, en principio, produzcan también restricciones horizontales, y otra cosa es que haya acuerdos horizontales, que, en principio, no los hay.

¹¹⁵ Véase GALLEGO SÁNCHEZ: *La franquicia*, cit., pág. 75.

¹¹⁶ El concepto amplio se identifica con la noción de distribución en el plano económi-

De otra parte, nos encontramos con estudios que realizan un tratamiento del contrato circunscrito a una de las dos aproximaciones doctrinales detectadas, predominando aquellos que lo hacen desde el Derecho de defensa de la competencia¹¹⁷. Desde la aproximación del Derecho de obligaciones y contratos, destaca la extensa monografía de ECHEBARRÍA SÁENZ. Este autor opina que la franquicia representa la superación de la estructura de cambio por la de colaboración. Pero no utiliza el término en un sentido genérico —como se emplea cuando habitualmente se habla de "contratos de colaboración", que engloba también la colaboración para la producción—, sino en un sentido finalista, pues se trata de una "colaboración distributiva", término que entiende sinónimo de "distribución integrada".¹¹⁸

Ciertamente, la categoría de los contratos de colaboración no es uniformemente acogida por la doctrina, presentando distintas agrupaciones contractuales e, incluso, subcategorías, así como distintos contenidos¹¹⁹. En un enfoque más tradicional, por "contratos de colaboración" o "de gestión de intereses ajenos" se entiende aquellos que

co, pero se afirma que con ello se alude a todos los supuestos que pueden dar lugar al asociacionismo entre empresas, tanto mediante técnicas societarias como contractuales. De otra parte, con la terminología "contratos en materia de distribución" se quiere aludir a todo acuerdo que implique cualquier tipo de manifestación jurídica, propia o impropia, del hecho distributivo, aunque sin adquirir la categoría de concepto amplio, sino como simple descripción de las distintas modalidades que incorpora el tráfico (véase GALLEGO SÁNCHEZ: *La franquicia*, cit., págs. 30-31 y 74-75). Esta terminología había sido ya utilizada por PARDOLESI: *I contratti...*, cit., (véase *infra*, epg. IX. 2.). En cuanto al concepto restringido, se suma al propugnado entre nosotros por DOMÍNGUEZ GARCÍA, y del que se tratará *infra*, epg. VIII. 1. B. b. ii.

¹¹⁷ Y que serán objeto de análisis más adelante (véase *infra*, epg. VIII. 1. B. c.).

¹¹⁸ Véase ECHEBARRÍA SÁENZ: *El contrato de franquicia...*, cit., págs. 120-121.

¹¹⁹ Véase PEINADO GARCÍA, J. I.: "Pactos de garantía en contratos de colaboración", CDC 1995 (18), págs. 176-177.

tienen por causa la prestación interempresarial de servicios, ya de índole material, ya de pura gestión¹²⁰. En un enfoque económico actual, mediante el contrato de colaboración la empresa genera sus nuevas estructuras sin tener que incorporarlas a la suya propia ni a su riesgo empresarial; es decir, los contratos de colaboración se configuran como fórmulas de mercado para la creación de estructura empresarial. En cualquiera de estas dos percepciones, dicha categoría es coherente con otras clasificaciones que pueden observarse desde una perspectiva histórica, como la que ha distinguido entre contratos fundamentales (o contratos de cambio) y auxiliares (o contratos para el cambio).¹²¹

Es más, utiliza diversas expresiones, como "contratos distributivos", "figuras distributivas y de colaboración" o "contratos de colaboración distributiva" para referirse, entre otros tipos contractuales, a la franquicia, a la que más precisamente califica como contrato de distribución indirecta¹²². Dicha pluralidad terminológica avanza cuál es la actitud de este autor ante la categoría de los contratos de distribución, que realmente no se dedica a delimitar. Por contra, y cuando se plantea la ubicación del contrato de franquicia dentro de la categoría de los de distribución, destina únicamente sus esfuerzos a distinguir la agencia, contrato que se considera "en la génesis misma de las principales formas distributivas"¹²³, de la franquicia —y no diferencia la franquicia, como da a entender, de los diversos contratos distributivos, que a continuación se limita a enunciar, y entre los que destaca el de concesión y el de distribución autorizada o preferente—¹²⁴; todo ello, sin abordar la

¹²⁰ Véase GARCÍA-PITA Y LASTRES, J. L.: "La mercantilidad del contrato de comisión y las obligaciones de diligencia del comisionista", en: *Homenaje a Menéndez*, cit., t. III (Contratos mercantiles, Derecho concursal y Derecho de la navegación), págs. 2818-2819.

¹²¹ Véase PEINADO GARCÍA: "Pactos de garantía...", cit., págs. 177-179 y nota 20.

¹²² Véase ECHEBARRÍA SÁENZ: *El contrato de franquicia...*, cit., págs. 120-121 y 137.

¹²³ ECHEBARRÍA SÁENZ: *El contrato de franquicia...*, cit., pág. 138.

¹²⁴ Véase ECHEBARRÍA SÁENZ: *El contrato de franquicia...*, cit., pág. 137.

categoría misma. En efecto, el autor se circunscribe a poner de manifiesto la coincidencia en la labor representativa y promocional de ambas instituciones como contratos de colaboración y distribución¹²⁵. Realmente, elude la cuestión de la categoría de los contratos de distribución. Expresamente manifiesta que el intento de crear una categoría jurídica partiendo de la función económica de los contratos de distribución integrada, pese a constituir una "solución tentadora" resulta "excesivamente arriesgada", por la sutileza de matices que es posible señalar entre las diversas figuras distributivas en el plano económico. Pese a ello, el protagonismo de la función económica de distribución integrada resulta evidente en la definición que del contrato de franquicia finalmente propone.¹²⁶

¹²⁵ Véase ECHEBARRÍA SÁENZ: *El contrato de franquicia...*, cit., pág. 147.

¹²⁶ Véase ECHEBARRÍA SÁENZ: *El contrato de franquicia...*, cit., pág. 204, quien, acto seguido, tras proclamar la especificidad del contrato de franquicia –como justificación a la opción previamente manifestada–, lo define como "un contrato dispositivo y de organización *destinado a la creación de una unidad económica y funcional*, no típica, mediante la cesión de licencia sobre bienes inmateriales de empresa y *el reparto de funciones* [de distribución] *internas y externas entre las empresas pertenecientes al sistema*. La franquicia constituye una agrupación empresarial sin personalidad jurídica". Más adelante, insiste en que la franquicia es "un sistema de agrupación *destinado a obtener la comercialización uniforme y la optimización de los recursos integrados*" –las cursivas son nuestras–.

VIII. 1. B. b. ii. Contribuciones con ocasión del estudio del contrato de concesión y de la categoría de los contratos de distribución comercial

Una vez sintetizada cuál ha sido la atención dedicada a la cuestión de la categoría de los contratos de distribución en los estudios especialmente dedicados a los contratos de agencia y de franquicia, serán a continuación objeto de análisis las aportaciones que al respecto se encuentran recogidas en aquellos trabajos que adoptan como centro de gravedad el estudio del contrato de concesión —tipo contractual que, pese a los esfuerzos realizados, todavía no tiene unos contornos pacíficamente delimitados¹²⁷— y en aquellos otros, ciertamente, muy escasos, específicamente dedicados a la categoría de los contratos de distribución. Este proceder viene impuesto por la estrecha vinculación existente entre ambas cuestiones, y que tienen su reflejo en el plano doctrinal.

Como se avanzó, es DOMÍNGUEZ GARCÍA quien, a mediados de la década de los ochenta, por primera vez se plantea en nuestra doctrina la cuestión de los contratos de distribución como categoría contractual. Con anterioridad, se observaba una gran escasez de trabajos monográficos y una progresiva recepción de estos contratos en los tratados y manuales de Derecho mercantil, representados por el tipo de la concesión. Así, ya en opinión de DOMÍNGUEZ GARCÍA¹²⁸, por lo que a los trabajos monográficos se refiere, y por orden cronológico, hasta ese

¹²⁷ Véase *supra*, epg. VIII. 1. A. Es muy llamativo que en *Enciclopedia Jurídica Básica*, cit., existan voces dedicadas tanto al contrato de agencia como al de franquicia —véanse FERNÁNDEZ DE LA GÁNDARA: "Voz «Contrato de agencia...», cit., y ALFARO AGUILA-REAL: "Voz «Franchising...», cit.—, pero no así al contrato de concesión, bajo una voz como "(contrato de) concesión mercantil/exclusiva" o "(contrato de) distribución exclusiva".

¹²⁸ Véase DOMÍNGUEZ GARCÍA: "... Propuesta..., cit., págs. 488-489.

momento únicamente merecen ser destacados los de PUENTE MUÑOZ e IGLESIAS PRADA.¹²⁹

Además, cabría aludir a un breve trabajo de DÍEZ-PICAZO¹³⁰. Este autor, sin llegar a utilizar la terminología "contratos de distribución", sí que llama la atención sobre una serie de necesidades a las que estos contratos, refiriéndose tanto a la agencia como a la concesión mercantil, buscan dar respuesta, como son la disposición por el productor de un circuito y unos servicios de distribución y venta de productos, racionalmente organizados, en forma estable y duradera, y la integración del intermediario, con lo que estos contratos persiguen "facilitar o promover la estipulación masiva de contratos de una manera racional y establemente organizada". Además, afirma su carácter de "contrato cuadro".¹³¹

Por su parte, PUENTE MUÑOZ¹³² no llega a plantearse la cuestión de la categoría de los "contratos de distribución", ni tan siquiera a utilizar la terminología. Pero ello no obsta para considerar esta obra un precedente muy valioso en el estudio de los contratos de distribución, aunque bajo la entonces naciente denominación de contrato de concesión mercantil. La autora proclama la atipicidad del contrato de concesión, liberándolo de su consideración de compraventa mercantil especial, temática bien conocida por ella, pues no en vano ya había trabajado la materia con anterioridad¹³³. Detecta la existencia de una comunidad de intereses

¹²⁹ PUENTE MUÑOZ, T.: *El contrato de concesión mercantil*, Montecorvo, Madrid, 1976; e IGLESIAS PRADA: "Notas para el estudio...", cit. No obstante, el primer trabajo sobre el contrato de concesión en la literatura española es el de NICOLÁS MARTÍ, J.: "La llamada concesión mercantil (Notas para su estudio)", *Anales de la Facultad de Derecho de La Laguna* (1965-1966), pág. 163 y sigs., citado por IGLESIAS PRADA: "Notas para el estudio...", cit., pág. 251, nota 2, junto con el trabajo de PUENTE MUÑOZ: *El contrato...*, cit.

¹³⁰ DÍEZ-PICAZO, L.: "Contrato de agencia y de concesión mercantil", en: IDEM: *Dictámenes Jurídicos*, Civitas, Madrid, 1981, págs. 161-174.

¹³¹ Véase DÍEZ-PICAZO: "Contrato de agencia...", cit., págs. 163 y 164.

¹³² PUENTE MUÑOZ: *El contrato...*, cit.

¹³³ PUENTE MUÑOZ, T.: "El pacto de exclusiva en la compraventa y el suministro", *RDM* 1967 (103), págs. 75-130; e IDEM: "El pacto de exclusiva en la jurisprudencia del

entre concedente y concesionario, con lo que prevalece su carácter de contrato de colaboración. Incluso acierta a ver como una función peculiar que asume el concesionario —junto con la de "vender"— es la de "promocionar la clientela de la marca".¹³⁴

Finalmente, IGLESIAS PRADA tampoco trata directamente del concepto de contrato de distribución; simplemente advierte que la jurisprudencia lo utiliza como sinónimo de contrato de concesión¹³⁵. Sin embargo, distingue el contrato de concesión del de compraventa y del de suministro, y alude al hecho de que el contrato de concesión permite integrar en una estrategia de distribución coordinada a los concesionarios, algo propio de la moderna distribución comercial que nace con la revolución industrial, lo que distingue a la concesión de otros contratos de colaboración. También se hace eco del aspecto multilateral de estos contratos, pues son "técnica jurídica de concentración empresarial".¹³⁶

Las aportaciones de DOMÍNGUEZ GARCÍA merecen ser objeto de una especial atención, pues tanto su delimitación de la categoría de los contratos de distribución, como el planteamiento que ésta implicaba, han sido los imperantes hasta fechas recientes¹³⁷, en las que se observan planteamientos renovadores.

Tribunal Supremo", RDM 1971 (121), págs. 443-462, donde se puede apreciar el alto grado de confusión que por aquél entonces ya reinaba en la jurisprudencia sobre la materia.

¹³⁴ Véase PUENTE MUÑOZ: *El contrato...*, cit., págs. 88-93.

¹³⁵ Véase IGLESIAS PRADA: "Notas para el estudio...", cit., pág. 252, nota 10.

¹³⁶ Véase IGLESIAS PRADA: "Notas para el estudio...", cit., pág. 253, nota 14, y págs. 255 y 256-259.

¹³⁷ A modo de ejemplo, véanse VICENT CHULIÁ, *Introducción...*, cit., 10.^a ed, pág. 586; e incluso A. BERCOVITZ (en IDEM: "Comentario a la sentencia...", cit., pág. 532) quien manifiesta seguir a DOMÍNGUEZ GARCÍA: "Aproximación...", cit., aunque en realidad únicamente lo hace respecto del concepto amplio, y no así del restringido, pues lo identifica con el contrato de concesión exclusiva. Es también punto de referencia para cualquier introducción a la materia; así, por ejemplo, véase también GARCÍA HERRERA, A.: "Comentario a la Sentencia del Tribunal Supremo (Sala 1.^a) de 27 de mayo de 1993 (R.J.A. 2986)", RGD 1995 (604-605), págs. 346-353.

VIII. 1. B. b. ii. a. *Formulación de un concepto restringido de contratos de distribución comercial*

Previamente a exponer las conclusiones a las que llega DOMÍNGUEZ GARCÍA, conviene poner de relieve cuál es la actitud con la que se aproxima a la materia que nos ocupa. De una parte, y sin ignorar el carácter poliédrico de la misma, la aborda desde una perspectiva puramente privada y negocial¹³⁸. De otra parte, el trabajo se concibe como una propuesta de construcción unitaria de la categoría de los contratos de distribución con el propósito de establecer un régimen común a todos estos contratos para la "tutela del distribuidor".¹³⁹

Este autor detecta tal necesidad de protección en la gran distribución de productos de elevada calidad y prestigio, de alta tecnología¹⁴⁰. Pero ello no significa, al menos en principio, que este punto de partida se corresponda con el paradigma de referencia, que resultaría ciertamente estrecho. Más bien sucede que es en relación con este tipo de productos y tal modo de distribución comercial con los que

¹³⁸ Es decir, se centra en el examen de las relaciones *interpartes* en la órbita jurídica contractual. No hay indicios de una aproximación propia del Derecho de la distribución comercial. Al contrario, tal opción es expresamente rechazada, cuando se afirma que los efectos exorbitantes —es decir, que afectan a intereses de personas ajenas al estricto marco negocial e incluso de la Economía en general— que produce esta categoría contractual deben ser, por su propia sustantividad, objeto de estudios separados (véase DOMÍNGUEZ GARCÍA: "... Propuesta...", cit., págs. 477-478; e IDEM: "Aproximación...", cit., págs. 423-424).

¹³⁹ Véase DOMÍNGUEZ GARCÍA: "... Propuesta...", cit., pág. 481. Téngase presente que el objeto del presente estudio difiere del trabajo de DOMÍNGUEZ GARCÍA: se persigue formular un concepto unitario de la categoría de los contratos de distribución que permita avanzar hacia la formación de un Derecho de la distribución comercial (véase *supra*, epg VII. "Observaciones preliminares").

¹⁴⁰ Véanse DOMÍNGUEZ GARCÍA: "... Propuesta...", cit., pág. 477; e IDEM: "Aproximación...", cit., pág. 421. Téngase en cuenta que se trata de la gran distribución de hace, al menos, unos quince años, momento en el que comenzó una fase evolutiva muy importante en el panorama de la distribución comercial, sobre todo, en España, especialmente por lo que al comercio minorista se refiere (véase *supra*, epg IV. 6. "La distribución comercial en la Unión Europea").

se manifiesta una posible nueva categoría de contratos. En efecto, el autor quiere tener presente la complejidad y variedad del concepto económico de distribución comercial, que percibe como cualquier técnica o mecanismo utilizado por los operadores económicos para la comercialización de sus productos o servicios¹⁴¹. Sin embargo, ni la noción de "mecanismo" ni la de "técnica para la comercialización" parecen las más apropiadas para describir en toda su amplitud el fenómeno de la distribución comercial desde el punto de vista económico¹⁴². Realmente, a lo que se está aludiendo es a los vínculos existentes en los canales de distribución comercial. Ello explica por qué se dice que el fenómeno de la distribución comercial se presenta como un todo unitario, en el que caben todos los "mecanismos distributivos", desde los tradicionales hasta los más modernos, entre los que se encuentran la llamada "distribución indirecta por órganos extraños"¹⁴³ o "distribución indirecta integrada"¹⁴⁴, que es la que interesa al autor. Y, en efecto, DOMÍNGUEZ GARCÍA confirma esta reducción conceptual de la distribución comercial desde el punto de vista económico, que incluso amplía, transmitiendo una visión parcial —sólo vertical y descendente— de la organización de los canales de distribución.¹⁴⁵

En el primer trabajo distingue entre distribución indirecta por órganos extraños o "a través de empresarios que actúan en todo caso en nombre y por cuenta propios", que da lugar a vínculos que se traducen en contratos

¹⁴¹ Véase DOMÍNGUEZ GARCÍA: "... Propuesta...", cit., págs. 480 y 482.

¹⁴² Cfr. *supra*, epg. IV. 1.

¹⁴³ DOMÍNGUEZ GARCÍA: "... Propuesta...", cit., págs. 482-483., si bien esta expresión no implica necesariamente que se esté ante un supuesto de distribución integrada, como más adelante se insiste.

¹⁴⁴ DOMÍNGUEZ GARCÍA: "Aproximación...", cit., pág. 425.

¹⁴⁵ Véase DOMÍNGUEZ GARCÍA: "Aproximación...", cit., págs. 424-425, donde excluye expresamente la integración vertical ascendente. Además, confiere un protagonismo excesivo al "prestigio o del nombre comercial y/o de las marcas de los productores/mayoristas", pues es uno de los factores a tener en cuenta, pero no el único.

de concesión, de *agrégation* y de *franchising*, frente a la "distribución directa por órganos extraños", en la cual "el distribuidor desempeña su actividad siempre por cuenta del productor/mayorista", y que se plasma en los contratos de comisión y de agencia¹⁴⁶. Por contra —más correctamente, aunque no de modo completamente satisfactorio—, en el segundo trabajo diferencia entre técnicas de distribución directa, ya mediante órganos propios (sucursales, filiales, auxiliares dependientes), ya mediante órganos extraños (comisionistas, agentes), y técnicas de distribución indirecta, que pueden ser simples (mediante intermediarios independientes) o integradas (mediante concesionarios, *agrées* y *franchi-sees*)¹⁴⁷. No obstante, téngase en cuenta que tan distribución integrada es la distribución directa, en cualquiera de sus modalidades, como la indirecta integrada¹⁴⁸. De otra parte, dentro de la distribución directa mediante órganos extraños, existe una importante diferencia entre la comisión y la agencia, pues el segundo contrato tiene un carácter duradero del que carece el primero, por lo que, en realidad, el contrato de comisión —en su consideración aislada; distinto sería el supuesto de una sucesión de contratos de comisión entre las mismas partes— no es apto para la formación de vínculos en los modernos canales de distribución, pues no es un contrato que permita la *circulación duradera y recurrente* de los productos objeto de la distribución.¹⁴⁹

Es precisamente la complejidad resultante del concepto económico único de distribución primeramente delimitado lo que empuja a DOMÍNGUEZ GARCÍA a negar la posibilidad de reconducir el fenómeno económico subyacente —es decir, todos los vínculos susceptibles de ser empleados en la configuración de los canales de distribución— a una categoría jurídica, y más precisamente, contractual, unitaria. Y ello, pese a afirmar que los diversos contratos de distribución

¹⁴⁶ Véase DOMÍNGUEZ GARCÍA: "... Propuesta...", cit., págs. 482-485.

¹⁴⁷ Véase DOMÍNGUEZ GARCÍA: "Aproximación...", cit., pág. 425.

¹⁴⁸ Véase *supra*, epg. V. 6. B. b.

¹⁴⁹ Véase *supra*, epg. V. 1.

son "sistemáticamente encuadrables [...] en un único concepto económico de distribución comercial de carácter teleológico", así el de "contratos que tienen una misma finalidad económica como mecanismos eventualmente aptos para operar la distribución de productos y servicios".

No obstante, el razonamiento en el que se fundamenta tal decisión plantea serias dudas en cuanto a su corrección. Se comienza por poner de manifiesto que dentro del fenómeno económico de la distribución comercial –entendido como vínculos "que tienen como punto común de referencia la comercialización" de productos– nos encontramos con "una extensa gama de supuestos atípicos". Cierto. Pero, atendiendo a la etimología del concepto, que alude a la función distributiva, también se encuentran supuestos típicos –como pueden ser el contrato de sociedad, el de compraventa y sus especialidades, o el de comisión–, contratos que, además, pertenecen a distintas categorías ya establecidas –como son los contratos asociativos, de intercambio y de colaboración, respectivamente–. Todo ello, a juicio de este autor, "complica especialmente la elaboración de un concepto jurídico de contratos de distribución al disgregarse en este ámbito el concepto económico unitario". Es como si las categorías contractuales fuesen excluyentes entre sí, como si un contrato únicamente pudiese cumplir una función económica. Nótese que en ningún momento se atiende a si la finalidad distributiva es la causa típica de los contratos en cuestión o constituye ésta una causa atípica, sobrevenida o accesorio.

A mayor abundamiento, resulta igualmente criticable la contraposición que hace el autor entre una "óptica tradicional" y otra "más actualizada"¹⁵⁰. En realidad, son clasificaciones que giran en torno a criterios diferentes: la "óptica tradicional" atiende a la función económica del contrato, mientras que la "óptica más actualizada" se fija en sus

¹⁵⁰ Véase DOMÍNGUEZ GARCÍA: "... Propuesta...", cit., pág. 481.

aspectos estructurales. Ciertamente, no se puede confundir la naturaleza jurídica de un contrato-marco con la de los actos o negocios singulares —es decir, incluso otros contratos— necesarios para su ejecución. Y de ahí que los contratos de distribución no puedan ser calificados simplemente de contratos de intercambio o de colaboración¹⁵¹. Pero ello no impide clasificar el contrato-marco en atención a su función económica: ese marco, alguna lógica económica tiene que tener, no va a coordinar alegre y distraídamente categorías ya conocidas de contratos. La clasificación causal y la estructural no descansan en criterios incompatibles.¹⁵²

Pero no se debe perder de vista que la meta de la investigación emprendida entonces por DOMÍNGUEZ GARCÍA es la tutela del intermediario en esos nuevos contratos atípicos. Ante este "callejón sin salida", se argumenta de la siguiente manera: si se adopta "una concepción amplia de la materia, su atipicidad resultaría solamente parcial". Y por eso, "[p]ara predicar dicha atipicidad del fenómeno jurídico de la distribución hay que partir por necesidad del hecho de la aparición en el tráfico negocial de una serie de figuras novedosas no previstas por el legislador", es decir atípicas. La atipicidad pasa a ser la nota fundamental de la categoría de los contratos de distribución, cuando ésta nada tiene que ver con un *nomen* que se refiere a la función económica de los contratos. No se acierta a entender esta decisión, si no es porque se quiere excluir los contratos típicos que cumplen o pueden cumplir idéntica función económica. Pero, en cualquier caso, no hay una correcta observación de la realidad. Cierto es que las consecuencias del proceso inductivo son "aterradoras", pues lo que constituye un paso previo para tratar de la tutela del intermediario en esos nuevos contratos de distribución integrada, y que el autor quiere denominar simplemente

¹⁵¹ Véase DOMÍNGUEZ GARCÍA: "... Propuesta...", cit., pág. 485.

¹⁵² En DOMÍNGUEZ GARCÍA: "Aproximación...", cit., pág. 429, no trata de la cuestión, limitándose a afirmar que las polémicas en torno a la naturaleza jurídica de los contratos de distribución están superadas, con remisión en nota a pie de página a lo que parece ser su tesis doctoral.

"de distribución", amplía la materia objeto de investigación y su complejidad hasta límites insospechados.

No satisfecho con esta primera reducción del concepto de dudoso recibo, introduce una segunda, igualmente discutible: afirma que estas figuras atípicas "tienen en común en todo caso, desde una perspectiva de derecho, la actuación del distribuidor en nombre y por cuenta propios". Sorprende esta afirmación, cuando, por aquél entonces, el contrato de agencia era atípico y puede considerarse un contrato de distribución integrada. La única explicación posible es, una vez más, el deseo del autor de limitar el estudio de la tutela del intermediario únicamente en los contratos de distribución integrada pero indirecta, y no directa, como es el caso de la agencia. Este segundo argumento tiene una gran trascendencia posterior, porque, en primer lugar, impide formar un concepto de contratos de distribución que agrupe todas los sistemas contractuales de distribución integrada –el autor dice, contundentemente, que tal nota diferenciadora "hace imposible la reconducción de ambos sectores a una categoría jurídica unitaria"–; y, en segundo lugar, al no formar una categoría jurídica unitaria, esta nota diferenciadora excluye "in radice" la aplicación analógica del régimen de la agencia a los contratos de concesión, *agrégation* y *franchising*.¹⁵³

La fragilidad de este hilo argumentativo es algo que no pasa desapercibido a su autor, quien, siempre para llegar al mismo resultado, introduce en la ulterior de sus publicaciones cambios en la argumentación, aunque con idéntica suerte. Comienza por acotar "el fenómeno jurídico de la distribución" de manera más restrictiva, es decir, reduce el paradigma de referencia en mayor grado, para que encaje con los tipos contractuales que quiere estudiar. Así, como ya se puso de relieve, limita aquí el "*concepto económico unitario* de distribu-

¹⁵³ Véase DOMÍNGUEZ GARCÍA: "... Propuesta...", cit., págs. 482-483 y 487.

ción comercial" a los vínculos verticales y descendentes en los canales de distribución. En segundo lugar, acude nuevamente al argumento de la "recepción disgregada" del fenómeno económico en sectores normativos de naturaleza diversa. Es cierto que los vínculos que son manifestación de la organización de la distribución vertical descendente están sometidos a distintos sectores normativos –hablar de "recepción" tal vez resulte algo exagerado—. Lo que ya no es aceptable es la adjudicación a la que procede el autor, pues dice, por lo que aquí interesa, que "la distribución directa por órganos extraños (se ubica) en el ámbito de los contratos de mandato mercantil, y la distribución indirecta integrada (o por órganos extraños), en el marco de la contratación mercantil atípica"¹⁵⁴. De nuevo identifica la distribución integrada únicamente con la distribución integrada indirecta, con los contratos de concesión, *agrégation* y franquicia, excluyendo el de agencia, que se ubica en "los contratos de mandato mercantil", siendo que, a la sazón, también es atípico. No obstante, en esta ocasión, no se acude expresamente al dato de la "atipicidad" a la hora de perfilar el concepto jurídico, sino que la argumentación va por otros derroteros. Continúa diciendo que "[c]ongruentemente, la cuestión se enuncia como la eventual reconducción del concepto económico a un concepto jurídico, en qué términos y con qué límites". Efectivamente, hay que decidirse. Ello "obliga a afrontar la disyuntiva de trasladar sin más el concepto económico de distribución a la esfera jurídica –concepto amplio– o limitar su extensión *en base a unas mínimas exigencias de orden técnico-jurídico* con una impronta sistematizadora del temario –concepto restringido–". Pero es que el concepto amplio resultaría ya de por sí bastante restringido, si se confronta el "concepto económico unitario" que el autor maneja en este segundo trabajo con la noción

¹⁵⁴ Véase DOMÍNGUEZ GARCÍA: "Aproximación...", cit., págs. 424-425 –la cursiva es del original–, al margen de que la distribución directa por órganos propios la ubica únicamente en el Derecho de sociedades, para las filiales, "o en la normativa relativa a las sucursales", olvidando el Derecho del trabajo y el Derecho mercantil para los auxiliares dependientes.

económico-empresarial de distribución comercial. Al margen de ello y atendiendo al concepto jurídico restringido, no se alcanza a ver cuáles son esas "mínimas exigencias de orden técnico-jurídico" a que se refiere, si no es lo que en el primero de sus trabajos reconocía que constituía una "complicación especial". Y así confiesa que "[e]l mismo hecho de la apuntada disgregación es decisivo para la opción por un concepto restringido". Y, sin haber aludido anteriormente a esta nota distintiva, limita dicho concepto restringido "a aquellos supuestos en los cuales el distribuidor como tal desarrolla su actividad de manera autónoma", es decir, actúa en nombre y por cuenta propios, excluyéndose "la tesis del concepto amplio en función de la vaguedad y generalidad de una fórmula carente de virtualidad jurídica"¹⁵⁵.

Dentro del concepto restringido de contratos de distribución, DOMÍNGUEZ GARCÍA identifica, en el primero de los trabajos, dos elementos con valor conceptual –o "rasgos jurídicos caracterizadores mínimos"–: la actuación en nombre y por cuenta propios del intermediario y su obligación de promoción de la comercialización de los productos o servicios objeto del contrato, abandonando como elementos definidores de la categoría tanto la cláusula de exclusiva como los signos distintivos. Por otra parte, señala como la obligación de promoción se encuentra en relación directa con la caracterización de los contratos de distribución como contratos-marco, pues tal obligación última se concreta en los distintos derechos y obligaciones que para las partes resultan de ese contrato-marco. Y, a su vez, el hecho de que los contratos de distribución sean contratos-marco implica que regulan obligatoriamente una relación jurídica duradera¹⁵⁶. Sin embargo, queda relegado a un segundo plano el elemento delimitador consistente en la

¹⁵⁵ Véase DOMÍNGUEZ GARCÍA: "Aproximación...", cit., págs. 425-426 –la cursiva es nuestra–. En cuanto a la vaguedad y generalidad de la fórmula, y su carencia de virtualidad jurídica, ténganse en cuenta las consideraciones expuestas *supra*, en epg. VII.

¹⁵⁶ Véase DOMÍNGUEZ GARCÍA: "... Propuesta...", cit., págs. 483 y 484-486.

externalización controlada de la actividad de promoción; es decir, la asunción por el intermediario de la actividad de promoción de los productos del fabricante, pero sometido en el ejercicio de dicha actividad a un conjunto de deberes establecidos en el contrato-marco, y que representa la implementación jurídica de la función económica de técnica contractual de integración de empresas (*Eingliederung*) y, en definitiva, del mecanismo de control de la distribución, que caracteriza a estos contratos. El autor, al conferir el protagonismo delimitador a la externalización de la actividad de transmisión, pone el acento sobre el (mayor) desplazamiento del riesgo del productor al intermediario que implican tales vínculos contractuales —siempre dentro de su visión vertical descendente del fenómeno económico—¹⁵⁷. Pues no debe obviarse que, si bien, lógicamente, el desplazamiento del riesgo es mayor en los contratos en los que el intermediario actúa en nombre y por cuenta propios —así, en los de concesión y franquicia—, que en aquéllos en los que éste actúa en nombre y por cuenta del empresario —así, en el de agencia—, en ambos casos asume riesgos económicos; de manera que, si se trata de integración directa, los ligados al flujo de persuasión o, lo que es igual, los riesgos propios de ser titular de los medios necesarios para desarrollar la actividad de promoción, y, en el caso de integración indirecta, además, los inherentes al flujo de titularidad o, lo que es lo mismo, los riesgos propios de ser propietario del producto objeto de distribución. Una vez más, el autor cierra los ojos, y hace de la actuación en nombre y por cuenta propios respecto de la actividad de transmisión el eje fundamental del concepto de contratos de distribución. Pero esto es malinterpretar la función económica principal de la categoría: los contratos de distribución, expresión de los sistemas contractuales de distribución integrada, no tienen como fin esencial el desplazamiento del riesgo inherente a la transmisión de los productos —que, por ejemplo, ya se da en la compraventa mercantil,

¹⁵⁷ Véase DOMÍNGUEZ GARCÍA: "Aproximación...", cit., págs. 421-422 y 429.

propia de los canales convencionales—, sino el incremento del control de la distribución comercial, eso sí, a menor coste que si se acude a un sistema corporativo de distribución integrada¹⁵⁸. El objetivo principal de la distribución integrada es el control de la distribución. Así, dicha función económico-empresarial y su expresión jurídica, la obligación de desarrollar una actividad de promoción, son los que tienen el protagonismo delimitador de la categoría de los contratos de distribución. Y ya dentro de los sistemas de distribución contractual, los contratos de distribución integrada indirecta posibilitan alcanzar un determinado grado de control a menor coste que los contratos de distribución integrada directa, aunque estos últimos posibilitan alcanzar un mayor control de la distribución. Pero, en definitiva, la obligación de desarrollar una actividad de promoción se perfila como la nota con verdadero poder delimitador y, además, común a los contratos de agencia, concesión y franquicia¹⁵⁹; la distribución integrada en su modalidad de sistemas contractuales debe ser el dato delimitador de la categoría de los contratos de distribución en sentido restringido.

Finalmente, y por lo que a las notas "más acusadas" de los contratos de distribución se refiere, el autor detecta cuatro, consecuencia todas ellas de tratarse de contratos-marco: son contratos de adhesión, de duración, *intuitus personae* y de colaboración (económica) entre empresas. Se presta una mayor atención a las notas de la adhesión, que se relaciona con el momento genético del contrato, y de la duración, que se relaciona con el momento final del mismo¹⁶⁰. Llama la atención como el autor confiere un excesivo protagonismo a la nota de la

¹⁵⁸ Véase *supra*, epg. V. 6. B. b.

¹⁵⁹ No en vano, DOMÍNGUEZ GARCÍA detecta una línea evolutiva que liga a la agencia, a la compraventa de exclusiva, y a la concesión, la *agrégation* y el *franchising* (véase IDEM: "... Propuesta...", cit., pág. 479).

¹⁶⁰ Véase DOMÍNGUEZ GARCÍA: "... Propuesta...", cit., pág. 486; e IDEM: "Aproximación...", cit., págs. 430-431. Sobre los contratos de adhesión, véase IBIDEM, págs. 431-436; sobre los contratos de duración, véase IBIDEM, págs. 436-443.

contratación adhesiva, que realmente es una nota propia de la moderna contratación en general, mientras que no presta tanta atención a la nota del carácter duradero de los contratos de distribución, que sí es característica de la moderna distribución comercial, pues es una de las consecuencias del paso de un canal convencional a un canal organizado.¹⁶¹

VIII. 1. B. b. ii. β. Tendencias hacia la flexibilización del concepto de contratos de distribución comercial

La delimitación efectuada por DOMÍNGUEZ GARCÍA ha constituido el punto de referencia de la doctrina española hasta fechas muy recientes. No obstante, en la actualidad es posible detectar una serie de aportaciones que suponen un replanteamiento de la cuestión, comenzando por la del propio autor, y que tienden todas ellas a flexibilizar el concepto restringido antaño acuñado.

En efecto, recientemente vuelve a ocuparse DOMÍNGUEZ GARCÍA de la materia y a abordar de nuevo la cuestión de la categoría de los contratos de distribución, si bien en un marco de trabajo distinto¹⁶², ya que se realiza un tratamiento mucho más general de la materia, tanto en atención a la aproximación a la misma –pues no se elude la exposición de los problemas que se plantean desde el Derecho de defensa de la competencia, aunque ello se haga de manera más somera que cuando se analiza la materia desde el Derecho de obligaciones y contratos– como, y sobre todo, por los tipos contractuales que son objeto de estudio

¹⁶¹ De hecho, tal dato es apreciado por DOMÍNGUEZ GARCÍA: "Aproximación...", cit., pág. 436. Sin embargo, del mismo nada deduce para la categoría de los contratos de distribución, pese a apreciar problemas idénticos a los que se plantean en la agencia, incluso con cita del Derecho alemán (véase *infra*, epg. IX. 4.).

¹⁶² DOMÍNGUEZ GARCÍA: "Los contratos...", cit., págs. 1275-1384.

—señaladamente, se ocupa del contrato de agencia—. Se observa un cambio en los planteamientos del autor, así como en las conclusiones, pero no tanto por lo que se refiere al concepto de contratos de distribución, sino, en mayor medida, a las consecuencias de dicha delimitación.

En primer lugar, facilita una noción de distribución comercial —aunque, más que definir el fenómeno económico, alude a los cambios que éste ha experimentado en los últimos cincuenta años— que pivota sobre el objetivo del control del canal de distribución¹⁶³, e insiste en el carácter unitario y la amplitud de dicho concepto económico. Pese a ello, de una parte, sigue atendiendo exclusivamente a los vínculos existentes en los canales de distribución comercial —es decir, continúa reduciendo el fenómeno económico de la distribución comercial a dichos vínculos— y, de otra parte, centra de nuevo su atención en la distribución integrada —y aunque este dato sea omitido por el autor— vertical descendente, a la que se refiere con una nueva terminología, pues habla de "distribución simbiótica" para referirse a la distribución integrada indirecta.¹⁶⁴

Con el objeto de delimitar la "noción jurídica de distribución comercial" —o, mejor dicho, qué manifestaciones jurídicas de los vínculos existentes en los canales de distribución comercial deben a juicio del autor englobarse en el concepto de contratos de distribución—, DOMÍNGUEZ GARCÍA procede, esta vez, en sucesivas aproximaciones. En primer lugar, formula un (a) concepto que se denominará "amplio"

¹⁶³ DOMÍNGUEZ GARCÍA: "Los contratos...", cit., núm. 1, pág. 1276, dice que "[l]a distribución comercial significa una superación de la intermediación tradicional mediante la aplicación por los operadores económicos de las técnicas de la comercialización asociada o integrada, horizontal o verticalmente, en los mercados ascendentes o descendentes, *con el objeto de controlar* la oferta o de la demanda en aras de la adecuación de la producción al consumo intermedio y final o viceversa, en último término de la competitividad" —la cursiva es nuestra—.

¹⁶⁴ Véase DOMÍNGUEZ GARCÍA: "Los contratos...", cit., núms. 2-3, págs. 1276-1277.

de contratos de distribución, pues coincide con el que en sus dos estudios anteriores ya identificaba como "noción amplia" de contratos de distribución. Con esta acepción se alude a cualquier vínculo que pueda servir para articular un canal de distribución, donde engloba "técnicas asociativas, cooperativas o consorciales y técnicas contractuales de recepción de la distribución simbiótica". Llama la atención que, dentro de las técnicas contractuales, sólo aluda a las de recepción de la distribución simbiótica, y no a otras técnicas contractuales que, si bien no son expresión de la distribución simbiótica, sí que pueden servir para articular un canal de distribución, como, por ejemplo, es el caso del contrato de compraventa. El autor descarta tal concepto, esgrimiendo argumentos ya conocidos: de nuevo afirma que la noción económica se disgrega en la órbita del Derecho, de manera que "no permite una reconducción jurídica unitaria del concepto económico de distribución comercial, si no es mediante un Derecho de la distribución formal y asistemático reducido a una sucesión de regímenes contractuales heterogéneos de muy limitada trascendencia material". En segundo lugar, como se podrá apreciar inmediatamente, establece un nuevo (b) concepto que podría denominarse "intermedio" de contratos de distribución: "todo contrato mercantil directamente sinalagmático, con la exclusión conocida de los contratos de sinalagmaticidad funcional mediata propia de las sociedades personalistas, instrumentalmente apto para la finalidad distributiva, ya sean de causa-función típica o atípica", y tanto dependiente como independiente. Se trata de "un concepto comprensivo de las formas de revestimiento jurídico negocial de la distribución directa por órganos extraños y de la distribución indirecta". Incluye el contrato de agencia, como dependiente, y los contratos de licencia de marca, aislado o en combinación con licencias de patente y/o de *know-how*, y los contratos de *agrégation*, de concesión y de franquicia en todas sus modalidades, como independientes. Y, en tercer lugar, reformula el (c) concepto "restringido" de contratos de distribución: "contrato cuya causa-función

típica y exclusiva es la distribución descendente indirecta"¹⁶⁵. Incluye los contratos de *agrégation*, de concesión y de franquicia comercial. Refiriéndose a estos tres tipos, DOMÍNGUEZ GARCÍA facilita una segunda definición de contratos de distribución en sentido restringido: son "[c]ontratos en virtud de los cuales un empresario de la intermediación (distribuidor) se obliga autónomamente, como contrapartida de unas fundadas expectativas de ganancia anudadas a una posición privilegiada en el mercado de la reventa, a *promover* la comercialización de productos fabricados por la contraparte (concedente o franquiciador), cuya finalidad requiere, según los casos, una serie de eventuales negocios instrumentales como el suministro o las licencias sobre bienes inmateriales de la propiedad industrial".¹⁶⁶

El autor opina que los contratos de distribución en sentido restringido así delimitados constituyen un conjunto de contratos legalmente atípicos y socialmente típicos que conforman una categoría negocial autónoma y separada de los simples negocios funcionalmente aptos para la distribución. Es decir, tal categoría se aglutina en torno a una causa-función típica, en cuanto forma de revestimiento jurídico o cauce negocial, exclusivo y excluyente, consolidado en la praxis, de la llamada distribución –omite nuevamente decir "integrada"– indirecta. E insiste en que esta causa-función socialmente típica, cual es la distribución comercial integrada, adquiere una trascendencia ontológica y de régimen al reconducir unitariamente el fenómeno, cuyos elementos de localización afloran en un elenco de causas contractuales dotadas de una unidad funcional por una teleología distributiva económica dotada de tipicidad social¹⁶⁷. En resumidas cuentas, pese a la aparente amplia-

¹⁶⁵ DOMÍNGUEZ GARCÍA: "Los contratos...", cit., núms. 4-6, pág. 1277.

¹⁶⁶ DOMÍNGUEZ GARCÍA: "Los contratos...", cit., núm. 172, pág. 1343 –la cursiva es nuestra–, con cita de PARDOLESI: *I contratti...*, cit., pág. 297.

¹⁶⁷ Véase DOMÍNGUEZ GARCÍA: "Los contratos...", cit., núm. 6., pág. 1277, y núm. 173, pág. 1343.

ción del concepto de contratos de distribución —merced a la introducción de una acepción intermedia del concepto—, la acepción preferente se mantiene en los anteriores términos y con idéntico talante excluyente. Pero este replanteamiento no es puramente formal, pues, en esta ocasión, se hace descansar la noción restringida sobre el fundamento de la causa-función típica de los contratos considerados —si bien, al considerar que ésta es la distribución integrada contractualmente y, además, indirecta, vuelve a excluirse al contrato de agencia de la categoría—.

Antes de analizar con mayor detalle el alcance de los cambios en el discurso de este autor, ha de insistirse en el dato de que, en esta ocasión, la imposibilidad de reconducir los contratos de distribución a los tipos preexistentes y las categorías económicas tradicionales no le lleva a negar la posibilidad de calificarlos desde el punto de vista causal o funcional. Así, los contratos de distribución son contratos-marco que se caracterizan por "la obligación básica del concesionario de promover y realizar autónomamente la comercialización de los productos contractuales teniendo en cuenta los intereses de la contraparte dada la naturaleza de contrato de gestión o prestación autónoma de servicios en interés ajeno", o dicho de otro modo, más amplio, de colaboración; es decir, los actos y contratos singulares de ejecución del contrato-marco están "dotados de unidad funcional por la causa económica objetiva única y típica del negocio fundamental cual es la distribución integrada o indirecta (*rectius*, integrada indirecta)".¹⁶⁸

Hecha esta advertencia, en primer lugar, se aprecia una variación en cuanto a la delimitación de los conceptos de contratos de distribución. Así, se ha intercalado un grado —el ahora identificado como "concepto intermedio"—, que se sitúa entre el concepto amplio y el

¹⁶⁸ Véase DOMÍNGUEZ GARCÍA: "Los contratos...", cit., núm. 178, pág. 1345.

concepto restringido; mientras que este último, si bien no presenta alteraciones en cuanto a su alcance, sí lo hace en cuanto a la técnica de delimitación utilizada. Sin embargo, y en segundo lugar, continúan ocultas las razones que justifican la delimitación efectuada del concepto restringido de contratos de distribución, que es la acepción por la que, una vez más, se opta como concepto preferente de contratos de distribución. Es decir, pese a la matización introducida, sigue sin comprenderse por qué no se toma como criterio para separar la noción amplia de la noción restringida el que la causa-función típica¹⁶⁹ de los contratos de distribución en sentido restringido consista en articular la distribución integrada mediante un sistema contractual vertical descendente; no se alcanza a ver dónde radica esa trascendencia ontológica y de régimen derivada del dato de que la distribución integrada mediante un sistema contractual vertical descendente sea indirecta. Como tampoco se entiende por qué no se delimita la noción amplia de contratos de distribución en atención a que la causa-función típica de los contratos sea articular la distribución integrada mediante un sistema de distribución contractual.

Es decir, si a lo que se atiende es a la función económica, dentro de una noción amplia, lo que parece que puede dotar al concepto de una unidad funcional es el que estos contratos constituyen mecanismos (contractuales) no societarios de control del canal de distribución, que presentarán además en común las notas de dependencia económica¹⁷⁰ y

¹⁶⁹ No parece que tenga mucho sentido añadir que la causa-función típica tiene carácter exclusivo y excluyente. En primer lugar, realmente, pocos contratos hay que únicamente cumplan una causa-función; así, el contrato de concesión es también un contrato de colaboración. En segundo lugar, no se entiende muy bien qué se quiere decir con "excluyente". De no reiterarse la idea de la exclusividad, parece que lo que se quiere poner de manifiesto es que sólo los contratos de *agrégation*, concesión y franquicia responden a esta causa-función. Sin embargo, no va a ser este un dato con poder delimitador, pues nada impide que en el futuro aparezcan nuevos tipos contractuales que respondan a las notas delimitadoras de la categoría. Más bien parece que, en ambos casos, se trata de adjetivos con una mera función retórica.

¹⁷⁰ Situación que tradicionalmente viene traduciendo en términos de subordinación

de duración. Posteriormente se distinguirá entre los planos horizontal y vertical, y, dentro del plano vertical, entre distribución descendente y ascendente, así como entre distribución directa e indirecta.

Esbozado este cuadro, y puestos a acotar el concepto restringido de contratos de distribución, además de su circunscripción a la dimensión vertical, lo que sí que parece tener relevancia delimitadora es el sentido en el que se produce la integración; es decir, si ésta es descendente o ascendente, pues ello se traduce en un distinto contenido obligacional básico de la parte económicamente dependiente: la obligación de promoción o difusión en el caso de la distribución integrada descendente, frente a la obligación de provisión o suministro, en la distribución integrada ascendente.

Continuando con el concepto restringido, ha de tenerse presente que la distribución mediante integración (*Eingliederung*) aplicada en el plano vertical y en un sentido descendente, no presupone necesariamente la actuación por cuenta y en nombre propios del intermediario integrado: nos encontramos con distribución integrada tanto directa como indirecta. Es paradójico cómo, dentro de la explicación del concepto restringido, y tras distinguir entre contratos que permiten el control de la comercialización en un contexto de descentralización de la actividad de promoción o difusión, y contratos que permiten el control de la comercialización en un contexto de descentralización tanto de la actividad de promoción o difusión como de la propia actividad de venta o transmisión¹⁷¹, el propio autor resalta la idea de que "[a] las empresas

de un parte respecto de la otra, pero que también puede entenderse en términos de coordinación, como en efecto sucede; en efecto, esta constituye una de las denominadas "ideas fijas" del Derecho de la distribución que éste está llamado a superar (véanse *supra*, epg. VI. 2., e *infra*, epg. IX. 4. A.).

¹⁷¹ No parece acertado contraponer los términos "promoción" y "comercialización". En realidad, cuando DOMÍNGUEZ GARCÍA se habla de "comercialización" se quiere aludir a la transmisión de la titularidad del producto objeto de distribución. Es preferible contraponer "promoción" y "transmisión", y reservar el término "comercialización" para lo que es,

fabricantes o mayoristas interesa, en todo caso, el control del *iter* del producto hasta su destino final, de ahí la erección de redes de comercialización capilar descentralizada sobre la base de contratos aislados"¹⁷². Su discurso es completamente enigmático: ¿por qué en lugar de atender como causa-función típica del concepto restringido a la función económica de la integración vertical descendente, se atiende, además y preponderantemente, a la nota del carácter directo o indirecto de la integración? La única explicación es la persistencia del empeño en excluir la agencia del concepto restringido de contratos de distribución. Nadie afirma que sea lo mismo la distribución integrada vertical descendente directa que la indirecta, pero ¿por qué no se puede estar en ambos casos ante contratos de distribución en sentido restringido?

Esta suerte de fijación parece confirmarse si se atiende al siguiente pronunciamiento: "la causa-función del contrato de agencia no es típicamente distributiva sino incolora o atípica". Ello se justifica de la siguiente manera: "el contrato puede servir de cauce comercial no solo para la *distribución capilar directa de productos* sino también para el desarrollo de cualquier clase de actividad promocional en los términos conocidos tanto en los *mercados de productos ascendentes* (compras) como de la *prestación de servicios* (transportes, bancarios, seguros, etc.), en definitiva cualquier actividad orientada a promover como resultado la conclusión de toda clase de actos u operaciones mercantiles"¹⁷³. Esta justificación se cae por su base, ya que descansa en una percepción, como se ha explicado, excesivamente reduccionista de la distribución comercial. De una parte, la distribución integrada vertical

sinónimo de "distribución", y que engloba tanto la promoción como la transmisión del producto objeto de distribución.

¹⁷² DOMÍNGUEZ GARCÍA: "Los contratos...", cit., núm. 6, págs. 1277-1278.

¹⁷³ DOMÍNGUEZ GARCÍA: "Los contratos...", cit., núm. 13, pág. 1280 –las cursivas son nuestras; y téngase presente que el autor utiliza el término "productos" como sinónimo de bienes, pero excluye del mismo los servicios—.

puede desarrollarse igualmente en sentido ascendente —es decir, en lugar de un "agente de ventas" se estará ante un "agente de compras"—. Esto, lo único que viene a indicar es que el contrato de agencia puede superar el marco de la distribución integrada vertical descendente, es decir, el concepto de contrato de distribución en sentido restringido, para pertenecer también al concepto amplio de contratos de distribución. De otra parte, la distribución puede tener por objeto servicios. Además, no se debe confundir la prestación del servicio con la promoción de la contratación y prestación del mismo, pues lo primero no corresponde propiamente al agente.

No se comparte pues que la afirmación de que la causa-función típica del contrato de agencia sea "incolora"¹⁷⁴, sino que, como el propio DOMÍNGUEZ GARCÍA reconoce, consiste en el desarrollo de una actividad de promoción, actividad que se insertará en un canal de distribución comercial. Es más, que el deber de promoción es manifestación de la causa-función típica de los contratos de distribución integrada vertical descendente es puesto de manifiesto por el propio autor cuando trata del origen del contrato de concesión. Así, identifica como antecedente próximo el contrato de compraventa con exclusividad a favor de comprador-revendedor profesional al grueso o al detalle, y dice: "[l]a incorporación posterior de la obligación de promoción de las reventas por el comprador y (*sic.*) la cláusulas de control de la comercialización a favor del vendedor convierte el supuesto en concesión mercantil"¹⁷⁵. Es decir, la actuación en nombre y por cuenta propios no es el dato decisivo para poder hablar de contrato de distribución en sentido restringido. Lo que produce la mutación tipológica es la asunción por el

¹⁷⁴ Así, hay quien distingue entre "red de ventas", en el caso de la agencia, y "red de distribución", en el caso de la concesión y de la franquicia, para aludir a este mayor o menor grado de control de la distribución. Entre nosotros, SORIA FERRANDO: *El agente de comercio...*, cit., pág. 11 y sigs. Sin embargo, esta distinción, de origen francés, no se estima acertada (véase *supra*, epg. V. 6. D.; y, para su crítica, véase *infra*, epg. IX. 3.).

¹⁷⁵ DOMÍNGUEZ GARCÍA: "Los contratos...", cit., núm. 174, pág. 1343.

distribuidor de una obligación de promoción controlada por el fabricante. De ahí que no se pueda compartir que la causa-función de los contratos de distribución deba consistir en "la obligación continuada del distribuidor, como empresario autónomo de la intermediación (*sic.*) (*Kauffmann*), de promoción y comercialización de los productos contractuales"¹⁷⁶, pues la comercialización, entendida como sinónimo de transmisión, es un dato que modaliza la categoría, pero no es decisivo para la delimitación de la misma. Y esto es así porque la asunción de la obligación de transmisión lo que introduce es una variación en la relación control-coste del control, pero no determina la función económica principal, que es la del control de la distribución.

Finalmente, introduce una nueva distinción entre distribución comercial material (o física) e inmaterial, pero sin llegar a delimitar de modo preciso en qué consiste tal distinción. Así, habla de "distribución comercial material descendente en sentido amplio" para referirse tanto al contrato de agencia como al de concesión. Parece que tal diferenciación quiera aludir a si lo que es objeto de distribución es un bien (distribución comercial material) o un servicio (distribución comercial inmaterial); de manera que dentro de los contratos de distribución inmaterial se cuentan las licencias de fabricación (de marca, de patente y de *know-how*) y la franquicia de servicios. Por contra, la agencia, la concesión, la *agrégation* y la franquicia comercial se cuentan dentro de la distribución material. Sin embargo, realmente, no es seguro que esto sea así, pues el propio autor, cuando se refiere a la distribución inmaterial, afirma que es "esencial de los servicios y extensible a los productos", sin que se llegue a saber a ciencia cierta que alcance tiene esta matización¹⁷⁷. Además, reconoce que el contrato de agencia puede tener por objeto la distribución de servicios¹⁷⁸. Tal vez se quiera aludir, en realidad, al hecho de que

¹⁷⁶ DOMÍNGUEZ GARCÍA: "Los contratos...", cit., núm. 175, pág. 1344 –la cursiva es nuestra; téngase presente que el autor utiliza el término "comercialización" como sinónimo de transmisión–.

¹⁷⁷ Véase DOMÍNGUEZ GARCÍA: "Los contratos...", cit., núms. 8-10, págs. 1278-1279.

¹⁷⁸ Véase DOMÍNGUEZ GARCÍA: "Los contratos...", ob. cit., núm. 13, pág. 1280.

en función, ya sea del producto, ya sea del sistema contractual elegido, habrá mayor o menor necesidad de transmitir el uso de bienes inmateriales. Pero, en cualquier caso, introducir esta distinción no hace sino complicar innecesariamente el análisis.

Los contornos de la delimitación de los contratos de distribución en sentido restringido propuesta por DOMÍNGUEZ GARCÍA se aprecian mejor si se estudia la confrontación que el autor hace entre los contratos de agencia y de concesión. Además, se refuerza la conclusión a la que se llega: que el origen de la discrepancia radica en no distinguir entre la actividad de promoción y la de transmisión, actividades que se entremezclan constantemente. Así, el carácter principal o auxiliar no debe predicarse en su conjunto, respectivamente, del contrato de concesión o de agencia, sino de la actividad de transmisión; esto es, no en relación a la actividad de promoción, que en ambos casos es principal. El elemento fundamental delimitador de la categoría debe ser la actividad de promoción, reflejo de la función económica de control de la distribución que cumplen estos contratos; la reventa es secundaria, es un modo de distribuir los riesgos-costes. Finalmente, y por lo se refiere al carácter autónomo de la actividad tanto del concesionario como del agente, dicha nota presenta idénticas matizaciones en ambos casos, puesto que en los dos supuestos el intermediario actúa también en interés ajeno.

En efecto, a la hora de delimitar la categoría de los contratos de distribución —siempre en el seno de un canal organizado, en el plano vertical, y en sentido descendente—, se puede atender a dos datos: bien a la titularidad de los medios necesarios para realizar la actividad de promoción —así, se distinguirá entre distribución directa por órganos propios, de un lado, y distribución directa por órganos extraños y distribución indirecta, del otro—, bien a la titularidad del producto objeto de dicha actividad —así, se diferenciará entre distribución directa e

indirecta—. Desde el punto de vista de la tutela del intermediario, ambos datos son relevantes para determinar el régimen aplicable, pero la titularidad del producto es un dato llamado a modalizar la aplicación del régimen común determinado por la titularidad de los medios necesarios para realizar la actividad de promoción. El hecho de que, respecto de la transmisión, el uno actúe en nombre y por cuenta de su principal, y el otro lo haga en nombre y por cuenta propia, diferencia al agente del concesionario en la mayor asunción de riesgo por éste. La diferencia entre desarrollar, en nombre propio y por cuenta propia, *únicamente una actividad de promoción* —eventualmente acompañada del desarrollo en nombre ajeno y por cuenta ajena de una actividad de transmisión—, o desarrollar, en nombre propio y por cuenta propia, una *actividad de promoción y transmisión*, es un dato relevante. Pero no supone la "imposibilidad *in radice*" de aplicar un régimen similar a los contratos de agencia y de concesión, especialmente en cuanto a la extinción de estos contratos y sus consecuencias patrimoniales, pues existe una necesidad de protección común que radica principalmente en la situación de dependencia económica. Situación que, en realidad, no deriva de la asunción de riesgos financieros propios de la transmisión, sino del grado real de integración, de la posibilidad real de decidir por sí solo el precio y las otras condiciones de comercialización del producto objeto de distribución. Es decir, la actividad promocional también se desarrolla en interés ajeno, entendido ello como expresión de la situación de dependencia económica en la que se encuentra el intermediario.

No debe entenderse la expresión "actuación en interés ajeno" como sinónima de la de "actuación por cuenta ajena", que es como habitualmente es empleada, especialmente cuando se aborda la cuestión de la representación indirecta¹⁷⁹. En tal contexto, lo que se plantea a la hora de

¹⁷⁹ Así, véanse RIVERO HERNÁNDEZ, F.: "La representación", en: LACRUZ BERDEJO, J. L., LUNA SERRANO, A., y RIVERO HERNÁNDEZ, F.: *Elementos de Derecho civil, I* (Parte general del Derecho civil), vol. 3.º (El derecho subjetivo), 2.ª ed., Bosch, Barcelona, 1990,

identificar al titular del interés, es una cuestión de asignación de la responsabilidad patrimonial que el acto o negocio jurídico genera en la esfera *extrapartes* de la relación de representación, mientras que aquí lo que se plantea es la existencia de una situación de dependencia económica, que permanece en la esfera *intrapartes*, y que se traduce, en su caso, en determinadas consecuencias patrimoniales en el momento de la terminación de la relación contractual. De manera que deben diferenciarse la actuación "en nombre", "por cuenta" y "en interés" ajeno. Precisamente, los equívocos de DOMÍNGUEZ GARCÍA tienen en buena parte su origen en el recurso a datos relevantes en la esfera *extrapartes*, cuando lo que se está dilucidando incumbe a la esfera *intrapartes*.

Es cuestionable, pues, que exista una correspondencia directa entre asunción del riesgo y libertad de acción, que se sea más independiente cuanto más riesgo financiero de la actividad de transmisión se asuma. La independencia está en función del grado de control al que se somete la actividad de promoción y no del riesgo financiero asumido. Lo que hay es un mayor beneficio, pero no una mayor independencia, como más adelante se insistirá.¹⁸⁰

Si prestamos atención a DOMÍNGUEZ GARCÍA, rasgos comunes entre el contrato de agencia y el de concesión son, en su opinión, que en ambos casos se está ante un contrato ontológico de empresa, de duración, de confianza y de adhesión.¹⁸¹

Pero se olvida del rasgo más importante, la común función de

pág. 293 y sigs., especialmente págs. 297 y 339 y sigs.; Díez-PICAZO, L., y GULLÓN, A.: *Sistema de Derecho civil*, vol. I (Introducción. Derecho de la persona. Autonomía privada. Persona jurídica), 8.ª ed., revisada y puesta al día, Tecnos, Madrid, 1994, pág. 579 y sigs., especialmente págs. 581 y 610 y sigs.; y GARRIGUES: *Tratado...*, cit., t. 1, vol. 2.º, págs. 1423-1425.

¹⁸⁰ Véase *infra*, en este mismo epígrafe, a propósito de la postura de MARTÍNEZ SANZ la extensión analógica de la indemnización por clientela prevista en la LCA.

¹⁸¹ Véase DOMÍNGUEZ GARCÍA: "Los contratos...", cit., núm. 179, pág. 1346.

externalización controlada de la promoción: son contratos de distribución; comunidad que el propio autor no puede evitar que se deslice en el título que da al conjunto de trabajo que ahora es objeto de comentario.

El rasgo diferenciador consiste en que la concesión "genera una relación de colaboración interempresarial en cuyo seno el concesionario desenvuelve una actividad principal, en esencia con respecto a la reventa o comercialización de los productos contractuales, frente a la heteronimia que preside la actividad de agente en dicha faceta"¹⁸². Es decir, que el concesionario actúa en nombre y por cuenta propios, mientras que el agente no, pues lo hace en nombre y por cuenta ajenos. Pero, visto así, incluso puede que el agente "no actúe" en absoluto, porque tal nota, así expuesta, se predica únicamente de la actividad de transmisión, y no de la de promoción. Efectivamente, tanto el contrato de agencia como en el de concesión instauran una actividad autónoma (de colaboración empresarial) de promoción. La diferencia se refiere a la actividad de transmisión, que, usando de la terminología empleada por este autor, es eventual y heterónoma en la agencia, mientras que es esencial y autónoma en la concesión.¹⁸³

Esta diferencia entre el contrato de agencia y el de concesión se traslada de una manera inexacta cuando se dice que "[p]or lo tanto, la obligación fundamental no es fungible con la propia del agente. El distribuidor, en definitiva, desenvuelve una actividad empresarial principal y autónoma en la promoción y en la comercialización, mientras que el agente desarrolla una actividad autónoma y auxiliar de mera promoción de reventas estrictamente remunerada y en interés del empresario principal y, en su caso, también una actividad de

¹⁸² Véase DOMÍNGUEZ GARCÍA: "Los contratos...", cit., núm. 181, pág. 1346 –téngase presente, como ya se ha indicado, que el autor emplea el término "comercialización" como sinónimo de transmisión–.

¹⁸³ Véase DOMÍNGUEZ GARCÍA: "Los contratos...", cit., núm. 22, pág. 1286.

comercialización absolutamente dependiente y sin asunción de riesgos".¹⁸⁴

En primer lugar, la obligación fundamental es la de promoción, y no la de promoción y transmisión. En ambos casos, la actividad de promoción es autónoma. Cosa distinta es que, respecto de la transmisión, se diga que en el caso del agente es auxiliar, mientras que en el caso del concesionario es principal, porque este último actúa en la transmisión en nombre y por cuenta propios, mientras que el agente, si lo hace, actúa en nombre y por cuenta ajenos. El uso del calificativo "auxiliar" da a entender que el único interés que se realiza con la actividad del agente es el del empresario. Pero esto no es así. El propio autor ha afirmado previamente que el agente ejerce una "actividad empresarial de promoción estable y continuada de negocios en nombre e interés propios"¹⁸⁵. Como tampoco es cierto que el calificativo de "principal" que recibe la actividad del concesionario signifique que el único interés que se realiza con su actividad es el suyo propio. Y ello, tanto en el marco de la actividad de promoción como en el de la de transmisión. Así, DOMÍNGUEZ GARCÍA reconoce que, "[n]o obstante, como consecuencia natural del contrato, la autonomía en el desarrollo de la actividad empresarial por parte del concesionario se ve limitada, nunca eliminada, por el derecho del concedente al control, en función de su propio interés contractual, sobre determinadas parcelas de la misma como contrapartida a la posición privilegiada en la comercialización conferida. Se puede decir que como contrapartida al privilegio en la comercialización, el concesionario abdica de la autonomía absoluta"¹⁸⁶.

¹⁸⁴ DOMÍNGUEZ GARCÍA: "Los contratos...", cit., núm. 181, págs. 1346-1347 –téngase presente, como ya se ha indicado, que el autor utiliza el término "distribuidor" como sinónimo de concesionario, y el término "comercialización" como sinónimo de transmisión–.

¹⁸⁵ DOMÍNGUEZ GARCÍA: "Los contratos...", cit., núm. 12, pág. 1280.

¹⁸⁶ DOMÍNGUEZ GARCÍA: "Los contratos...", cit., núm. 181, pág. 1347.

Por utilizar esta no muy afortunada terminología, parece como si el agente fuese completamente autónomo pero auxiliar, mientras que el concesionario sería relativamente autónomo pero principal. Y si ya la validez de esta diferenciación ofrece serias dudas cuando lo que se está comparando son los contratos de agencia y de concesión, todavía resulta más cuestionable si lo que se compara es el contrato de agencia con el de franquicia, en atención al mayor grado de integración en este último contrato con respecto al de concesión.

En definitiva, resulta absolutamente contradictorio afirmar que "los distribuidores estrictos desarrollan una actividad empresarial plenamente autónoma y de carácter principal, de ninguna manera auxiliar o colateral de la empresa concedente [...], la cual, a diferencia de la desarrollada por el agente comercial, es inmune a cualquier clase de instrucción o ingerencia del concedente, *relativamente en la vertiente de la promoción y absolutamente en la vertiente de la comercialización, aunque sometida a control del concedente*, en los términos que veremos, en cuanto el interés económico-contractual depende de los frutos de la misma"¹⁸⁷. No hay ingerencia, pero hay control. ¿Dónde está la diferencia? En verdad, la actividad del concesionario no es inmune a ciertas instrucciones del concedente en el desarrollo de su actividad de promoción —como reconoce DOMÍNGUEZ GARCÍA—, instrucciones que afectan a su actividad de transmisión —basta pensar en las prohibiciones de venta para la reventa a intermediarios ajenos al canal de distribución diseñado por el productor, la prohibición de ventas activas fuera de la zona geográfica concedida en exclusiva, etc.—. Es más acertado afirmar que la concesión supera funcionalmente al contrato de agencia por cuanto que posibilita el desplazamiento, sin la pérdida del control, no sólo de los riesgos y costes de la actividad de

¹⁸⁷ DOMÍNGUEZ GARCÍA: "Los contratos...", cit., núm. 175, pág. 1344 —la cursiva es nuestra; téngase presente que el autor emplea el término "comercialización" como sinónimo de transmisión—.

promoción —que es algo que ya permite el contrato de agencia—, sino también de los de la actividad de transmisión, a un tercer empresario, que queda especialmente integrado en el proceso al pasar la realización de su propio interés por la realización del interés del concedente¹⁸⁸. Debe puntualizarse que el grado de control que autoriza la agencia es, en principio, mayor que el que permite la concesión; de modo que se da una cierta pérdida de control si se pasa de un canal de distribución directo a uno indirecto. En realidad, es una opción que depende de diversos factores, como ya se ha expuesto, dentro del marco de una determinada relación control-coste. Depende de la asignación de funciones de distribución que haga el líder del canal y de los costes que esté dispuesto a asumir.¹⁸⁹

En este orden de ideas, idéntica crítica merece la consideración que realizar LLOBREGAT HURTADO de la prestación de promoción por el agente como "obligación instrumental". "La obligación asumida por el agente constituye el medio de que (*sic.*) aquel (el principal) se sirve, como acreedor de la prestación, para la obtención de sus propios fines". En el plano económico supone concebir la agencia como "forma de gestión externa" de una parte de la actividad empresarial del principal¹⁹⁰. Hay que apuntar que esta nota no es únicamente distintiva de la agencia, sino de todos los contratos de distribución, con mayor o menor intensidad. Además, el predicar el carácter instrumental de la obligación de promoción es desafortunado, pues el agente, como empresario independiente que es, promueve en nombre y por cuenta propios, aunque también en interés ajeno. Claro que, en una concepción clásica del tráfico mercantil, la promoción tiene una función "instrumental". Pero dicho carácter instrumental concurre igualmente en la concesión, si se separan ambas actividades. Lo que sucede es que en la concesión, además, se

¹⁸⁸ Véase DOMÍNGUEZ GARCÍA: "Los contratos...", cit., núm. 177, pág. 1345 —esta idea finaliza con un "y viceversa" cuyo sentido exacto no se alcanza a entender—.

¹⁸⁹ Véase *supra*, epg. V. 6.

¹⁹⁰ Véase LLOBREGAT HURTADO: *El contrato de agencia...*, cit., pág. 56.

externaliza la transmisión.

Finalmente, todo este empeño por excluir el contrato de agencia del grupo que compone su noción restringida de contratos de distribución contrasta con la conclusión a la que el autor llega en cuanto al régimen aplicable al contrato de concesión. Tras reconocer el principal protagonismo a la autonomía de la voluntad en razón de la atipicidad del contrato, afirma que la entrada en vigor de la LCA "ha sido determinante", puesto que, a su juicio, "debe convertirse en el ámbito normativo casi exclusivo de extracción del régimen del contrato de concesión a efectos heterointegradores de la voluntad privada"¹⁹¹. Ello supone un cambio de actitud radical, si se recuerda que en sus anteriores trabajos excluía *in radice*, en origen, cualquier aplicación del régimen del contrato de agencia al de concesión. Ahora bien, DOMÍNGUEZ GARCÍA advierte que no todo el régimen de la agencia es analógicamente aplicable a la concesión. Se debe localizar en la LCA los preceptos que regulan el contrato de agencia "como contrato de colaboración interempresarial duradera basada en la confianza, cuyo supuesto de hecho normativo exprese el rasgo de caracterización tipológica de la institución, que reside, como es sabido, en la instrumentalidad de la colaboración empresarial del agente con respecto a la comercialización directa y autónoma por el empresario principal de los productos contractuales"¹⁹²; dicho sintéticamente, en lo que ambos contratos coinciden como consecuencia de la asunción de la obligación de promoción. De manera que lo único que no puede aplicarse "transtípicamente" con carácter general al contrato de concesión, en opinión de este autor, es el sistema de indemnizaciones previsto en caso de extinción del contrato de agencia (arts. 28-31 LCA), si bien deja abierta la puerta a la "eventual aplicación extensiva por asimilación

¹⁹¹ DOMÍNGUEZ GARCÍA: "Los contratos...", cit., núm. 186, pág. 1384.

¹⁹² DOMÍNGUEZ GARCÍA: "Los contratos...", cit., núm. 186, pág. 1284.

concreta y casuística entre concesionario y agente".¹⁹³

Esta es una solución paradójicamente coherente con el resultado de la crítica que se ha realizado a DOMÍNGUEZ GARCÍA. La actuación "en nombre y por cuenta propios" del concesionario no es un dato irrelevante, sino modulador dentro de una categoría¹⁹⁴ de contratos de distribución en sentido restringido entendida con el alcance que se ha propuesto. De una parte, habrá de ponderarse si el grado de dependencia económica o integración es similar al que, para el contrato de agencia, sirve de referencia en la LCA; y, en segundo lugar, no sólo se debe contemplar la asunción del riesgo de la actividad de promoción, sino también de la de transmisión. Por esto es más coherente mantener una percepción más amplia del concepto restringido de contratos de distribución.

Por idénticos motivos es criticable la postura que a propósito de la indemnización por clientela sostiene SÁNCHEZ CALERO, quien afirma que en muchos casos "no se dará" identidad de razón (art. 4.1 del Código civil) pues "no puede olvidarse que el concesionario es un empresario que actúa en nombre propio y a su propio riesgo".¹⁹⁵

Esta postura contrasta con la sostenida por VICENT CHULIÁ, aunque sea igualmente criticable. Este autor, pese a no ubicar a la agencia entre los contratos de distribución —pues delimita la categoría con idéntico alcance que DOMÍNGUEZ GARCÍA—, sino entre los contratos de gestión, defiende la procedencia de la aplicación analógica a los contratos de distribución, entendidos en sentido restringido, de la

¹⁹³ DOMÍNGUEZ GARCÍA: "Los contratos...", cit., núm. 186, págs. 1348-1349. Véase también IBIDEM, núms. 234-251, págs. 1365-1371.

¹⁹⁴ Y no dentro de un tipo, como repetidamente da la impresión de que DOMÍNGUEZ GARCÍA plantea realmente la cuestión a debate.

¹⁹⁵ Véase SÁNCHEZ CALERO: *Instituciones...*, cit., 20.ª ed., págs. 166-167.

indemnización por clientela propia del régimen de extinción del contrato de agencia¹⁹⁶. Es más, este autor entiende que sí se puede aplicar la LCA "en favor de los distribuidores en exclusiva y en franquicia" y, en general, de los contratos de distribución, pese ser la LCA "ley especial", pues hay un "abuso de la especialidad" que debe ser superado¹⁹⁷. Sin embargo, y conforme a lo arriba expuesto, puede afirmarse que no es que exista un abuso de especialidad, sino una insuficiente categorización del contrato de agencia como simple contrato de gestión.

Ejemplo destacado del incipiente cambio de actitud hacia una delimitación acertada del concepto de contratos de distribución, en tanto que comprensiva del contrato de agencia, lo constituye MARTÍNEZ SANZ, autor que ha abordado reiteradamente el estudio de las consecuencias patrimoniales de la extinción del contrato de concesión y la aplicación analógica del régimen previsto a este respecto al contrato de agencia, prestando especial atención a la cuestión más polémica, cual es el reconocimiento y la configuración de la indemnización por clientela en el contrato de concesión¹⁹⁸. Pues bien, en el último de sus trabajos a este respecto, MARTÍNEZ SANZ plantea expresamente la necesidad de reconsiderar la categoría de los contratos de distribución en busca de una "noción amplia", con el claro propósito de incluir el contrato de agencia en dicha categoría¹⁹⁹. En efecto, tras criticar la ubicación siste-

¹⁹⁶ Véanse VICENT CHULIÁ: *Introducción...*, ob. cit., 10.^a ed., págs. 587-589; e IDEM: "Presentación I", en: CREUS CARRERAS, A.: *La distribución de automóviles en la Comunidad Europea. Los contratos de distribución de automóviles en el marco del Reglamento (CE) n.º 1475/95*, Biblioteca Jurídica Cuatrecasas, Tirant Lo Blanch, Valencia, 1997, págs. 27-28.

¹⁹⁷ VICENT CHULIÁ, F.: "Doctrina, ciencia de la legislación e institucionalización del Derecho Mercantil en la última década", en: *Homenaje a Broseta*, cit., t. III, págs. 4117-4118.

¹⁹⁸ MARTÍNEZ SANZ, F.: "En torno a las consecuencias...", cit.; IDEM: "Extinción...", cit.; y, señaladamente, IDEM: *La indemnización...*, cit.

¹⁹⁹ Véase MARTÍNEZ SANZ: *La indemnización...*, cit., págs. 24-28. En efecto, este autor

mática del contrato de agencia entre los contratos de colaboración o entre los de gestión de intereses ajenos, aprecia una tendencia superadora del estrecho marco de los contratos de distribución en sentido estricto. Habla de un "Derecho de la distribución comercial" como "categoría con sustantividad propia", que vendría constituida por "aquel conjunto de relaciones a través de las cuales los intermediarios profesionales colaboran de manera estable con el productor en orden a la difusión de sus bienes, constituyendo el eslabón entre aquél y los consumidores"²⁰⁰. Este autor pone de manifiesto que existen una serie

manifiesta expresamente que la atipicidad del resto de los contratos de distribución justifica la aptitud de la regulación legal de la agencia para servir como posible Derecho general de la distribución comercial (pág. 27); véase también IDEM: "En torno a las consecuencias...", cit., pág. 229.

MARTÍNEZ SANZ utilizó la terminología "contrato de distribución comercial" en sus anteriores trabajos. Sin embargo, no lo hizo con el alcance últimamente propuesto. Así, en IDEM: "En torno a las consecuencias...", cit., lo emplea en un sentido estricto, prácticamente como sinónimo de contrato de concesión. En efecto, con esta terminología quiere aludir a aquellos contratos en virtud de los cuales un empresario (distribuidor) se compromete, a cambio de una contrapartida, a promover la reventa de los productos de otro empresario (suministrador/fabricante), consistiendo la contrapartida en la posibilidad de obtener un margen de beneficio comercial, cualificados por el dato de la exclusiva, si bien entiende que la cláusula de exclusiva es natural, pero no esencial a estos contratos. Además, pone de manifiesto cómo la terminología empleada en la práctica y por la jurisprudencia no es uniforme, incluso resulta confusa (véase IBIDEM, págs. 220-223). Por contra, en IDEM: "Extinción...", cit. —y pese a dar la impresión de ser un trabajo anterior a IDEM: "En torno a las consecuencias...", cit.—, se da a la terminología un sentido más amplio, pero sin llegar a proponer claramente un replanteamiento del concepto como categoría. Afirma que la categoría de los contratos de distribución dista de ser unívoca, y distingue dos grandes variantes: la distribución directa, que supone la transmisión inmediata de los bienes del productor al consumidor —así, agentes comerciales independientes, comisionistas y mediadores—, y la distribución indirecta, que implica la existencia de una serie de fases intermedias entre el productor y el consumidor, y donde cabe diferenciar entre distribución no integrada y distribución integrada. Es aquí donde se agrupan toda una serie de contratos, que van, de menor a mayor grado de integración, desde el suministro "cualificado" por la obligación del suministrado de promover la distribución o venta del producto en su zona, pasando por la distribución autorizada o *agrégation*, la concesión, y la franquicia. Todos los contratos de distribución indirecta integrada tienen en común la traslación del riesgo del productor al intermediario, el mantenimiento del poder de dirección/supervisión por el productor y la colocación del intermediario en una posición privilegiada (véase IDEM: "Extinción...", cit., págs. 282-283).

²⁰⁰ MARTÍNEZ SANZ: *La indemnización...*, cit., págs. 24 y 25. Y ello, con oposición expresa a la noción de contratos de distribución en sentido restringido como la defendida por PARDOLESI: *I contratti...*, cit., por DOMÍNGUEZ GARCÍA: "Aproximación...", cit. (RDM

de notas comunes que reclaman una disciplina o tratamiento jurídico –al menos parcialmente– uniforme, aunque siempre sin desconocer las diferencias concretas que puedan existir entre las diversas variantes dentro de la categoría. Así, entiende que en los contratos de distribución, aunque con distinta intensidad en función del tipo concreto, se verifica una coordinación de conductas (*Verhaltensabstimmung*) o integración comercial entre el productor y el intermediario, y que es el diferente grado de tal coordinación el criterio que diferencia los diversos contratos de distribución; a lo que hay que sumar la diferente asunción de riesgos. Pero, en todo caso, se produce la integración en la organización distributiva de la contraparte, el empresario –en el caso de la agencia– o el fabricante –en los demás casos–.²⁰¹

Es interesante detenerse ahora en alguno de los argumentos utilizados a propósito de la consideración de la extensión analógica de la indemnización por clientela prevista en el art. 28 LCA al contrato de concesión²⁰². Cuestión en la que el autor detecta una "buena dosis de «precomprensión»"²⁰³, y que constituye piedra de toque para verificar una correcta delimitación de la categoría de los contratos de distribución en sentido restringido.

1985), y por VICENT CHULIÁ: *Introducción...*, cit., 10.^a ed.

De tal propuesta, su novedad entre nosotros, y el interés que ésta tiene, se hace eco ROJO FERNÁNDEZ-RÍO, A.: "Recensión a: MARTÍNEZ SANZ, F.: *La indemnización por clientela en los contratos de agencia y concesión*, Civitas, Madrid, 1995", RDM 1997 (225), pág. 1489.

²⁰¹ Véase MARTÍNEZ SANZ: *La indemnización...*, cit., págs. 25-27.

²⁰² Téngase muy en cuenta que su estudio sigue muy de cerca la discusión alemana, pues entiende que es la única que ofrece un tratamiento sólido, aunque no definitivo, de tal cuestión (véase MARTÍNEZ SANZ: *La indemnización...*, cit., pág. 281).

²⁰³ MARTÍNEZ SANZ: *La indemnización...*, cit., pág. 287 y nota 663, noción que merece una valoración negativa, como barrera al conocimiento que proviene del entorno social del que juzga, de su origen y formación, y que es superable mediante un proceso permanente de autoexamen y de preocupación constante por la cosa misma (con cita de LARENZ: *Metodología...*, cit., págs. 199-200). En realidad, se está refiriendo a la superación del paradigma y su sustitución por uno nuevo, que es el vehículo de avance de cualquier ciencia (véase KUHN: *The Structure...*, cit.).

En primer lugar, entiende que la concesión es una figura funcionalmente próxima a la agencia²⁰⁴. Agente y concesionario comparten un dato común: la integración en la estructura del empresario principal o concedente, respectivamente, lo que, en última instancia, permite predicar la extensión analógica de la norma que establece la compensación por clientela en favor del agente²⁰⁵. En efecto, en el Derecho alemán, el dato verdaderamente esencial para la aplicación analógica del § 89b de su Código de comercio (en adelante, HGB) lo constituye la presencia de un grado de integración (*Eingliederung*) suficiente del concesionario en la red de distribución del concedente.²⁰⁶

En segundo lugar, aprecia cómo la integración vertical descendente tiene como manifestación la obligación de promoción. En efecto, entiende que un aspecto capital del contrato de concesión es el deber de promoción; deber que es "absolutamente básico en el esquema contractual de la concesión"²⁰⁷. Así, para este autor –aunque es cierto que no llega a fundamentar su opinión–, no cabe duda de que la concesión no se agota en una simple relación de cambio, sino que, al contrario, dicha relación –ciertamente existente– pierde protagonismo, superada por los datos de la integración del concesionario en la red del concedente, la función económica de distribución, o el dato de la

²⁰⁴ Véanse MARTÍNEZ SANZ: *La indemnización...*, cit., pág. 276; e IDEM: "En torno a las consecuencias...", cit., pág. 227. En IBIDEM, pág. 221, nota 2, afirma que notas esenciales del contrato de concesión son (que no admiten gradación) la actuación del concesionario en nombre y por cuenta propia, el carácter duradero de la relación; (que admiten gradación) el deber de promover la distribución o reventa, la sumisión a los intereses del concedente, la participación en el *goodwill* del concedente o la integración en la red del concedente.

²⁰⁵ Véase MARTÍNEZ SANZ: *La indemnización...*, ob. cit, pág. 323, quien informa que, sin embargo, ello ha sido unánimemente aceptado para el contrato de franquicia; no obstante, esta afirmación se refiere a la situación en la doctrina alemana.

²⁰⁶ Véanse MARTÍNEZ SANZ: *La indemnización...*, cit., págs. 285-287; IDEM: "En torno a las consecuencias...", cit., págs. 228-229; e IDEM: "Extinción...", cit., pág. 290.

²⁰⁷ MARTÍNEZ SANZ: *La indemnización...*, cit., pág. 289.

colaboración entre las partes.²⁰⁸

Y, en tercer lugar, puede afirmarse que el distinto reparto del riesgo que supone el contrato de agencia frente al contrato de concesión no impide que ambos contratos puedan formar una categoría jurídica unitaria. En ambos casos existe una labor de creación y consolidación de la clientela. Este autor insiste en que, si bien jurídicamente los clientes son del concesionario, pues éste actúa —más precisamente, transmite el producto— en nombre y por cuenta propios, fáctica y económicamente, también son del productor. Por lo tanto, dicho dato se comporta, a este respecto, como si fuese neutro: la situación del agente y del concesionario, en este punto concreto y desde una perspectiva económica, no difiere sustancialmente²⁰⁹. La diferencia está en la retribución de la labor de promoción, tanto en el modo como en el importe. En cuanto al modo, ello tiene lugar con comisiones, en el caso de la agencia, y con "una «expectativa de ganancia» a través de la ventaja concurrencial que se establece respecto de otros vendedores no integrados", en el caso de la concesión²¹⁰. En cuanto a la cuantía, y tras reconocer que el importe del margen de reventa en el contrato de concesión es superior al de la comisión del agente, afirma que precisamente esta divergencia se explica por las diferencias en la distribución de los riesgos a que da lugar cada contrato. El concesionario, en efecto, asume riesgos que el agente no asume, cuales son: el derivado de dificultades o imposibilidad en la reventa, porque se modernice o modifique el modelo, por obsolescencia, por cambios en los gustos (*Abatzrisiko*); el derivado del transporte y del almacenaje de las mercancías (*Lagerrisiko*); y el derivado de las oscilaciones de precios (*Risiko*

²⁰⁸ Véase MARTÍNEZ SANZ: *La indemnización...*, cit., pág. 291. Para la argumentación económico-empresarial que explica el protagonismo de la actividad promocional, véase *supra*, epg. V. 6. B. b.

²⁰⁹ Véase MARTÍNEZ SANZ: *La indemnización...*, cit., págs. 310-311.

²¹⁰ MARTÍNEZ SANZ: *La indemnización...*, cit., pág. 307.

der Preisschwankungen), y en su caso, del crédito concedido a los compradores²¹¹. En síntesis, el riesgo derivado de la asunción de la obligación de transmisión²¹². Esta mayor asunción de riesgo se traduce en la necesidad de modular el cálculo de la indemnización por clientela en el caso del concesionario, separando la labor de captación y consolidación de clientela, lo correspondiente a la obligación de promoción, de la de transmisión del producto.²¹³

En una línea similar se encuentran PÉREZ DÍAZ²¹⁴, MIGUEL ASENSIO, RUEDA VALDIVIA y CUARTERO RUBIO²¹⁵, MERCADAL VIDAL²¹⁶ y LÁZARO SÁNCHEZ. Este último utiliza la terminología "contratos comerciales de distribución" y da la siguiente definición: son contratos de colaboración, "por virtud de los cuales un empresario,

²¹¹ Véase MARTÍNEZ SANZ: *La indemnización...*, cit., págs. 308-309.

²¹² No obstante, téngase en cuenta que los riesgos derivados, tal vez en menor medida del transporte de las mercancías, y en mayor medida de su depósito, también pueden ser asumidos, total o parcialmente, por el agente.

²¹³ Véase MARTÍNEZ SANZ: *La indemnización...*, cit., págs. 325-326.

²¹⁴ PÉREZ DÍAZ, M.: "La extinción del contrato de concesión por denuncia unilateral de concedente y el derecho de concesionario a una indemnización por clientela", en: *Homenaje a Duque*, cit., vol. II, págs. 1305-1313, quien se muestra partidaria de la aplicación analógica del art. 28 LCA al contrato de concesión, si bien malinterpreta la nota caracterizadora de la independencia del agente (véase IBIDEM, pág. 1313).

²¹⁵ Quienes tratan los contratos de agencia, concesión y franquicia como contratos de distribución. En efecto, distinguen entre contratos de distribución en sentido amplio —aquellos orientados a articular jurídicamente las relaciones, cada vez más complejas, entre los distintos sujetos que forman las redes de distribución desde el productor al consumidor; así, agencia, concesión, franquicia— y en sentido estricto —como sinónimo de concesión, que normalmente será concesión exclusiva— (véase MIGUEL ASENSIO, P. A. DE, RUEDA VALDIVIA, R., y CUARTERO RUBIO, V.: "Otras modalidades contractuales [I]. Contratos de distribución", en: AA. VV., FERNÁNDEZ ROZAS, J. C. [edr.]: *Derecho del comercio internacional*, Col. Estudios Internacionales, Eurolex, Madrid, 1996, pág. 328).

²¹⁶ Quien pone de manifiesto como, en el *corpus* jurisprudencial elaborado por la Sala 1.ª del TS con anterioridad a la promulgación de la LCA, resulta muy difícil distinguir con claridad en materia de causas de extinción y sus consecuencias patrimoniales entre los razonamientos referidos a la agencia y los realizados a propósito de la concesión exclusiva (véase MERCADAL VIDAL: "Comentario...", cit., págs. 278-279).

persona física o jurídica, se obliga a comercializar, de manera permanente y en la forma cualitativa y cuantitativamente predeterminada, los productos de otro empresario", para luego distinguir, "ya en nombre y/o por cuenta de éste —agente—, ya en nombre y por cuenta propia —concesionario—". De nuevo emerge la idea de que la "comercialización" está más próxima a la actividad de promoción que a la de transmisión. De entre sus caracteres —además de su carácter mercantil, consensual, obligacional, atípico, sinalagmático y fiduciario— destaca la mención de su carácter duradero. La causa del contrato incorpora la seguridad de las partes en su permanencia y la dependencia económica que éstos generan.²¹⁷

En definitiva, y a modo de recapitulación de las aportaciones doctrinales en el ámbito del Derecho de obligaciones y contratos, existe una incipiente tendencia de cambio, pero que no puede generalizarse, con lo que la cuestión se encuentra abierta en este momento, como el propio PAZ-ARES da a entender: pese a ocuparse recientemente de la materia, no toma postura en la cuestión de la delimitación de la categoría de los contratos de distribución, haciéndose simplemente eco de la existencia de distintas aproximaciones al concepto²¹⁸. Sin embargo, aunque no se pronuncie expresamente al respecto, sí que parece inclinarse por una concepción menos restringida de la categoría de los contratos de la distribución en sentido estricto, ya que comprende

²¹⁷ Véase LÁZARO SÁNCHEZ, E. J.: "El desistimiento unilateral en los contratos de distribución: análisis de la jurisprudencia al respecto", *La Ley* 1989 (4), págs. 1206-1208.

²¹⁸ PAZ-ARES: "La indemnización por clientela...", cit., pág. 1, da por sabido que es un contrato de distribución: usa la denominación, pero no lo explica. En IDEM: "La terminación...", cit., págs. 7-8, especialmente, nota 1, sí que se detiene en la cuestión. Se refiere a los contratos de franquicia y de concesión conjuntamente como "contratos de distribución" o "contratos de distribución integrada" —con cita de DOMÍNGUEZ GARCÍA: "Aproximación...", cit., pág. 420 y sigs.; GALLEGO: *La franquicia*, cit. pág. 29 y sigs.; VICENT CHULIÁ: *Compendio...*, cit., t. II, 3.^a ed., pág. 178 y sigs.—; no obstante, informa de que esta delimitación no es pacífica, pues algunos autores optan, y "no sin razón", por incluir también el contrato de agencia (así, MARTÍNEZ SANZ: *La indemnización...*, cit., pág. 24 y sigs.).

el régimen de extinción del contrato de agencia como un conjunto de especialidades que obedecen a una "cuestión redistributiva"²¹⁹; de modo que, de no concurrir razones de índole social, el régimen de la extinción del contrato de agencia sería el mismo que el que PAZ-ARES defiende para (el resto de) los contratos de distribución, pues todos ellos responden a una misma lógica económica.²²⁰

²¹⁹ Véase PAZ-ARES: "La terminación...", cit., pág. 36, nota 44.

²²⁰ Con ello no se quiere decir que se sea partidario de la solución propugnada por PAZ-ARES en "La indemnización por clientela...", cit., y "La terminación...", cit. El Derecho positivo resuelve el conflicto de intereses que supone la terminación de estos contratos para el caso de la agencia en la LCA. Y en la medida en que los supuestos de hecho sean análogos, es la normativa a aplicar. Otra cosa es si ello es más o menos eficiente, y si dicho criterio debe o no prevalecer.

VIII. 1. B. c. Aportaciones en el ámbito del Derecho de la competencia

A diferencia de lo que sucede en el estudio de la materia en el Derecho de obligaciones y contratos, la labor investigadora desarrollada por la doctrina jurídica española en el ámbito del Derecho de la competencia en sentido amplio²²¹, y más concretamente, en el del Derecho de defensa de la competencia, se caracteriza por la escasa atención dedicada a la delimitación del concepto de contratos de distribución, o de su equivalente en términos de Derecho de defensa de la competencia, "acuerdos de distribución"²²². Las razones de dicha desatención no deben de buscarse en un descuido de nuestros estudiosos, sino que ello obedece a los motivos que a continuación se expondrán, y que difieren en función de la concreta aproximación escogida, es decir, de cuál es el objeto principal de los trabajos en cuestión.

²²¹ Acepción aglutinadora del Derecho de defensa de la competencia, del de la competencia desleal y del de la propiedad industrial e intelectual, tal y como fue acuñada entre nosotros por BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, A.: "La formación del Derecho de la competencia", ADI 1975 (II), págs. 74-81.

²²² En efecto, tanto el art. 85 TCE como el art. 1 LDC utilizan el término "acuerdos". Sobre la preferencia por el término "acuerdos", término que engloba el de contratos, véanse ya GÓMEZ SEGADE, J. A.: "Panorámica del Derecho de la libre competencia en la CEE", ADI 1978 (V), pág. 81; y ALONSO UREBA: "La competencia", cit., pág. 534. Así, GINER PARREÑO, C. A.: *Distribución y libre competencia (El aprovisionamiento del distribuidor)*, Montecorvo, Madrid, 1994, pág. 42, nota 2, se decanta por el empleo de los términos "contrato" y "acuerdo" como sinónimos.

No obstante, téngase en cuenta que al término "acuerdos" puede dársele, en este contexto, un alcance más amplio, aglutinador de las tres fuentes de conductas colusorias, a saber, acuerdos en sentido estricto —o convenios, en la terminología de la Ley 110/1963, de 20 de julio, de prácticas restrictivas de la competencia (BOE de 23-7); en adelante, LPRC—, decisiones o recomendaciones colectivas y prácticas concertadas o conscientemente paralelas (véase GALÁN CORONA: *Acuerdos restrictivos de la competencia*, cit., págs. 50-51, nota 79).

Brevemente, y por lo que a la aproximación a través del contrato de agencia se refiere, ha de ponerse de relieve, en primer lugar, la "endémica marginación" de este contrato en el marco del Derecho de defensa de la competencia, seguramente debido a su tradicional exclusión del ámbito de aplicación del art. 85.1 TCE y del art. 1 LDC. No obstante, se observa un reciente cambio de actitud al respecto, que no es ajeno a la reconsideración de la aludida exclusión²²³. De dicha cuestión nos ocuparemos más adelante²²⁴. Ahora únicamente nos interesa atender al dato de si en este contexto se considera la categoría de los contratos de distribución, por incluirse a la agencia dentro de la misma. La respuesta debe ser negativa: la lectura de los escasos trabajos aquí encuadrables no permite descubrir aportación alguna a este

²²³ Sobre la situación de marginación llama la atención SOLER MASOTA, P.: "Los acuerdos de agencia y el Derecho de la competencia", RGD 1995 (608), pág. 9, quien cita en la nota 9 únicamente a GALÁN CORONA: *Acuerdos restrictivos de la competencia*, cit., págs. 162-165; no obstante, cabría haber traído asimismo a colación a FERNÁNDEZ-LERGA GARRALDA, C., con la colaboración de ALVAR EZQUERRA, G., PARDO GARCÍA, J. I., y RIVERA GRANADOS, J. C.: *Derecho de la Competencia. Comunidad Europea y España*, Aranzadi, Pamplona, 1994, págs. 259-260, quien, además, trata de los "Agentes comerciales" dentro del epígrafe titulado "Distribución comercial". En el dato de la exclusión incide también MARTÍNEZ SANZ, F.: "Distribución a través de agentes y Derecho de defensa de la competencia", RDM 1996 (219), pág. 35 —también en: *Homenaje a Duque*, cit., vol. II, págs. 1009-1085 (en adelante, las citas a este trabajo de MARTÍNEZ SANZ lo serán al publicado en RDM)—. Además de estos trabajos, existen otros, igualmente recientes, que abordan el estudio del contrato de agencia desde la perspectiva que brinda el Derecho de defensa de la competencia: LLOBREGAT HURTADO: *El contrato de agencia...*, cit., págs. 59-74; MARTÍNEZ SANZ: *La indemnización...*, cit., págs. 45-52; y DOMÍNGUEZ GARCÍA: "Los contratos...", cit., núms. 26-27, págs. 1287-1289, y núm. 183, págs. 1347-1348. Pero estos últimos, especialmente, LLOBREGAT HURTADO, lo hacen como sucinto complemento del estudio del contrato de agencia desde el Derecho de obligaciones y contratos, por lo que no introducen ninguna novedad conceptual o sistemática que afecte a la categoría de los contratos de distribución considerada desde el Derecho de defensa de la competencia.

²²⁴ El tratamiento del contrato de agencia en el Derecho de defensa de la competencia comunitario europeo se inscribe en la delimitación del ámbito subjetivo del concepto de "acuerdo de distribución" propio de este sector del ordenamiento, por lo que su estudio se aplaza a *infra*, epg. X. 4.

respecto.²²⁵

En cuanto a los trabajos que abordan el contrato de franquicia desde el punto de vista del Derecho de defensa de la competencia, muy pocos de ellos se plantean qué son los contratos o acuerdos de distribución, aunque sí que se alude con mayor frecuencia a la cuestión de si el de franquicia es un contrato de distribución. La elusión de su clasificación puede obedecer a la dificultad previa que plantea la determinación de la naturaleza jurídica de este contrato, del que en la mayoría de los casos se termina predicando su carácter *sui generis*. Dificultad que aumenta aquí, si se atiende a la delimitación que del mismo realiza el Rgto. CEE 4087/88, donde los elementos de propiedad industrial e intelectual tienen un gran peso delimitador²²⁶. Sin embargo,

²²⁵ Así, SOLER MASOTA: "Los acuerdos de agencia...", cit., pág. 5313, prefiere hablar de "restricciones verticales", y se limita a hacerse eco de cómo la agencia permite, en ocasiones, crear un sistema de ventas comparable en eficiencia a los modernos sistemas de distribución integrada (IBIDEM, pág. 5316). Por su parte, MARTÍNEZ SANZ: "Distribución a través de agentes...", cit., pág. 38, simplemente alude a que la agencia es funcionalmente análoga a la concesión, remitiendo por lo demás a la propuesta de concepto de contratos de distribución realizada en IDEM: *La indemnización...*, cit., que ya ha sido objeto de análisis (véase *supra*, epg. VIII. 1. B. b. ii. β.).

No obstante, ALONSO SOTO, R.: "Voz «Acuerdo vertical (D.º Mercantil)»", en: *Enciclopedia Jurídica Básica*, cit., vol. I, pág. 227, considera, desde la perspectiva del Derecho de defensa de la competencia, la agencia como un contrato de distribución y un acuerdo vertical; no obstante, IDEM: "Distribución comercial y Derecho de la competencia", DyC 1993 (12), págs. 30-31, entiende que la agencia es un contrato de distribución pero en sentido amplio, por constituir un supuesto de integración directa.

²²⁶ Así, no se plantean la cuestión conceptual DARGALLO NIETO, M.: "Los contratos de franquicia y el Derecho comunitario. La Sentencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas en el caso 'Pronuptia'", RJC 1987, págs. 199-205; PÉREZ-BUSTAMANTE KÖSTER, J., y MINGO Y DE AZCÁRATE, M. DE: "Un estatuto europeo para la franquicia (Análisis del reglamento número 4087/88 de la Comisión, relativo a la aplicación del art. 85.3 TCEE a ciertas categorías de acuerdos de franquicia, en relación con la sentencia Pronuptia y con las decisiones individuales de la Comisión", RDM 1989 (191), págs. 67-98; BOTIJA BELTRÁN, M. A.: "Los contratos de franquicia de servicios en consideración con el derecho de competencia y de consumidores y usuarios", Noticias CEE 1989 (53), págs. 49-52; GINER PARREÑO, C. A.: "Contrato de franquicia y origen empresarial de las mercancías", RDN 1990-1991, págs. 340-355; RUIZ PERIS, J. I.: *El contrato de franquicia y las nuevas normas de defensa de la competencia*, Col. Cuadernos, Civitas, Madrid, 1991; e IDEM: "Contrato de franquicia mixto de distribución y servicios: análisis comparado de su licitud antitrust en Derecho español y comunitario. Comentario a

no faltan autores que califican el contrato de franquicia de "contrato de distribución", si bien ello no implica la elaboración de un concepto propio del Derecho de defensa de la competencia, sino que se utiliza el elaborado por la doctrina en el ámbito del Derecho de obligaciones y contratos.²²⁷

la resolución TDC (Sala Pleno) de 21 de marzo de 1991", La Ley 1992 (1), págs. 845-868. Sin embargo, sí que se refiere a esta cuestión en IDEM.: "El contrato de franquicia y la distribución selectiva en el marco del Derecho comunitario y nacional de la competencia", RGD 1995 (613-614), pág. 11257, quien afirma que "[e]l contrato de franquicia es [...] un contrato sobre bienes inmateriales y no un contrato de distribución". No obstante, continúa diciendo que "[e]l contrato de franquicia es aplicado sin embargo a la distribución [...], como lo es a la prestación de servicios [...] o la fabricación de productos [...]".

Adyacentemente alude a la cuestión FERNÁNDEZ-NOVOA, C.: "La jurisprudencia norteamericana propugna una nueva concepción del franchising", ADI 1981 (VII), págs. 495-496; e IDEM: *Fundamentos de Derecho de marcas*, Montecorvo, Madrid, 1984, pág. 374 y sigs. Este autor, atento a la praxis estadounidense, viene a concluir que franquicia y licencia de marca se entrecruzan en una de las modalidades de este contrato, la franquicia "de estilo empresarial", pero que tampoco en este caso llegan a confundirse ambas figuras.

²²⁷ Se plantea la cuestión GALÁN CORONA, E.: "Los contratos de 'franchising' ante el Derecho comunitario de protector de la libre competencia (Comentario de la Sentencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas de 28 de enero de 1986)", RIE 1986 (13-3), págs. 690-691. Afirma que "el franchising, en su concreta modalidad de distribución, es perfectamente encuadrable en la categoría de los contratos de distribución" (con cita de IGLESIAS PRADA: "Notas para el estudio...", cit., DOMÍNGUEZ GARCÍA: "Aproximación...", cit.; y SÁNCHEZ CALERO: *Instituciones...*, cit., 11.ª ed.). "La finalidad perseguida por los contratantes es la comercialización de unos determinados bienes procedentes de franchisor; ahora bien, esta finalidad de comercialización se encuentra modalizada, ya que ha de llevarse a cabo mediante la utilización por el franchisee de unas concretas técnicas comerciales proporcionadas por el franchisor y empleando la marca y los distintivos de éste. Ello conduce a que esta figura contractual presente una causa compleja, integrada no solo por la comercialización, sino porque ésta se realiza en la forma y conforme a las técnicas comerciales comunicadas por el franchisor, produciéndose así una fuerte integración vertical..." (IBIDEM, pág. 690).

Por su parte, TOBÍO RIVAS, A. M.: "El contrato de franquicia en el Derecho comunitario de la competencia. Comentario a la Decisión de 13 de julio de 1987, en el caso 'Computerland'", ADI 1988 (XII), pág. 233, a propósito del concepto y la naturaleza de la franquicia, nombra los "sistemas de distribución" y —aunque los distingue— sitúa la franquicia junto a la agencia, la comisión y los contratos de distribución *stricto sensu* y de la concesión comercial. Comparte expresamente la postura anterior de GALÁN CORONA: "Los contratos de 'franchising'...", cit. Postura que mantiene en IDEM: *La autorización de medidas limitativas de la competencia en el Derecho comunitario (Análisis de los requisitos sustantivos)*, Bosch, Barcelona, 1993, pág. 165: "La característica fundamental y típica del acuerdo de franquicia, es el derecho a la explotación de una franquicia, aunque con una finalidad concreta: la comercialización de productos y servicios".

La ausencia de aportaciones a la delimitación de la categoría de los contratos de distribución hasta ahora señalada podría tener su explicación, además de en las razones aludidas, en el carácter más específico de las publicaciones consideradas. Sin embargo, dicha ausencia permanece cuando se analizan aquellas contribuciones doctrinales que tratan de la prohibición de conductas colusorias o que específicamente estudian los acuerdos de distribución. Es más, lo que se aprecia es el empleo de una variada terminología que, si bien aparece como equivalente a la de "contratos de distribución" o "acuerdos de distribución" —y, de hecho, se suelen utilizar como sinónimos—, no está claro hasta qué punto son realmente equivalentes.

Si dejamos al margen los primeros estudios en la materia —que desconocen el término que nos ocupa, seguramente como reflejo de lo que sucedía en el Derecho de obligaciones y contratos—²²⁸, son muchos los autores que emplean la expresión "acuerdos de distribución", pero no explican cuál es su alcance. Sí que se suele determinar en qué consiste un acuerdo de distribución exclusiva o selectiva —o, alternativa

²²⁸ Así, A. BERCOVITZ: *La fijación de precios...*, cit., y GALÁN CORONA: *Acuerdos restrictivos de la competencia*, cit., págs. 223-224, renuncia a hacer una clasificación de las modalidades de "convenios" —tégase en cuenta que lo que es objeto de estudio en esta monografía es la LPRC, y recuérdese que éste era el término empleado por su art. 1— que pueden ser objeto de la prohibición de prácticas colusorias. No obstante, distingue, por su relevancia, entre convenios verticales y convenios de concentración. Pero esta clasificación no tiene carácter exhaustivo: sólo se estudian las dos clases importantes de convenios, a juicio del autor. De hecho, éste, sin emplear la expresión contratos o acuerdos de distribución, vincula los convenios verticales a la distribución (véase IBIDEM, págs. 224-225; y especialmente págs. 248-249, al referirse a la cláusula de exclusiva). Llama la atención como se fija en la cláusula de exclusiva, y no en determinado tipo contractual, como manifestación de la moderna distribución comercial, que era entonces la percepción imperante también en el Derecho mercantil de obligaciones y contratos. Véanse también GÓMEZ SEGADÉ: "Panorámica...", cit., págs. 67-121; ALONSO UREBA: "La competencia", cit., págs. 539-540; e incluso CASTELL BORRÁS, B.: *La defensa de la competencia en la C.E.E. Artículo 85 del Tratado de Roma*, Praxis, Barcelona, 1986, quien se limita a seguir los reglamentos comunitarios de exención por categorías existentes hasta esa fecha.

y preferentemente, qué es distribución exclusiva o selectiva—, pero no qué se entiende por acuerdo de distribución²²⁹. Otro tanto sucede con la expresión "sistema de distribución", que es preferida por algunos autores a la de "acuerdos de distribución".²³⁰

²²⁹ Así, AREÁN LALÍN, M.: "Los acuerdos de exclusiva en el Derecho comunitario europeo de la libre competencia", ADI 1983 (IX), págs. 517-520; TOBÍO RIVAS, A. M.: "El Reglamento de la CEE sobre distribución exclusiva de vehículos automóviles", ADI 1984-85 (X), págs. 557-560; FERNÁNDEZ DE CÓRDOBA, S.: "La licitud antitrust de los acuerdos de distribución selectiva (Comentario a la Decisión de la Comisión de 16 de diciembre de 1991 —Yves Saint Laurent Parfums—)", RGD 1992 (576), págs. 8506-8519; GINER PARRENO, C. A.: "La distribución selectiva ante el Derecho comunitario de la libre competencia. La Decisión de la Comisión de 21 de diciembre de 1993 (asunto *Acuerdos de distribución de Grundig en la Comunidad*)", RDN 1994 (49), págs. 18-24; y SOLER MASOTA, P.: "Los sistemas de distribución integrada de ámbito comunitario y sus efectos restrictivos sobre la competencia", RGD 1995 (604-605), págs. 574-613.

Podría considerarse una excepción a SAGRERA RULL, J.: *Comercio en la CEE y estrategias empresariales. Importaciones paralelas, regulación en materia de patentes, marcas, know-how y franquicias*, Bosch, Barcelona, 1989, págs. 119-132. Este autor emplea la terminología "acuerdos de distribución" como término aglutinador con dos alcances distintos: como suma de distribución exclusiva y selectiva —en sentido estricto—, y como suma de distribución exclusiva, distribución selectiva y franquicia. Entiende que la franquicia es una modalidad de acuerdo de distribución o de prestación de servicios, puesto que su objeto es la creación de una red comercial de venta al público. Insiste en la idea de que, aunque en la franquicia exista transmisión de derechos de propiedad industrial e intelectual, lo fundamental es que constituye una modalidad de acuerdo de distribución. Sin embargo, posteriormente, distingue entre acuerdos de distribución y franquicias. En realidad, parece que lo emplea en el sentido más restringido, englobando la distribución exclusiva y la selectiva.

²³⁰ Así, BOTANA AGRA, M.: "La distribución selectiva en el Derecho comunitario de la competencia. Comentario a la sentencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas de 25 de octubre de 1983: caso 'AEG/Commission'", ADI 1984-85 (X), págs. 257-280; MASSAGUER FUENTES, J.: "La protección de los sistemas de distribución selectiva ante las ventas grises", en: AA. VV.: *Homenaje a H. Baylos. Estudios de Derecho Industrial. Colección de trabajos sobre Propiedad Industrial e Intelectual y Derecho de la Competencia*, Grupo Español AIPPI, Barcelona, 1992, págs. 449-472; VICIANO PASTOR, J.: "Importadores paralelos y distribución selectiva de vehículos automóviles: análisis de la Decisión 'Eco-System' y de la Comunicación de la Comisión de 18 de diciembre de 1991", RGD 1992 (576), págs. 8521-8562; SOLER MASOTA, P.: "Sobre los acuerdos de fijación vertical de precios (Una aproximación a la exención de los acuerdos de fijación de precios máximos)", RGD 1996 (618), págs. 2215-2234; y LOBATO GARCÍA-MIJÁN, M.: "El agotamiento del derecho de marca", RDM 1997, págs. 117-147, en relación con la distribución selectiva, aunque alterna el término "acuerdo" con el de "sistema". Al respecto, véase también *supra*, epg. IV. 3.

No obstante, y si bien anteriormente se ha predicado la equivalencia de contenido entre los términos "contratos de distribución" y "acuerdos de distribución" a los efectos que nos ocupan –dado que el segundo es comprensivo del primero–, tal equivalencia no es del todo exacta. Porque, asimismo, puede emplearse el término "acuerdo" para expresar la presencia de una obligación integrante del contenido de un contrato de distribución²³¹ –por ejemplo, un *acuerdo* de fijación de precios de reventa–, con lo que, en este supuesto, se estaría aludiendo a una cláusula o conjunto de cláusulas de un contrato, y no al contrato en su totalidad.

Por otra parte, tampoco se puede afirmar, sin más, que las nociones de "acuerdo de distribución" y "sistema de distribución" sean equivalentes. Una vez más, no en cuanto al contenido –pues en ambos casos se alude a la misma realidad de referencia–, sino en cuanto a la percepción que de dicha realidad transmiten ambas nociones. Es decir. Con el empleo del término "sistema" en este contexto parece que se quiere hacer mayor incidencia en la idea de "red", en una percepción más atenta a la dimensión horizontal –que podríamos calificar de "metacontractual"– de estos acuerdos: ello demostraría una mayor preocupación por los efectos restrictivos que estos contratos, considerados como haz de contratos, tienen sobre la libre competencia en el mercado. Mientras que con el empleo del término "acuerdo", especialmente así, en singular, se daría a entender que lo que preocupa son los efectos restrictivos que estos contratos tienen sobre sus partes contratantes.²³²

²³¹ Así lo hace GINER PARREÑO: *Distribución y libre competencia...*, cit., tal y como advierte en pág. 42, nota 2. Esta percepción del término "acuerdo" ya puede apreciarse en GALÁN CORONA: *Acuerdos restrictivos de la competencia*, cit., pág. 227, quien también entiende el término "convenio" como asunción de obligación, cuando distingue, dentro de los "convenios verticales" entre fijación de precio y exclusiva.

²³² Véase *supra*, epg. IV. 3.

Pero además, otros autores prefieren el uso de la expresión "acuerdo vertical". Aquí ha de hacerse otra matización. En principio, la noción de acuerdo vertical, es decir, aquel que se adopta por operadores económicos que se encuentran en distinto nivel del canal de distribución, es claro que se contrapone al de "acuerdo horizontal", que es aquel adoptado por operadores económicos que pertenecen al mismo nivel del canal de distribución. Pero ello no permite afirmar que "los contratos de distribución [...] se enmarcan en la categoría de los acuerdos verticales"²³³, y sólo en tal categoría. Porque determinados acuerdos horizontales también pueden constituir "acuerdos de distribución", es decir, acuerdos cuyo fin es la comercialización de bienes o/y servicios²³⁴. Otra cosa es que la expresión "acuerdos de

²³³ ALONSO SOTO: "Voz «Acuerdo vertical...», cit., pág. 227; e IDEM: "Distribución comercial y Derecho de la competencia", DyC 1993 (12), pág. 33.

²³⁴ Así, TOBÍO RIVAS: *La autorización de medidas...*, cit. En este trabajo —que está dedicado al estudio del mecanismo de la autorización, más precisamente, de los requisitos mencionados en el art. 85.3 TCE— se abordan los contratos de distribución como un supuesto de aplicación práctica del primer requisito positivo (ventajas de la restricción); también dentro del estudio de las restricciones generalmente consideradas indispensables, lo que corresponde al primer requisito negativo (indispensabilidad de la restricción) (véase IBIDEM, pág. 164 y sigs., y 309 y sigs., respectivamente).

Pues bien, la autora no utiliza en ninguno de ambos lugares preferentemente la expresión "contratos de distribución", sino que habla de "acuerdos verticales relacionados con la distribución o el suministro", y ello porque, además de tales acuerdos verticales, identifica ciertos acuerdos horizontales, más precisamente, de colaboración, que, entre otros fines, sirven también al de la comercialización.

Concretamente, al analizar ambos requisitos del art. 85.3 TCE, distingue entre: a) acuerdos (horizontales) de colaboración —dentro de los cuales se encuentran los acuerdos de especialización, los de creación de "joint ventures" o empresas en participación y los acuerdos de I+D, con múltiples ejemplos de colaboración en el ámbito de la distribución—; b) otros acuerdos horizontales —donde incluye tanto acuerdos que suelen ser evaluados negativamente (acuerdos relativos a precios u otras condiciones de transacción, sobre intercambio de información comercial, para limitar la producción, para limitar o controlar los mercados, colectivos de exclusiva, sobre publicidad y promoción), como positivamente (acuerdos sobre normas o estándares técnicos, sobre compra en común, sobre venta en común, sobre exposiciones y ferias comerciales), siendo muchos de ellos propios de la distribución comercial—; c) acuerdos verticales relacionados con la distribución o el suministro —a los que posteriormente se refiere como "acuerdos de distribución", para simplemente decir que este tipo de acuerdos vinculan a un suministrador y sus intermediarios en el sector de la distribución, y distinguir entre distribución exclusiva, compra exclusiva, distribución selectiva y franquicia—; y d) acuerdos sobre derechos de propiedad

distribución" se haya reservado para los acuerdos verticales de distribución, mientras que en el caso de los acuerdos horizontales de distribución se hable de "acuerdos de colaboración para la distribución".²³⁵

Así, de los autores españoles dedicados al estudio de los acuerdos de distribución desde la perspectiva que brinda el Derecho de defensa de la competencia, el único que ha abordado con mayor detenimiento la cuestión del concepto de los contratos de distribución es GINER PARREÑO²³⁶, quien previamente a delimitar el concepto de contratos de distribución, introduce otra noción para referirse a ellos. Así, habla de acuerdos de "distribución restringida" (*restricted distribution*), terminología utilizada por POSNER para hacer referencia a los contratos de distribución en los que se incluye obligaciones que limitan la libertad del distribuidor respecto de la determinación de la política de precios,

industrial o intelectual —donde se refiere someramente a las licencias de patente y de know-how— (véase IBIDEM, pág. 136 y sigs., y pág. 295 y sigs., respectivamente).

Por su parte, FERNÁNDEZ-LERGA GARRALDA: *Derecho de la Competencia...*, cit., §§ 321-322, págs. 243-244, cuando trata de la distribución comercial, habla de "sistemas de distribución", y distingue entre distribución extensiva, exclusiva, selectiva y franquicia, con indicación de que, menos la primera, todas las demás tienen un impacto sobre la libre competencia. Además, conforme al desarrollo normativo y jurisprudencial, distingue en su exposición entre distribución exclusiva, compra exclusiva, distribución selectiva —con especial referencia al sector del automóvil— y franquicia. Pero advierte de como en otros reglamentos de exención por categorías, como los acuerdos de I+D, de especialización, de licencia de patentes o de know-how, se recogen normas que tienen que ver con la comercialización de los productos desarrollados en conjunto o cuya explotación se ha cedido mediante licencia de derechos de propiedad industrial (véase IBIDEM, § 323, pág. 245).

²³⁵ Sobre este particular se volverá *infra*, epg. XIII. 1.

²³⁶ GINER PARREÑO: *Distribución y libre competencia...*, cit. El objeto de este estudio estriba en la determinación de las condiciones de legalidad de las obligaciones de aprovisionamiento exclusivo contenidas en un contrato de distribución (véase IBIDEM, pág. 41). Para llevar a cabo dicho estudio debe delimitar qué se entiende por contrato de distribución. No obstante, el autor únicamente se propone sintetizar los rasgos comunes y los principales problemas de compatibilidad con la normativa de defensa de la competencia que plantean estos contratos (véase IBIDEM, pág. 46). Así, dedica las págs. 53-86 a los contratos de distribución. Trata de su evolución y características básicas, así como de su consideración por el Derecho de defensa de la competencia estadounidense, comunitario europeo y español.

del lugar de comercialización y de las categorías comerciales.²³⁷

Tras definir económicamente la distribución, que es entendida en toda su amplitud²³⁸, alude a la evolución experimentada por la distribución comercial contemporánea, reiterando que dicha evolución consiste en la integración de las funciones de distribución, superadora del esquema tradicional de la distribución²³⁹. En su opinión, dicha evolución encuentra su razón de ser en el objetivo de incrementar la rentabilidad del proceso distributivo, sin que haga alusión alguna al objetivo de asegurar el control de dicho proceso.²⁴⁰

Por otra parte, afirma que tanto la figura del fabricante como del consumidor permanecen "inalteradas"²⁴¹. Al margen de que no se entiende muy bien qué se quiere decir con esto, si con ello se pretende poner de manifiesto que los cambios acaecidos a consecuencia de tal evolución únicamente se circunscriben a los agentes económicos tradicionalmente distribuidores, sin que dichos cambios afecten a los productores y consumidores, no parece que ello sea cierto en ninguno de

²³⁷ Véase GINER PARREÑO: *Distribución y libre competencia...*, cit., pág. 42, nota 2, y pág. 59.

²³⁸ GINER PARREÑO: *Distribución y libre competencia...*, cit., pág. 53: "la realización de distintas actividades y operaciones de intermediación que permiten la llegada de los productos o servicios a los compradores, facilitándoles la tarea de selección, adquisición y uso".

²³⁹ Véase GINER PARREÑO: *Distribución y libre competencia...*, cit., pág. 54. En realidad, habla de "eliminación o integración de las funciones intermedias del esquema tradicional de la distribución". Pero las funciones no desaparecen a consecuencia de la integración, sino a consecuencia de que no satisfacen la necesidad a la que iban dirigidas o de que no es precios satisfacer determinada necesidad. La integración no implica la eliminación de funciones de distribución, sino su aglutinación; si la función desaparece no hay nada que integrar. Es precisamente tal aglutinación lo que provoca el paso de los canales tradicionales, de independientes, a los canales organizados (al respecto, véase *supra*, epg. V. 6. B. b).

²⁴⁰ Véase GINER PARREÑO: *Distribución y libre competencia...*, cit., pág. 54.

²⁴¹ GINER PARREÑO: *Distribución y libre competencia...*, cit., pág. 54, con cita de SANTINI: *El comercio...*, cit., pág. 57 y sigs.

ambos casos: hay cambios en el consumo y, desde luego, en la producción relativos a la asunción de funciones de distribución.²⁴²

A continuación se ocupa de la traducción jurídica de esta evolución, que se concreta "en la desnaturalización de la función típica que normalmente asumía un comisionista o un agente"²⁴³. GINER PARREÑO mantiene su atención fija en el reparto del riesgo empresarial inherente al desarrollo de la actividad distributiva, sin apreciar la importancia de la estabilidad y del control en el desarrollo de dicha actividad, que es lo que motiva, sin ir más lejos, la evolución de la comisión a la agencia, cuestión ésta a la que ni siquiera alude. Esta posición es llevada hasta el extremo de justificar el acortamiento del canal de distribución que supone la integración por el reparto de riesgos que ello conlleva, y no por el elevado grado de control que permite, siendo que el reparto de riesgos es una característica también presente en los canales convencionales, incluso con mayor intensidad²⁴⁴. Coherentemente, se viene a defender un concepto restringido de contratos de distribución, atento al hecho de si hay o no traslado del riesgo, dato que el autor considera esencial al sistema de integración²⁴⁵. De manera que, "en el plano jurídico, los contratos de distribución se presentan como vehículos que permiten al distribuidor la adquisición de

²⁴² Y, de hecho, SANTINI: *El comercio...*, cit., pág. 57, afirma que las figuras del fabricante y del consumidor son insustituibles, como inicio y fin del proceso distributivo, pero no dice que permanezcan inalteradas. Es más, en las páginas siguientes, SANTINI se hace eco de los cambios que detecta tanto en los productores, quienes se introducen en el ámbito tradicional de la distribución, como —aunque en menos medida— en los consumidores (véase *infra*, epg. IX. 2.).

²⁴³ GINER PARREÑO: *Distribución y libre competencia...*, cit., pág. 55.

²⁴⁴ Véase GINER PARREÑO: *Distribución y libre competencia...*, cit., quien insiste en este planteamiento a lo largo de toda la pág. 55. Incluso alude a la exclusividad, la materia que es objeto de su trabajo, sin relacionar exclusividad y control, cuando la primera encuentra en el segundo su principal razón de ser (al respecto, véase *supra*, epg. V. 6. C. a.).

²⁴⁵ Véase GINER PARREÑO: *Distribución y libre competencia...*, cit., pág. 56.

los productos del fabricante, normalmente en cantidades mínimas, para su reventa, prestando asistencia tanto en el momento de la venta como con posterioridad"²⁴⁶. En efecto, el control de productor sobre el distribuidor aparece como la última de las consecuencias, casi como una suerte de efecto secundario, para éste último, quien debe padecerlo para asegurarse la adquisición de los productos que comercializa²⁴⁷. No obstante, más adelante pone de relieve que son contratos cuyo denominador común es el de su finalidad, que estriba en acercar las mercancías a los consumidores mediante la instauración de una actividad de colaboración.²⁴⁸

De la definición acuñada destaca su vocación de univocidad. En efecto, esta delimitación acuñada del concepto de contratos de distribución apela a un plano jurídico, pero sin especificar el sector del Derecho desde el que se contempla el fenómeno, con lo que, en principio, la delimitación tendría validez tanto para el Derecho de defensa de la competencia como para el Derecho de obligaciones y contratos. Y, de hecho, dicha delimitación coincide con la realizada por DOMÍNGUEZ GARCÍA en sentido restringido, haciéndose acreedora de idénticas críticas²⁴⁹. En definitiva, en este trabajo no se puede apreciar

²⁴⁶ GINER PARREÑO: *Distribución y libre competencia...*, cit., pág. 57.

²⁴⁷ Véase GINER PARREÑO: *Distribución y libre competencia...*, cit., pág. 57. Es decir, da la impresión de que se ha invertido el sentido del control, de que se está ante un sistema de integración vertical ascendente, en lugar de descendente, siendo que es este último el paradigma que, en realidad, se toma como referencia.

Otro dato más que indica la insuficiente consideración por el autor de la relevancia del control como factor genético de los canales de distribución integrada es su discurso en IBIDEM, págs. 73-79, donde sí que se refiere extensamente a la cuestión del control, pero únicamente al abordar el derecho del franquiciador a mantener el prestigio de su marca, a mantener su *goodwill*.

²⁴⁸ Véase GINER PARREÑO: *Distribución y libre competencia...*, cit., págs. 57-58, quien finaliza con una exposición algo superficial y deslavazada del contenido contractual común a los contratos de distribución.

²⁴⁹ Véase *supra*, epg. VIII. 1. B. b. ii. A idéntica crítica se debe someter al concepto de contratos de distribución —en sentido estricto— que para el Derecho de defensa de la competencia da ALONSO SOTO: "Distribución comercial...", cit., pág. 31: "son aquellos

ni una elaboración propia, ni un concepto acabado, una delimitación clara de la categoría de los contratos de distribución.

Lo que sí resulta de gran interés es la contraposición de las sistemáticas estadounidense y europea en la materia²⁵⁰. En el Derecho *antitrust* estadounidense no se agrupan los acuerdos por categorías a los efectos de la aplicación de dicha normativa, sino que se valora la licitud o ilicitud de las obligaciones contenidas en los contratos de distribución con independencia del tipo contractual que las incorpore. En el Derecho comunitario y en el español se ha procedido, por contra, a la tipificación (impropia y relativa) de los acuerdos de distribución, proceder que se explica por el establecimiento del mecanismo de la exención por categorías, que es desconocido por el Derecho estadounidense²⁵¹. A continuación, y al margen de los problemas de técnica legislativa y de determinación de la normativa aplicable, el autor critica el mecanismo del reglamento de exención por categorías principalmente por someter en ocasiones a regímenes jurídicos diversos, a criterios de valoración

contratos en los que el productor o fabricante acuerdo con el distribuidor el suministro de un bien para su reventa en una zona determinada", y que se caracterizan, principalmente, por ser contratos entre empresarios, de duración y en los que el distribuidor actúa por cuenta propia y, por lo tanto, asume el riesgo empresarial de las operaciones en que interviene.

²⁵⁰ Véase GINER PARREÑO: *Distribución y libre competencia...*, cit., págs. 59-60 y 63-64. Sobre esta cuestión se volverá *infra*, epg. XIII.

²⁵¹ El Derecho estadounidense desconoce el mecanismo de la exención en sus dos modalidades, singular y por categorías (véase *infra*, epgs. XV. 2. y XVI. 4.).

GINER PARREÑO: *Distribución y libre competencia...*, cit., pág. 64, apunta, previamente al argumento que se recoge en texto, la posibilidad de que ello sea consecuencia de la influencia alemana; pero un somero estudio tanto del derecho positivo como de la doctrina alemanes en la materia parece indicar lo contrario, pues ni la Ley alemana de defensa de la competencia (*Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen [in der Fassung der Bekanntmachung vom 20. Februar 1990, Bundesgesetzblatt I, S. 235]*; en adelante, GWB), conoce el mecanismo de la exención por categorías —lo que la GWB prevé son excepciones legales, pero a la prohibición de cártel establecida en su § 1, mientras que tal posibilidad no se encuentra disponible en el caso de acuerdos verticales—, ni la doctrina sistematiza los acuerdos de distribución como es propio del Derecho comunitario (véase *infra*, epg. IX. 4.). Es decir, que si la sistematización es fruto de la influencia alemana, ésta está ya preprogramada en el art. 85.3 TCE.

antitrust distintos, acuerdos que cumplen una misma función económica²⁵². Pese a ello, distingue en el Derecho comunitario europeo las siguientes categorías de contratos de distribución: distribución exclusiva, compra exclusiva, distribución selectiva y franquicia. Y, a pesar de tal la crítica, identifica perfectamente los criterios que fundamentan esta sistemática.²⁵³

Esta última observación, en la órbita de la ya apuntada, consistente en el empleo de la noción de "acuerdo vertical", o incluso de "restricción vertical", como sustitutiva de "contrato de distribución"²⁵⁴, ilustra una diferencia que existe entre el planteamiento propio del Derecho de obligaciones y contratos y el que se puede seguir en el Derecho de defensa de la competencia a la hora de sistematizar el tratamiento de la misma realidad de referencia. En el Derecho de obligaciones y contratos se tiende a la formación de tipos contractuales. Mientras que, en el Derecho de defensa de la competencia, la formación de "tipos contractuales" —si es que en este contexto normativo se puede hablar de tipos contractuales— es "accidental". Con esto se quiere poner de manifiesto que, en realidad, el tipo contractual no es el vehículo

²⁵² Véase GINER PARREÑO: *Distribución y libre competencia...*, cit., págs. 60 y 64. La problemática que plantean los reglamentos de exención por categorías en especial, y el mecanismo de la exención en general, es objeto de detenido tratamiento *infra*, epg. XVI. 4.

²⁵³ Véase GINER PARREÑO: *Distribución y libre competencia...*, cit., págs. 64-84.

²⁵⁴ Así, véase también FERNÁNDEZ-LERGA GARRALDA: *Derecho de la Competencia...*, cit., § 117, págs. 114-115, quien al plantearse, en el ámbito del estudio del art. 85. TCE, la tipología de acuerdos a los que son de aplicación el citado precepto, más precisamente, que están prohibidos por el art. 85 TCE, afirma la imposibilidad de su elaboración, pues ésta únicamente tendría un carácter histórico, debido tanto a la constante evolución de estos acuerdos, como al diferente tratamiento que reciben, ya no únicamente en atención al contenido del acuerdo, sino a las partes involucradas en el mismo. Así, alega que ninguna de las listas que facilita la normativa comunitaria — tanto en el art. 85 TCE como en otras normas de derecho derivado— tiene carácter exhaustivo. Otro problema añadido que se plantea es el criterio para realizar la clasificación —el autor se interroga si se debe atender al sector económico, o a la existencia de un reglamento de exención por categorías—. De manera que únicamente distingue entre acuerdos horizontales y verticales (véase IBIDEM, § 118, págs. 115-116).

sistemático básico del Derecho de defensa de la competencia, sino la persecución de determinado fin o la producción de determinado efecto que está vedado por la prohibición de prácticas colusorias. Por ello, cuando se habla de contratos de distribución en el Derecho de defensa de la competencia, se hace referencia a "una serie de sistemas contractuales muy próximos unos a otros, pero que difieren según las circunstancias que operan, siendo muy difícil reconducirlos a un esquema unitario"²⁵⁵: es decir, se atiende a las "técnicas" que suelen emplearse –fijación de precios, exclusivas de venta o suministro, protección territorial, obligación de promoción de ventas y prohibiciones de competencia y de suministro al exterior de la red– y no a los tipos. Dicho de otro modo, hablar de "contratos de distribución" en el Derecho de defensa de la competencia sirve para referirse a determinados sistemas de organización integrada de los canales de distribución que persiguen tales objetos o producen cuales efectos típicos. La formación de "tipos contractuales" es accidental, porque ello obedece a la existencia del mecanismo de los reglamentos de exención por categorías. La categoría de los "contratos de distribución", entendida como mera aglutinadora de tipos, es útil en el Derecho de obligaciones y contratos. Pero en el Derecho de la competencia, la categoría está llamada a desempeñar otra función, más relevante, cual es la de indicar la presencia (típica) de una serie de objetos o efectos contrarios a la libre competencia que, a su vez, se traducen en una serie de "módulos", que es lo que vendría a constituir cada una de las restricciones verticales. Algo que en lenguaje contractual podría traducirse por cláusulas o conjunto de cláusulas, pero que, en cualquier caso, no corresponden exactamente con ningún tipo contractual de los delimitados en el Derecho de obligaciones y contratos. En conclusión, puede afirmarse que mientras que la categoría "contratos de distribución" es aglutinadora de tipos, la categoría "acuerdos o sistemas de distribución" es

²⁵⁵ FONT RIBAS, A.: *Mercado Común y distribución. La distribución exclusiva y selectiva a través de representantes y concesionarios*, Bosch, Barcelona, 1987, pág. 19.

organizadora de módulos.

A la luz de las anteriores consideraciones cabría, en primer lugar, llegar a la conclusión de que la función del tipo y de la categoría difiere entre los ámbitos del Derecho de obligaciones y contratos y del Derecho de defensa de la competencia. Pero, a la vez, puede defenderse que un contrato de distribución deja de ser atípico desde el momento en que éste es definido por un reglamento de exención por categorías que, además, le dota de un régimen legal —señaladamente, de un clausulado permitido—. De ahí que se afirme que los contratos de distribución, al margen del de agencia —que ha sido regulado preponderantemente desde el Derecho de obligaciones y contratos por la LCA—, no son, cuando menos, absolutamente atípicos. Gozan de una "tipicidad *antitrust*", que puede calificarse de "tipicidad en sentido impropio", pero que no deja de ser tal, aunque no confiera a estos contratos una tipicidad en sentido propio.²⁵⁶

²⁵⁶ Véase *infra*, epg. XI.

VIII. 1. B. d. *Aportaciones en el ámbito de la Ley de ordenación del comercio minorista*

Por último, la promulgación de la LOCM ha dado lugar a que la doctrina se plantee, entre otras muchas cuestiones, la de la categoría de los contratos de distribución. Y no simplemente por tratarse de un texto legal dedicado especialmente al fenómeno económico y jurídico de la distribución, sino porque dicha Ley dicta normas relativas a dos sistemas de distribución, cuales son la denominada "venta multinivel" —regulación a la que debe sumarse la prohibición de ventas en pirámide— (arts. 22-23 LOCM) y la franquicia (art. 62 LOCM)²⁵⁷. No obstante, el primero de ellos constituye un sistema de distribución en sentido lato; esto es, una técnica de organización del canal de distribución pero no un sistema de distribución integrada.²⁵⁸

A propósito del primero de los sistemas de distribución, BADENAS CARPIO afirma, en primer lugar, que la venta multinivel es un sistema de distribución (en sentido lato), pues mediante ésta el empresario establece un canal de distribución²⁵⁹, para, acto seguido, y

²⁵⁷ Sobre el contenido de estas disposiciones y su problemática específica, especialmente, en lo referente a la delimitación que de ambos sistemas de distribución realiza el legislador y su ubicación sistemática, véase *infra*, epg. VIII. 2. D.

²⁵⁸ Véase *supra*, epg. IV. 3.

²⁵⁹ Véase BADENAS CARPIO, J. M.: "Comentario al artículo 22", en: BERCOVITZ/LEGUINA: *Comentarios a las Leyes de Ordenación...*, cit., pág. 402. Ahora bien, lo que ya no es de recibo es calificar a la gran mayoría de las ventas especiales contenidas en el tít. III LOCM —concretamente, la venta a distancia (arts. 38-48 LOCM), la venta ambulante o no sedentaria (arts. 53-55 LOCM) y la venta automática (arts. 49-52 LOCM)— como sistemas de distribución, asimismo en sentido lato, pues realmente, si se atiende al contenido de los correspondientes preceptos de la LOCM, éstos no disciplinan la relación entre los distintos intermediarios, es decir, la organización de canal de distribución, sino la relación del canal con el destinatario, con el comprador, al igual que sucede en el caso de la

tras hacer una breve exposición del estado del tratamiento que en la doctrina jurídica recibe la materia de distribución comercial —concretamente, desde el Derecho de obligaciones y contratos—, ubicar la venta multinivel en la categoría de los contratos de distribución, no obstante, parece que en sentido restringido²⁶⁰. No obstante, reconoce que ésta "dista mucho de ser unívoca"²⁶¹, pero la considera de interés, pues a dicha categoría se vincula una serie de notas que resultan de gran utilidad cuando se estudia la venta multinivel: el ser contratos de adhesión —en los que existe una desigualdad económica en favor del productor—, normativos —aunque por el desarrollo de esta nota parece más bien referirse a su carácter de contrato-marco—, *intuitu personae*, de duración y esencialmente mercantiles²⁶². Finalmente, como pertenecientes a esta categoría y con objeto de su comparación con el sistema de distribución estudiado, se trata de los contratos de agencia, comisión mercantil, corretaje, concesión mercantil y franquicia²⁶³. En conclusión, de todo ello cabe deducir que este autor parte de un concepto muy amplio de contratos de distribución, tan amplio como para incluir los contratos de comisión y mediación, e incluso las propias ventas multinivel, que en ningún caso constituyen un sistema de distribución

venta en pública subasta (arts. 56-61 LOCM); por contra, no se alude a la regulación del régimen de la franquicia (art. 62 LOCM).

²⁶⁰ Véase BADENAS CARPIO: "Comentario al artículo 22", cit., págs. 402-404, donde se sigue una línea argumental pareja a la aplicada por DOMÍNGUEZ GARCÍA: "Aproximación...", cit., al distinguir entre distribución directa e indirecta —de modo no acertado, pues no distingue entre la asunción de las operaciones de promoción y las de transmisión, que son las que marcan la frontera entre una y otra, sino que habla, en general, de comercialización—, y dedicar especial atención a la cuestión de la atipicidad (véase *supra*, epg. VIII. 1. B. b. ii.).

²⁶¹ BADENAS CARPIO: "Comentario al artículo 22", cit., pág. 404, donde se hace eco de las distintas posturas de la doctrina, la tradicional y mayoritaria, representada por DOMÍNGUEZ GARCÍA, partidaria de un concepto restringido de contratos de distribución, frente a la más reciente y todavía minoritaria, representada por MARTÍNEZ SANZ: *La indemnización...*, cit. (véase *supra*, epg. VIII. 1. B. b. ii. β.).

²⁶² Véase BADENAS CARPIO: "Comentario al artículo 22", cit., págs. 404-406.

²⁶³ Véase BADENAS CARPIO: "Comentario al artículo 22", cit., págs. 407-435.

integrada.²⁶⁴

Por su parte, con ocasión del segundo de los sistemas de distribución que son objeto de regulación —en este caso, muy parcialmente— en la LOCM, y manteniendo su postura elusiva²⁶⁵, ECHEBARRÍA SÁENZ no se plantea directamente la cuestión de la categoría de los contratos de distribución. No obstante, sí que realiza unas interesantes consideraciones cuando trata del elemento básico, del núcleo de la definición de la actividad de franquicia conforme a la LOCM: la explotación de un sistema propio de comercialización, sistema que además se caracteriza por ser un sistema externo, entre empresas independientes²⁶⁶. Tras excluir los vínculos de naturaleza laboral y los sistemas corporativos de organización de los canales de distribución, se centra en los sistemas contractuales. Sus pronunciamientos apuntan hacia una concepción restringida de los contratos de distribución, seguramente condicionada por la necesidad de restringir el alcance de la expresión "sistema de comercialización", que considera excesivamente amplia. No obstante, ello no debería llevarle a afirmar que un contrato de agencia no puede identificarse con la noción de franquicia porque "no existe un reparto de funciones comerciales" entre el agente y su empresario principal, a diferencia de lo que sucede entre el franquiciado y el franquiciador²⁶⁷. Lo que, en todo caso, no habrá será una "cesión de sistema" de comercialización. Pero son dos cosas distintas. Dicho de otro modo, es cierto que no se puede entender por cesión de un sistema de comercialización el traslado de una función

²⁶⁴ Sobre las ventas multinivel, véase *infra*, epg. VIII. 2. D.

²⁶⁵ Véase las explicaciones relativas a ECHEBARRÍA SÁENZ: *El contrato de franquicia...*, cit., *supra*, epg. VIII. 1. B. b. i.

²⁶⁶ Véase ECHEBARRÍA SÁENZ, J. A.: "Comentario al artículo 62", en: BERCOVITZ/LEGUINA: *Comentarios a las Leyes de Ordenación...*, cit., págs. 866-868.

²⁶⁷ ECHEBARRÍA SÁENZ: "Comentario al artículo 62", cit., pág. 866.

económico-distributiva, que en el caso de la agencia sería la de promoción, sino que debe tratarse de una asignación de un complejo de funciones de distribución y, sobre todo, que es lo importante, de un complejo preorganizado por el franquiciador. Pero esto no quiere decir que no haya reparto de funciones comerciales entre el agente y su empresario, pues la promoción es una función, y relevante, de distribución²⁶⁸. Como tampoco es acertado entender que la agencia no es un supuesto de comercio integrado, pues la integración comercial²⁶⁹ no presupone, necesariamente, la traslación de la actividad de transmisión.²⁷⁰

²⁶⁸ Todo ello al margen de que ECHEBARRÍA SÁENZ: "Comentario al artículo 62", cit., pág. 867, califica la función económico-distributiva asumida por el agente como de representación, noción que no es todo lo amplia que es la de promoción, y que es la que procedería utilizar.

²⁶⁹ Que el propio autor caracteriza como el intercambio y la coordinación de funciones económicas para la obtención de un fin común: la optimación económica de la red, de manera que cada empresario asume las funciones que mejor realiza y se especializa en un sistema que contempla el desarrollo conjunto de la comercialización (véase ECHEBARRÍA SÁENZ: "Comentario al artículo 62", cit., págs. 867-868).

²⁷⁰ Sobre la noción de franquicia del art. 62 LOCM se volverá *infra*, epg. VIII. 2. D.

VIII. 2. Estado de la regulación jurídico-positiva de la distribución comercial

El presente epígrafe y el que le sigue han de servir como constatación del grado de penetración, tanto en la regulación legal como en la práctica jurisprudencial, de las elaboraciones doctrinales expuestas en el epígrafe anterior; si bien ya puede avanzarse que el grado de penetración es muy bajo, tanto si se atiende a la elevada dispersión normativa como a la regulación fragmentaria de la materia que nos ocupa, sin olvidar los escasos y deficientes desarrollos jurisprudenciales.

VIII. 2. A. Preliminar

Para hacer una exposición completa de cuál es el estado de la legislación en materia de distribución comercial es necesario abordar los tres frentes legislativos que es posible distinguir: el Derecho de obligaciones y contratos, el Derecho de la competencia y el recientemente abierto por la LOCM.

VIII. 2. B. Derecho de obligaciones y contratos

Como ya se ha expuesto, en este ámbito, la distribución comercial se aborda en su vertiente de los contratos de distribución²⁷¹. Pues bien, no existe una regulación específica de estos contratos, ni en el Código de comercio ni en ley mercantil especial alguna, a excepción del contrato de agencia, que es regulado, con carácter general y al margen de las normas especiales en función del objeto de la actividad del agente²⁷², por la LCA. De ahí que, en su consideración desde este ámbito, se afirme que los contratos de distribución —a excepción del de agencia— son contratos atípicos (en sentido propio)²⁷³, y se plantee con tanta intensidad la problemática de la aplicación analógica de la LCA a los restantes contratos de distribución.

No obstante, sí que se ha sugerido la elaboración de una Ley de Contratos de Gestión y Distribución, que agruparía los contratos de comisión, agencia, corretaje, concesión y franquicia, dentro de una compleja actuación de unificación y recodificación del Derecho privado, que apuesta por la potenciación de los Derechos especiales y sectoriales —en este caso sería el Derecho de la Gestión y Distribución—. ²⁷⁴

²⁷¹ Véase *supra*, epg. VIII. 1. A.

²⁷² Sin ánimo de exhaustividad, véanse, para el agente de seguros, art. 6 y sigs. de la Ley 9/1992, de 30 de abril, de mediación en seguros privados (BOE de 2-5); para el agente de las entidades de crédito, art. 22 del Real Decreto 1245/1995, de 14 de julio, de normas sobre creación de bancos, actividad transfronteriza y otras cuestiones relativas al régimen jurídico de las Entidades de Crédito (BOE de 31-7); y para las agencias de viajes, el Real Decreto 271/1988, de 25 de marzo, por el que se regula el ejercicio de las actividades de las Agencias de Viajes (BOE de 29-3). No obstante, téngase en cuenta que, en ocasiones, como sucede con las dos últimas disposiciones citadas, por su carácter reglamentario nunca puede tratarse de normas pertenecientes al Derecho de obligaciones y contratos *strictu sensu*.

²⁷³ Véase *infra*, epg. XI.

²⁷⁴ Véase COMISIÓN ESPECIAL...: *Informe...*, cit., pág. 94.

VIII. 2. C. *Derecho de la competencia*

La normativa reguladora de la competencia, sea de fuente de producción comunitaria europea o estatal, está llamada a regular el fenómeno de la distribución comercial en toda su extensión, debido a su carácter omnicomprendivo de toda la actividad económica. Centrándonos en el Derecho de la competencia de producción estatal, y por lo que se refiere a su incidencia sobre la organización de los canales de distribución, en este sector normativo, entendido en sentido amplio, se han de distinguir, a su vez, tres posibles focos de actividad legislativa: el Derecho de defensa de la competencia, encabezado por la LDC; el Derecho de la competencia desleal, representado por la LCD; y el Derecho de la propiedad industrial e intelectual, extenso conjunto normativo, en cuyo vértice se encuentran la Ley 11/1986, de 20 de marzo, de patentes²⁷⁵, la Ley 32/1988, de 10 de noviembre, de marcas²⁷⁶ (en adelante, LM), y el Real Decreto Legislativo 1/1996, de 12 de abril, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de propiedad intelectual.²⁷⁷

La observación de sus contenidos permite afirmar que los contratos de distribución o, en su terminología competitiva equivalente, los acuerdos o sistemas de distribución, son objeto de específica atención únicamente por el Derecho de defensa de la competencia. En efecto, el Derecho de defensa de la competencia confiere un tratamiento completo a los problemas que para el mercado plantean los acuerdos o sistemas de distribución, tratamiento cuya máxima expresión viene constituida por los reglamentos de exención por categorías. Por razón del mimetismo del Derecho español de defensa de la competencia hacia el comunitario, se aplaza el estudio de la LDC al del TCE y las restantes fuentes comunitarias, al hilo de cuya exposición se podrán de manifies-

²⁷⁵ BOE de 26-3.

²⁷⁶ BOE de 12-11.

²⁷⁷ BOE de 22-4.

tos las especialidades o diferencias que el Derecho español presenta en la materia que nos ocupa frente al comunitario.²⁷⁸

Por su parte, tanto el Derecho de la competencia desleal como el Derecho de la propiedad industrial e intelectual tienen una incidencia mucho menor, que podría calificarse de adyacente, sobre los acuerdos de distribución. De hecho, para ambos resulta desconocida la categoría de los contratos de distribución como elemento sistemático en el tratamiento de las cuestiones a las que buscan dar respuesta.

Así, en el marco de los contratos de distribución, el Derecho de la propiedad industrial e intelectual interesa por lo que se refiere a las condiciones en que se transmite el ejercicio de estos derechos, pues la transmisión por el licenciante y el ejercicio de los mismos por el licenciatario pueden realizarse, no únicamente con miras a desarrollar una actividad de simple utilización o de producción, sino también de distribución. Es decir, más que las cuestiones atinentes a la existencia de los derechos de propiedad industrial, interesan aquéllas relativas a su ejercicio y las limitaciones que a éste establece el Derecho de la competencia, concretamente, desde el Derecho de defensa de la competencia²⁷⁹. De este modo, tienen un especial protagonismo los acuerdos de transmisión de derechos sobre creaciones industriales y bienes inmateria-

²⁷⁸ De todo ello se tratará *infra*, parte 3.ª.

²⁷⁹ Por ejemplo, entre nosotros, véase MASSAGUER: "El enjuiciamiento antitrust...", cit., págs. 1-6; no obstante, téngase en cuenta que este artículo no llega a tomar en consideración el R.D. 157/1992, que incorpora como Derecho de defensa de la competencia de fuente estatal el Reglamento (CEE) 2349/84 de la Comisión, de 23 de julio de 1984, relativo a la aplicación del apartado 3 del artículo 85 del Tratado a ciertas categorías de acuerdos de licencia de patentes (ABIEG núm. L 219/15, de 16.8.1984; DOCE ed. especial en español 8/vol. 2, pág. 135; en adelante, Rgto. CEE 2349/84), ni el Reglamento (CEE) 556/89 de la Comisión, de 30 de noviembre de 1988, relativo a la aplicación del apartado 3 del art. 85 del Tratado a ciertas categorías de acuerdos de licencia de *know-how* (DOCE núm. L 61/1, de 4.3.1989; en adelante, Rgto. CEE 556/89); reglamentos que, no obstante, en el ámbito del Derecho comunitario han sido derogados por el art. 11 Rgto. CE 240/96.

Como ya se ha avanzado, existen serias dudas sobre la vigencia y aplicabilidad de los reglamentos españoles de exención por categorías. Esta situación será objeto de análisis *infra*, epg. XVI. 4. D.

riales asimilables, como es el caso del *know-how*²⁸⁰. Igualmente, los signos distintivos desempeñan un importante papel en la articulación de los sistemas de distribución, especialmente cuando de sistemas de distribución selectiva o de franquicia se trata, por la función de identificación frente a la demanda tanto de los productos como de los productores e intermediarios en el mercado. No obstante, pese a lo anterior y al margen de las cuestiones apuntadas sobre la importancia de los signos distintivos, concretamente, de las marcas, en las relaciones de poder entre productores e intermediarios²⁸¹, en el marco del estudio de los contratos de distribución queda mermada la trascendencia de estos derechos de propiedad industrial por la aplicación de la doctrina del agotamiento.²⁸²

Por otro lado, el Derecho de la competencia desleal, por razón de la técnica utilizada para la delimitación de su ámbito de aplicación —que descansa sobre la noción de acto de competencia desleal— incide en los acuerdos de distribución de manera más puntual: está destinado a corregir determinadas actuaciones de los productores e intermediarios, sean éstos miembros de los canales de distribución o no, actos que son consecuencia de los sistemas a que dan lugar estos contratos, ya sea como ejecución de los mismos, ya sea como reacción frente a ellos. Por lo tanto, todas las previsiones de la LCD serán de aplicación a la actividad de los agentes económicos, pero no depende tanto de su participación en un contrato de distribución o de su pertenencia a un canal de distribución.

No obstante, especial interés presenta para los agentes económicos

²⁸⁰ Sobre la calificación del *know-how*, delimitado como conocimiento o conjunto de conocimientos técnicos secretos, como un bien inmaterial funcionalmente próximo a las creaciones industriales, véase por todos MASSAGUER FUENTES, J.: *El contrato de licencia de know-how*, Bosch, Barcelona, 1989, págs. 42-66.

²⁸¹ Véase *supra*, epg. VI. 1. A.

²⁸² A propósito del agotamiento del derecho de marca, véanse, entre otros, HERAS LORENZO, T. D. L.: *El agotamiento del derecho de marca*, Montecorvo, Madrid, 1994; y, para los últimos desarrollos, LOBATO GARCÍA-MIJÁN, M.: "El agotamiento del derecho de marca", cit., págs. 117-131.

pertencientes a canales de distribución integrados, tanto productores como intermediarios, la posibilidad de utilizar la LCD para protegerse de la ingerencia de intermediarios ajenos a la red, que, paralelamente a ésta, distribuyen productos reservados, en un principio, a la misma —así, la actuación de tal distribuidor paralelo podría calificarse como acto de confusión (art. 6 LCD) o como un acto de engaño (art. 7 LCD); como un supuesto de inducción a la infracción contractual (art. 14 LCD); o incluso, como un supuesto de venta a pérdida (art. 17 LCD y art. 14 LOCM)—. No obstante, dicha aplicación nunca puede ir en contra de los resultados a que dé lugar la normativa sobre defensa de la competencia.²⁸³

VIII. 2. D. *Ley de ordenación del comercio minorista*

La incidencia de las Leyes estatales de ordenación del comercio minorista —la LOCM y la Ley Orgánica 2/1996, de 15 de enero, complementaria de la de ordenación del comercio minorista— en la moderna distribución comercial es considerable. A ello se ha de sumar un significativo elenco de normas emanadas de las Comunidades Autónomas que presentan zonas de intersección, desde el punto de vista material, con la LOCM²⁸⁴. No obstante, si nos ceñimos a la materia que

²⁸³ En este mismo sentido, véanse, en cuanto al punto de partida, MASSAGUER: "La protección de los sistemas...", cit., pág. 463 —otra cosa es el juicio que a esta autor le merece la protección que el importador paralelo recibe en el Derecho comunitario de defensa de la competencia—; y LOBATO GARCÍA-MIJÁN: "El agotamiento del derecho de marca", cit., págs. 141-142.

Idéntico planteamiento puede apreciarse en el Derecho comparado; así, para el Derecho alemán, véase HABERMEIER, S.: "Das Recht des unlauteren Wettbewerbs" (§ 33)", en: MARTINEK/SEMLER: *Handbuch des Vertriebsrechts*, cit.

A este respecto, y como ejemplo de la tensión entre Derecho comunitario de defensa de la competencia y Derecho nacional —en este caso, alemán— de competencia desleal, véase *infra*, epg. XIII. 3. A. e.

²⁸⁴ Así, Andalucía: Ley 1/1996 de comercio interior de Andalucía, cit.; Aragón: Ley 9/1989 de ordenación de la actividad comercial en Aragón, cit.; Cataluña: Decreto Legislativo 1/1993 que aprueba el Texto Refundido de comercio interior de Cataluña, cit.; Comunidad Valenciana: Ley 8/1986 de ordenación del comercio y superficies comerciales, cit.; Galicia: Ley 10/1988 de ordenación del comercio interior, cit.; Islas Canarias: Ley 4/1994 de ordenación de la actividad comercial de Canarias, cit.; y País Vasco: Ley 7/1994 de la actividad comercial en el País Vasco.

nos ocupa, de las muy diversas cuestiones que son objeto de regulación tanto en las Leyes estatales como en las autonómicas, únicamente dos deben ser tenidas aquí en consideración, por tratarse de supuestos de contratos o sistemas de distribución comercial: de una parte, la venta multinivel y la prohibición de las ventas en pirámide –que puede calificarse como un contrato de distribución en sentido lato (de distribución no integrada)– y, de otra, la actividad comercial en régimen de franquicia –que es un contrato de distribución en sentido estricto (de distribución integrada)–.²⁸⁵

Tomando como punto de referencia dichas cuestiones, puede afirmarse que la incidencia de esta normativa sobre los canales de distribución proviene fundamentalmente de la normativa estatal y es de carácter limitado. En efecto, en atención a la materia que es objeto de regulación, solamente interesa considerar los arts. 22, 23 y 62 LOCM. Y únicamente el art. 22 LOCM, donde se regula la venta multinivel, es de aplicación supletoria en aquellas Comunidades Autónomas que tienen competencia legislativa en la materia. No sucede así con los arts. 23 y 62 LOCM, donde se abordan la prohibición de las ventas en pirámide y la actividad comercial en régimen de franquicia, respectivamente, pues son preceptos que el Estado ha dictado en ejercicio de competencias exclusivas, y, por lo tanto, son de aplicación directa en todo el territorio nacional.

No obstante, es necesario hacer una serie de puntualizaciones respecto de los últimos preceptos aludidos, motivadas por la deficiente fundamentación competencial que se realiza en la disp. final única LOCM. Para dictar el art. 23 LOCM, el Estado se ampara en su competencia exclusiva emanada del art. 149.1.6.º de la Constitución Española (Derecho mercantil de la competencia). Realmente, la norma textualmente amparada es el apdo. 3 del art. 23 LOCM. Sin embargo, no tiene

²⁸⁵ Véase *supra*, epgs. IV. 3. y VIII. 1. B. d.

sentido que ello únicamente se refiera al apdo. 3, puesto que lo que éste hace es remitirse a los dos apartados anteriores. En efecto, en los apdos. 1 y 2 del art. 23 se contemplan las prohibiciones desencadenantes de la consecuencia prevista en el apdo. 3, cual es la nulidad de pleno derecho de las cláusulas contractuales "contrarias a lo previsto en este artículo". Por lo que, en realidad, debe entenderse que todo el art. 23 LOCM está amparado por la competencia estatal²⁸⁶. Asimismo, para dictar el art. 62 LOCM, el Estado se ampara en su competencia exclusiva emanada del art. 149.1.6.º y 8.º de la Constitución Española (legislación civil y mercantil: Derecho privado de los contratos). Pero, además, el apdo. 2

²⁸⁶ Sobre esta anomalía llaman la atención GROBS I TURBANI, R.: "Comentario al artículo 23", en: ARMANY · MANUBENS & ASOCIADOS: *Ordenación del comercio minorista...*, cit., pág. 204; VICENT CHULIÁ, F.: "Ventas multinivel y ventas en pirámide", en: *Libre competencia y Ley de Ordenación...*, cit., pág. 173; y LOBATO GARCÍA-MIJÁN, M.: "Comentario al artículo 23", en: PIÑAR/BELTRÁN: *Comentarios a la Ley de Ordenación...*, cit., pág. 176. Este último autor expresa su extrañeza, pero no llegar a afirmar que debe entenderse que todo el precepto ha sido dictado al amparo de la competencia exclusiva del Estado, a diferencia de los dos primeros que, sin afirmarlo expresamente, son partidarios de tal tesis. Por su parte, A. BERCOVITZ: "Notas sobre los aspectos...", cit., pág. 945, se limita a plantear el problema.

Realmente, decir, como hace LOBATO GARCÍA-MIJÁN, que sería de aplicación el art. 6.3 del Código civil respecto de los apdos. 1 y 2 del art. 23 LOCM no da solución a la cuestión de si el Estado tiene competencia expresamente atribuida para dictar tales preceptos o no, al margen de que, si resultan ser normas jurídico-públicas, tal solución no es pacífica, si se atiende, por ejemplo, a la discusión que se ha planteado en relación con la normativa sectorial de protección de la clientela bancaria (al respecto, por todos, véase LÓPEZ SÁNCHEZ, M.-A.: "Disciplina sectorial bancaria y protección del consumidor", EC 1997 [42], págs. 9-22; véase también *supra*, epg. VII. 2.

De otra parte, LOBATO GARCÍA-MIJÁN, M.: "Comentario al artículo 22", en: PIÑAR/BELTRÁN: *Comentarios a la Ley de Ordenación...*, cit., pág. 171; e IDEM: "Comentario al artículo 23", cit., pág. 176, alude a como resulta extraño que una norma como el art. 23.3 LOCM, de "contenido claramente civil", al referirse a la nulidad de una cláusula contractual, sea calificada como norma de Derecho de la competencia, y atribuye esta a su juicio errónea adscripción de título competencial a una errata del legislador en la redacción de la Ley con relación a la de la Proposición de ley, de manera que para este autor, dicha referencia hay que entenderla hecha al art. 22.3 LOCM, que sería, por lo tanto, de aplicación directa en todo el Estado. Sin perjuicio de que este autor no llegue a concluir, siendo coherente con el supuesto "baile de cifras", que entonces es el art. 23.3 LOCM el que no queda amparado por título competencial estatal alguno —hubiera sido menos incoherente por su parte opinar que lo que hay es, no una errata, sino un olvido—, no parece que sea ésta una cuestión que se pueda solucionar de tal modo. Además, el argumento no es tan convincente como parece: el art. 1.2 LDC también declara nulas determinadas cláusulas contractuales, y a nadie se le ocurriría afirmar que no deba ser calificada como norma de Derecho de la competencia.

del art. 62 LOCM tiene la consideración de norma básica, y se dicta al amparo igualmente de la competencia estatal emanada del art. 149.1.13.º de la Constitución Española (bases y coordinación de la planificación general de la actividad económica). Al ser una norma básica, las Comunidades Autónomas con competencias legislativas están también llamadas a desarrollarla.²⁸⁷

Realmente podría defenderse que la opción por establecer un tercer miembro en la exposición de los frentes legislativos era evitable, ya que los preceptos que aquí interesan, bien son Derecho privado de los contratos, bien Derecho de la competencia. Pero existen razones que en momento presente aconsejan inclinarse a favor de la presente solución sistemática.

Así, de no procederse de este modo, en primer lugar, el art. 22 LOCM no encontraría ubicación: presumiblemente es Derecho de ordenación del comercio interior –y se dice presumiblemente, ya que el legislador lo único que hace es afirmar que su "carácter supletorio" (de tal calificación se tratará más adelante). En segundo lugar, no hay que descartar que en un futuro próximo, cuando la LOCM se asiente en el panorama normativo español y sea objeto de los oportunos mejoras y desarrollos, haya de hablarse de un Derecho de ordenación del comercio, con un alto componente jurídico-público, más propio del Derecho administrativo económico, que escapa a los otros dos miembros de la clasificación por la que se ha optado. Así lo indica el art. 63.1 LOCM, que establece que la concurrencia de responsabilidades civiles, penales o de otro orden no obsta para sancionar por infracción de sus normas. Y si bien, por lo que aquí interesa, se establece la preferencia procedimental del Derecho de defensa de la competencia sobre la LOCM (art. 63.2 LOCM), ello no es sinónimo de que el ilícito *antitrust* absorba el ilícito de ordenación del comercio minorista en todo caso; las situaciones de doble sanción deberán resolverse conforme a las normas generales, que la propia

²⁸⁷ De esta problemática se ocupa ECHEBARRÍA SÁENZ: "Comentario al artículo 62", cit., págs. 875-881.

LOCM recuerda en su art. 63.3 –identidad de hechos y de intereses públicos protegidos–. Y, en tercer lugar, los problemas que plantea la LOCM aconsejan hacer un tratamiento conjunto de sus preceptos, correspondan éstos al sector normativo que correspondan, problemas que serán brevemente expuestos más adelante.

A continuación se estudiará únicamente la consideración por la LOCM de la venta multinivel y la franquicia como contratos de distribución. Ello supone dejar al margen numerosos problemas que plantean los contenidos de los arts. 22, 23 y 62 LOCM, si bien no podrá eludirse incidir en alguna de las cuestiones que suscita la delimitación de ambos supuestos.²⁸⁸

Previamente debe advertirse de las muchas dificultades e interrogantes que plantea la LOCM como norma, y que provocan una actitud de gran cautela y cierta desconfianza en el intérprete. Dichas objeciones a la LOCM se refieren, principalmente, a la, cuando menos, aparentemente cuestionable constitucionalidad de gran parte de sus preceptos, a la defectuosa y discutible asignación de títulos competenciales (véase disp. final única LOCM), a su deficiente coordinación con la normativa emanada de las Comunidades Autónomas, y a la pésima técnica legislativa utilizada.²⁸⁹

²⁸⁸ Para las restantes cuestiones suscitadas por estos preceptos, véanse: para los arts. 22 y 23 LOCM, VICENT CHULIÁ, F.: "Ventas multinivel...", cit., págs. 167-194; GROBS I TURBANY, R.: "Comentario al artículo 22", en: ARMANY · MANUBENS & ASOCIADOS: *Ordenación del comercio minorista...*, cit., págs. 198-203; e IDEM: "Comentario al artículo 23", cit., págs. 203-205; LOBATO GARCÍA-MIJÁN: "Comentario al artículo 22", cit., págs. 169-174; e IDEM: "Comentario al artículo 23", cit., págs. 174-177; y, más extensamente, BADENAS CARPIO: "Comentario al artículo 22", cit., págs. 398-460; e IDEM: "Comentario al artículo 23", en: BERCOVITZ/LEGUINA: *Comentarios a la Leyes de Ordenación...*, cit., págs. 461-483. Para el art. 62 LOCM, RUIZ DE VILLA JUBANY, J.: "Comentario al artículo 62", en: ARMANY · MANUBENS & ASOCIADOS: *Ordenación del comercio minorista...*, cit., págs. 438-455; RUIZ PERIS, J. I.: "Comentario al artículo 62", en: PIÑAR/BELTRÁN: *Comentarios a la Ley de Ordenación...*, cit., págs. 491-510; y, más detenida y extensamente, ECHEBARRÍA SÁENZ, J. A.: "Comentario al artículo 62", cit., págs. 855-902.

²⁸⁹ Más allá, A. BERCOVITZ: "Notas sobre los aspectos...", cit., pág. 945, afirma que, fruto de la mala técnica legislativa aplicada, la LOCM "destroza" la seguridad jurídica.

En primer lugar, la LOCM plantea dudas en cuanto a la constitucionalidad de gran parte de su articulado, del que se afirma que es de aplicación supletoria, es decir, en defecto de la legislación específica dictada por las Comunidades Autónomas. En efecto, si atendemos al tenor literal de la disp. final única LOCM, parece que el Estado ha promulgado, sino toda, buena parte de la LOCM amparándose únicamente en la cláusula de supletoriedad contenida en el art. 149.3 de la Constitución Española. Así, en dicha disp. final única parece que se quiere insistir en ello por dos veces: en primer lugar, refiriéndose a la totalidad de la LOCM (primer párr.) y, en segundo lugar, a los preceptos no expresamente mencionados en dicho precepto (último párr.). Por otra parte, en el último inciso del art. 1.1 LOCM se dice que la presente Ley tiene por objeto regular una serie de materias "... sin perjuicio de las leyes dictadas por las Comunidades Autónomas en el ejercicio de sus competencias en la materia".

Pues bien, si se atiende a la jurisprudencia del TC sobre la cláusula de supletoriedad, claramente resulta que el Estado no puede dictar normas con eficacia meramente supletoria, es decir, en materias sobre las cuales carece de todo título competencial: el legislador estatal no puede apoyarse en la regla de la supletoriedad para dictar tales normas, por no constituir una cláusula universal atributiva de competencias. Más concretamente, en el ámbito de las competencias legislativas exclusivas de las Comunidades Autónomas, el Estado no puede dictar normas con el único fin de que sean de aplicación supletoria. La supletoriedad no es un título competencial, sino una cláusula dirigida al aplicador del Derecho, para que, si procede, aplique supletoriamente las normas dictadas por el Estado en el ejercicio de sus competencias, ya sean éstas de atribución expresa o residual.²⁹⁰

²⁹⁰ Véanse fdo. 7.º 7 de la Sent. del TC 147/1991, de 4 de julio, *Conflicto de positivo de competencias sobre pesca* (BOE de 29-7); fdo. 6.º de la Sent. del TC 118/1996, de 27 de junio, *Ley de ordenación del transporte terrestre* (BOE de 29-7); y fdo. 12.º de la Sent. del TC 61/1997, de 20 de marzo, *Ley del suelo* (BOE de 25-4) —cfr., no obstante, los votos particulares discrepantes del Magistrado JIMÉNEZ DE PARGA Y CABRERA en las dos últimas sentencias citadas—.

Para salvar la aparente inconstitucionalidad de los preceptos de la LOCM que no vienen amparados en la disp. final única LOCM por competencia alguna atribuida expresamente al Estado, debe procederse a una relectura de dicha disposición.

Se parte de la base de que la correspondencia establecida por el legislador estatal en la disp. final única LOCM entre los preceptos allí enumerados y sus competencias expresas es correcta: es decir, los preceptos de la LOCM que el Estado, en la tan repetida disp. final única, afirma que son competencia expresa suya, lo son efectivamente y en razón del título competencial aludido²⁹¹. En tal caso carece de sentido el primer párr. de la disp. final única LOCM por lo que a estos preceptos se refiere, pues, al ser dictados en ejercicio de competencias estatales expresas, son de aplicación directa en todo el territorio nacional.

Igualmente, se entiende que los preceptos de la LOCM no listados en la disp. final única LOCM corresponden al título competencial "comercio interior" —aunque también sería posible que alguno o varios de los preceptos en cuestión correspondiesen a otro u otros títulos competenciales como, por ejemplo, "protección de los consumidores"—. Y es que, con carácter general —y al margen de que pueda, en determinados casos, ser discutible a qué título o títulos competenciales corresponde determinado precepto—, parece que el título competencial preponderante en la LOCM es el de "comercio interior".

Pues bien, una vez asumidas tales premisas, debe atenderse a la distribución de competencias en materia de comercio interior entre el

²⁹¹ Cfr. A. BERCOVITZ: "Notas sobre los aspectos...", cit., págs. 945-946, quien expone sus más que serias dudas al respecto. No obstante, lo que ya no parece de recibo es entender que las correspondencias competenciales establecidas en la LOCM constituyen una "presunción *iuris tantum*", y que, por lo tanto, carecen de carácter vinculante (véase IBIDEM, pág. 946). Para enderezar tales errores no queda otro recurso que el de inconstitucionalidad. Así, en este momento se encuentra planteado un recurso de inconstitucionalidad por el Gobierno de Navarra, admitido por el TC con el núm. 1254/1996, contra los arts. 2.3, 6.1, 6.2, 7, 28.1, 37, 53, 67, 69.1 y 70 LOCM (Providencia del TC de 16-4-1997; BOE de 26-4).

Estado y las Comunidades Autónomas. Se aprecia como se trata de una materia sobre la que un grupo de Comunidades Autónomas ha asumido competencias legislativas exclusivas y de ejecución, mientras que otro grupo de Comunidades Autónomas únicamente ha asumido competencias ejecutivas²⁹², si bien no todas las Comunidades Autónomas del primer grupo han ejercido su competencia legislativa.²⁹³

²⁹² La distribución de competencias en materia de comercio interior queda como sigue: tienen competencia legislativa exclusiva y competencia ejecutiva: Andalucía (art. 18.1.6.º de Estatuto de Autonomía [Ley Orgánica 6/1981, de 30 de diciembre, BOE 11-1-1982]), Aragón (art. 35.1.19 de su Estatuto de Autonomía [Ley Orgánica 8/1982, de 10 de agosto; BOE de 16-8], asumida en el año 1994), Castilla-La Mancha (art. 31.1.11.º de su Estatuto de Autonomía [Ley Orgánica 9/1982, de 10 de agosto; BOE de 16-8], asumida en el año 1997), Cataluña (art. 12.1.5 de su Estatuto de Autonomía [Ley Orgánica 4/1979, de 18 de diciembre; BOE de 22-12]), Comunidad de Madrid (art. 26.3.12 de su Estatuto de Autonomía [Ley Orgánica 3/1983, de 25 de febrero; BOE de 1-3], asumida en el año 1998), Comunidad Valenciana (art. 34.1.5 de su Estatuto de Autonomía [Ley Orgánica 5/1992, de 1 de julio; BOE 10-7]), Galicia (art. 30.1.4 de su Estatuto de Autonomía [Ley Orgánica 1/1981, de 6 de abril; BOE 28-4]), Islas Canarias (art. 31.3 de su Estatuto de Autonomía [Ley Orgánica 10/1982, de 10 de agosto; BOE de 16-8], asumida en el año 1996), Navarra (art. 56.1.d) de la Ley Orgánica 13/1982, de 10 de agosto, de Reintegración y Amejoramiento del Régimen Foral de Navarra; BOE de 16-8; corr. err. BOE de 26-8), País Vasco (art. 10.27 de su Estatuto de Autonomía [Ley Orgánica 3/1979, de 18 de diciembre, BOE de 22-12]) y Región de Murcia (art. 10.1.34 de su Estatuto de Autonomía [Ley Orgánica 4/1982, de 9 de junio; BOE de 19-6], asumida en el año 1998); únicamente tienen competencia ejecutiva: Asturias (art. 12.4 de su Estatuto de Autonomía [Ley Orgánica 7/1981, de 30 de diciembre; BOE de 11-1-1982], asumida en el año 1994), Cantabria (art. 24.2 de su Estatuto de Autonomía [Ley Orgánica 8/1981, de 30 de diciembre; BOE de 11-1-1982], asumida en el año 1994), Castilla y León (art. 28.2 de su Estatuto de Autonomía [Ley Orgánica 4/1983, de 25 de febrero; BOE de 2-3], asumida en el año 1994), Ceuta (art. 22.1.2 de su Estatuto de Autonomía [Ley Orgánica 1/1995, de 13 de marzo; BOE de 14-3]), Extremadura (art. 9.3 de su Estatuto de Autonomía [Ley Orgánica 1/1983, de 25 de febrero; BOE de 26-2], asumida en 1994), Islas Baleares (competencia en la materia ha sido "transferida" por la vía del art. 150.2 de la Constitución Española mediante el art. 1 de la Ley Orgánica 2/1996, de 15 de enero, complementaria de la de Ordenación del Comercio Minorista; BOE de 17-1), La Rioja (art. 10.2 de su Estatuto de Autonomía [Ley Orgánica 3/1982, de 9 de junio; BOE de 29-6], asumida en el año 1994) y Melilla (art. 22.1.2 de su Estatuto de Autonomía [Ley Orgánica 2/1995, de 13 de marzo; BOE de 14-3]) (véanse TORNOS MÁS, J.: "Comentario a la disposición final única", en: ARMANY · MABUENS & ASOCIADOS: *Ordenación del comercio minorista...*, cit., pág. 511; REBOLLO PUIG, M.: "Comentario a la disposición final única", en: PIÑAR/BELTRÁN: *Comentarios a la Ley de Ordenación...*, cit., págs. 598-602; SÁNCHEZ MORÓN, M.: "Comentario [II] a la disposición final única", en: BERCOVITZ/LEGUINA: *Comentarios a las Leyes de Ordenación...*, cit., págs. 1108-1110; listado contrastado y actualizado por la información facilitada por la Subdirección General de Comercio Interior del Ministerio de Economía y Hacienda a fecha de 20 de julio de 1998).

²⁹³ Cfr. con listado de normas autonómicas en materia de comercio interior, que figura

De todo lo anterior, el dato relevante es que existen Comunidades Autónomas que sólo han asumido competencias ejecutivas en materia de comercio interior. Por lo tanto, el Estado, en virtud de lo dispuesto en el art. 149.3 de la Constitución Española, es residualmente competente para dictar normas en dicha materia para las Comunidades Autónomas que carecen de competencias legislativas en comercio interior, donde tales normas van a ser directamente aplicables. Y únicamente en las Comunidades Autónomas del primer grupo será donde los preceptos de la LOCM dictados al amparo de tal competencia residual del Estado serán de aplicación supletoria. Por lo tanto, son inconstitucionales los párrs. primero y último de la disp. final única LOCM, ya que tales "restantes preceptos" no puede ser dictados con el objetivo exclusivo de servir como Derecho supletorio, sino como Derecho directamente aplicable en ciertas Comunidades Autónomas, como ya indica el último inciso del art. 1.1 LOCM. La decisión sobre su aplicación supletoria en aquellas otras Comunidades Autónomas con competencia legislativa en materia de comercio interior es algo que compete al aplicador autonómico, y no al legislador estatal, quien no puede pronunciarse al respecto en el texto de la Ley y pretender imponer la aplicación supletoria de la LOCM. Así, dicho aplicador puede entender que su ordenamiento autonómico contiene suficientes elementos normativos como para no tener que acudir al ordenamiento estatal, e incluso puede aquél interpretar que si, siendo competente para legislar, la Comunidad Autónoma no lo ha hecho, se trata de una omisión voluntaria.

De este modo se salva la aparente inconstitucionalidad de los preceptos de la LOCM que en la disp. final única LOCM no corresponde a ninguna competencia expresa del Estado —como, en los supuestos que nos ocupan, sucede con el art. 22 LOCM—. En realidad, dichos preceptos no se amparan en el supuesto título competencial "Derecho supletorio" —situación que efectivamente se daría si todas las Comunidades Autónomas tuviesen competencias legislativas exclusivas en materia de comercio interior—, sino en la competencia residual estatal en dicha

supra, al inicio del presente epígrafe.

materia con respecto a las Comunidades Autónomas que no ha asumido competencias legislativas en comercio interior. Procede pues entender que los que son inconstitucionales son el primer y el último párr. de la disp. final única LOCM.

No obstante, esta interpretación correctora del tenor de la disp. final única LOCM es válida en la medida que se mantenga el actual mapa competencia en materia de comercio interior. Según informó D. JOSÉ-LUIS MARRERO CABRERA, Director General de Comercio Interior del Ministerio de Economía y Hacienda²⁹⁴, se espera, para finales del año 1998 y principios del año 1999, que todas aquellas Comunidades Autónomas que únicamente tienen competencia ejecutiva en materia de comercio interior asuman la competencia legislativa exclusiva; todas, a excepción de Ceuta y Melilla. De ser así, puede mantenerse la interpretación realizada. Pero en el momento que dichas Ciudades asuman también la competencia legislativa exclusiva en materia de comercio interior, la suerte de la LOCM se presenta verdaderamente incierta, por lo que a los preceptos dictados al amparo de la competencia legislativa estatal residual en la materia se refiere: dichos preceptos, bien devendrían inconstitucionales, bien, se produciría su "congelación", puesto que ni el Estado, ni las Comunidades Autónomas tendrían competencias para modificarlos o simplemente derogarlos.

En segundo lugar, y al hilo de todo lo anterior, la LOCM plantea dificultades a la hora de determinar cuál es el Derecho aplicable, puesto que hay Comunidades Autónomas que han legislado en las materias que son objeto de esta Ley, y existe una gran heterogeneidad, tanto por lo que a dichas materias que han sido objeto de regulación se refiere, como en atención al contenido de las previsiones legales²⁹⁵. Hubiera sido

²⁹⁴ Dicha información se facilitó en el marco del curso "Innovaciones empresariales y políticas públicas en la distribución comercial", organizado por la Escuela de Estudios Comerciales y Distribución "Valentín A. Alvarez" de la Universidad Internacional Menéndez Pelayo, celebrado en Santander de los días 24 a 28 de agosto de 1998, información que ha sido confirmada por escrito por la Subdirección General de Comercio Interior del Ministerio de Economía y Hacienda a fecha de 21 de septiembre de 1998.

²⁹⁵ Gráficamente, A. BERCOVITZ: "Notas sobre los aspectos...", cit., pág. 944, se refiere a la técnica legislativa aplicada como de "queso gruyère".

deseable una mayor vocación coordinadora del legislador estatal. En los casos que se abordan aquí, los problemas se plantearán en relación a la venta multinivel, donde, además, la legislación autonómica discrepa en gran medida de la estatal, con la dificultad añadida de que las Comunidades Autónomas regulan conjuntamente, en un mismo precepto, la venta multinivel y las ventas en pirámide, por lo que habrá que ir distinguiendo qué se refiere a la una o las otras, ya que la norma dictada por el Estado en materia de ventas en pirámide es Derecho directamente aplicable en todo el territorio nacional.²⁹⁶

Finalmente, son muchas las dificultades exegéticas y aplicativas que plantea la deficiente técnica legislativa empleada, a la que no son ajenos ninguno de los preceptos que aquí son objeto de estudio.

El primer dato para averiguar qué consideración merece la categoría de los contratos de distribución en la LOCM nos viene dado por su sistemática y las delimitaciones conceptuales plasmadas en el texto legal. Si se atiende a estos datos, puede constatarse cómo la LOCM desconoce dicha categoría, pues en la misma no hay un tratamiento uniforme de los contratos de distribución que en ella son objeto de regulación.

En efecto, en primer lugar, la LOCM no utiliza la terminología "contratos de distribución". En segundo lugar, se observa cómo los arts. 22 y 23 LOCM se encuentran ubicados en el tít. II, dedicado a las denominadas "actividades de promoción de ventas", y más precisamente en su cap. I, donde se recogen generalidades relativas a dichas actividades —es decir, el concepto de actividades de promoción de ventas, que realmente no se da, sino que se enuncian sus clases (art. 18

²⁹⁶ Véanse BADENAS CARPIO: "Comentario al artículo 22", cit., pág. 456; e IDEM: "Comentario al artículo 23", cit., pág. 467. No obstante, si bien la legislación autonómica no puede declarar nulas determinadas cláusulas por ser expresión de ventas en pirámide, parece que ésta sí que podría sancionar administrativamente como ventas en pirámide supuestos distintos de los previstos en los apdos. 1 y 2 del art. 23 LOCM.

LOCM), y una serie de previsiones que afectan a dichas actividades en su conjunto (arts. 19-21 LOCM)—, sin tan siquiera merecer un capítulo propio, a diferencia de lo que sucede con las "otras" actividades de promoción de ventas, a la sazón, venta en rebajas, ventas de promoción, venta de saldos, ventas en liquidación, ventas con obsequio y oferta de venta directa. Al margen de esta discriminación sistemática, que no se justifica —pues la venta multinivel y la prohibición de las ventas en pirámide no pueden considerarse como una generalidad de las actividades de promoción de ventas—, se observa que el art. 18.1 LOCM no considera la venta multinivel —ni la prohibición de ventas en pirámide— como actividad de promoción de ventas. Una situación similar se da en el caso del art. 62 LOCM, si bien, aquí se dota al precepto de un capítulo propio, el cap. VI, titulado "De la actividad comercial en régimen de franquicia", dentro del tít. III, que regula las denominadas "ventas especiales": ventas a distancia, venta automática, venta ambulante o no sedentaria y venta en pública subasta. Pues bien, de nuevo —aunque en esta ocasión se trate del art. 36 LOCM, que es donde se enumeran las clases de ventas especiales en lugar de establecer su concepto—, aparecen enunciadas bajo tal consideración todas las reguladas en ese título y antes aludidas menos la actividad comercial en régimen de franquicia.

Y es que, realmente, la ubicación, tanto de los arts. 22 y 23 LOCM en su tít. II, como del art. 62 LOCM en su tít. III, resulta forzada. Porque ni en el primer caso se está ante una "actividad de promoción de ventas" —si se atiende a lo que la LOCM implícitamente entiende por tales—, ni en el segundo ante una "venta especial", sino ante verdaderos sistemas de distribución, en sentido lato y estricto, respectivamente. Así, en el art. 22.1 LOCM se dice que la venta multinivel es una "forma especial de comercio", y no una actividad de promoción de ventas; y en el art. 22.3 LOCM se alude a la venta multinivel como una forma de "organizar la comercialización" de

productos. En el caso de la franquicia es suficientemente elocuente la terminología utilizada, pues ni el cap. VI del tít. III ni el art. 62.1 LOCM hablan de "venta" o "ventas", sino de "actividad comercial". Pero al margen de este dato formal, existe un dato material, de carácter teleológico, definitivo: en ambos supuestos son objeto de regulación relaciones que se sitúan entre dos niveles de un canal de distribución —entre productor e intermediario o entre dos intermediarios— y no entre el último nivel del canal de distribución —el último distribuidor— y el destinatario. Esto se aprecia si se analiza quienes son los sujetos receptores de la tutela que pretenden ofrecer los preceptos contenidos tanto en el tít. II como en el tít. III. De su lectura se deduce que, básicamente, son los compradores —entendidos como grupo de destinatarios que constituye el objetivo del canal de distribución, e independientemente de que éstos merezcan la calificación legal de consumidores²⁹⁷—, los sujetos protegidos por estas normas. Pero tanto en el caso de los arts. 22 y 23 LOCM, como en el del art. 62 LOCM, no son los compradores, sino los "intermediarios", los sujetos protegidos. Los sujetos portadores de los intereses en juego son netamente diferenciables.

La distinción trazada se aprecia más claramente en el caso de la franquicia que en el de la venta multinivel y de las ventas en pirámide. Por eso conviene detenerse, siquiera sea de manera sumaria, en éste último y peculiar sistema de distribución.

Debe advertirse que la venta multinivel y la venta en pirámide —también denominada venta piramidal, venta en cadena, venta "en bola de nieve"— merecen un tratamiento conjunto²⁹⁸. En efecto, pese a

²⁹⁷ Véase *supra*, epg. IV. 4. E.

²⁹⁸ Así lo han entendido los autores que han estudiado estos preceptos legales. Véanse VICENT CHULIÁ: "Ventas multinivel...", cit., y, desde la perspectiva económico-empresarial, MIR, J., y MOLLA, A.: "Venta domiciliaria, multinivel y piramidal. Conceptuación y diferenciación", *DyC* 1993 (10), págs. 64-75. Incluso en los distintos Comentarios a las Leyes de Ordenación del Comercio Minorista, y pese a la sistemática este tipo de obras impone, ambos preceptos son estudiados siempre por un mismo autor y existen constantes

tratarse de dos supuestos distintos, presentan una apariencia externa muy similar de cara al público, especialmente de cara a los potenciales "agentes distribuidores", que son los principales sujetos destinatarios de la protección que pretenden brindar estos preceptos.

En el plano económico-empresarial, la ventas en pirámide constituyen, por decirlo gráficamente, una "versión parasitaria" de la venta multinivel. La venta multinivel es un verdadero sistema de distribución de productos –principalmente destinados a la venta a terceras personas, aunque también pueden destinarse al autoconsumo del intermediario– estructurado a través de una red de distribuidores, que se caracteriza por dos datos: por ser éstos captados por los propios distribuidores, y por el establecimiento de un sistema de remuneración peculiar, en el que las comisiones y/o los descuentos que los distribuidores perciben, dependen, directa e indirectamente, del volumen de ventas: directamente, tomando como referencia el volumen de negocio realizado por el distribuidor; e indirectamente, tomando como referencia el volumen de negocio realizado por la totalidad de los intermediarios introducidos en la red por el distribuidor en cuestión²⁹⁹. Por contra, las ventas en pirámide constituyen una práctica fraudulenta con apariencia de venta multinivel que se funda exclusivamente en la captación o reclutamiento de nuevos distribuidores sin tener en cuenta la futura venta de los productos que pretendidamente se van a distribuir. Es decir, en estas ventas, la ganancia que obtienen los sujetos participantes en la pirámide proviene del reclutamiento de nuevos distribuidores, y no, en cambio, de su volumen de ventas, ni del volumen de ventas de los distri-

remisiones recíprocas. Véanse GROBS I TURBANY: "Comentario al artículo 22", cit.; e IDEM: "Comentario al artículo 23", cit.; LOBATO GARCÍA-MIJÁN: "Comentario al artículo 22", cit.; e IDEM: "Comentario al artículo 23", cit.; y BADENAS CARPIO: "Comentario al artículo 22", cit.; e IDEM: "Comentario al artículo 23", cit.

²⁹⁹ Véase BADENAS CARPIO: "Comentario al artículo 22", cit., págs. 435-441; e IDEM: "Comentario al artículo 23", cit., págs. 461-464.

buidores reclutados.³⁰⁰

Otra cosa es que uno de los elementos característicos de la venta multinivel en su concepción económica, el padrinazgo sucesivo de los distribuidores y las consecuencias remuneratorias que de este elemento se derivan, hayan sido declarados ilícitos por la LOCM. Y no tanto por la definición legal contenida en el art. 22 LOCM —es decir, por la redacción de su apdo. 1, y por lo dispuesto en su apdo. 3—³⁰¹, sino por las prohibiciones contenidas en el art. 23 LOCM. Estas tienen carácter absoluto, y no permiten la utilización, ni fraudulenta, ni no fraudulenta, de dichas técnicas organizativas.³⁰²

A la vista de lo anterior, no se puede afirmar que en el caso de la venta multinivel y las ventas en pirámide "se trata de dos modalidades (sistemas) de venta directa, domiciliaria, o de casa a casa, o de puerta a puerta, realizada fuera de establecimientos comerciales"³⁰³. En primer lugar, las ventas en pirámide no son ni una modalidad de venta, ni un

³⁰⁰ Véase BADENAS CARPIO: "Comentario al artículo 23", cit., págs. 461-464 y 468-472. Un ejemplo de venta en pirámide puede leerse en la Sent. del TS (Penal) de 15-10-1990 (RAJ 1990, 8057), en la que dicha práctica es calificada de estafa conforme al art. 528 del Código penal anteriormente vigente.

³⁰¹ Así lo entienden VICENT CHULIÁ: "Ventas multinivel...", cit., págs. 174 y 187; GROBS I TURBANY: "Comentario al artículo 22", cit., pág. 199; y BADENAS CARPIO: "Comentario al artículo 22", cit., págs. 457-458. Cfr. LOBATO GARCÍA-MIJÁN: "Comentario al artículo 22", ob. cit., pág. 173.

³⁰² Es decir, en el caso del apdo. 1 no se matiza con una redacción del estilo: "... consistente en ofrecer productos o servicios al público a un precio inferior a su valor de mercado de forma gratuita, *con la única condición* de que se consiga la adhesión de otras personas" —la cursiva es nuestra—; y en el caso del apdo. 3 más claramente todavía, pues no se matiza la prohibición de proponer la obtención de adhesiones o inscripciones *con la esperanza o con el objetivo exclusivo, principal o fundamental* de un beneficio económico relacionado con la progresión geométrica del número de personas reclutadas o inscritas" —la cursiva es nuestra—. Parece que en España no cabe establecer una red de venta multinivel que persiga, en modo alguno, el reclutamiento de nuevos distribuidores.

En esta misma línea, pero proponiendo una interpretación correctora del excesivo rigor del art. 23 LOCM, BADENAS CARPIO: "Comentario al artículo 23", cit., pág. 464.

³⁰³ VICENT CHULIÁ: "Ventas multinivel...", cit., pág. 175; y véase IBIDEM, págs. 175-178, para el desarrollo de esta afirmación.

sistema de distribución —pues ni se quiere vender ni distribuir nada, sino engañar—. Centrandos en la venta multinivel, cabe hacer las siguientes precisiones. En primer lugar se están confundiendo dos supuestos que son distintos, si se atiende a su definición legal: las ventas directas y las ventas realizadas sin establecimiento mercantil. En el primer supuesto se repara en quién se relaciona con el sujeto destinatario de la cadena de distribución: ha de tratarse un fabricante o un mayorista, tal y como vienen definidos en el art. 35.a) LOCM³⁰⁴. De manera que de lo que se trata es de si se está ante un canal de distribución directo —si el oferente es fabricante— o indirecto corto —si el oferente es mayorista—. En cambio, en el segundo caso lo relevante es cómo se relaciona el distribuidor con el sujeto destinatario de la cadena de distribución; más precisamente, que la distribución de los productos se lleva a cabo sin el recurso al establecimiento mercantil (véase arts. 1 y 2 LCFEM, y arts. 38-48 LOCM, relativos a la ventas a distancia). Como tampoco se puede entender que ventas directas y contratación sin establecimiento mercantil se refieren necesariamente a una misma realidad, sólo que contemplada desde puntos de vista distintos. Y ello, por idénticas razones. Al contrario, el hecho de que se recurra a la contratación fuera de los establecimientos mercantiles o venta domiciliaria³⁰⁵, lo que indica es que se ha optado, como poco, por un canal indirecto corto —ni el fabricante ni el mayorista serán los que ofrezcan sus productos—. Sí que puede suceder que se esté ante una venta directa en el caso de ventas a distancia³⁰⁶. Pero igual de posible y de habitual será que la

³⁰⁴ Sobre el concepto de fabricante y de mayorista, véase también *supra*, epg. IV. 4. E.

³⁰⁵ En sus distintas modalidades: venta puerta a puerta, venta por reunión, venta con contacto telefónico previo, venta con cupón de respuesta-cita, en lugares de trabajo, en excursión, en exposiciones o grandes demostraciones (véase MIR/MOLLA: "Venta domiciliaria...", cit., pág. 67).

³⁰⁶ Que son aquellas "celebradas sin la presencia física simultánea del comprador y del vendedor, transmitiéndose la propuesta de contratación del vendedor y la aceptación del comprador por un medio de comunicación a distancia de cualquier naturaleza" (art. 38.1 LOCM, con las exclusiones de su apdo. 3 para la aplicación de los arts. 39-48 LOCM; cfr., no obstante, los arts. 2 y 3 de la Directiva [CE] 97/7 del Parlamento Europeo y del Consejo,

venta directa –tal y como la entiende el art. 35 LOCM– tenga lugar en el establecimiento del fabricante o del mayorista. Lo que sucede es que la venta sin establecimiento, que engloba las ventas domiciliarias y las ventas a distancia, es sinónima, en el lenguaje económico-empresarial, de "venta directa", que se entiende como un sistema de venta en el que el vendedor toma la iniciativa de un contacto directo, ya sea físico –ventas domiciliarias– o telemático –ventas a distancia–: se trata de llegar directamente al consumidor antes de que los consumidores se dirijan a los establecimientos mercantiles, mediante una anticipación de la oferta³⁰⁷. Se entiende que sería preferible, para evitar el equívoco, utilizar en tal sentido la expresión "marketing directo".³⁰⁸

Pero, de todos modos, lo que debe quedar claro es que venta multinivel y venta domiciliaria corresponden a dos supuestos distintos. Otra cosa es que, en general, la actuación de los distribuidores de los sistemas multinivel, es decir, tanto la contratación que éstos llevan a cabo con terceros, con los destinatarios del canal de distribución, como la captación de nuevos distribuidores, caiga en el ámbito de la aplicación de la LCFEM. Pero de eso no se ocupan los arts. 22 y 23 LOCM.³⁰⁹

de 20 de mayo de 1997, relativa a la protección de los consumidores en materia de contratos a distancia [DOCE núm. L 144/19, de 4.6.1997]); es decir, ventas por catálogo, por teléfono, teletexto (véase MIR/MOLLA: "Marketing directo...", cit., págs. 95-103), venta por televisión, venta por *internet*. Cfr. PORTELLANO DÍEZ: "Comentarios al artículo 35", cit., pág. 274, quien excluye la posibilidad de que una venta directa sea, a su vez, venta a distancia.

³⁰⁷ Véase MIR/MOLLA: "Venta domiciliaria...", cit., págs. 64-67.

³⁰⁸ Sobre el concreto alcance del término, véase MIR/MOLLA: "Marketing directo...", cit., págs. 95-98; sobre el riesgo de confusión advierte MARÍN LÓPEZ: "Comentarios al artículo 35", cit., pág. 264; véanse también PORTELLANO DÍEZ: "Comentario al artículo 35", cit.; y DÍAZ ALABART: "Comentario al artículo 35", cit., pág. 581, nota 7, quien remarca la irrelevancia jurídica de la acepción económico-empresarial del término "venta directa".

³⁰⁹ Idéntica confusión de planos se detecta también en LOBATO GARCÍA-MIJÁN: "Comentario al artículo 22", cit., pág. 170.

Sin embargo, es cierto que la confusión está servida, porque, como ya se ha indicado, ambos conceptos suelen ir unidos: los distribuidores de un sistema de distribución multinivel aplican el método de marketing directo consistente en la venta domiciliaria. Y otro factor de confusión es la dudosa calificación legal de los sujetos destinatarios de la protección de la norma: ¿son empresarios/comerciantes, trabajadores o/y consumidores? Lo cierto es que el art. 22.1 LOCM los califica de "comerciantes y/o agentes distribuidores independientes". Ahora bien, los distribuidores suelen ejercer esta actividad de forma ocasional y con carácter complementario de una actividad principal, lo que casa mal con la nota de la habitualidad que se deduce del art. 3 del Código de comercio. Además, a la luz de la letra b) del apdo. 3 de este precepto, los distribuidores pueden ser empleados del fabricante o comerciante mayorista. Finalmente, y en la medida que destinen parte de los productos objeto de la distribución al autoconsumo, merecen también la consideración de consumidores (*ex art. 1 LGDCU*).³¹⁰

En cualquier caso, tal problemática no debe empañar la calificación de la venta multinivel como sistema de distribución en sentido lato, y la de los contratos de venta multinivel, que ligan al fabricante o mayorista con los distribuidores, como contratos de distribución igualmente en sentido lato, es decir, como un contrato que tiene por función típica articular un canal de distribución mediante un sistema contractual, si bien, en este caso, se trata de una distribución no integrada, convencional, pero que presenta una serie de peculiaridades por razón de la necesidad de proteger a los distribuidores multinivel³¹¹. Y es precisamente el hecho de que se trate de contratos que articulan un canal de distribución comercial no integrada lo que excluye las ventas

³¹⁰ Para profundizar en esta problemática, sin que necesariamente se compartan las conclusiones a las que llega el autor, véase BADENAS CARPIO: "Comentario al artículo 22", cit., págs. 446-456.

³¹¹ En este mismo sentido, véase VICENT CHULIÁ: "Ventas multinivel...", cit., pág. 192-193; y BADENAS CARPIO: "Comentario al artículo 22", cit., pág. 402.

multinivel del ámbito de este estudio —es decir, en principio, son contratos inocuos para el Derecho de defensa de la competencia—.

Por lo que a la actividad comercial en régimen de franquicia se refiere —y nótese que la LOCM no se refiere a la franquicia como contrato—, interesa destacar inmediatamente que el art. 62.1 LOCM entiende que de lo que se trata, primordialmente, es de un "sistema de comercialización"³¹². Sin embargo, el alcance de esta expresión no resulta nada claro, al igual que la noción de franquicia de la que el legislador ha partido. Es, por ello, preciso detenerse la delimitación que del contenido del contrato de franquicia hace el art. 62.1 LOCM. Es cierto que tal definición lo es a los efectos previstos en sus apdos. 2 y 3³¹³, cuyo contenido no va a incidir en el estudio que se acomete³¹⁴. Sin embargo, el análisis de dicha delimitación legal de la franquicia sí que puede aportar datos de interés a este trabajo, especialmente en cuanto a la concepción por el legislador de la franquicia como contrato de distribución, y no como simple contrato de licencia de bienes inmateriales, licencia que tiene una función instrumental de la distribución.

El art. 62.1 LOCM establece que:

"La actividad comercial en régimen de franquicia es la que se lleva a

³¹² Sobre este particular ya se apuntaron algunas ideas *supra*, epg. VIII. 1. B. d.

³¹³ Así, RUIZ PERIS: "Comentario al artículo 62", cit., pág. 494; y ECHEBARRÍA SÁENZ: "Comentario al artículo 62", cit., pág. 857, insisten en que se trata de una "definición funcional" de la franquicia, sin que tenga carácter excluyente de otras delimitaciones del contrato en cuestión.

³¹⁴ Sobre la obligación de registro de los franquiciadores (art. 62.2 LOCM), véanse RUIZ DE VILLA JUBANY: "Comentario al artículo 62", cit., págs. 447-450; RUIZ PERIS: "Comentario al artículo 62", cit., págs. 501-503; y ECHEBARRÍA SÁENZ: "Comentario al artículo 62", cit., págs. 869-883.

Sobre el deber de información precontractual al franquiciado (art. 62.3 LOCM), véanse RUIZ DE VILLA JUBANY: "Comentario al artículo 62", cit., págs. 450-454; RUIZ PERIS: "Comentario al artículo 62", cit., págs. 503-510; y ECHEBARRÍA SÁENZ: "Comentario al artículo 62", cit., págs. 883-901.

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".

No todos los elementos de la definición establecida en el apdo. 1 presentan idéntico interés en relación con la cuestión que nos ocupa. Aquí se va a profundizar en el significado del elemento definitorio que determina el contenido del contrato o acuerdo por el que se articula la actividad en régimen de franquicia: la "cesión del derecho a la explotación de un sistema propio de comercialización"³¹⁵. Más precisamente, el contrato de franquicia tiene por objeto "un sistema propio de comercialización", que es el núcleo de la delimitación operada por el art. 62 LOCM³¹⁶. Así, en ningún momento se dice de modo expreso que la franquicia deba comprender necesariamente la licencia de derechos de propiedad industrial e intelectual —marca o nombre comercial ni *know-how*— ni la prestación de asistencia técnica (cfr. art. 1.3.b] Rgto. CEE 4087/88).³¹⁷

La "cesión del derecho a la explotación de un sistema propio de comercialización" es el elemento definitorio que más dudas interpretativas plantea. Dentro de éste, y al margen de las críticas que pueda suscitar el empleo de los términos "cesión"³¹⁸ y "explotación"³¹⁹, la gran

³¹⁵ Atendiendo a dicho objeto, no serán abordadas las cuestiones que suscitan los elementos "actividad comercial en régimen de franquicia", "acuerdo o contrato" ni de los elementos personales, concretamente el alcance del término "empresa franquiciadora". Para un análisis de estos elementos, véanse RUIZ PÉRIS: "Comentario al artículo 62", cit., págs. 498-499; y ECHEBARRÍA SÁENZ: "Comentario al artículo 62", cit., págs. 862-864.

³¹⁶ Al respecto, véase ECHEBARRÍA SÁENZ: "Comentario al artículo 62", cit., págs. 862 y 864.

³¹⁷ Sobre la definición de la franquicia establecida en este precepto, véase *infra*, epg. X. 2.

³¹⁸ Véase RUIZ PÉRIS: "Comentario al artículo 62", cit., págs. 499-500, quien, en atención al carácter absoluto que a la transmisión del derecho a explotar imprime el término "cesión", señala que hubiera sido mucho más adecuado utilizar los términos "autorización",

incógnita que se plantea es qué deba entenderse por "sistema de comercialización", sin perder de vista que éste es el objeto sobre el que recae el derecho a explotar que se transmite a la empresa franquiciada. Así, en primer lugar, no parece adecuado identificar sistema de comercialización simplemente con "un conjunto de reglas relativas a la comercialización de productos y servicios"³²⁰. Intuitivamente no es desacertado, pero resulta excesivamente vago, por su generalidad. Además, dicha acepción del término induce a percibir el sistema como resultado de un proceso inductivo que ofrece unas pautas generales para la comercialización, mientras que, en este caso, parece que se trata precisamente de lo contrario, de la concreción de esas pautas para la comercialización de determinados bienes o/y servicios. En segundo lugar, resulta evidente, en el contexto de este precepto, que la noción de "sistema de comercialización" implica que la empresa franquiciadora, como líder del canal de distribución, ha concebido un reparto de las diversas funciones que median desde la producción hasta la transmisión a los destinatarios de dicho canal³²¹. Esta idea debe ser completada, añadiendo que previamente a su reparto, la empresa franquiciadora ha de concretar las diversas funciones de distribución en atención a su plan de comercialización (*marketing plan*) —es decir, qué funciones de distribución es necesario realizar y cómo deben éstas ser realizadas—, para asignarlas posteriormente. En realidad, la tarea que se propone el líder del canal de distribución es establecer un "método operativo de

"comunicación" o, incluso, "licencia".

³¹⁹ Véase ECHEBARRÍA SÁENZ: "Comentario al artículo 62", cit., págs. 864-865, quien detecta una incoherencia temporal en la articulación del precepto. No obstante, parece que esta observación crítica obedece a un malentendido, pues el art. 62.1 LOCM se refiere a la explotación por la empresa franquiciada, no por la empresa franquiciadora, del sistema de comercialización.

³²⁰ RUIZ PERIS: "Comentario al artículo 62", cit., pág. 500. Parece que esta definición se inspira en la primera acepción que de la voz "Sistema" aparece en el DRAE: "conjunto de reglas o principios sobre una materia racionalmente enlazados entre sí".

³²¹ Véase ECHEBARRÍA SÁENZ: "Comentario al artículo 62", cit., pág. 865.

comercialización"³²² lo más eficiente posible en relación al plan de comercialización. Pero no parece que pueda afirmarse que el art. 62.1 LOCM entiende el término "sistema de comercialización" como sinónimo de la totalidad del método operativo de distribución. Lo que se transmite a la empresa franquiciada no es todo el diseño distributivo de la empresa franquiciadora, sino la parte del mismo que le corresponde asumir a la empresa franquiciada. Así, si por "sistema" en abstracto puede también entenderse un "conjunto de cosas que ordenadamente relacionadas entre sí contribuyen a un determinado objeto"³²³, aplicado a este caso, a la comercialización, se podía hablar de "sistema de comercialización" como conjunto de actividades de distribución asignadas a la empresa franquiciada, actividades que la empresa franquiciadora predetermina en su forma de ejecución y relaciona ordenadamente entre sí y con las restantes actividades asumidas por el canal de distribución. No sería pues, totalmente incorrecto, identificar este término con el de *know-how*, afirmando que, en realidad, se trata del término económico y del término jurídico, respectivamente, alusivos a una misma realidad³²⁴. No obstante, si se toman como referencia los requisitos que para el *know-how* establece el Rgto. CEE 4087/88, el término "sistema de comercialización" tiene un alcance jurídico distinto al de *know-how*, pues el art. 62.1 LOCM no exige que el sistema de comercialización sea substancial, ni secreto, ni figure descrito de forma completa en documento alguno. Posiblemente estas diferencias podrían paliarse mediante una interpretación correctora apoyada en el término "propio" que ha sido intercalado, pero en ningún caso parece que lleguen a desaparecer.³²⁵

³²² En expresión de ECHEBARRÍA SÁENZ: "Comentario al artículo 62", cit., pág. 865.

³²³ DRAE, voz "Sistema", segunda acepción.

³²⁴ Así, RUIZ DE VILLA JUBANY: "Comentario al artículo 62", cit., pág. 442.

³²⁵ El requisito del carácter "propio" del sistema de comercialización se traduce, alternativa o cumulativamente, según los autores, en que: sea original o concebido por el franquiciador (así, ECHEBARRÍA SÁENZ: "Comentario al artículo 62", cit., pág. 865; parece que comparte esta opinión, aunque no acaba de decantarse, RUIZ PÉRIS: "Comentario al

En conclusión, los autores coinciden en denunciar la excesiva amplitud de la delimitación de la franquicia operada por el art. 62.1 LOCM, pues, en realidad, ésta no solo abarca lo que normalmente se viene entendiendo por franquicia en la doctrina española y europea (*franchise format business*)³²⁶, sino también otros sistemas de distribución, si bien parece que es posible afirmar que, en todo caso, ha de tratarse de sistemas de distribución integrada³²⁷. La aprehensión del sistema de comercialización como parte de un método operativo de distribución global implica su incardinación en un sistema de distribución integrada. En cualquier caso, y sin perjuicio de suscribir la excesiva amplitud de la delimitación de la franquicia, tanto desde el punto de vista puramente conceptual, como en atención a los fines que persigue el art. 62.1 LOCM, lo que esta definición viene a demostrar es que, para el legislador español, el fin económico de la franquicia es la distribución comercial.

Esta última afirmación no se ve desvirtuada por el hecho de que, con ocasión del desarrollo reglamentario previsto en el art. 62.3 LOCM, que ha sido llevado a cabo mediante el Real Decreto 2485/1998, de 13 de noviembre, por el que se desarrolla el artículo 62 de la Ley 7/1996, de 15 de enero, de Ordenación del Comercio Minorista, relativo a la regulación del régimen de franquicia, y se crea el Registro de Franquiciadores³²⁸ (en adelante, R.D. 2485/1998), y a los efectos de esta

artículo 62", cit., pág. 501); y/o en que el franquiciador posea algún medio de defensa de su titularidad o de representación del sistema y diferenciación del mismo respecto a otros sistemas de comercialización (así, ECHEBARRÍA SÁENZ: "Comentario al artículo 62", cit., pág. 865-866; cfr. RUIZ PÉRI: "Comentario al artículo 62", cit., pág. 501).

³²⁶ Véanse RUIZ DE VILLA JUBANY: "Comentario al artículo 62", cit., págs. 441 y 446-447; RUIZ PERIS: "Comentario al artículo 62", cit., págs. 495-496; y ECHEBARRÍA SÁENZ: "Comentario al artículo 62", cit., págs. 868.

³²⁷ En este sentido, ECHEBARRÍA SÁENZ: "Comentario al artículo 62", cit., pág. 868-869.

³²⁸ BOE de 26-11. Respecto del proyecto de este R.D., véase ULLOA SUELVE, G.: "Un

norma, la definición de actividad comercial en régimen de franquicia se aproxime a la establecida en el Rgto. CEE 4087/88 (véase art. 2-1.º R.D. 2485/1998). Al margen de que en la concepción del legislador comunitario³²⁹, el legislador español insiste en que se trata de unos "acuerdos o contratos" que dan "la posibilidad de crea una red de distribución" (exposición de motivos, párr. 1.º, R.D. 2485/1998).

VIII. 3. Tratamiento jurisprudencial de la distribución comercial

Este epígrafe debería englobar, en principio, dos fuentes normativas indirectas: la jurisprudencia emanada de los órganos jurisdiccionales competentes para la aplicación del Derecho de obligaciones y contratos, y las resoluciones del órgano administrativo especializado en la aplicación del Derecho de defensa de la competencia, el TDC³³⁰. No obstante, ahora únicamente se va a atender a la primera de las fuentes normativas indirectas, más concretamente, a la jurisprudencia del la Sala Primera del TS en la materia. Al igual que sucede con el Derecho positivo, y en la medida que muestren diferencias o supongan alguna especialidad respecto de los materiales de Derecho comunitario, las resoluciones del TDC serán objeto de estudio junto con las sentencias del TJCE y del TPI, y las decisiones de la Comisión CE.³³¹

desarrollo reglamentario del artículo 62 de la Ley de ordenación del comercio minorista, referente a la franquicia", en: BARBADILLO DE MARÍA: *Guía de Franquicias de España 1998*, cit., págs. Opinión/1-10.

³²⁹ Véase *infra*, epg. X. 2.

³³⁰ En aplicación de la LOCM todavía es pronto para que existan resoluciones judiciales, tanto del orden civil como del contencioso-administrativo.

³³¹ De todo ello se tratará *infra*, en parte 3.^a.

El resultado del análisis jurisprudencial realizado³³² poco puede aportar al objetivo que persigue este trabajo. Se pone de manifiesto, en primer lugar, que el TS ha conocido en la mayoría de los casos de litigios concernientes a contratos de concesión y de agencia. Por contra, la jurisprudencia civil sobre el contrato de franquicia es escasa y reciente. No obstante, en bastantes ocasiones es difícil saber si la calificación efectuada por el TS es correcta, por razón de la parquedad con la que se facilitan los detalles de lo supuestos de hecho enjuiciados.

³³² La pesquisa jurisprudencial descansa en las siguientes fuentes: (a) *Base de Datos Aranzadi* (CD-ROM), Jurisprudencia del TS, desde el año 1987 hasta el 30 de diciembre de 1997 (segunda entrega de 1998, hasta RAJ 1997, 8890); voces: contrato de concesión (exclusiva, mercantil), contrato de distribución (en exclusiva), contrato de franquicia y contrato de agencia, completada con *Repertorio Aranzadi de Jurisprudencia*, TS - Civil, desde el año 1955 (aprox.) hasta el año 1987; voces: contrato de concesión, contrato de distribución, contrato atípico. (b) *Base de Datos Colex Data Internet* (On-Line), Jurisprudencia del TS - Civil, desde su origen hasta 31-7-1998 (búsqueda sobre síntesis); voces "contrato", frase "concesión"/"distribución"/"franquicia".

Sin embargo, se ha optado por limitar el análisis jurisprudencial a los últimos seis años. Ciertamente, la jurisprudencia relacionada con la materia es copiosa. Pero no aporta mayor claridad a la cuestión que nos ocupa, siendo el periodo elegido suficientemente representativo.

He aquí, sin ánimo de exhaustividad, un listado de sentencias (hasta el año 1991 inclusive) que no son objeto de estudio pero que guardan relación con la materia que nos ocupa. Así, véanse Sents. del TS de 4-7-1991 (RAJ 1991, 5326), de 3-7-1991 (RAJ 1991, 5320), de 18-6-1991 (RAJ 1991, 5567), de 12-12-1990 (RAJ 1990, 9995), de 16-2-1990 (RAJ 1990, 2754), de 27-2-1990 (RAJ 1990, 722), de 15-11-1989 (RAJ 1989, 7881), de 23-10-1989 (RAJ 1989, 6951), de 20-10-1989 (RAJ 1989, 6944), de 19-9-1989 (RAJ 1989, 6322), de 14-7-1989 (RAJ 1989, 5612), de 22-6-1989 (RAJ 1989, 4775), de 20-6-1989 (RAJ 1989, 4706), de 5-6-1989 (RAJ 1989, 4294), de 19-4-1989 (RAJ 1989, 3241), de 28-2-1989 (RAJ 1989, 1409), de 27-2-1989 (RAJ 1989, 1402), de 17-2-1989 (RAJ 1989, 972), de 5-10-1988 (RAJ 1988, 7384), de 16-9-1988 (RAJ 1988, 6691), de 23-3-1988 (RAJ 1988, 2228), de 22-3-1988 (RAJ 1988, 2224), de 10-9-1987 (RAJ 1987, 6046), de 30-6-1987 (RAJ 1987, 4832), de 15-4-1987 (RAJ 1987, 2711), de 31-12-1986 (RAJ 1986, 7839), de 3-7-1986 (RAJ 1986, 4408), de 28-2-1986 (RAJ 1986, 862), de 19-12-1985 (RAJ 1985, 6600), de 15-5-1985 (RAJ 1985, 2393), de 11-2-1984 (RAJ 1984, 646), de 10-11-1981 (RAJ 1981, 4472), de 1-6-1979 (RAJ 1979, 2314), de 30-9-1978 (RAJ 1978, 2862), de 3-7-1978 (RAJ 1978, 2701), de 6-3-1978 (RAJ 1978, 767), de 7-2-1978 (RAJ 1978, 268), de 13-11-1976 (RAJ 1976, 4923), de 10-2-1976 (RAJ 1976, 786), de 17-12-1973 (RAJ 1976, 4788), de 14-2-1973 (RAJ 1973, 472), de 31-12-1970 (RAJ 1970, 5643), de 14-11-1970 (RAJ 1970, 4799), de 28-2-1970 (RAJ 1970, 1032), de 28-5-1966 (RAJ 1966, 2822) y de 29-10-1955 (RAJ 1955, 3090). Sobre la jurisprudencia menos reciente del TS en la materia, véase PUENTE MUÑOZ: "El pacto de exclusiva en la compraventa...", cit.; e IDEM: "El pacto de exclusiva en la jurisprudencia...", cit.

Pero, en ambos casos, la inmensa mayoría de las sentencias versan sobre litigios que suscitan la extinción de estos contratos y las consecuencias patrimoniales que de ello se derivan, materia sobre la que la jurisprudencia del TS todavía no es lo uniforme que sería deseable. Tal vez a ello, entre otras razones, se deba el elevado número de reconvenciones que se da en las sentencias estudiadas.³³³

Por lo que al concepto de "contratos de distribución" se refiere, su utilización como categoría es nula. El único intento detectado en la jurisprudencia civil por elaborar el concepto de "contratos de distribución" se registra en la Sent. del TS de 8 de noviembre 1995³³⁴, y se refiere al contrato de concesión. Como ya de ha dado cuenta, los resultados de tal intento no son satisfactorios. El TS no acierta a delimitar este tipo, al considerar que el "contrato de concesión o distribución" se encuentra "*dentro* de la gama regulada de los contratos de agencia". Podría pensarse que lo que hay es un mal uso del lenguaje —de la preposición "dentro"—, pues luego da la impresión de que el TS advierte la diferencia entre el contrato de concesión y el de agencia. En efecto, "mientras que 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, y por lo general, con un pacto de exclusiva"³³⁵. Sin embargo, resulta sorprendente que el TS traiga a colación el Rgto. CE 1475/95, pues además de chocar en cuanto a la

³³³ Otro argumento indicativo de la situación de indefinición normativa en la que se encuentran estos contratos que puede traerse a colación, es que se observa cómo, cuando el TS casa la sentencia recurrida, no suele haber condenas en costas, "dada la complejidad y especiales características del tema litigioso" (véanse, por ejemplo, las Sents. del TS de 21-10-1996 [RAJ 1996, 7234] y de 11-3-1996 [RAJ 1996, 2417]).

³³⁴ Sent. del TS cit. Esta sentencia ha sido objeto de análisis por A. BERCOVITZ.: "Comentario a la sentencia..., cit., págs. 525-537, trabajo que ya ha sido objeto de atención *supra*, epg. VIII. 1. B. b.

³³⁵ Fdto. 2.º, núm. 1.º, de la Sent. del TS de 8-11-1995, cit.

naturaleza de la exclusiva, la definición de esta norma hace hincapié en la labor de promoción, que es obviada por el TS al definir la concesión. De otra parte, el recurso a la nota de dependencia es completamente erróneo: en la concesión no hay dependencia en el sentido del art. 2.2 LCA, que es una dependencia organizativa, que el TS confunde con la dependencia económica. En definitiva, acude a las notas de la "reventa" y la "independencia" como criterios diferenciadores entre la agencia y la concesión, cuando sólo el primero –y con el alcance que aquí se propone– es diferenciador; el segundo opera a la hora de diferenciar la relación mercantil de la laboral.³³⁶

En definitiva, el TS utiliza un concepto que no ha definido previamente. Además, éste no es todavía de uso generalizado³³⁷. Así, en la mayoría de los casos, el concepto de contratos de distribución se utiliza en sentido estricto, como sinónimo de contrato de concesión, generalmente con exclusiva³³⁸. Denominación que se combina con la de venta en exclusiva³³⁹, de manera que hasta el año 1993 se observa la coexistencia de tres denominaciones –contrato de concesión en exclusiva, de distribución en exclusiva y de venta en exclusiva– para

³³⁶ También confunden el contrato de agencia y de concesión las Sents. del TS de 2-4-1994 (RAJ 1994, 2929) y de 23-7-1993 (RAJ 1993, 6280).

³³⁷ No emplean la terminología "contratos de distribución" aunque el contrato en cuestión lo es, relativas al contrato de concesión, las Sents. del TS de 18-7-1997 (RAJ 1997, 5522), de 10-4-1997 (RAJ 1997, 2877), de 14-2-1997 (RAJ 1997, 1418), de 11-3-1996, cit., de 3-2-1994 (RAJ 1994, 862) y de 21-12-1992 (RAJ 1992, 10705); y, relativas al contrato de franquicia, las Sents. del TS de 4-3-1997 (RAJ 1997, 1642), de 21-10-1996, cit., y de 27-9-1996 (RAJ 1996, 6646).

³³⁸ Utilizan la terminología "contratos de distribución" como sinónima de contrato de concesión las Sents. del TS de 15-11-1997 (RAJ 1997, 8126), de 25-1-1996 (RAJ 1996, 319), de 18-12-1995 (RAJ 1995, 9149), de 17-10-1995 (RAJ 1995, 7543), de 16-10-1995 (RAJ 1995, 7408), de 30-5-1994 (RAJ 1994, 3764), de 27-5-1993 (RAJ 1993, 3986) y de 24-2-1993 (RAJ 1993, 1298).

³³⁹ Mezclan denominaciones de contrato de concesión (en exclusiva) y de venta en exclusiva las Sents. del TS de 17-3-1993 (RAJ 1993, 2289), de 3-12-1992 (RAJ 1992, 9998), de 15-10-1992 (RAJ 1992, 7823) y de 3-3-1992 (RAJ 1992, 1386).

aludir a lo que parecen supuestos de hecho idénticos: contratos de concesión exclusiva.

La delimitación del contrato de franquicia adolece de idéntica imprecisión. En la Sent. del TS de 4 de marzo de 1997³⁴⁰ se dice que la característica fundamental de esta "modalidad contractual" consiste en que "una de las partes, que es titular de una determinada marca, rótulo, patente, emblema, fórmula, método o técnica de fabricación o actividad industrial o comercial, otorga a la otra, el derecho de utilizar, por un tiempo determinado y en una zona geográfica delimitada, bajo ciertas condiciones de control, aquello sobre lo que ostentaba la titularidad, contra la entrega de una prestación económica, que suele articularse normalmente mediante la fijación de un canon o porcentaje"³⁴¹. Como se puede apreciar, la amplitud con la que se alude a aquello que puede ser objeto de licencia hace que los contornos del contrato sean tremendamente difusos. Más precisa, aunque se encuentre en la misma línea, es la definición que del contrato se da en la Sent. del TS de 27 de septiembre de 1996³⁴²: contrato "que se celebra entre dos partes jurídica y económicamente independientes, en virtud de la cual una de ellas (franquiciador) otorga a la otra (franquiciado) el derecho a utilizar bajo determinadas condiciones de control, y por un tiempo y zona delimitados, una técnica en la actividad industrial o comercial o de prestación de servicios del franquiciado, contra entrega por éste de una contraprestación económica"³⁴³. Hace hincapié en el valor delimitador de la licencia de bienes inmateriales frente a otras figuras de la distribución comercial, apoyándose en los pronunciamientos del TJCEE en el As. *Pronuptia*³⁴⁴.

³⁴⁰ Sent. del TS cit.

³⁴¹ Fdto. 1.º de la Sent. del TS de 4-3-1997, cit.

³⁴² Sent. del TS cit.

³⁴³ Fdto. 1.º de la Sent. del TS de 27-9-1996, cit.

³⁴⁴ Sent. del TJCE cit.

Pero se hace eco de que se trata de un sistema de distribución. Sin embargo, en la Sent. del TS de 21 de octubre de 1996³⁴⁵, se califica de franquicia un contrato que, a la vista de los datos que facilita la propia resolución, es de concesión exclusiva de artículos de marca. No se alude a la licencia de marca, de rótulo de establecimiento, de *know-how* o a la prestación de asistencia técnica.³⁴⁶

En resumen, la delimitación jurisprudencial tanto de la categoría de los contratos de distribución, como de los tipos que componen la misma es parca y confusa. Sin embargo, ello no ha sido obstáculo para que se haya desarrollado un cuerpo jurisprudencial de cierta entidad, que proporciona directrices solutorias para los litigios que suscitan la extinción de estos contratos y sus consecuencias patrimoniales³⁴⁷. En ningún momento se afirma que éste régimen sea el resultado de la aplicación analógica de la LCA, sino que se trata de un régimen propio, fruto de la aplicación de los arts. 1101 y sigs. y 1124 del Código

³⁴⁵ Sent. del TS cit.

³⁴⁶ Véase fdo. 2.º de la Sent. del TS de 21-10-1996, cit.

³⁴⁷ Básicamente, y para los contratos de duración indefinida, cabe la rescisión unilateral por iniciativa del fabricante, pero ésta debe ir acompañada del correspondiente preaviso y ampararse en una justa causa (principalmente, en la concurrencia de un incumplimiento del distribuidor); de no ser así, deben indemnizarse los daños y perjuicios que ocasione la rescisión, doctrina jurisprudencial que tiene su origen próximo en la Sent. del TS de 22-3-1988, cit.; igualmente se reconoce la existencia de una indemnización por clientela a favor del distribuidor cuando el fabricante procede a rescindir el contrato de mala fe o con abuso de derecho (véanse Sents. del TS de 15-11-1997, cit., de 18-7-1997, cit., de 14-2-1997, cit., de 25-1-1996, cit., de 18-12-1995, cit., de 8-11-1995, cit., de 17-10-1995, cit., de 16-10-1995, cit., de 30-5-1994, cit., de 27-5-1993, cit., de 17-3-1993, cit., de 24-2-1993 [RAJ 1993, 1298], de 21-12-1992 [RAJ 1992, 10705] y 5-10-1992, cit.).

En cuanto a los contratos de franquicia, parece que la anterior doctrina jurisprudencial comienza a serles igualmente aplicada (véase las Sents. del TS de 4-3-1997, cit., y de 21-10-1996, cit.; no obstante, en la Sent. del TS de 27-9-1996, cit., y pese a reconocer el Alto Tribunal que se trata de un contrato de distribución, aplica por analogía el régimen del contrato de compraventa mercantil, si bien ello podría explicarse por tratarse en el caso de incumplimientos que afectaban principalmente a los bienes objeto del contrato).

civil³⁴⁸. No obstante, el régimen jurisprudencial presenta enormes similitudes con al previsto en el art. 23 y sigs. LCA. Y no sería desacertado afirmar que se da una incipiente aplicación analógica de la LCA a los contratos restantes de distribución.³⁴⁹

³⁴⁸ Así, en el fdo. 2.º 3 de la Sent. del TS de 8-11-1995, cit., se reitera que la LCA es aplicable si se está ante un contrato de agencia, y, cuando no es así, son de aplicación los arts. 1101 y sigs. y 1124 del Código civil.

³⁴⁹ Se trata de pronunciamientos que atinentes principalmente al cálculo de la cuantía del la indemnización a percibir por el distribuidor. Así, en el fdo. 3.º de la Sent. del TS de 15-11-1997, cit., se admite que la Directiva (CEE) 86/653 del Consejo, 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 (DOCE núm. L 382/17, de 31.12.86; en adelante, Directiva CEE 86/653), se aplique a los contratos de distribución "como criterio inspirador"; y en la más reciente Sent. del TS de 14-2-1997, cit., –y si bien es cierto que no está claro si se trata de un contrato de agencia de concesión–, el Alto Tribunal admite en el fdo. 4.º de su resolución que LCA no se aplica de modo directo al contrato de concesión, pero sí en cuanto "inspiradora de los criterios interpretativos".

Capítulo Cuarto

**Contratos de distribución comercial
en el Derecho comparado**

**IX. SINTESIS DE LA SITUACION EN LOS SISTEMAS
LEGALES COMPARADOS: TENDENCIAS
EVOLUTIVAS EN EL TRATAMIENTO JURIDICO
DE LA DISTRIBUCION COMERCIAL**

IX.1. Preliminar

Una vez expuesta la situación actual del sistema legal español, procede ofrecer una panorámica, más sucinta, de tres sistemas legales comparados de Estados miembros de la CE, a la sazón y por este orden, Italia, Francia y Alemania. Como ya se avanzó¹, el propósito del dicho complemento a la exposición precedente es ofrecer una visión lo más representativa posible de los desarrollos en materia de distribución comercial, en general, y de contratos de distribución, en particular, en el plano de los Derecho nacionales, y aportar datos que son de enorme interés para completar la comprensión y el análisis de la situación

¹ Véase *supra*, epg. VII.

española. Efectivamente, estos tres Estados miembros no han sido escogidos al azar. Se trata de los sistemas legales que mayor influencia tienen en el nuestro, especialmente por la vía doctrinal. Así, en los estudios de los autores españoles sobre los contratos de distribución prevalece la influencia de tres sistemas legales de nuestro entorno: el italiano, el francés y el alemán. Atención que está plenamente justificada, por dos razones. En primer lugar, por la similar situación que en relación con el Derecho positivo vigente presentan España y estos tres Estados. En efecto, y dejando de lado la tipicidad de la que dota a estos contratos la normativa sobre Derecho de la competencia, el único contrato típico en sentido propio de los de distribución —es decir, que es objeto de regulación específica en el ámbito del Derecho de obligaciones y contratos— es el de agencia. Tanto el contrato de concesión como el de franquicia son contratos atípicos.

Así, en Italia, el contrato de agencia se regula en el art. 1472 y sigs. del *Codice civile*, en su redacción dada por el Decreto Legislativo 303/91, que es la que introduce la Directiva CEE 86/653 en el ordenamiento italiano. Por contra, tanto el contrato de concesión —al margen del suministro regulado en el art. 1568 del *Codice civile*²— como el de franquicia son atípicos³. En Francia, es la Ley núm. 91-593 de 25 de julio de 1991 —junto con el Decreto núm. 92-505 de 10 de junio de 1962 y una Orden de 8 de enero de 1993, reguladores del registro especial de agentes comerciales— la que establece el régimen del contrato de agencia. Tanto el contrato de concesión como el de franquicia son atípicos, si bien a la franquicia es especialmente de aplicación el art. 1 de la Ley 89-1008 de 31 de diciembre de 1989, conocida como *Ley Doubin*, que establece la obligación del franquiciador de proporcionar al futuro franquiciado información precontractual, en la misma línea que el art.

² De la especial modalidad del contrato de suministro se tratará *infra*, epg. IX. 2.

³ Véase GIANNI, F.: "Italien (§ 47)", en: MARTINEK/SEMLER: *Handbuch des Vertriebsrechts*, cit., núms. 1-2.

62.3 LOCM⁴. En Alemania, la agencia es regulada en el § 84 y sigs. HGB, mientras que tanto la concesión como la franquicia continúan siendo atípicos.⁵

Esta situación es muy representativa de lo que sucede en los restantes Estados miembros: únicamente en Bélgica se regula expresamente la terminación unilateral de los contratos de concesión exclusiva.⁶

Y, en segundo lugar, porque en dichos sistemas, una vez más, principalmente de la mano de la doctrina⁷, se ha prestado especial atención al fenómeno de la moderna distribución comercial. Tal es así, que la aproximación a la materia que es objeto de estudio ha tenido lugar, claramente en el caso de Francia y Alemania, y más tímidamente en el de Italia, incluso desde un "Derecho de la distribución comercial", de carácter pluridisciplinar. En efecto, dichas doctrinas, si bien con

⁴ Véase ANSTETT-GARDEA, L.: "Frankreich (§ 46)", en: MARTINEK/SEMLER: *Handbuch des Vertriebsrechts*, cit., núms. 1, 30 y 60; y, sobre el art. 1 de la Ley *Doubin*, véase BUOT/PRIETO: *Lamy - Droit économique...*, cit., núm. 3957.

⁵ Véase WANK, R.: "Vertreibernverträge und Arbeitsrecht (§ 7)", en: MARTINEK/SEMLER: *Handbuch des Vertriebsrechts*, cit., núms. 53, 78 y 90.

⁶ Es la conocida Ley de 27 de julio de 1961, que fue modificada por Ley de 13 de abril de 1971 (véanse PÉREZ DÍAZ: "La extinción del contrato...", cit., págs. 1308-1309; y HANOTIAU, B., y LEFEBVRE, P.: "Belgien [§ 45]", en: MARTINEK/SEMLER: *Handbuch des Vertriebsrechts*, cit., núm. 39); por contra, se confirma la tipicidad del contrato de agencia y la atipicidad del de franquicia (véase IBIDEM, § 45 núms. 1 y 62). Por lo demás, la tipicidad del contrato de agencia y la atipicidad de los de concesión y franquicia es la regla general; a modo de ejemplo, esta es también la situación en el Reino Unido (véase TAYLOR, R. J.: "Vereinigtes Königreich, insbesondere England und Wales [§ 54]", en: MARTINEK/SEMLER: *Handbuch des Vertriebsrechts*, cit., núms. 1, 39, 57), en los Países Bajos (véase HEES, F. G. v.: "Niederlande [§ 49]", en: MARTINEK/SEMLER: *Handbuch des Vertriebsrechts*, cit., núms. 1, 14 y 22), y en Austria (véase HASCH, A., y HUBER, B.: "Österreich [§ 50]", en: MARTINEK/SEMLER: *Handbuch des Vertriebsrechts*, cit., núms. 1, 22 y 35).

⁷ Como puede deducirse de la información precedente, la situación de dispersión legislativa que se ha podido apreciar en España (véase *supra*, epg. VIII. 2.) es generalizable al resto de los Estados miembros de la CE y, pese a los esfuerzos realizados, persisten en la CE misma, tal y como viene a confirmar ARANDA GARCÍA: "La política económica...", cit., págs. 33-35. Respecto de la situación en la CE, véase también CALVO CARAVACA, A. L., y CARRASCOSA GONZÁLEZ, J.: "Tendencias de la regulación del comercio en Europa", en: *Nueva ordenación del comercio...*, cit., págs. 266-269 y 306-307.

distintas concepciones de partida de lo que deba ser el Derecho de la distribución comercial —amplia en el caso de Francia y restringida en el caso de Alemania e Italia—, sí que realizan esfuerzos innovadores en tal dirección, situación que contrasta con la ausencia de la materialización de una iniciativa similar en España.

Previamente a comenzar la síntesis, debe advertirse de lo engañoso que resulta el uso coincidente por las distintas doctrinas comparadas de la expresión "contratos de distribución". Ello no significa que se trate de una categoría que presenta perfiles uniformes en los distintos sistemas legales, lo que se demuestra si se atiende tanto a la disparidad sistemática detectada como a la variedad y heterogeneidad tipológica que engloba dicha expresión⁸. De hecho, como se podrá comprobar, los distintos desarrollos nacionales son en gran medida deudores de su propia situación de Derecho positivo. Igualmente, y pese a la observación de la presencia simultánea de un Derecho de la distribución comercial en los sistemas legales comparados a los que se va a prestar atención, debe ponerse inmediatamente de manifiesto que no se trata de un movimiento coordinado a nivel europeo, sino que sus desarrollos corren paralelos, si se quiere, "inconscientemente paralelos",

⁸ Como muestra, véase AA. VV., WEIJER, G.-M. (edr.): *Commercial Agency and Distribution Agreements. Law and Practice in the Member States of the European Community*, 2.^a reimpression, Graham & Trotman, London/Dordrecht/Boston, 1991, donde se hace una exposición del Derecho de los distintos Estados miembros de la CE en la materia. Aunque no se diga expresamente, pues nada se aclara en el planteamiento de la obra (cfr. IBIDEM, pág. xxix), la noción de contratos de distribución y sus clases vienen determinadas por el Derecho comunitario europeo (véase IBIDEM, pág. 21). En efecto, se opta por una sistemática dominada por el Derecho de defensa de la competencia. Así, no considera ni al contrato de agencia (*agency*) ni al de franquicia (*franchising agreements*) como acuerdos de distribución (que se denominan "*distributorship agreements*" y "*distribution contracts*"). Se habla de contratos de distribución para referirse a un grupo de acuerdos verticales, distinguiendo entre acuerdos de distribución exclusiva, aprovisionamiento exclusivo (ambos englobados bajo la expresión "*exclusive dealing*") y distribución selectiva. Y esta sistemática es la que se aplica a cada Estado miembro, y a ella se adaptan los distintos autores —prueba de ello es, pese a tal esquema uniforme, el desigual contenido de los distintos capítulos nacionales—.

pues se verifica su carácter esencialmente nacional⁹. Dato que no deja de tener su interés en el ámbito de la formación de un Derecho privado europeo, más concretamente, en el ámbito de un Derecho de obligaciones y contratos europeo, movimiento que corre paralelo a otro de ámbito mundial.¹⁰

Ciertamente se trata de desarrollos que todavía se encuentran en el plano de los principios, de lo que podría identificarse como una parte general del Derecho de obligaciones y contratos. Pero es previsible que en un futuro próximo se acometa la tarea de elaborar una parte especial; y los contratos de distribución, por su importancia práctica y su bajo grado de tipificación, constituyen terreno abonado para que sean abordados en este marco de trabajo.¹¹

⁹ En los estudios que han sido objeto de análisis, se observa como existen escasísimas referencias a las doctrinas comparadas, especialmente en el caso de los estudios franceses y alemanes; aunque tal vez ello pueda deberse, en parte, a la aplicación que del método del Derecho comparado se viene haciendo en dichas culturas jurídicas, donde el Derecho comparado es propiamente un método jurídico principal, y no accesorio, como suele ser el caso entre nosotros.

¹⁰ Sobre el particular, en el ámbito europeo, véanse VATTIER FUENZALIDA, C.: "Los 'Principles of European Contract Law': un nuevo paso hacia la armonización de las obligaciones contractuales en la Unión Europea", Noticias UE 1998 (159), págs. 21-24; ZIMMERMANN, R.: "Konturen eines Europäischen Vertragsrecht", JZ 1995 (10), págs. 477-491; TONNER, K.: "Die Rolle des Verbraucherschutzrechts bei der Entwicklung eines europäischen Zivilrechts", JZ 1996 (11), págs. 533-541; RITTNER, F.: "Das Gemeinschaftsprivatrecht und die europäische Integration", JZ 1995 (18), págs. 849-858; e IDEM: "Das Projekt eines Europäischen Privatrechtsgesetzbuches und die wirtschaftliche Praxis", DB 1996 (1), págs. 25-27. En el ámbito mundial, véanse LETE ACHIRICA, J.: "Los principios UNIDROIT sobre los contratos comerciales internacionales", AC 1996 (1), págs. 127-136; y ABASCAL ZAMORA, J. M.: "Los principios sobre los contratos comerciales internacionales de UNIDROIT", RDN 1997 (81), págs. 11-24; una reproducción del texto simple de estos Principios de UNIDROIT puede encontrarse en RDN 1996 (75), págs. 77-88. Para una comparación de ambas iniciativas, véase BONELL, M. J.: "The UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts and the Principles of European Contract Law: Similar Rules for the Same Purposes?", Unif.L.Rev. 1996 (2), págs. 229-246.

¹¹ Facilitan noticia de los últimos desarrollos, para el ámbito europeo, SCHMIDT-KESSEL, M.: "Tagungsbericht-Symposium «Towards an European Civil Code»", JZ 1997 (21), págs. 1502-1503; y para el ámbito mundial, BONELL, J. M.: "The UNIDROIT Principles in Practice: The Experience of the First Two Years", Unif.L.Rev. 1997 (1), págs. 34-45.

Mención especial merecen el modelo que del contrato de agencia ha elaborado la

Tal heterogeneidad de planteamientos obliga a hacer referencia, aunque sea someramente, al tratamiento que en cada uno de los sistemas legales comparados se hace de los contratos de distribución desde las tradicionales aproximaciones del Derecho de obligaciones y contratos y del Derecho de defensa de la competencia. Ello permitirá formarse una idea de cuál es el impacto de estas terceras vías, de los Derechos de la distribución comercial, en sus correspondientes contextos jurídicos.

IX. 2. Sistema legal italiano

A la vista de los estudios de carácter más general, no se puede afirmar que los contratos de distribución constituyan una categoría contractual recibida por el Derecho de obligaciones y contratos¹², ni por el Derecho

CÁMARA DE COMERCIO INTERNACIONAL ("Model Law of International Agency Contract [IIC Commercial Agency Contract], 7 págs.), y el "Proyecto de Guía UNIDROIT sobre Franquicia", cuyo texto definitivo debería darse a conocer en el curso del año 1998; dicha guía se concibe, hoy por hoy, como el instrumento de armonización legislativa más adecuado en estas materia (véase PETERS, L.: "The Draft Unidroit Guide to Franchising - How and Why/Le projet de guide d'Unidroit sur le franchisage: comment et pourquoi?", Unif.L.Rev. 1996 [4], págs. 694-707).

¹² Así, GALGANO, F.: *Diritto Civile e Commerciale*, vol. II (Le obbligazione e i contratti), t. II (I sigoli contratti, gli atti unilaterali e i titoli di credito, i fatti illeciti e gli altri fatti fonte de obbligazione, la tutela del credito), CEDAM, Padova, 1990, págs. 25-31, se refiere a los "contratos para la distribución" (*contratti per la distribuzione*), expresión bajo la que agrupa el contrato estimatorio, el de suministro y otros contratos de distribución: la concesión y la franquicia. Estos aparecen claramente vinculados a la compraventa, a los contratos de cambio (*i contratti per la circolazione dei beni*); más precisamente, el origen de la concesión radica en la exclusiva en favor del suministrador regulada en el art. 1568 del *Codice civile* (véase IBIDEM, pág. 28). No define la categoría de los contratos de distribución. Se limita a explicar la distribución desde el punto de vista económico —especialmente, para referirse al reparto de los riesgos de la actividad— (véase IBIDEM, págs. 25-26), pero en general, sin referirse a la distribución integrada en particular. Por contra, la agencia es tratada en un capítulo distinto, dedicado a los contratos de colaboración o de promoción de negocios (*i contratti per il complemento o per la promozione di affari*), y se califica como contrato para la promoción de negocios, junto con la mediación (véase IBIDEM, pág. 59).

Véase también AULETTA, G., y SALANITRO, N.: *Diritto commerciale*, 10.^a ed., Giuffrè, Milano, 1996, quienes, sin dar tan siquiera noticia del contrato de franquicia,

de defensa de la competencia italiano¹³. Es más, una investigación de las publicaciones periódicas italianas más relevantes transmite la impresión de que la cuestión carece de actualidad en el país trasalpino, situación que contrasta con la que se vivió allí a finales de la década de los setenta y principios de los años ochenta.¹⁴

califican el contrato de agencia y el de concesión como contratos de colaboración, como contratos que tienen por objeto una actividad auxiliar, consistente en la prestación de una colaboración a otro empresario para la conclusión de los negocios de este último. Sitúan estos contratos junto con el mandato, la comisión, la comisión de transporte, la afiliación e incluso la agrupación de interés económico (véase IBIDEM, núm. 178, pág. 338, y núm. 207 y sigs., pág. 443 y sigs.).

¹³ El Derecho de defensa de la competencia italiano constituye un polo normativo de muy reciente existencia: la primera norma en la materia es la *Legge 10 ottobre 1990 n. 287. Norme per la tutela della concorrenza e del mercato (Gazzetta Ufficiale 13 ottobre, n. 240)*; en adelante, *L. n. 297/90* (a propósito de sus antecedentes, véase DONATIVI, V.: *Introduzione della disciplina antitrust nel sistema legislativo italiano. Le presmesse*, Quaderni di Giurisprudenza Commerciale núm. 119, Giuffrè, Milano, 1990). En el tiempo transcurrido desde su promulgación no se ha desarrollado un tratamiento específico de los contratos de distribución, a los que se dedica el art. 2 *L. n. 287/90*, que regula las ententes restrictivas de la libertad de competencia, y lo hace de manera muy similar al art. 85., apdos. 1 y 2, TCE, y al art. 1, apdos. 1 y 2, LDC. Así, pese a estar prevista tal posibilidad en el art. 4 *L. n. 287/90*, todavía no se haya dictado ninguna autorización por categorías para estos contratos o alguna de sus clases (véanse AULETTA/SALANITRO: *Diritto commerciale*, cit., núm. 41, págs. 93-95; y AA. VV., AFFERNI, V. [coord.]: *Concorrenza e mercato. Commento alla Legge 10 ottobre 1990 n. 287 e al Decreto Legislativo 25 gennaio 1992 n. 74*, Biblioteca Giuridica núm. 7, CEDAM, Padova, 1994, págs. 104-108 y 152-155).

¹⁴ Así, han sido objeto de pesquisa las revistas *Contratti e impresa* (desde el año 1985 hasta el núm. 2 del año 1997), *Giur. Comm.* (desde el año 1992 hasta el núm. 5 del año 1997), *Riv. Dir. Comm.* (desde 1990 hasta el núm. 3-4 del año 1997), *Riv. Dir. Ind.* (desde el año 1990 hasta el año 1997), *Nuova Riv. Dir. Civ.* (desde el año 1995 hasta el año 1997), y *Riv. Dir. Civ.* (1997). Únicamente se ha encontrado una colaboración sobre el particular: PRISCOLI, L. D.: "I contratti di distribuzione come categoria unitaria", *Giur. Comm.* 1994 (6), 2.ª parte, págs. 789-810. Esta será comentada *infra*, si bien cabe ya avanzar que en la citada colaboración puede apreciarse como la literatura relevante sobre la materia corresponde todavía a la publicada en la época señalada.

En efecto, es en ese momento cuando aparece publicado el estudio de BALDI¹⁵, autor que promueve la idea de un Derecho de la distribución en Italia, concebido como un nuevo sector del Derecho regulador de los intermediarios mercantiles¹⁶. Su investigación se centra en los contratos de distribución¹⁷, entre los que incluye los agentes, distribuidores dependientes (representantes o viajantes), concesionarios de venta y franquiciados, junto a otras "figuras menores de la distribución comercial"¹⁸. Estos contratos se caracterizan por el

¹⁵ BALDI, R.: *Il Diritto della Distribuzione Commerciale nell'Europa Comunitaria*, CEDAM, Padova, 1984; trad. esp.: *El derecho de la distribución en la Europa comunitaria*, EDERSA, Madrid, 1988 (ed. puesta al día hasta septiembre de 1987). Este mismo autor ha abordado la materia en otras obras: así, BALDI: *Il contratto di agenzia*, 4.^a ed., completamente actualizada, reelaborada y ampliada, Guiffirè, Milano, 1987 —obra sobre la que se tiene noticia de la existencia de una 5.^a ed., titulada *Il contratto de agenzia. La concessione di vendita. Il franchising*, posiblemente de 1992, que no ha sido posible consultar—. Pues bien, ya en el prefacio de esta última obra alude a los contratos de concesión de venta y de franquicia, junto con el contrato de agencia, como contratos de distribución comercial. Pero no trata de la categoría de los contratos de distribución: así, en el ámbito de la concesión de venta en exclusiva, simplemente insite en la anterior calificación y remite a su libro *El Derecho de la distribución comercial...*, cit. (véase BALDI: *Il contratto de agenzia*, cit., págs. 75-76, nota 1). E igualmente sucede en el ámbito del contrato de franquicia (véase IBIDEM, pág. 97, nota 1).

¹⁶ Más precisamente, concibe el Derecho de la distribución comercial como una materia jurídica independiente que engloba, en forma orgánica y coordinada, las figuras de intermediarios-colaboradores que actúan con el productor (lo que suele llamarse integración vertical); pero con exclusión de la distribución mayorista y la venta minorista al consumidor final, sin que ello se justifique. Tiene una visión europeísta y comunitaria del Derecho de la distribución comercial (véase BALDI: *El derecho de la distribución...*, cit., págs. xv, 2 y 6-7).

¹⁷ Aparentemente utiliza un concepto amplio de distribución comercial, que entiende como "aquel conjunto de actividades que permiten al productor llegar al consumidor"; no obstante, inmediatamente circunscribe tal concepto a la intermediación, como nexo entre la producción y el consumo (véase BALDI: *El derecho de la distribución...*, cit., pág. 1). En realidad, únicamente atiende a la organización de los canales de distribución.

¹⁸ Véase BALDI: *El derecho de la distribución...*, cit., pág. 6. No obstante, por lo que al distribuidor dependiente se refiere, su inclusión en la categoría no es decidida, pues dice que el representante de comercio "puede ser insertado en el marco de la distribución comercial" (véase IBIDEM, pág. 61). Y en cuanto a las figuras menores —más concretamente, el comisionista, el *mercantile agent* anglosajón, el libre vendedor y el

establecimiento de una colaboración de inserción o integración en la organización productiva, nota que conlleva los caracteres de duración y estabilidad¹⁹. Sin embargo, no se llega a sostener tal postura con absoluta coherencia, cuando se desciende de la categoría propuesta a los tipos contractuales concretos.²⁰

Y es que, en efecto, no resulta fácil desligarse de las ataduras del Derecho positivo. En concreto, de la presencia del art. 1568 del *Codice civile*, en donde se establece una regla para el suministro exclusivo en favor del suministrado, contrato distinto al de agencia, que se define el art. 1742 del mismo *Codice civile* como el contrato por el que una parte asume establemente el encargo de promover por cuenta de la otra, mediante comisión, la conclusión de contratos. Dificultad con la que se enfrentara PARDOLESI años antes y desde una perspectiva del Derecho de obligaciones y contratos. Conviene detenerse en este estudio, por la influencia que ha tenido y todavía tiene entre nosotros.

corredor—, realmente quedan excluidos éstos de la categoría de los contratos de distribución comercial, por el carácter instantáneo de la relación contractual (véase IBIDEM, pág. 135).

¹⁹ Véase BALDI: *El derecho de la distribución...*, cit., pág. 1. En IBIDEM, pág. 135 se insite en esta idea: lo característico de los contratos de distribución es "una serie de indefinida de prestaciones y de obligaciones que con carácter continuo y repetitivo vienen realizados por todo el tiempo que dure la relación misma", con cita —aunque bastante desordenada— de ULMER, P.: *Der Vertragshändler. Tatsachen und Rechtsfragen kaufmännischer Geschäftsbesorgung beim Absatz von Markenwaren*, Beck, München, 1969, en quien se apoya para traer a colación el dato de la integración (*Eingliederung*), que es el que, a su vez, da lugar a una relación de carácter duradero (*Dauerschuldverhältnis*) (véase *infra*, epg. IX. 4.).

²⁰ Así, a propósito del agente se dice que, en sustancia, la representación indirecta o representación económica o de interés es característica esencial en el agente, así como en otras modernas figuras de intermediarios (véase BALDI: *Los contratos de distribución...*, cit., pág. 11). No obstante, tal posición no se mantiene coherentemente, pues a propósito del concesionario de venta se afirma que el contrato de concesión es un "contrato de cambio entre dos empresarios", mientras que el de agencia es "de colaboración jurídica y fiduciaria entre empresario y agente". De manera que en el primero "sólo puede hablarse de colaboración económica que corresponde a la inserción del concesionario en la red de distribución del concedente" (véase IBIDEM, pág. 72). Y, en principio, parece que igual diferencia se predica respecto de la franquicia, pues su distinción de la concesión es una cuestión del grado de integración (véase IBIDEM, pág. 124).

Este autor comienza por distinguir entre "contratos de distribución" y "contratos en materia de distribución". Estos últimos son todos aquellos que, celebrados entre operadores formalmente independientes, unen los diferentes estadios de la comercialización de un producto. Es decir, se engloba cualquier hipótesis que en cualquier modo afecte al proceso de distribución comercial²¹. Frente a este concepto amplio, PARDOLESI acuña un concepto restringido de contrato de distribución, que ha tenido una gran influencia en España: "son contratos-marco en virtud de los cuales asume un operador económico, por una contrapartida consistente en la oportunidad de beneficio que se liga a la comercialización de los bienes objeto del contrato, la obligación de promover la reventa de los productos adquiridos a la contraparte; obligación cuyo cumplimiento requiere de la estipulación de contratos singulares para la adquisición, en condiciones predeterminadas, de los productos a revender"²². Pero, en un principio, la opción por este concepto estricto no obedecía a criterio delimitador de fondo alguno, sino a la necesidad de acotar el ámbito del objeto de estudio²³, para elaborar la hipótesis de trabajo, consistente en evaluar la virtualidad directiva del contrato de agencia para con estos otros contratos en materia de distribución delimitados en sentido estricto, especialmente por lo que a las normas de carácter tuitivo del agente se refiere. No

²¹ Véase PARDOLESI: *I contratti...*, cit., pág. 1.

²² "[C]ontratti di distribuzione sono contratti-quadro in forza dei quali un operatore economico assume, verso contropartita consistente nelle opportunità di guadagno che si legano alla commercializzazione delle merci contrattuali, l'obbligo di promuovere la rivendita dei prodotti forniti dalla controparte; obbligo il cui adempimento postula la stipulazione di singoli contratti per l'acquisto, a condizioni predetermiante, dei prodotti da rivendere" (PARDOLESI: *I contratti...*, cit., pág. 297); definición seguida, entre nosotros, señaladamente, por DOMÍNGUEZ GARCÍA (véase *supra*, epg. VIII. 1. B. b. ii. α.).

²³ De manera que, como el tratamiento de todos los contratos en materia de distribución hubiera sido excesivo, éste quedase restringido a aquellos contratos en los que el intermediario asume por completo el riesgo propio de la operación distributiva, asemejándose a la figura del comerciante tradicional; además, se concentra el estudio en la distribución de bienes.

obstante, el propio autor reconoce el componente de arbitrariedad de la delimitación efectuada. En definitiva, se trata de un problema de calificación de estos contratos a la luz del Derecho positivo: a qué categoría pertenecen todos esos contratos caracterizados por la asunción de la obligación de promover la reventa de productos ajenos, contratos que se han liberado del molde de la venta con exclusiva.²⁴

Para resolver el problema planteado en estos términos, PARDOLESI lo aborda mediante una aproximación económica a la distribución, donde se centra en las formas de distribución, es decir, en las modalidades de organización estructural del proceso distributivo. Aquí distingue entre distribución directa e indirecta: se indentifica distribución indirecta con independiente, y distribución directa con distribución mediante "órganos propios"; es decir, filiales, auxiliares dependientes y, "considerado desde el punto de vista económico", agentes. Respecto de estos últimos, parece claro que no se trata de órganos propios del productor. No obstante, según PARDOLESI, el contrato de agencia no es un contrato de distribución desde el punto de vista económico, que concibe como toda una difusa gama de acuerdos ubicables entre la distribución por independientes y por órganos propios, que permiten, en determinada medida, coordinar la fase productiva con la distributiva sin anular la autonomía de los "*partenaires*". Se reserva la denominación de contratos de distribución para los contratos que realizan la integración vertical mediante un sistema contractual²⁵. Este planteamiento es criticable por dos motivos. En primer lugar, por no distinguir previamente entre distribución convencional o de independientes y distribución integrada, lo implica obviar la relevancia que la consecución del control del canal de

²⁴ Véase PARDOLESI: *I contratti...*, cit., págs. 1-3.

²⁵ Véase PARDOLESI: *I contratti...*, cit., pág. 11-15.

distribución tiene en la finalidad propia estos contratos. Y, en segundo lugar, por considerar al agente un órgano propio: la agencia es un supuesto de distribución directa, pero integrada mediante un sistema contractual; es decir, el agente no es órgano propio, sino extraño, del productor.

En las páginas siguientes, el autor advierte del carácter reductivo del esquema trazado, entre otras razones²⁶, por la ambigüedad de la idea de la integración vertical: si se opta por una delimitación negativa de esta noción —es decir, se entiende por integración vertical cualquier desviación de la distribución indirecta, que, para el autor, es sinónima de convencional—, la simple existencia de instrucciones del productor al comerciante sobre como debe ser encauzado el producto al consumidor (*Absatzbindungen*) harían de un contrato aislado de compraventa un contrato de distribución. Tal aproximación lleva a considerar situaciones muy heterogéneas y no permite llegar a conclusiones. Por ello, se argumenta, hay que atender al dato positivo, que consiste en una mezcla de estabilidad y, por ello, de proyección en el tiempo de la relación entre las partes. No obstante, como el propio PARDOLESI reconoce, este dato positivo es de una inevitable indeterminación, y conduce a cuestionar la correspondencia entre integración vertical mediante sistema contractual y contratos de distribución. Especialmente, porque la agencia no quedaría excluida de la categoría de contratos de distribución. Y, en efecto, al finalizar el estudio de índole económica se concluye que lo que los contratos de distribución ponen en juego es la independencia sustancial del revendedor: se le sustrae la dirección económica, pero se

²⁶ Véase PARDOLESI: *I contratti...*, cit., págs. 17-24. Pero, además del motivo recogido en el texto, el propio autor admite que el esquema trazado tiene carácter reductivo por no considerar mas que la integración vertical descendente, aparcando el supuesto de la intergración vertical ascendente (*backward integration*), y por la insuficiencia del modelo en atención a la complejidad del fenómeno, dado que no se trata de alternativas excluyentes, sino combinables y en muy distintos grados (*dual distribution*).

respeto su autonomía jurídica. Y se reconoce que, por esto, la posición del intermediario integrado se aproxima a la del agente, de manera que ambas figuras –contratos de distribución y agencia–, desde la perspectiva funcional, guardan íntima relación. Como el propio PARDOLESI dice, "el distinto reparto de los riesgos no basta para negar que el uno y el otro (el agente y el intermediario integrado) son formalmente (empresarios) independientes, aunque en posición auxiliar; y que ambos cumplen funciones distributivas, de forma frecuentemente idéntica y con base en idénticas cláusulas contractuales".²⁷

Sin embargo, estas conclusiones de "naturaleza económica" no se sostienen cuando se aborda la cuestión de la naturaleza jurídica de los contratos de distribución: en este plano persiste un dato que es relevante: que el agente no compra para revender. Así, y después de examinar y rechazar la hipótesis según la cual la cláusula de exclusiva capturaría la esencia de los contratos de distribución, PARDOLESI parte de la idea nucleica de que los contratos de distribución se caracterizan por ser aquellos en los que un empresario se obliga, a cambio de una contrapartida, a promover la reventa de los productos de otro empresario. Este dato es el que permite, en su opinión, construir una categoría jurídica unitaria. Así, la categoría jurídica va a diferenciarse de la económica, porque además de la integración –en su delimitación negativa, entendida como distribución no convencional–, requiere para concurrir de un cúmulo de datos positivos, que se resumen en la obligación de promover la reventa. Obligación que recuerda a la del agente, "como no puede ser de otro modo, dada la sustancial fungibilidad de ambas técnicas distributivas". No obstante, tal identidad queda en el plano económico, esto es, en el plano funcional, pues las dos regulaciones contractuales son netamente distintas: la diferencia se

²⁷ Véase PARDOLESI: *I contratti...*, cit., págs. 88-89.

concentra ("... *sta tutta...*") en el hecho de que el intermediario integrado desarrolla, en cumplimiento del contrato y con todos los condicionamientos que se digan, la misma actividad que le correspondería en calidad de comerciante independiente; actividad, por lo demás, extraña al papel típico del agente. El agente se limita a promover la conclusión de contratos, que debe llevar a buen fin y a realizar las oportunas gestiones en el plano administrativo; estipula contratos sólo si está investido del poder de representación; y se sustrae al riesgo de incumplimiento del comprador, aunque responda en la medida del *star del credere* pactado, algo que, no obstante, es eventual y limitado. Por contra, la actividad del intermediario integrado consiste en la adquisición de las mercancías objeto del contrato y su posterior reventa, lo que implica la asunción del riesgo de la venta (*Absatzrisiko*) y del crédito para la venta (*Kreditrisiko*). Y así, los datos diferenciadores exceden el elemento común que se identifica con el arrendamiento de obra; éste es bastante en el caso de la agencia, pero no lo es en el de los contratos de distribución. Ello confirma la inaptitud de proponer la aplicación analógica de la disciplina de la agencia a los contratos de distribución²⁸. Este planteamiento, que recuerda por los resultados a los que llega al defendido en España, al menos inicialmente, por DOMÍNGUEZ GARCÍA, es erróneo por idénticas razones a las esgrimidas al estudiar la argumentación del autor español²⁹. En primer lugar, por no disociar la actividad de promoción de la de transmisión; y, en segundo lugar, por hacer prevalecer la actividad de transmisión sobre la de promoción, jerarquía que no se sostienen si se atiende al dato de que lo prevalente no es la distribución de los riesgos, sino el control del canal de distribución. Tal percepción equivocada se explica por un planteamiento inexacto de la cuestión desde el plano económico. Pero también por un excesivo apego a los tipos contractuales típicos, en los

²⁸ Véase PARDOLESI: *I contratti...*, cit., págs. 279-280 y 286-287 (la terminología alemana es utilizada por el autor italiano).

²⁹ Véase *supra*, epg. VIII. 1. B. b. ii. a.

que busca subsumir los pertenecientes a la categoría de los contratos de distribución. A ello debe sumarse la "simplificación" del contrato de agencia —y con ella, de la actividad de promoción—, al equipararlo a un arrendamiento de obra: dicha actividad supera la noción del simple arrendamiento de obra, por la finalidad económica que con ella se persigue.

No obstante, la postura de PARDOLESI se ve confirmada por la importante aportación coetánea de SANTINI³⁰. Este, merced a la metodología de la economía del Derecho aplicada³¹, aborda el estudio del fenómeno de la distribución integrada con gran amplitud, liberado, en principio, del corsé de las tipologías y las categorías contractuales ya establecidas, y de su lógica. Es más, SANTINI no estudia los contratos de distribución —es decir, la distribución integrada desde la perspectiva contractual—, sino que aborda el estudio de la distribución integrada en el marco de "las funciones", que entiende como funciones de distribución³². No obstante, éstas no son estudiadas directamente, sino que son agrupadas o condensadas en los operadores económicos: así, las funciones de distribución fundamentales se agrupan en torno a las

³⁰ SANTINI: *El comercio...*, cit.; estudio que tiene su continuación en IDEM: *I servizi...*, cit., en el que se busca superar la circunscripción del Derecho de la distribución comercial a la consideración de la distribución de bienes, para tratar en pie de igualdad la distribución de servicios. El primero de los trabajos es parangonado por PAZ-ARES: "Recensión a SANTINI: *Il commercio...*, pág. 669, con el de MOUSSERON, J. M., BURST, J.-J., CHOLLET, N., LAVABRE, C., LELOUP, J.-M., y SEUBRE, A.: *Droit de la Distribution*, Col. Bibliothèque de Droit de l'Enterprise, t. 4, Fondation Nationale pour le Droit de l'Enterprise, Litec, Paris, 1975, que será objeto de atención *infra*, epg. IX. 3.

³¹ En síntesis, la economía del Derecho no es sino un método que descansa sobre la observación del comportamiento real de los operadores económicos en tanto que usuarios del Derecho; es decir, se atiende a cómo se usa el Derecho dado en la práctica. Esta percepción es la que marca la pauta, de manera que el Derecho no se ve constreñido por su propio paradigma jurídico —como sucede en la aportación de PARDOLESI—, sino que es el Derecho, en especial, el Derecho positivo, el que se acopla a la realidad económica (véase SANTINI: *El comercio...*, cit., págs. 16-17; véase también *supra*, epg. I.

³² Véase SANTINI: *El comercio...*, cit., pág. 57 y nota 1.

figuras tradicionales o típicas del fabricante, mayorista, minorista y consumidor. Y ello, aunque SANTINI advierte cómo dichos conglomerados de funciones se desligan de sus correspondientes operadores tradicionales, de manera que "las respectivas funciones se han interrelacionado frecuentemente, comprimiendo, eliminando o integrando las funciones intermedias".³³

Así, este autor parte de una percepción amplia de los canales de distribución comercial: expresamente se afirma que "el esquema [...] quiere tener en cuenta cualquier forma de integración posible, a fin de permitirnos un completo encuadramiento en las correspondientes formas jurídicas y un análisis de las opciones que las mismas ofrecen al operador"³⁴. Primeramente distingue entre comercio independiente y comercio integrado³⁵. Dentro de éste último, entre integración vertical y horizontal³⁶. Advierte, además, como la integración, en ambas direcciones, puede darse en todos los niveles de la distribución tradicional³⁷. Es

³³ Véase SANTINI: *El comercio...*, cit., pág. 57. Sin embargo, esta afirmación debe ser corregida. Mientras que las funciones sí que pueden ser integradas, en el sentido de ser asumidas por operadores distintos a los que tradicionalmente venían haciéndolo, éstas no pueden ser eliminadas; mejor dicho, se eliminan cuando dejan de satisfacer las necesidades a las que iban dirigidas o no es preciso satisfacerlas. Lo que se elimina son los operadores tradicionales —o bien cambian éstos su configuración funcional— al producirse una reordenación (reasignación y agrupación) de funciones de distribución. Las funciones no se eliminan, sino que se asignan a otros operadores; esto es precisamente lo que provoca la eliminación de operadores, generalmente intermedios, que quedan vacíos de funciones (véase *supra*, epgs. V. 6. B. b. y VIII. 1. B. c., lugar este último donde se hace similar observación a GINER PARREÑO: *Distribución y libre competencia...*, cit.).

³⁴ Véase SANTINI: *El comercio...*, cit., págs. 75-76.

³⁵ Define la integración como la entienden normalmente los economistas, es decir, con referencia a un sistema distributivo en el que interactúan varias empresas o sujetos con la misma función o función diferente; dicha interacción hace posible acentuar, respecto de una empresa, algunas funciones propias de otro papel, que se integra con la principal (véase SANTINI: *El comercio...*, cit., pág. 75, nota 88).

³⁶ Véase SANTINI: *El comercio...*, cit., pág. 57.

³⁷ Véase SANTINI: *El comercio...*, cit., pág. 75.

en el estudio del comercio integrado en cuanto al productor, en el ámbito de la integración vertical, e igualmente en cuanto al mayorista distribuidor, en el ámbito de la integración vertical descendente, donde se alude a los acuerdos de distribución³⁸. Estos constituyen mecanismos de organización de un canal distributivo que permiten al productor, sin el recurso a la creación de una red de venta directa o, lo que es lo mismo, de una empresa distributiva total o parcialmente propia, instituir relaciones privilegiadas con mayoristas o minoristas por las que éstos, aún permaneciendo como autónomos y actuando con riesgo propio, aceptan acuerdos particulares que garanticen al productor una salida fija para su producción, y le permiten una mejor programación de las ventas y de las otras actividades de marketing. Tras poner de relieve su gran diversidad, insiste en el único dato común a todos ellos: constituir contratos de duración, para dar respuesta a la necesidad de estabilidad. Pero, en realidad, no le preocupa dar una definición acabada de la categoría de los acuerdos de distribución; es más, elude, de antemano, entrar en las cuestiones que pudiera suscitar la delimitación de los distintos tipos de acuerdos de distribución. Sin embargo, no incluye la agencia entre los sistemas de integración en el sector distributivo, pues entiende que es esencial del sistema integrado la voluntad del productor de apartar de sí el riesgo de la venta directa. Así, se trata de los contratos de concesión, de aprovisionamiento en exclusiva de cerveza y, sobre

³⁸ Más precisamente, su exposición se estructura del siguiente modo. En primer lugar alude al comercio integrado en cuanto al productor (véase SANTINI: *El comercio...*, cit., págs. 76 y sigs.), donde, a su vez distingue entre integración horizontal y vertical. En segundo lugar trata del comercio integrado en cuanto al mayorista-distribuidor (véase IBIDEM, págs. 94 y sigs.), donde de nuevo distingue entre integración horizontal y vertical. En la integración vertical distingue, a su vez, entre descendente, ascendente y un *tertius genus*, consistente en las uniones y cadenas voluntarias, que, en realidad, es un supuesto de integración vertical descendente. Como es lógico, esta última distinción no se introduce en el comercio integrado en cuanto al fabricante, pues éste siempre será descendente. En tercer lugar se refiere al comercio integrado a nivel minorista (véase IBIDEM, págs. 103 y sigs.), donde básicamente se trata, sin decirlo expresamente, de la integración horizontal entre minoristas, en la figura de la central de compras. E incluso, en cuarto y último lugar, detecta la integración a nivel del consumo (véase IBIDEM, págs. 107-108), en la figura de la cooperativa de consumo.

todo, de franquicia³⁹. De los agentes de comercio se ocupa en el ámbito de los auxiliares⁴⁰. Sin embargo, tampoco traza una línea divisoria clara entre la agencia y los acuerdos de distribución así entendidos, pues reconoce que la agencia, a diferencia de la mediación, es un supuesto de integración para la distribución⁴¹; si bien ello no es bastante como para que el autor considere la agencia entre los acuerdos de distribución. De manera que, y al margen de que las tipologías y las categorías contractuales no constituyan su preocupación fundamental, puede afirmarse que el método aplicado por SANTINI no es suficiente para superar el dato positivo y la sistemática conceptual que del mismo se deriva.

³⁹ Véase SANTINI: *El comercio...*, págs. 81-93, al tratar del comercio integrado en cuanto al productor. En el comercio integrado en cuanto al mayorista-distribuidor simplemente se alude a la existencia de idénticas posibilidades, pero sin extenderse de nuevo en su tratamiento (véase IBIDEM, págs. 97-98).

⁴⁰ Véase SANTINI: *El comercio...*, págs. 71-74.

⁴¹ Véase SANTINI: *El comercio...*, cit., pág. 71.

Esta parece ser la delimitación de la categoría contratos de distribución imperante en Italia⁴². A la vista de lo anterior puede apreciarse alto grado de paralelismo entre los desarrollos doctrinales acaecidos en España y en Italia, si bien modalizados por la distinta situación de Derecho positivo: en España existía en ese momento mucha mayor libertad, pues tanto el contrato de suministro como el de agencia eran atípicos.

No obstante, parece haber voces que discrepan de esta postura. Tras distinguir los contratos de distribución de los de mediación y gestión de negocios, PRISCOLI⁴³ entiende que forman parte de esta

⁴² Así, CAGNASSO, O.: *La concessione di vendita. Problemi di qualificazione*, Quaderni di Guirispudenza Commerciale 51, Giuffrè, Milano, 1983, págs. 18-19, se refiere a la categoría de los acuerdos o contratos de distribución, como categoría de contratos dirigidos a la comercialización de productos, de la que debe distinguirse una noción amplia y una noción estricta (con cita de PARDOLESI: *I contratti...*, cit.). Se hace igualmente eco de que la categoría jurídica de los contratos de distribución tiene un alcance distinto de la económica, pues esta última atiende al fenómeno de la integración entre la fase productiva y la distributiva, independientemente del instrumento jurídico utilizado (con cita de PARDOLESI: *I contratti...*, cit., págs. 23 y 280).

Por su parte, FRIGNANI, A.: "Nuove riflessioni in tema di 'franchising'", en: IDEM: *Factoring, Leasing, Franchising, Venture capital, Leverage buy-out, Hardship clause, Contertrade, Cash and carry, Merchandising*, 4.ª ed. ampliada y actualizada, Giappochelli, Torino, 1991, págs. 280-281, al abordar la cuestión de la ubicación de la franquicia en el ámbito de la categoría más amplia de los contratos de distribución (que define siguiendo a PARDOLESI: *I contratti...*, cit.), afirma que ésta es totalmente obvia y, al mismo tiempo, demasiado vaga para iluminar la delimitación dogmática de la figura. El autor se limita a criticar esta definición por dejar fuera los servicios, sin tener en cuenta las advertencias hechas por PARDOLESI al delimitar el ámbito de su estudio, a las que ya se ha aludido. En definitiva, FRIGNANI no estudia esta categoría —sino que se centra en el contrato de franquicia— y critica todos los intentos de delimitarla. Realmente, le preocupa poco la cuestión; incluso afirma repetidamente (apoyándose en la autoridad de PARDOLESI: *I contratti...*, cit., pág. 87, y SANTINI: *Il commercio...*, cit., pág. 156) como el término *franchising* tiende a cubrir todo el espectro de los contratos de distribución (véase FRIGNANI: "Nuove riflessioni...", cit., pág. 273). Idéntica postura adopta en FRIGNANI, A.: "Voce «Franchising» per l'Enciclopedia giuridica Treccani", en: IDEM: *Factoring, Leasing...*, cit., págs. 313-324.

⁴³ Así, PRISCOLI: "I contratti...", cit., págs. 789-810.

categoría los de agencia, suministro⁴⁴, concesión⁴⁵ y franquicia. En su opinión, el dato aglutinador de la categoría de los contratos de distribución es la integración, dato impalpable, pero que está presente en todos los contratos de la categoría, con la menor intensidad en el suministro, y con la mayor en la franquicia: en este grupo de contratos se observa una creciente integración, sin solución de continuidad. Y así, en cuanto a la agencia, el hecho de que el agente no devenga titular de los bienes cuya venta promueve no es decisivo para distinguirlo netamente de los restantes contratos de distribución, pues basta la disponibilidad de los bienes que se quiere distribuir. Características comunes son la duración, estabilidad, el carácter *intuitu personae* y, sobre todo, la atribución al productor de un poder de dirección sobre el intermediario, que se traduce en la obligación de promover la venta. Todo ello justificaría la aplicación del régimen de la agencia a los restantes contratos de distribución.⁴⁶

⁴⁴ El contrato de suministro entra en la categoría de los contratos de distribución por la dicción del art. 1568.2 del *Codice civile*: por la asunción de la obligación de promover, en la zona asignada, la venta de la cosa de la que tiene la exclusiva. Por lo tanto, no todo contrato de suministro es un contrato de distribución, sino únicamente si existe la obligación de promover. Además afirma que la exclusiva es natural, pero no esencial, al contrato de suministro del art. 1568.2 del *Codice civile*: el elemento prescriptivo de su inclusión en la categoría de los contratos de distribución es la imposición de la obligación de promover (véase PRISCOLI: "I contratti...", cit., pág. 795).

⁴⁵ En el caso del contrato de concesión, la venta pasa a un segundo plano; lo principal es la asunción estable del encargo de cuidar de la comercialización de productos de otro sujeto, de manera tal que se produce la integración (véase PRISCOLI: "I contratti...", cit., pág. 796).

⁴⁶ Véase PRISCOLI: "I contratti...", cit., págs. 802-805.

IX. 3. Sistema legal francés

La nota que más llama la atención al estudiar la situación francesa es la gran disparidad sistemática que se detecta, motivada por la dispersión de la materia objeto de estudio en distintas y, a la par, concurrentes aproximaciones jurídicas: así, junto al Derecho mercantil (*Droit commercial*) y el Derecho de la competencia (*Droit de la concurrence*), ha de tomarse igualmente en consideración el Derecho de los negocios (*Droit des affaires*) y, especialmente, el Derecho de la distribución (*Droit de la distribution*).

Por lo que se refiere a la que podría calificarse de aproximación sistemática tradicional, y comenzando por el Derecho mercantil, pueden apreciarse, a su vez, varios planteamientos. Hay autores que enmarcan la problemática propia de los contratos de distribución en el ámbito de los contratos mercantiles⁴⁷; otros autores prefieren abordarla desde una

⁴⁷ Así, DELEBECQUE, P., y GERMAIN, M.: *Georges Ripert/René Roblot Traité de Droit Commercial*, t. 2, 14.ª ed., LGDJ, Paris, 1994, pág. 572, si bien mantienen un esquema expositivo muy tradicional, pues sencillamente distinguen entre contratos de cambio y de colaboración, sistemática donde la moderna problemática busca integrarse. Así, a los contratos de distribución se alude de soslayo en el marco de unas breves notas relativas a la influencia sobre el contrato de venta de las estructuras y de los métodos comerciales modernos (véase IBIDEM, págs. 574-576), junto con referencias a los nuevos establecimientos de comercio minorista –hipermercados, etc.–, los esfuerzos de los fabricantes por fomentar la venta sin establecimiento mercantil –venta a domicilio, por correspondencia– y de la respuesta de los minoristas tradicionales –central de compras, etc.–. Los problemas que plantean los contratos de distribución se abordan en el tít. I, cap. 1, en el ámbito de las reglas generales de la venta (véase IBIDEM, págs. 576-655), sin que, destacadamente, se encuentre allí respuesta a las cuestiones que plantea la extinción de los contratos de distribución. Por contra, de la agencia se ocupan, junto con la comisión y el mandato, en el tít. III, sec. 1, relativa a los agentes comerciales (véase IBIDEM, págs. 712-720). Es en las páginas dedicadas al Derecho de la competencia donde verdaderamente se aborda el estudio de estos contratos, pero bajo la denominación de "contratos de distribución controlada": véase GERMAIN, M.: *Georges Ripert/René Roblot Traité de Droit Commercial*, t. 1, 15.ª ed., LGDJ, Paris, 1993, págs. 379-395, donde se distingue entre exclusiva de venta, contratos de distribución selectiva y franquicia. No obstante, tampoco se define la categoría de los contratos de distribución controlada.

perspectiva subjetiva⁴⁸; mientras que otros autores únicamente tratan de los contratos de distribución en el ámbito del Derecho de la competencia⁴⁹. Sin embargo, todos ellos coinciden en separar el contrato de agencia de los de concesión y franquicia: su naturaleza jurídica es distinta, puesto que el agente es un mandatario —como expresamente dice el art. 1 de la *Loi n.º 91-593 de 25 juin 1991 relative aux rapports entre les agents commerciaux et leurs mandants*⁵⁰ (Ley

Por su parte JAUFFRET, A., y MESTRE, J.: *Droit commercial*, 23.^a ed., Col. Manuels, LGDJ, Paris, 1997, pág. 459 y sigs., haciendo uso de una sistemática moderna, distinguen, por este orden, entre aquellos contratos que permiten la financiación de la empresa —con o sin garantía—, los que aseguran la asistencia técnica —donde incluyen los contratos de "promoción" (esto es, los publicitarios) y de transferencia de tecnología—, los que facilitan la distribución de los productos de la empresa y los de prestación que la empresa celebra con sus clientes, sean estos consumidores, profesionales u otros empresarios —donde incluyen, sin ánimo de ser exhaustivo, los contratos de compraventa, transporte y alquiler de muebles, y hospedaje—. En cuanto a los contratos que facilitan la distribución (IBIDEM, pág. 527 y sigs.), expresamente se dice que este grupo se justifica por la moderna distribución comercial, que se caracteriza por un tráfico masificado, despersonalizado. En este grupo incluyen los contratos de comisión y de mediación, el de agente comercial, el de *voyageur-représentant-placier* (equiparables a nuestros representantes de comercio sujetos a relación laboral de carácter especial; en adelante, V.R.P.), y los de concesión, franquicia y distribución selectiva.

⁴⁸ Como JUGLART, M. D., e IPPOLITO, B.: *Cours de droit commercial avec travaux dirigés et sujets d'examen*, vol. 1 (Actes de commerce. Commerçants. Fonds de commerce. Effets de commerce), 11.^a ed., Montchrestien, Paris, 1995, quienes, sin utilizar la expresión "contratos de distribución" como categoría, tratan de la materia en el marco del estudio de los comerciantes, dentro del capítulo dedicado a la cualidad de comerciante y la determinación de las profesiones comerciales, donde distingue entre auxiliares del comerciante y artesanos. Es en los auxiliares del comerciante donde conjuntamente aborda el estudio de los V.R.P., los agentes comerciales, los concesionarios y los franquiciados (véase IBIDEM, págs. 184-206). No obstante, de los concesionarios y los franquiciados trata en epígrafe conjunto (véase IBIDEM, págs. 196-206), y separado del contrato de agencia.

⁴⁹ Es el caso de PÉDAMON, M.: *Droit commercial. Commerçants et fonds de commerce. Concurrence et contrats du commerce*, Droit Privé, Précis, Dalloz, Paris, 1994, tanto en el Derecho nacional como comunitario europeo, págs. 422-425 y 489-493, respectivamente. Este autor define los contratos de distribución como aquellos concluidos entre productores y distribuidores para organizar la comercialización de productos de marca en unas condiciones que garanticen su prestigio y su calidad, y que aseguren a la clientela un servicio post-venta satisfactorio (IBIDEM, pág. 422). En el ámbito del Derecho de obligaciones y contratos dedica un capítulo a los contratos de comisión, mediación y agencia comercial (véase IBIDEM, pág. 584 y sigs.), y otro al contrato de concesión exclusiva (véase IBIDEM, pág. 605 y sigs.), sin que trate del contrato de franquicia.

⁵⁰ *Journal Officiel du 27 juin*.

francesa sobre el contrato de agencia; en adelante, *Loi n.º 91-593*)—, mientras que concesionarios y franquiciados compran para revender⁵¹. En cuanto a la aproximación específica del Derecho de la competencia, y si bien la doctrina utiliza esta categoría⁵², no se observa un tratamiento específico de los contratos de distribución en dicho sector normativo ni, por lo tanto, esfuerzos encaminados a delimitar esta categoría a los efectos del Derecho de defensa de la competencia. Ello puede obedecer a dos motivos: el sometimiento de estos contratos a diversas normas

⁵¹ Así, DELEBECQUE/GERMAIN: *Ripert/Roblot Traité de Droit Commercial*, cit., como ya se ha puesto de relieve, aluden en el ámbito del contrato de compraventa a la moderna distribución comercial, mientras que se ocupan de la agencia junto con la comisión y el mandato. JAUFFRET/MESTRE: *Droit commercial*, cit., y pese a tratar de estos contratos en un mismo título, dedican distintos capítulos a la agencia (véase IBIDEM, págs. 536-536) y a los de concesión y franquicia (véase IBIDEM, págs. 537-545), sin que se pronuncien al respecto, a diferencia de JUGLART/IPPOLITO: *Cours de droit commercial...*, cit., pág. 196, quienes expresamente se pronuncian por la separación, pues entienden que el contrato de agencia y los de concesión y franquicia tienen distinta naturaleza jurídica, pues el agente es mandatario, mientras que los concesionarios y los franquiciados no lo son, al actuar en nombre y por cuenta propios; y PÉDAMON: *Droit commercial...*, cit., págs. 584-585, quien califica globalmente a los comisionistas, mediadores y agentes de comercio de "intermediarios profesionales del comercio", y los diferencia de los que llama "distribuidores", pues entiende que los separa, pese a tener idéntica función económica y a estar integrados en una misma unidad económica (la red de distribución), el hecho de que los distribuidores compren para revender, sean revendedores, mientras que los agentes son mandatarios puros y simples.

⁵² SERRA, Y.: *Le droit français de la concurrence*, Col. Connaissance du droit, Dalloz, Paris, 1993, págs. 64-66, se refiere a los contratos de distribución como técnicas contractuales de realización de la distribución comercial, y engloba en tal categoría los contratos de agencia, concesión y franquicia; no obstante, tal delimitación y la inclusión del contrato de agencia se realizan en el ámbito de la prohibición contractual de competencia. También utilizan al expresión "contratos de distribución" BOUTARD LABARDE, M.-C., y CANIVET, G.: *Droit français de la concurrence*, Col. Droit des affaires, LGDJ, Paris, 1994, pág. 47, quienes identifican las restricciones verticales prohibidas por el art. 7 de la norma francesa de defensa de la competencia, la *Ordonnance n.º 86-1243 du 1er décembre 1986 relative à la liberté des prix et de la concurrence (Journal Officiel du 9 décembre)*, en adelante, *Ordonnance n.º 86-1243*, principalmente con los contratos de distribución; y, asimismo, tratan de los contratos de distribución selectiva, de distribución exclusiva y de aprovisionamiento exclusivo dentro de las principales conductas colusorias (*ententes anticoncurrentielles*) (véase IBIDEM, págs. 59-63). Por su parte, GALENE, R.: *Le droit de la concurrence appliqué aux pratiques anticoncurrentielles*, Formation Enterprise, Paris, 1994, pág. 193, identifica igualmente acuerdos verticales con contratos de distribución, de comisión, de concesión, de agencia, etc.

dentro de la propia *Ordonnance n.º 86-1243*⁵³ y, sobre todo, la inexistencia de decretos de exención sobre la materia.⁵⁴

⁵³ En efecto, los contratos de distribución quedan sometidos, en primer lugar, al art. 7 *Ordonnance n.º 86-1243*, en la que se establece una prohibición de conductas colusorias similar a la establecida en el art. 85.1 TCE y del art. 1.1 LDC. Pues bien, el art. 7 *Ordonnance n.º 86-1243* incluye una lista ejemplificativa y no exhaustiva de conductas colusorias similares a las contenidas en los preceptos mencionados. En opinión de GALENE: *Le droit...*, cit., pág. 211, dicho listado no es útil para clasificar las consuctas, pues hay acuerdos que son susceptibles de ser incluidos en más de un número del art. 7., como señaladamente sucede en el caso de los contratos de distribución; no obstante, esta autora respeta en su exposición la sistemática ofrecida por dicho listado y, así, alude a los contratos de distribución entre aquellos acuerdos que limitan el acceso al mercado o el libre ejercicio de la competencia por otras empresas, a propósito de la exclusividad (art. 7.1 *Ordonnance n.º 86-1243*), y los acuerdos (verticales) de fijación de precios (art. 7.2 *Ordonnance n.º 86-1243*).

Hasta aquí, la regulación es similar a la comunitaria y la española. Pero, a semejanza de Derecho alemán, el art. 8.2 *Ordonnance n.º 86-1243* prohíbe el abuso de dependencia económica, situación paradigmática en los contratos de distribución (al respecto, véase SERRA: *Le droit français...*, cit., págs. 87-89; BOUTARD LABARDE/CANIVET: *Droit français...*, cit., págs. 85-102; y GALENE: *Le droit...*, págs. 283-301).

Además, la *Ordonnance n.º 86-1243* regula lo que denomina "prácticas restrictivas", que son sancionadas, bien penalmente —en la materia, especialmente destacada es la prohibición de imposición de precio mínimo (art. 34 *Ordonnance n.º 86-1243*)—, bien civilmente: las prácticas discriminatorias de ventas y las ventas ligadas o subordinadas (art. 36 *Ordonnance n.º 86-1243*) (al respecto, véase SERRA: *Le droit français...*, cit., págs. 105-106 y 108-114; y BOUTARD LABARDE/CANIVET: *Droit français...*, cit., págs. 142-145 y 148-154); pero téngase en cuenta que la prohibición de negación de venta (*refus de vente*) ha sido derogada por el art. 14 de la *Loi n.º 96-588 du 1er juillet 1996 (Journal Officiel du 3 juillet)* (véase BOUT/PRIETO: *Lamy - Droit économique...*, cit., núm. 960; para un comentario del alcance de esta última reforma de la *Ordonnance n.º 86-1243*, vease VOGEL, L., y VOGEL, J.: "Die französische Wettbewerbsnovelle vom 1.7.1996 und die aktuellen Entwicklungen in der Rechtsprechung. Der Versuch der Wiederherstellung des Gleichgewichts zwischen Vertrieb und Handel", *RIW* 1998 [8], págs. 597-602).

⁵⁴ Las prácticas anticoncurrenciales, es decir, tanto las conductas colusorias (art. 7 *Ordonnance n.º 86-1243*) como el abuso de dependencia económica (art. 8 *Ordonnance n.º 86-1243*) se sancionan con la nulidad de la cláusula en la que se recogen (art. 9 *Ordonnance n.º 86-1243*). No obstante, cabe la posibilidad de justificar las prácticas anticoncurrenciales (art. 10 *Ordonnance n.º 86-1243*). Tales exclusiones —se utilizan divesas expresiones: "justificación" (SERRA: *Le droit français...*, cit., pág. 89 y sigs.), "exenciones" (BOUTARD LABARDE/CANIVET: *Droit français...*, cit., pág. 103 y sigs.) y "excepción" (GALENE: *Le droit...*, cit., pág. 303 y sigs.)— pueden obedecer a la aplicación de un texto legislativo o reglamentario (art. 10.1 *Ordonnance n.º 86-1243*) o por razón de su contribución al progreso económico (art. 8.2 *Ordonnance n.º 86-1243*), establecido en términos similares al art. 85.3 TCE. En este segundo caso, las exclusiones pueden ser individuales (control *a posteriori*) o colectivas, por categorías (control *a priori*). El apdo. 2 del art. 10 fue modificado por la Ley núm. 96-588, de 1 de julio de 1996. Tras su modificación se han promulgado tan sólo dos decretos de exclusión colectiva, relativos a acuerdos

Por su parte, la aproximación desde el Derecho de los negocios ofrece una perspectiva complementaria —en cierto sentido, más amplia— a la que ofrece el Derecho de la distribución. En dicho marco, los contratos de distribución constituyen una pieza más del engranaje de los negocios⁵⁵. Tal consideración guarda estrecha relación con su calificación como contratos de cooperación interempresarial⁵⁶. En esta misma

entre productores que se benefician de signos distintivos de calidad (Decreto núm. 96-499, de 7 de junio de 1996) y acuerdos relativos a medidas de adaptación a situaciones de crisis (Decreto núm. 96-500, de 7 de junio de 1996), pero ambos con carácter sectorial, limitados a la industria agropecuaria (véase BOUT/PRIETO: *Lamy-Droit économique...*, cit., núms. 696 y 706-717).

⁵⁵ En esta línea, MERCADAL, M. B., y MACQUERON, P.: *Les droit des affaires en France. Principes et approche pratique du droit des affaires et des activités économiques*, actualizado hasta el 1 de agosto de 1995, Lefebvre, Paris, 1995, núms. 636-638, págs. 315-318, ofrecen la siguiente sistemática. Dentro de la parte dedicada al estudio de las técnicas jurídicas de los intercambios distinguen entre las de técnicas jurídicas de vinculación, de comercialización, de financiación y de aseguramiento de riesgos. A su vez, dentro de las técnicas jurídicas de comercialización distinguen entre las de conquista y las de apropiación de la clientela. Una vez más, y dentro de las técnicas de conquista de la clientela, diferencian entre la actuación de las empresas, de los poderes públicos y de los consumidores. Y es en la actuación de las empresas donde ubican, bajo la rúbrica "vendedores", a los intermediarios distribuidores. Así, distinguen entre agentes de la empresa (gerentes de sucursales y V.R.P.) y agentes utilizados por la empresa, donde agrupan a los agentes comerciales, comisionistas, concesionarios, *agréés* y franquiciados. No obstante, en ningún momento emplean la expresión "contratos de distribución" o expresión equivalente.

Sí que se utiliza la expresión "acuerdos de distribución" en MERCADAL, M. B.: *Mémento Pratique Francis Lefebvre. Droit des Affaires 1991*, 2.ª ed., actualizada hasta el 1 de marzo de 1991, Lefebvre, Paris, 1991, núm. 3426, pág. 679, caracterizándose todos ellos por cumplir idéntica función económica: son acuerdos que materializan las actuaciones de distribución. La sistemática de la exposición es interesante, pues distingue entre "modalidades de distribución", al estilo de variables, aplicables a todos los contratos de distribución, y particularidades de cada acuerdo de distribución. Dentro de las primeras, detecta las siguientes: cantidades impuestas, territorio y clientela, exclusividad (duración), asistencia técnica y comercial, marcas, promoción de ventas, servicio post-venta, secreto, stocks, duración (véase IBIDEM, págs. 681-687, núms. 3430-3452). Pero no llega a sacarse ninguna conclusión de todos esos datos comunes.

⁵⁶ Estas publicaciones son en cierta medida herederas de MERCADAL, M. B., y JANIN, M. P.: *Les contrats de coopération inter-entreprises*, 1.ª ed., actualizada hasta el 1 de septiembre de 1974, Lefebvre, Paris, 1974, núms. 1-4, págs. 9-13, en la que los acuerdos de distribución se cuentan entre los acuerdos de cooperación interempresarial, como una de las soluciones a la necesidad de aproximación de las empresas sin recurrir a la fusión: la cooperación por contrato.

Dichos acuerdos de colaboración interempresarial presentan dos características.

línea pueden situarse los trabajos pioneros de GUYENOT⁵⁷, quien hace

Una, denominada técnica: las actuaciones acordadas tienen como objeto la realización de tareas determinadas relativas a las diferentes funciones que supone la explotación de una empresa. Y otra, denominada psicológica: las partes actúan en pie de igualdad (véase IBIDEM, núm. 5, págs. 13-14). No obstante, esta última nota no es predicable de todos los contratos de distribución, especialmente de todos aquellos donde se da una integración vertical; pero, de hecho, se aborda la cooperación en materia de distribución y, dentro de este título, los acuerdos de distribución, donde se engloban la agencia, la comisión y la concesión, con una alusión a la entonces incipiente franquicia (véase IBIDEM, núm. 1085 y sigs., pág. 349 y sigs.). En definitiva, no se percibe el fenómeno de la integración, como tampoco se considera el dato de la estabilidad y duración de la relación contractual.

Así, se considera que los contratos o acuerdos de distribución persiguen dos tipos de objetivos: la estimulación de las ventas y la organización de los puntos de venta. Los define como aquellos por los que una empresa promete a otra empresa, que tiene productos o servicios que ofrecer a la clientela, poner a su disposición uno o más puntos de venta que se compromete a hacer funcionar según modalidades determinadas, y se destaca la unidad de fondo de los acuerdos, cuya función es asegurar la distribución de los productos o servicios (véase IBIDEM, núm. 1086, pág. 350).

En este primer estudio, MERCADAL y JANIN realizan una síntesis de elementos y cláusulas comunes a los contratos de distribución (véase IBIDEM, núms. 1110-1160, págs. 357-378). Pero tampoco sintetizan el resultado de dicho esfuerzo, e igualmente prestan escasa atención a la naturaleza jurídica de los concretos contratos (véase IBIDEM, núms. 1094-1098, págs. 354-356). Por contra, en MERCADAL: *Mémento Pratique Francis Lefebvre...*, cit., se presta mucha mayor atención a las especialidades de cada uno de los acuerdos de distribución (véase IBIDEM, núms. 3465-3586, págs. 689-714), algo lógico, pues ambos textos se hayan separados por diecisiete años. No obstante, y si bien ya no se plantea la cuestión de si se da la característica de la igualdad, sigue sin aludirse a la integración, pese a que se trata de contratos en los que existe una clara relación de subordinación, indicio de integración, pues incluso considera acuerdos de distribución determinados contratos laborales (véase IBIDEM, núm. 3427, págs. 679-680).

⁵⁷ GUYENOT es uno de los autores galos pioneros en el estudio de los dos tipos contractuales más destacados de los contratos de distribución: el de concesión (GUYENOT, J.: *Les contrats de concession commerciale*, Sirey, Paris, 1969) y del de franquicia (IDEM: "Le franchise commerciale. Etude comparée des systèmes de distributione interentreprises constitutifs de groupements de concessionnaires", RTDCom 1973, págs. 161-175; versión anterior, aunque no exactamente coincidente, de este artículo: IDEM: "Les groupements de concessionnaires el le frachising", Riv. Dir. Comm. 1972, págs. 279-290).

De hecho, es el primer autor que aborda en Francia el estudio del contrato de franquicia, pero no así el del contrato de concesión, que es analizado por CHAMPAUD, C.: "La concession commerciale", RTDCom 1963, págs. 451-504 (véase PIGASSOU, P. "La distribution intégrée", RTDCom 1980 [3], págs. 476 y 477, nota 11).

CHAMPAUD no llega a plantearse la existencia de la categoría de los contratos de distribución. Es un artículo en el que se hace eco de las cuestiones de Derecho de obligaciones y contratos y de las de Derecho de la competencia que plantea el contrato, y se esfuerza por delimitarlo, especialmente por distinguir la concesión de la agencia y de la comisión (véase CHAMPAUD: "La concession...", cit., págs. 458-459 y 467-469). Así, entiende que las actividades de mandato que pueda desarrollar el concesionario son puramente accesorias de la compra para la reventa. No obstante, tampoco subsume el

especial hincapié en la configuración como grupo de los sistemas de distribución comercial.⁵⁸

contrato de concesión en el de compraventa (véase IBIDEM, págs. 465-466) ni en el de suministro (véase IBIDEM, págs. 466-467). Concluye que el contrato de concesión comercial aparece como el molde jurídico de relaciones económicas modernas, distintas de las tenidas en cuenta por la codificación decimonónica. Es una técnica jurídica de concentración de empresas por integración de los distribuidores en los productores (véase IBIDEM, pág. 464). De hecho, finalmente se inclina por predicar su naturaleza jurídica *sui generis* que pivota sobre la esencialidad de la integración económica (cuasi-integración) de la empresa del concesionario en la del concedente, caracterizándose por ser contratos que conjungan los principios de autonomía y de subordinación (véase IBIDEM, pág. 469).

⁵⁸ Una clara síntesis de su postura sobre la materia puede leerse en GUYENOT, J.: *Concessionnaires et commercialisation des marques. La distribution intégrée*, Librairie du Journal des Notaires et des Avocats, Paris, 1975, págs. 1-6. En cuanto a la categoría de los contratos de distribución, no utiliza tal expresión, sino la de "intermediarios de comercio" para referirse, de una parte, a los no estatutarios (agentes mandatarios, representantes asalariados, comisionistas y corredores) y, de otra parte, a los estatutarios (agentes de comercio y V.R.P.). Los concesionarios y los franquiciados se incluyen en la categoría de los no estatutarios. No obstante, es una categoría que no queda claramente delimitada, pues tiene un valor preponderantemente descriptivo. De los contratos de concesión y franquicia dice que tienen por objeto la colaboración económica de empresas vinculadas contractualmente. Estas figuras tienen un carácter *sui generis*, híbrido entre comerciante y colaborador dependiente.

Interesa destacar como insiste en que su finalidad es la formación de una red de distribución, red que no es sino un grupo de empresas. De ahí que llegue a hablar de la existencia en la red de un *animus cooperandi* —de distinta naturaleza, sin embargo, de la *affectio societatis*, que es la que se da en el caso de las uniones de empresas—. A ello se debe la trascendencia de la calificación de los contratos de concesión y de distribución como contratos-marco, y de su reiteración frente a todos los concesionarios y distribuidores. Todo lo cual se hace con un fin específico: organizar y animar de manera uniforme el circuito de distribución de la marca del fabricante para controlar la clientela de sus productos o servicios (véanse IBIDEM, págs. 2-6; y también IDEM: "Le franchise commercial...", cit., págs. 161-164).

IX. 3. A. En especial, aportaciones desde el Derecho de la distribución comercial

Pero, sin duda alguna, las aportaciones más interesantes proceden del Derecho de la distribución, aproximación que es concebida con una gran amplitud, pues pretende abarcar la totalidad de las cuestiones jurídicas que plantea la distribución comercial como fenómeno económico, de manera que los contratos de distribución constituyen tan sólo una parte de su campo de estudio. Un Derecho de la distribución que no oculta sus vínculos tanto con el Derecho de los negocios, como con el Derecho económico, merced a un mismo espíritu inspirador de carácter pragmático.

El Derecho de la distribución surge de la mano de un equipo de investigación capitaneado por MOUSSERON⁵⁹, fruto de los esfuerzos que en el estudio de la materia se realizan en la Universidad de Montpellier⁶⁰. El Derecho de la distribución se concibe como el conjunto de disposiciones jurídicas que rigen las relaciones sociales relativas al fenómeno económico de la distribución⁶¹, fenómeno que se

⁵⁹ MOUSSERON ET AL.: *Droit de la Distribution*, cit., obra que, como ella misma informa (véase IBIDEM, pág. 29), tiene carácter pionero en Francia, pues se trata de la primera exposición sistemática de la materia. Véase también: MOUSSERON, J. M.: "Rubrique «Distribution»", en: AA. VV., HÉMARD, J. (dir.): *Encyclopédie Juridique Dalloz. Répertoire de droit commercial*, Dalloz, Paris, agosto 1987, págs. 1-5.

⁶⁰ Dedicación específica que, desde esos años, se articula mediante la celebración de jornadas relativas al tema –así, por ejemplo, véase AA. VV.: *Concurrence et distribution (XIIIe Journées d'Actualité de Droit de l'Entreprise)*, Col. Actualités de Droit de l'Entreprise núm. 14, Fondation Nationale pour le Droit de l'Entreprise, Litec, Montpellier, 1981– y la publicación de estudios orientados a fomentar la discusión sobre la materia –así, por ejemplo, véase MOUSSERON, J. M.: *Producteurs, distributeurs. Quelle concurrence?*, Col. Actualités de Droit de l'Entreprise núm. 15, Fondation Nationale pour le Droit de l'Entreprise, Litec, Montpellier, 1986–.

⁶¹ Véanse MOUSSERON ET AL.: *Droit de la distribution*, cit., pág. 27; y MOUSSERON: "Rubrique...", cit., pág. 1.

entiende como el conjunto de mecanismos comerciales, financieros, materiales y jurídicos que aseguran la transferencia de las mercancías del estadio de la fabricación al del consumo industrial –también denominada distribución intermedia– o doméstico –asimismo llamada distribución terminal–⁶². Consecuencia de esta concepción tan amplia del Derecho de la distribución es su carácter heterogéneo desde la consideración del sustrato normativo.⁶³

Tras rechazar la estructuración del Derecho de la distribución con base en las etapas tradicionales de la distribución –producción, intermediación mayorista, intermediación minorista y consumo–, pues acudir a este esquema supondría ignorar las operaciones de reestructuración del aparato comercial –en definitiva, la realidad distributiva presente–, y tras descartar igualmente el recurso a la distinción entre operadores –es decir, el estatuto de los distribuidores– y operaciones –esto es, entre otras, los contratos de distribución–, por las interferencias perturbadoras entre ambas perspectivas, se adopta como eje estructural la noción de "circuito de distribución", entendido como la secuencia de empresas que aseguran la distribución y llevan el bien o servicio hasta su destinatario⁶⁴; es decir, el canal de distribución. Con

⁶² Véanse MOUSSERON: "Rubrique...", cit., pág. 1; y MOUSSERON ET AL.: *Droit de la distribution*, cit., págs. 8-11. Véase también *supra*, epg. IV. 4. B.

⁶³ Efectivamente, se constata como el Derecho de la distribución se compone de normas de dispar naturaleza jurídica –así, entre otros, de Derecho administrativo, Derecho fiscal, Derecho de la competencia, Derecho de grupos de sociedades y Derecho de obligaciones y contratos–, sin que exista una intervención de conjunto por parte del legislador, especialmente en la regulación de los contratos (véanse MOUSSERON ET AL.: *Droit de la distribution*, cit., págs. 27-29; y MOUSSERON: "Rubrique...", cit., pág. 1).

⁶⁴ Más precisamente, del circuito de distribución se ofrecen dos definiciones. Así, desde el punto de vista de las mercancías, se entiende por circuito de distribución el camino que recorre un bien desde el productor hasta el destinatario. Y desde el punto de vista de los comerciantes, como la secuencia de empresas que aseguran la distribución de un bien y lo conducen a su destinatario (véase MOUSSERON ET AL.: *Droit de la distribution*, cit., pág. 33).

apoyo en dicho eje se atiende a las relaciones entre los diferentes eslabones que determinan la organización del canal de distribución, cuya configuración responde a la composición de intereses distintos, incluso contradictorios, al menos, a corto plazo. Y se distingue entre relaciones que tienen por objeto la organización del canal de distribución y las que tienen por objeto la "estimulación" (*animation*) del mismo.⁶⁵

En cuanto a su organización, en primer lugar, se parte de la distinción entre dos tipos básicos de formas o fórmulas de canales: formas de distribución descompuesta (*décomposée*), que se caracterizan por la presencia de circuitos largos o tradicionales⁶⁶; es decir, canales convencionales; y formas de distribución recompuesta (*recomposée*), que se caracterizan por la presencia de circuitos cortos, en los que ciertas fases de la distribución son aseguradas por las mismas empresas⁶⁷; es decir, canales organizados. Dentro de esta segunda se diferencia entre concentración descendente y ascendente del canal de distribución. En el marco de la concentración descendente, que es la que tiene lugar a iniciativa de fabricantes y mayoristas, puede optarse por la eliminación de eslabones⁶⁸ o por su subordinación. En este último caso

⁶⁵ La adopción como eje estructural del Derecho de la distribución de la organización de los canales de distribución es, además, plenamente coherente con la concepción del Derecho como un modo de organizar las relaciones sociales que se propugna (véanse MOUSSERON ET AL.: *Droit de la distribution*, cit., págs. 29-30; y MOUSSERON: "Rubrique...", cit., pág. 1).

⁶⁶ Cada fase clásica de la distribución —producción (*diffusion*), mayorista (*gros*), minorista (*détail*) y consumo (*consommation*)— es asegurada por un agente económico independiente, que representa un centro de decisión propio, autónomo; el producto circula del productor al mayorista, de éste al minorista y de éste al consumidor final (véase MOUSSERON ET AL.: *Droit de la distribution*, cit., págs. 34 y 37). En este ámbito se trata de los operadores —donde, no obstante, se aborda la distribución integrada horizontal— (véase IBIDEM, págs. 38-152) y de las operaciones (véase IBIDEM, págs. 153-197).

⁶⁷ Véase MOUSSERON ET AL.: *Droit de la distribution*, cit., págs. 34 y 199.

⁶⁸ Es lo que se denomina concentración técnica, que puede ser parcial, total —por medio

se habla de "concentración jurídica", que, a su vez, puede ser estructural –mediante la formación de grupos de empresas– o funcional –mediante el recurso al contrato–⁶⁹. Es aquí donde, junto con las cláusulas de aprovisionamiento cualificado, se trata de los contratos de distribución integrada, en los que incluyen los contratos de distribución autorizada, de concesión exclusiva, de asistencia y suministro, de encadenamiento voluntario y de franquicia; no obstante, no se da una definición de "contratos de distribución integrada".⁷⁰

En el marco de la estimulación de los canales de distribución, que se entiende como la incitación más viva posible de sus operadores a ofrecer las mercancías correspondientes a los eventuales clientes y la orientación de éstos hacia la adquisición de dichos bienes⁷¹, dos son las cuestiones abordadas: quién realiza la estimulación y cómo se hace ésta⁷². La primera de las cuestiones se responde mediante el estudio de las redes de distribución⁷³. Aquí se identifica red de distribución con "red de ventas", es decir, con el conjunto de profesionales que tiene por misión obtener decisiones de compra en favor de un producto. Así, para estos autores, "red de ventas" y "circuito de distribución" no son nociones equivalentes, aunque tengan zonas de intersección, pues la red de ventas es la que pone en contacto al productor y al circuito de distribución. La misión principal de la red de ventas es el contacto con

de las técnicas de venta domiciliaria y de venta a distancia– o mixta (véase MOUSSERON ET AL.: *Droit de la distribution*, pág. 201).

⁶⁹ MOUSSERON ET AL.: *Droit de la distribution*, cit., pág. 221.

⁷⁰ Véase MOUSSERON ET AL.: *Droit de la distribution*, cit., págs. 232-292.

⁷¹ MOUSSERON ET AL.: *Droit de la distribution*, cit., pág. 315.

⁷² Aquí se trata de las denominadas "técnicas de distribución": la estimulación de la distribución se alcanza mediante técnicas de promoción (de ventas) y publicitarias (véase MOUSSERON ET AL.: *Droit de la distribution*, cit., pág. 409).

⁷³ Véase MOUSSERON ET AL.: *Droit de la distribution*, cit., págs. 317-320.

los centros de decisión de compra, es decir, con todo eslabón del circuito apto para poder decidir la adquisición del producto⁷⁴. Así, en la red de ventas se distingue entre una red interna, formada por colaboradores asalariados o dependientes, y una red externa, formada por colaboradores independientes –calificados como "*mandataires*"–, que, a su vez pueden ser colaboradores permanentes: agentes comerciales y otros mandatarios distintos de los agentes comerciales (por ejemplo, distribuidores multinivel) o colaboradores ocasionales (comisionistas, corredores o *indicateurs*).

Sin embargo, esta sistemática es objeto de variaciones en una elaboración posterior⁷⁵. Se distingue, en primer lugar, entre operadores individuales (productores, mayoristas, minoristas y consumidores) y grupos de operadores de la distribución (agrupaciones horizontales y verticales; es aquí donde trata de los contratos de distribución). En segundo lugar, se trata de las operaciones de la distribución, de sus caracteres generales, distinguiendo entre operaciones entre profesionales (cooperación comercial, contratos-marco) y operaciones entre profesionales y consumidores. Y, por otra parte, se trata de la estimulación, de la red de ventas, distinguiendo entre los agentes de estimulación de la distribución (asalariados y no asalariados) y de las técnicas de estimulación (promoción y publicidad).

En cualquier caso, la consecuencia que interesa retener de la distinción entre canal de distribución y red de ventas, es que ésta hace que parte de los contratos de distribución –en concreto, el contrato de agencia– queden ubicados en la parte de la estimulación de los canales

⁷⁴ Véase MOUSSERON ET AL.: *Droit de la distribution*, cit., pág. 318, a lo que se suma la virtualidad de la red de ventas para contribuir a unir la venta con el servicio de marketing de la empresa, con lo que se apunta la idea de "valor añadido".

⁷⁵ Así, en MOUSSERON: "Rubrique...", cit.

y no en la de organización de éstos, cuando parece que bajo el epígrafe "estimulación" debería únicamente tratarse de las técnicas de venta. Esta distinción entre "circuito de distribución" y "red de ventas" es de dudoso recibo⁷⁶. Da la impresión de que esta estructura está muy marcada por la asociación de los contratos de distribución con el intercambio y del contrato de agencia con la colaboración. De hecho, como se podrá comprobar a continuación, pese a las muchas propuestas innovadoras en el seno del Derecho de la distribución, todos los autores coinciden en no calificar el contrato de agencia como contrato de distribución. Sin embargo, la explicación de tal exclusión no tiene un fundamento económico, sino puramente jurídico: la norma francesa define al agente como un mandatario. Efectivamente, la argumentación económico-empresarial de la exclusión de la agencia de la categoría de los contratos de distribución no se sostiene.⁷⁷

⁷⁶ Cfr. *supra*, epg. V. 6. D.

⁷⁷ Un ejemplo paradigmático de esta postura lo constituye LELOUP, J.-M.: *Les agents commerciaux. Status juridiques. Stratégies professionnelles*, 3.ª ed., actualizada hasta el 15 de diciembre de 1994, Encyclopédie Delmas pour la vie des affaires, Delmas, Paris, 1995. También es el autor de "Rubrique «Agent commercial»", en: HÉMARD: *Encyclopédie Juridique Dalloz*..., cit., octubre de 1994, 16 págs.; sin embargo, en esta voz no se refiere a la moderna distribución, ni dice nada a propósito de la categoría de contratos de distribución, ni tan siquiera delimita la agencia frente a otras figuras análogas. Ello podría explicarse por el carácter sintético de dicha contribución.

No obstante, tampoco se plantea la categoría de los contratos de distribución, pese a tratar de cuestiones de distribución comercial, en la primera de las obras citadas (véase LELOUP: *Les agents*..., cit., págs. 12-22). Efectivamente, tras poner de relieve la importancia de la actividad de los agentes en la distribución de bienes —tanto de consumo como de equipo— y de servicios (véase IBIDEM, págs. 12-14), aborda el estudio de los caracteres distintivos de la función de agente comercial, para concluir que los agentes son "prestarios de servicios", más precisamente, de "servicios de venta" (véase IBIDEM, págs. 14-15). Por el hecho de no realizar la actividad de transmisión del producto distribuido no pertenecen a la red de distribución, no son una parte del mercado, sino que forman parte de la red de ventas, pues son instrumentos de la negociación de un operador del mercado. Es decir, el agente no es un operador del mercado. Pero, en realidad, si se atiende a esta argumentación, tampoco el distribuidor integrado es un "operador de mercado", pues precisamente el efecto de la integración consiste en la eliminación del mercado intermedio donde se ubicaba el distribuidor, que, insístase, ha sido integrado: el distribuidor no es un destinatario del canal por el hecho de adquirir la titularidad del producto objeto de comercialización.

La distinción entre red de ventas y circuito de distribución puede ser útil al

A esta aproximación, la del Derecho de la distribución, pueden sumarse los trabajos de FABRE⁷⁸ y RAYMOND⁷⁹, y especialmente,

Derecho de la competencia, que es de donde procede, como pone el autor de relieve, con cita de la Comunicación de la Comisión relativa a los contratos de representación exclusiva suscritos con agentes comerciales (ABIEG núm. 139, de 24.12.1962, pág. 2921; ed. especial en español 8/vol. 1, pág. 58; en adelante, Comunicación sobre agentes de 1962). Pero en dicho ámbito, tampoco constituye un criterio estable: hay supuestos de agencia que sí quedan sometidos al art. 85 TCE, como se pondrá de relieve (la Comunicación sobre agentes de 1962 y su problemática serán objeto de estudio *infra*, epg. X. 4.). La finalidad de los servicios del agente —que LELOUP concreta en el pedido del cliente y la embajada del empresario—, es perfectamente predicable de los restantes distribuidores, modalizada eso sí el por efecto de la asunción de la obligación de transmisión.

Es igualmente criticable afirmar que los agentes son vías de acceso al mercado y los otros distribuidores no lo son. Es decir, que los agentes son representantes en sentido económico, y los otros distribuidores no. Esto es falso. Podría ser así en el plano jurídico. En efecto, el art. 1 *Loi n.º 91-593* califica al agente de mandatario. Ello implica que éste actúa siempre por cuenta ajena y en nombre de su empresario (art. 1984 del *Code civil*; e insiste el propio art. 1 *Loi n.º 91-593*). Y ello, a diferencia de lo que sucede en el caso de la comisión, contrato en el que el comisionista actúa por cuenta del comitente, pero siempre en nombre propio (art. 94 del *Code de commerce*) (al respecto, véase, por todos, DELEBECQUE/GERMAIN: *Georges Ripert/René Roblot Traite de Droit Commercial*, cit., págs. 721-725). Pero, al igual que sucede en el Derecho español (arts. 1 y 6 LCA), en el Derecho francés, la representación en sentido jurídico es un plus no esencial a la figura del agente, cuya concurrencia dependerá de si éste ha asumido la realización de la actividad de conclusión de los contratos por cuenta y en nombre del empresario. Por lo tanto, la separación entre las actividades de promoción y transmisión, que es desconocida para el régimen legal tanto del mandato como de la comisión, sí que se encuentra implícita en la definición legal del contrato de agencia. Pero además, lo que LELOUP dice que asume el agente es un "papel de representación", pero no necesariamente la representación, en sentido jurídico, del empresario (véase IBIDEM, pág. 16). Y, desde el punto de vista económico, igual papel de representación asumen los intermediarios integrados indirectos.

Como puede apreciarse, la distinción entre el agente y otros profesionales independientes, especialmente de los concesionarios, se reduce a un dato puramente legal: se distinguen por la condición de mandatario del agente. La argumentación que da no es nada convincente, como tampoco lo es en el caso del comisionista (véase IBIDEM, págs. 60-61).

⁷⁸ FABRE, G.: *Concurrence, distribution, consommation*, Dalloz, Paris, 1983, obra que no contiene ninguna justificación de la sistemática seguida. Bajo el título "Derecho de la distribución" se trata de la publicidad comercial (véase IBIDEM, págs. 46-85) y de los que se denominan "contratos específicos de la distribución" (véase IBIDEM, págs. 86-117), pero sin delimitar dicha categoría: únicamente puede observarse cómo se agrupan los contratos de agencia, concesión (contratos de distribución exclusiva) y franquicia.

⁷⁹ RAYMOND, G.: *Droit de la Distribution. Concurrence - Consumérisme - Service Après-Vente*, Delmas, Paris, 1984, quién participa de un planteamiento propio del Derecho de la distribución entendido en sentido amplio (véase IBIDEM, advertencia). No obstante, no habla de contratos de distribución, sino de "*modes de distribution*" (véase IBIDEM, pág. 27

relevantes obras de consulta orientadas a la praxis.⁸⁰

La obra *Mémento Pratique Francis Lefebvre. Distribution...*, cit., carece de estructura sistemática, y sus voces se ordenan alfabéticamente. Entre ellas está la de "acuerdos de distribución o de representación comercial", que se definen como aquellos por los que una empresa promete a otra empresa poner a su disposición uno o más de un punto de venta que se compromete a hacer funcionar según modalidades determinadas⁸¹. Así definidos, los acuerdos de distribución revisten diversas formas según la elección hecha por las partes sobre los diversos elementos de su contenido. Uno de los criterios a los que se atiende para

y sigs.). Y si bien parece querer referirse a la organización de los canales de distribución, mezcla cuestiones muy diversas, relativas tanto a éstos como a la relación entre el canal de distribución y el destinatario final; mezcla técnicas de venta con redes de venta; y en las redes de venta no distingue el plano vertical del horizontal, ni el Derecho de obligaciones y contratos del Derecho de la competencia, por su exposición lo que resulta heterogénea y desordenada.

⁸⁰ Así, *Mémento Pratique Francis Lefebvre. Distribution: concurrence, accords de distribution, promotion commerciale, protection des consommateurs 1994-1995*, actualizado hasta el 15 de marzo de 1994 (con actualización a 1 de abril de 1995), Lefebvre, Paris, 1994. Y señaladamente, BOUT/PRIETO: *Lamy - Droit économique...*, cit.

⁸¹ Véase *Mémento Pratique Francis Lefebvre. Distribution...*, cit., núm. 1100. A continuación se afirma que estos acuerdos se construyen sobre la base de dos ejes: el suministro de productos o de servicios para la venta y las condiciones de "reventa" (*mise en vente*) de estos productos o servicios, por lo que, pese a una aparente diversidad, provocada por el contenido de las obligaciones impuestas a las partes en cada tipo contractual, existe una unidad de fondo, que se manifiesta en los siguientes elementos: la naturaleza del contrato y la calidad en la que interviene el distribuidor (mandatario, comisionista o comprador-revendedor); los productos o servicios implicados y, eventualmente, las modalidades de uso de la marca de estos productos o servicios; el sector a prospectar y el carácter "exclusivo" o no de la representación; las directrices a observar para la distribución (prospección, publicidad, promoción de ventas, nivel de stocks a constituir y mantener, "cuotas" de ventas a respetar, etc.); las condiciones de venta del productor o distribuidor o las modalidades de fijación de la remuneración de este último; la duración del contrato y las consecuencias de su expiración; la regulación de las disputas eventuales entre los contratantes. En realidad, este listado únicamente refleja que existen una serie de cuestiones comunes, pero, en rigor, no justifica una unidad de fondo. De hecho, no se trata conjuntamente de ellas, sino que se abordan en cada uno de los tipos contractuales delimitados.

clasificarlos es la calidad en la que interviene el distribuidor⁸², diferenciándose entre "acuerdos de distribución", que son aquellos en los que el distribuidor actúa en nombre y por cuenta propios, revendiendo los productos que ha comprado en firme al productor, y "acuerdos de representación", que son aquellos en los que el distribuidor actúa, bien en nombre y por cuenta del productor, o bien en su nombre pero por cuenta del productor. Por lo tanto, las expresiones "acuerdos de distribución" y "acuerdos de representación comercial" no son equivalentes, pese a lo que se da a entender cuando se pretende definir la categoría. Efectivamente, en sentido estricto, se entiende que son acuerdos de distribución —de menor a mayor grado de integración— los contratos de distribución selectiva, de aprovisionamiento en exclusiva, de concesión y de franquicia; mientras que dentro de los acuerdos de representación se tratan los contratos de agencia comercial, de comisión y de V.R.P. Y se afirma que únicamente en el primer grupo de contratos se da el fenómeno de la integración.⁸³

Un mayor grado de elaboración ofrece la obra *Lamy - Droit économique...*, cit., comenzando por su estructuración. Se distinguen tres partes⁸⁴: competencia, distribución y consumo-calidad. Dentro de la parte dedicada a la distribución, se trata de las técnicas de comerciali-

⁸² Véase *Mémento Pratique Francis Lefebvre. Distribution...*, cit., núm. 1101. También se acude a la existencia o no de exclusividad a favor del distribuidor y al grado de cooperación entre los "partenaires", es decir, a si el distribuidor recibe o no asistencia técnica por parte del productor.

⁸³ Véase *Mémento Pratique Francis Lefebvre. Distribution...*, cit., núm. 1110: el acuerdo de distribución puede limitarse a la simple organización de los contratos de compraventa que las partes tienen intención de concluir más tarde —naturaleza y cantidad de los productos, precio, pago, etc.—. Pero las partes pueden establecer entre ellas lazos más estrechos —exclusividad, licencia de marca, condiciones de *agrément*, etc.—. En tal caso, el acuerdo puede desembocar en una "integración" de red de distribución por el suministrador, de tal manera que el consumidor final, dirigiéndose al distribuidor, cree que trata directamente con ese productor.

⁸⁴ Al margen de una primera parte dedicada a transmitir unas nociones generales sobre normas procedimentales y sobre el Derecho comunitario; véase BOUT/PRIETO: *Lamy - Droit économique...*, cit., núms. 1-132.

zación —publicidad y métodos de venta y de oferta de servicios— y de los circuitos de distribución. La exposición de estos últimos se articula con referencia a la reglamentación de los puntos de venta, a la participación de subordinados, de intermediarios y de revendedores en la distribución, y a las agrupaciones de distribuidores. Es en la participación de revendedores en la distribución donde se ubica la noción "acuerdos de distribución".⁸⁵

Asimismo, se introduce la noción de "distribuidores intermediarios", entre los que se cuentan los agentes, si bien se advierte de su ambigüedad. No son distribuidores subordinados, porque sus empresas son independientes de las de los productores y de los clientes; no son distribuidores revendedores, porque no adquieren por su cuenta las mercancías con el propósito de su reventa.⁸⁶

Una vez ubicados los acuerdos de distribución, se pone de relieve su principal característica: permiten a los productores controlar la actividad de los revendedores. De ahí el término "distribución controlada" ("*distribution contrôlée*"), que se utiliza por ciertos autores para referirse a la organización de estas relaciones contractuales por las que los productores establecen relaciones duraderas con sus clientes revendedores, que permiten un aprovisionamiento más regular y una

⁸⁵ Véase BOUT/PRIETO: *Lamy - Droit économique...*, cit. núms. 3551-4218. Como subordinados se estudian los asalariados ordinarios, los V.R.P. y los gerentes de sucursal. Como intermediarios se consideran los agentes comerciales, los comisionistas, los mediadores y los comerciantes "depositarios" o "consignatarios" de mercancías (*depôt-vente*). Y bajo la denominación de grupos de distribuidores se trata de las centrales de compra y de *référéncement*, y de las sociedades y almacenes colectivos de detallistas.

⁸⁶ Véase BOUT/PRIETO: *Lamy - Droit économique...*, cit., núm. 3390.

penetración de mercado más eficaz⁸⁷. De una parte, se confirma la vinculación entre una visión vertical y descendente de la integración y los acuerdos de distribución. De otra parte, llama la atención cómo, para su clasificación, no se atiende a los sujetos, sino a los contratos. Así, y tras una exponer una "parte general" de los acuerdos de distribución, agrupa en esta categoría: los acuerdos de distribución exclusiva⁸⁸; acuerdos de compra en exclusiva⁸⁹; acuerdos de asistencia a revendedores⁹⁰; acuerdos de franquicia de distribución⁹¹; y acuerdos de distribución selectiva⁹². No obstante, se advierte sobre el hecho de que estos tipos se combinan entre sí frecuentemente en la práctica.

Resulta llamativo que el contenido de la aludida "parte general" se circunscriba exclusivamente a la caracterización de los acuerdos de distribución como contratos-marco⁹³. No obstante, pese a ello, se

⁸⁷ Véase BOUT/PRIETO: *Lamy - Droit économique...*, cit., núm. 3551; con cita de MALAURIE, P., y AYNÈS, L.: *Les contrats speciaux, Droit Civil*, 10.^a ed., Cujas, 1997; FERRIER: *Droit de la distribution*, cit.; y BEAUCHARD, J.: *Droit de la distribution y de la consommation*, Themis, PUF, 1996.

⁸⁸ Son aquellos por los que el productor concede al revendedor un monopolio de la reventa de sus productos y se obliga a no servir a otros distribuidores dentro del territorio concedido; para su desarrollo, véase BOUT/PRIETO: *Lamy - Droit économique...*, cit., núms. 3721-3829.

⁸⁹ Se definen como aquellos por los que el revendedor se obliga a aprovisionarse de una empresa determinada; para su desarrollo, véase BOUT/PRIETO: *Lamy - Droit économique...*, cit., núms. 3830-3864.

⁹⁰ En los que la ayuda prestada por el productor puede ser financiera, material, técnica o comercial; para su desarrollo, véase BOUT/PRIETO: *Lamy - Droit économique...*, cit., núms. 3865-3934.

⁹¹ Mediante los que el productor pone a disposición del franquiciado signos distintivos, un *know-how* y una asistencia; para su desarrollo, véase BOUT/PRIETO: *Lamy - Droit économique...*, cit., núms. 3935-4025.

⁹² Son aquellos que se basan en una autorización al revendedor, cuya aptitud para distribuir los productos objeto del contrato es reconocida por el suministrador; para su desarrollo, véase BOUT/PRIETO: *Lamy - Droit économique...*, cit., núms. 4026-4125.

⁹³ Véase BOUT/PRIETO: *Lamy - Droit économique...*, cit., núm. 3552.

mantiene la conexión entre los contratos de distribución y el de compraventa, más que con los contratos de colaboración: son contratos marco en los que se fijan las condiciones según las cuales, durante su duración, el distribuidor comprará y revenderá las mercancías fijadas en el acuerdo. Y aunque se manifieste que estos contratos no generan obligaciones de dar, sino de hacer: para el revendedor, de realizar los pedidos por las cantidades mínimas establecidas, y para el productor, de atender dichos pedidos. De este modo, se distingue de los contratos de compraventa que suponen la ejecución del contrato-marco.⁹⁴

Sin salir de esta aproximación, merece mención especial el trabajo de PIGASSOU⁹⁵, quien indaga sobre la naturaleza jurídica de los que denomina "contratos de distribución integrada". Los contratos de distribución no son simples compraventas, pues no se puede identificar moderna distribución con simple intercambio. Detrás de la moderna distribución está la idea de la integración. Así recurre a la terminología de "contratos de distribución integrada"⁹⁶. En efecto, tras responder negativamente a la pregunta de si el criterio de la exclusividad ligado a contratos de compraventa —en sus tres expresiones posibles: aprovisionamiento en exclusiva, *agrégation* y suministro exclusivo— es elemento suficiente para definir la integración —y, con ello, rechazar indirectamente la calificación de los contratos de distribución integrada como contratos de intercambio⁹⁷—, sostiene que el criterio identificador de la

⁹⁴ Sin embargo, BOUT/PRIETO: *Lamy - Droit économique...*, cit., núm. 3573, no pueden ocultar su preferencia por el tipo frente a la categoría, y proponen proceder a la calificación de los tipos —que no de la categoría— en función de sus cláusulas esenciales o inherentes, que serían las que resultan indispensables para la puesta en marcha de uno de estos acuerdos. Y ello frente a las cláusulas supletorias, que no influyen en su calificación. De la exposición que sigue se aprecia que tal proceder puede, en efecto, ayudar a identificar el tipo contractual, pero no se llega a ninguna conclusión más respecto de la categoría.

⁹⁵ PIGASSOU: "La distribution intégrée", cit.

⁹⁶ PIGASSOU: "La distribution intégrée", cit., pág. 478.

⁹⁷ Véase PIGASSOU: "La distribution intégrée", cit., págs. 480-489.

dependencia económica característica de la integración es el control, que aparece como la causa de los "contratos de distribución integrada"⁹⁸. Y así, los define como "una convención por la que un productor fija con un distribuidor independiente las condiciones en las cuales éste se obliga, bajo el nombre del productor, a ejercer su actividad"⁹⁹. Sin embargo, rechaza de plano la posibilidad de que el contrato de agencia sea un contrato de distribución, por razón de su calificación como mandato.¹⁰⁰

El último paso en la aproximación abierta por MOUSSERON es el dado por FERRIER¹⁰¹. Como aquél, éste parte de una noción amplia de

⁹⁸ Después de identificar las funciones de distribución, afirma que, en una primera aproximación, los contratos de distribución integrada tienen por objeto definir las condiciones de ejercicio de las funciones de distribución (véase PIGASSOU: "La distribution intégrée", cit., pág. 491); más precisamente, estos contratos tienen por objeto controlar, de forma más o menos estricta, el ejercicio de las funciones distributivas por parte de los intermediarios. Su causa es la integración, motivada por los cambios acaecidos, tanto en las estructuras de distribución como en el comportamiento de los destinatarios (véase IBIDEM, pág. 492). Es decir, la verdadera causa de estos contratos es la integración, no la compra para revender (véase IBIDEM, pág. 495). Dicha integración se traduce en la existencia de un cierto número de cláusulas destinadas a asegurar al productor un control sobre la actividad del distribuidor: cláusulas relativas a las cantidades distribuidas, al precio de reventa, a la autorización de uso y la obligación de utilizar la enseña del productor, de reserva de ejercicio de un control general sobre la actividad del distribuidor y las relativas a las actividades publicitarias y promocionales (véase IBIDEM, págs. 496-500). Pero éstas tienen un valor puramente indicativo. Lo relevante es que el distribuidor ejerce su actividad bajo el nombre y el control del productor, ya sea por previsiones expresas en el contrato o por el sometimiento a un aprovisionamiento exclusivo o cuasiexclusivo (véase IBIDEM, págs. 500 y 502).

⁹⁹ PIGASSOU: "La distribution intégrée", cit., pág. 502.

¹⁰⁰ Véase PIGASSOU: "La distribution intégrée", cit., págs. 477-478, quien prejuzga que los contratos de distribución integrada se alejan del mandato para aproximarse a la venta. Es decir, ya desde un principio rechaza la idea de considerar el contrato de agencia entre los de distribución integrada.

¹⁰¹ FERRIER: *Droit de la Distribution*, cit. Este trabajo es prólogo por el propio MOUSSERON, veinte años después de que fuera publicado el libro capitaneado por él. Y aprovecha la ocasión para poner de relieve los cambios más significativos que observa en la distribución: los propiciados por la gran distribución; la expansión de la distribución selectiva y la franquicia; los acaecidos en las relaciones entre productores-intermediarios y

distribución comercial —que finalmente define como "el conjunto de operaciones materiales y jurídicas que permite comercializar los productos o servicios hasta los consumidores profesionales y no profesionales"¹⁰²—, y se muestra continuador en cuanto a la definición del Derecho de la distribución¹⁰³. Sus innovaciones se concentran, al margen de en los contenidos actualizados, en el plano sistemático. Así, en primer lugar, aborda las que califica de "operaciones elementales de la distribución", que identifica con las propias de la distribución tradicional: éstas son las operaciones de difusión y de venta de bienes o prestación de servicios.

La difusión puede entenderse en sentido estricto —la primera puesta en el mercado del producto por la que se produce el paso del

el papel del Derecho de la competencia que "deviene el mayor regulador de la vida económica".

FERRIER también es autor de "Rubrique «Concession commerciale»", en: HÉMARD: *Encyclopédie Juridique Dalloz...* cit., abril de 1990, 28 págs.; y de "Rubrique «Franchise»", en: HÉMARD: *Encyclopédie Juridique Dalloz...*, cit., marzo de 1996, 15 págs. Sin embargo, en ninguna de estas voces aborda la cuestión de la categoría de los contratos de distribución, sino que se centra en el tratamiento de los tipos contractuales que son objeto de dichas voces, la concesión comercial y la franquicia, respectivamente.

¹⁰² FERRIER: *Droit de la distribution*, cit., pág. 5, quien parte de entender la distribución como "el conjunto de operaciones de puesta de los bienes a disposición de los consumidores en el lugar, en la forma con el asesoramiento y en las cantidades correspondientes a las necesidades de los consumidores" (IBIDEM, pág. 3), si bien corrige la definición con el alcance expresado en texto al detectar dos insuficiencias en ésta primera definición: la exclusión de los servicios y la de la distribución industrial (véase IBIDEM, págs. 4-5). En definitiva, con la expresión "consumidores profesionales y no profesionales" se quiere aludir a los destinatarios en general, con el alcance que se ha dado al término *infra*, epg. III.

¹⁰³ En efecto, toma el concepto acuñado por MOUSSERON, ya reproducido. Igualmente advierte como la materia se ha incluido en el Derecho económico, el Derecho de los negocios, y se trata en el Derecho mercantil, pero también en el Derecho de trabajo, Derecho civil, Derecho penal, Derecho administrativo y Derecho comunitario. El Derecho de la distribución representa una aproximación pluridisciplinar que constituye un dispositivo de encuadramiento de la actividad de distribución, que, si bien no llega a ser una rama específica del Derecho, tampoco es una simple reunión de normas heterogéneas (véase FERRIER: *Droit de la distribution*, cit., pág. 18).

estadio de la producción al de la distribución o al del consumo con la conclusión del correspondiente contrato de venta— o en sentido amplio —la presentación de un producto o servicio por un suministrador, productor o distribuidor, a un distribuidor o consumidor, sin la conclusión, al menos, inmediata, del correspondiente contrato de venta o de prestación de servicio—. Tal actividad de difusión o promoción debe ser asumida por un tercero, es decir, por un agente económico que no es ni el productor, ni el consumidor —o, como dice FERRIER, que no es ni quien toma la iniciativa de la difusión, ni a quien va dirigida dicha iniciativa—. Cuando se confía a un intermediario la realización de la operación de difusión, es cuando ésta adquiere su autonomía en relación con la venta o prestación del servicio. Dicha actividad se funda sobre la representación, que puede ser, bien puntual u ocasional, bien habitual o regular, para centrarse en este último supuesto. Por la vía de la representación se dice que dos son los vínculos que permiten unir al suministrador y al difusor: el contrato de trabajo y el mandato¹⁰⁴. Y es en el seno de estas operaciones tradicionales, y dentro de las de difusión, donde trata del agente comercial, como mandatario de Derecho civil. En cuanto a la venta de bienes o prestación de servicios, éstas constituyen las operaciones de base de la distribución.¹⁰⁵

¹⁰⁴ Véase FERRIER: *Droit de la distribution*, cit., págs. 25-26.

¹⁰⁵ Dado que, en principio, el Derecho de obligaciones y contratos aplicable a todos los agentes económicos es el mismo, aquí la cuestión clave es la relación entre estas "operaciones elementales" y los Derechos de la competencia y del consumo. Así, en las operaciones entre productores y distribuidores (en la relación profesional), lo que prevalece es la necesidad de asegurar un equilibrio concurrencial, pues se presupone el equilibrio entre las partes —no debe perderse de vista que el autor toma como paradigma el de la distribución tradicional—. En tal caso, la principal herramienta jurídica será el Derecho de la competencia. Mientras que en las operaciones entre distribuidores y consumidores (en la relación de consumo), surge la necesidad de asegurar un equilibrio contractual, pues se presupone el desequilibrio entre las partes. En tal caso, la herramienta jurídica es la regulación de la formación y efectos de los contratos (véase FERRIER: *Droit de la distribution*, cit., págs. 109-112).

Frente a las operaciones elementales aparecen las "operaciones complejas de la distribución", que se identifican con las propias de la distribución moderna¹⁰⁶. Tales operaciones pueden perseguir un doble efecto. De una parte, un efecto de dispersión, que se materializa en acuerdos de red —de ahí que también se hable de "efecto de red"—, y que articula una distribución capilar, propia de la distribución minorista. De otra parte, se puede perseguir un efecto de reagrupamiento, que se materializa en acuerdos de reagrupamiento, efecto que es característico de la gran distribución.

Pero esta distinción no es del todo exacta, pues la gran distribución abarca también la distribución minorista¹⁰⁷. Parece que sería más correcto hablar, en principio, de distribución minorista individualizada frente a distribución minorista masificada, respectivamente.

¹⁰⁶ Véase FERRIER: *Droit de la distribution*, cit., págs. 221-223.

¹⁰⁷ Llevar adelante la gran distribución (para su definición, véase *supra*, epg. IV. 4. B.) supone que los agentes económicos adquieran una dimensión adecuada. Ello provoca el reagrupamiento, que puede traducirse tanto en la creación de una empresa común, que puede ser de carácter concentrativo o cooperativo, como en acuerdos de organización de la distribución (véase FERRIER: *Droit de la distribution*, págs. 350-353).

Dicho reagrupamiento puede darse tanto para la venta como para la compra. Así, en cuanto a la compra, la gran distribución se articula mediante el reagrupamiento de distribuidores independientes, relegándose el recurso al sucursalismo. Para reagrupar el poder de compra de los distribuidores puede recurrirse a los instrumentos propios del Derecho de sociedades, lo que dará lugar a un grupo de compras, o a vínculos contractuales, que se materializan en una central de compras. Una vez reagrupado el poder de compra se establecen relaciones entre: el grupo o la central y el distribuidor (contrato de afiliación), entre el grupo o la central y el productor (contrato de compraventa, de comisión o de *référéncement*), y entre el productor y el distribuidor, como complemento de los concretos contratos de afiliación y, en su caso, de *référéncement* (véanse ANDRÉ: *Les contrats de la grande distribution*, cit., págs. 7-24; y FERRIER: *Droit de la distribution*, cit., págs 377-391).

En cuanto a la venta, el reagrupamiento puede ser funcional —para la realización de actividades promocionales conjuntas— o espacial —que puede darse, bien dentro de un fondo de comercio, bien dentro de un conjunto inmobiliario (por ejemplo, centros comerciales)— (véase FERRIER: *Droit de la distribution*, cit., págs. 357-375).

Para un detenido desarrollo de la materia, véase ANDRÉ: *Les contrats de la grande distribution*, cit.

Es en el marco de los acuerdos de red¹⁰⁸ donde se trata del tema de la integración.

Ha de advertirse, no obstante, que el término "red" se utiliza en el sentido de "canal". Como en la ciencia económica, por "red" entiende FERRIER un conjunto constituido por dos o más empresas vinculadas por relaciones de intercambio suficientemente fuertes y estables para crear un submercado contractual en el seno del mercado; es una noción intermedia entre el mercado —plena autonomía de los agentes económicos— y la jerarquía —sometimiento a una autoridad de dichos agentes—. Por lo tanto, se está refiriendo al canal de distribución y no a la red de distribución ni a la red de ventas, tal y como se han definido anteriormente.¹⁰⁹

Los productores crean una relación económica y jurídica más estrecha con los distribuidores para favorecer y controlar la comercialización de los productos. La generalización de la integración ha originado una competencia entre canales de distribución —más que entre productores—, que forman una unidad económica. En tales unidades tienen los productores un amplio margen de decisión y la posibilidad de combinar distintos tipos de sistemas de distribución para un mismo producto¹¹⁰. Este tipo de organización es lo que se conoce como distribución integrada: el productor busca gobernar o controlar la actividad de los distribuidores. Pero se insiste en su carácter económico: no tienen traducción en el plano jurídico. Y así define los "acuerdos de red" como

¹⁰⁸ Véase FERRIER: *Droit de la distribution*, cit., págs. 225-350.

¹⁰⁹ Véase *supra*, epg. V. 6. D.

¹¹⁰ Es decir, puede tratarse de distribución simple o múltiple (véase *supra*, epg. V. 5. B. b.).

aquellos que establecen una relación económica y jurídica con una pluralidad de distribuidores para crear, a través de una imagen común, o una distribución uniforme, o un reparto homogéneo de los puntos de venta, un efecto de sinergia; distingue entre acuerdos de especialización, en los que el intermediario acepta especializarse en la comercialización de determinados productos –así, compra en exclusiva, distribución selectiva, concesión–, y acuerdos de reiteración, en los que con tal objeto, se aplica una normas de comercialización que el productor facilita al intermediario –así, franquicia–.¹¹¹

Llama la atención cómo se diferencia la idea de concentración de la de integración, pues se vincula la integración al plano vertical, mientras que la concentración queda para el plano horizontal. Realmente, debería hablarse de integración vertical (acuerdos de red) e integración horizontal (acuerdos de reagrupamiento), y reservar el término "concentración" para aquellos supuestos en los que se dé una concentración empresarial, pero no en sentido económico, sino jurídico, es decir, cuando se recurre a la integración corporativa. Tampoco se pone de manifiesto de manera clara la relación directa que existe entre integración –se produzca o no ésta por la vía de la concentración– y control.

A modo de conclusiones a propósito de la situación el sistema legal francés –y sin perjuicio de que se vuelva más adelante sobre las ideas aquí recogidas¹¹²–, conviene poner ya de relieve, en primer lugar, el éxito de la aproximación a la materia objeto de estudio que representa el Derecho de la distribución. Derecho al que se dota de un alcance amplio, destinado a englobar el fenómeno económico-empresarial de la

¹¹¹ Véase FERRIER: *Droit de la distribution*, cit., págs. 225-227.

¹¹² Véase *infra*, epg. XI.

distribución comercial en su totalidad. Sin embargo, no se dispone de un concepto establecido de contratos de distribución. Ello puede deberse, bien a la pluralidad de aproximaciones, tanto dentro como fuera de dicho sector normativo, bien a la dilución de la trascendencia de la delimitación de la categoría contractual en el contexto de un Derecho de la distribución en sentido amplio, donde estos contratos carecen de la relevancia delimitadora que poseen en una concepción más restringida del Derecho de la distribución. No obstante, pese a todo lo anterior y a la más atenta observación de la realidad a la que incita esta aproximación, sí que existe unanimidad en excluir el contrato de agencia de la categoría de los contratos de distribución integrada, a lo que, sin duda, lleva la calificación legal del contrato de agencia como un mandato, lo que supone una reducción, por expresarlo gráficamente, *ope legis*, de la verdadera dimensión de la figura del agente.

IX. 4. Sistema legal alemán

De manera similar a lo que sucede en los otros dos sistemas legales estudiados, en el Derecho germano conviven aproximaciones tradicionales, como son las propias del Derecho de obligaciones y contratos y del Derecho de la competencia, con una aproximación innovadora, que también recibe la denominación de "Derecho de la distribución" (*Vertriebsrecht*).

En cuanto al Derecho alemán de defensa de la competencia (*Kartellrecht*), al igual que sucede en el Derecho francés, la legislación en la materia desconoce la categoría de los contratos de distribución, que son sometidos a un tratamiento no uniforme. Además, tampoco existen exenciones por categorías que obliguen, en alguna medida, a la elaboración de la categoría de los acuerdos de distribución. Por su parte, la doctrina alemana no desconoce dicha categoría, pero no recurre a ella para articular sus explicaciones sobre el Derecho nacional de defensa de la competencia.¹¹³

¹¹³ En primer lugar, el Derecho alemán no trata uniformemente todos los acuerdos restrictivos de la competencia. A diferencia de lo que sucede en el art. 85 TCE o en el art. 1 LDC, la GWB distingue diversas categorías que somete a diferente regulación. La distinción principal es la que contraponen acuerdos que persiguen una finalidad común de aquellos que no persiguen una finalidad común (*Verträge mit und ohne gemeinsamen Zweck*); es decir, básicamente, acuerdos horizontales y acuerdos verticales, respectivamente, en el marco de una relación de distribución. Para los primeros, los cárteles (*Kartelle*), se establece una regulación unitaria en los §§ 1-14 GWB, mientras que en el caso de los segundos, los denominados "contratos de cambio o individuales" (*Austausch- oder Individualverträgen*), se distingue, a su vez, según se trate de restricciones a la "libertad de contenido" (*Inhaltsfreiheit*, §§ 15-17 GWB) —consistentes en la imposición de precios y de condiciones comerciales—, a la "libertad de contratación" (*Abschlußfreiheit*, §§ 18-19 GWB) —consistentes en limitaciones al destino de los bienes o servicios objeto del contrato, imposiciones de exclusividad, de distribución y negocios vinculados— o de contratos que tienen por objeto determinados derechos de propiedad industrial (§§ 20-21 GWB) (véase EMMERICH, V.: *Kartellrecht*, 6.ª ed., Col. JuS, Beck, München, 1991, § 13 núm. 1).

Dejando al margen estas últimas restricciones relacionadas con bienes inmateriales, las dos primeras son típicas de los contratos de distribución. Sin embargo, la doctrina no

desarrolla la exposición de la norma en atención a esta categoría de contratos, sino que sigue la sistemática legal: así, véanse EMMERICH: *Kartellrecht*, cit., 6.^a ed., parte III, §§ 13-16; RITTNER, F.: *Wettbewerbs- und Kartellrecht...*, cit., parte 2, § 9; y SOUTY, F.: *La politique de la concurrence en Allemagne fédérale*, Col. Que sais-je?, PUF, Paris, 1996, págs. 41-46; señaladamente RAHLMeyer, D.: "Das Preis- und Konditionenbindungsverbot des § 15 GWB (§ 25)", en: MARTINEK/SEMLER: *Handbuch des Vertriebsrechts*, cit.; e IDEM: "Die kartellbehördliche Mißbrauchsaufsicht über Vertikalbindungen nach § 18 GWB (§ 26)", en: MARTINEK/SEMLER: *Handbuch des Vertriebsrechts*, cit. Por contra, sí que atiende a las distintas categorías de acuerdos de distribución cuando de exponer el Derecho comunitario de defensa de la competencia se trata (véase RAHLMeyer, D.: "Exklusivvertrieb/-bezug [§ 30]", en: MARTINEK/SEMLER: *Handbuch des Vertriebsrechts*, cit.; HOPPE, T.: "Selektiver Vertrieb [§ 31]", en: MARTINEK/SEMLER: *Handbuch des Vertriebsrechts*, cit.; y FEDERLIN, C.: "Sonstige Verordnungen und Bekanntmachungen [§ 32]", en: MARTINEK/SEMLER: *Handbuch des Vertriebsrechts*, cit.); por contra, RITTNER: *Wettbewerbs- und Kartellrecht...*, cit., intercala la exposición del Derecho comunitario europeo en el esquema expositivo del Derecho alemán.

Pero, además, a los contratos de distribución, especialmente, a los contratos de distribución selectiva, también resultan de aplicación las prohibiciones de obstaculización y discriminación previstas en el § 26.2 GWB (véase HOPPE, T.: "Das Behinderungs- und Diskriminierungsverbot des § 26 Abs. 2 GWB [§ 28]", en: MARTINEK/SEMLER: *Handbuch des Vertriebsrechts*, cit., núm. 8).

Finalmente, tampoco existen exenciones por categorías para los acuerdos verticales: los §§ 2-8 GWB recogen excepciones, pero a la prohibición de cárteles; todo ello, al margen de las excepciones relativas a sectores específicos de la actividad económica recogidas en los §§ 99-103 GWB.

Téngase presente que mayo de este año fue aprobada la Ley para la Sexta Reforma de la GWB (6. *GWB-Novelle*), que entrará en vigor el día 1 de enero de 1999. Por lo que se refiere a los preceptos sobre acuerdos restrictivos de la competencia arriba aludidos, y al margen de su reorganización mediante una nueva redacción, la novedad más significativa es la introducción de un nuevo § 7, que constituye una cláusula de exención de cárteles subsidiaria —es decir, de aplicación si no lo son las específicas para, tras su reducción y reorganización, cárteles de normas, tipos y condiciones, de especialización, de pequeñas y medianas empresas, de racionalización y de crisis (nuevos §§ 2-6 GWB, respectivamente)—. Esta norma es similar en su tenor a lo dispuesto en el art. 85.3 TCE, lo que se interpreta como un acercamiento del Derecho alemán de defensa de la competencia al Derecho comunitario europeo. No obstante, dicho acercamiento, que parecía uno de los objetivos primordiales de la presente reforma —que incluso se había llegado a bautizar como "*Europa-Novelle*"— y había despertado opiniones encontradas en cuanto a su conveniencia, ha resultado ser mucho menor de lo esperado. Por otra parte, el nuevo § 7 GWB es únicamente aplicable a los acuerdos horizontales, que la GWB continúa regulando separadamente de los acuerdos verticales, por lo que su introducción ninguna influencia va a ejercer sobre el tratamiento doctrina arriba expuesto (véase, al respecto del texto finalmente aprobado, BARON, M., y KRETSCHMER, F.: "Kontraste - Meinungen zur 6. *GWB-Novelle*", *WuW* 1998 (7 y 8), págs. 651-655; sobre los trabajos de reforma, véase DREHER, M.: "Das deutsche Kartellrecht vor der Europäisierung. Überlegungen zur 6. *GWB-Novelle*", *WuW* 1995 (11), págs. 881-907; BECHTOLD, R.: "Zum Referenten-Entwurf der 6. *GWB-Novelle*", *BB* 1997 (37), págs. 1853-1858; HEINDENHAIN, M.: "Editorial - Europäisierung des deutschen Kartellrechts?", *EuZW* 1995 (8), pág. 225; MÖSCHEL, W.: "Reform des europäischen und des deutschen Kartellrechts", *EWS* 1995

Distinta es la conclusión a la que se llega a partir de la observación de las obras generales encuadrables en el Derecho de mercantil (*Handelsrecht*), que es donde se encuentra ubicada la perspectiva propia del Derecho de obligaciones y contratos. Puede afirmarse que la categoría "contratos de distribución" es objeto de una creciente y sólida recepción en los mismos. El primer paso en esta dirección fue dado por SANDROCK, quien, sin embargo, no abordó directamente el estudio de estos contratos, sino indirectamente, a través de los sujetos —es decir, del agente (*Handelsvertreter*), del comisionista (*Kommissionär*), del comisionista-agente (*Kommissionsagent*)¹¹⁴, del concesionario (*Vertragshändler*) y del corredor (*Handelsmakler*)—, en su consideración de auxiliares independientes del comerciante¹¹⁵. La justificación de su agrupación se encuentra en caracterizarse dichas categorías de auxiliares, cumulativamente por ser típicos "mediadores

(8), págs. 253-255; IDEM: "Anpassung des GWB an das europäische Wettbewerbsrecht. Chancen und Risiken", *EuZW* 1995 (24), págs. 817-821; NEUMANN, M. J. M.: "Anpassung des deutschen Kartellgesetzes an das europäische Recht? Stellungnahme des Wissenschaftlichen Beirats beim Bundesministerium für Wirtschaft", *WuW* 1996 (10), págs. 812-819; IMMENGA, U.: "Editorial - Harmonisierung des Wettbewerbsrechts als Aufgabe?", *EuZW* 1997 (15), pág. 449; WOLF, D.: "Die Erwartungen des Bundeskartellamts an die 6. GWB-Novelle - Mehr Konvergenz mit europäischem Recht?" Vortrag im Rahmen des XVII. Internationalen Forums EG-Kartellrecht der Studienvereinigung Kartellrecht am 15./16. Mai 1997 in Brüssel, obtenido en: <http://www.bundeskartellamt.de>, 5 págs.; y BERGH, R. J. V. D., y CAMESACA, P.: "Die 6. GWB-Novelle unter dem Gesichtspunkt des Subsidiaritätsprinzip: Teilkonvergenz mit dem europäischen Recht", *WuW* 1998 (12), págs. 1152-1157 y 1161-1162.

¹¹⁴ El comisionista-agente es un empresario independiente al que se le confía con carácter permanente la compra y venta de mercancías en nombre propio pero por cuenta de otro empresario; así definen este contrato atípico KARSTEN SCHMIDT: *Handelsrecht*, 4.^a ed., completamente reelaborada y ampliada, Carl Heymans, Köln/Berlin/Bonn/München, 1994, pág. 767; y CANARIS, K.-W.: *Handelsrecht: ein Studienbuch*, Col. Juristische Kurz-Lehrbücher, Beck, München, 1995, pág. 264 (obras que, según informa EIZAGUIRRE, J. M. D.: "La metamorfosis de un manual. Del *Handelsrecht* de CAPELLE al *Handelsrecht* de CANARIS", *RDM* 1996 (220), pág. 486, son manuales de la materia ampliamente difundidos en Alemania).

¹¹⁵ Véase SANDROCK, O.: *Gierke/Sandrock Handels- und Wirtschaftsrecht*, vol. 1 (Allgemeine Grundlagen. Der Kaufmann und sein Unternehmen), 9.^a ed., Walter de Gruyter, Berlin/N.Y., 1975, pág. 421.

para la venta" (*typische Umsatzmittler*)¹¹⁶ y por estar unidos a los comerciantes, para los que actúan, a través de contratos denominados "de atención a intereses ajenos" (*Interessenwahrungsverträge*), más precisamente, en la forma de "contrato de gestión de negocios remunerada" (*Geschäftsbesorgungsvertrag*)¹¹⁷. Y en letra pequeña se da

¹¹⁶ Así, se habla de todos estos contratos, desde el punto de vista económico, como *Umsatzmittlungsverträge*: lo que persiguen es el negocio con el tercero, lo que explica su remuneración por comisión. No obstante, esta nota no es válida para el concesionario.

¹¹⁷ De los §§ 675 y 611 y sigs. del Código civil alemán, el *Bürgerliches Gesetzbuch* (en adelante, BGB). Si bien debe hacerse notar que esta característica no se da en el corredor o mediador.

La traducción aquí escogida se corresponde con el título que aparece en el § 675 BGB: "*Entgeltliche Geschäftsbesorgung*". En esta misma línea, MARTÍNEZ SANZ: *La indemnización...*, cit., pág. 290, traduce el término como "relación obligacional cuyo objeto reside en la gestión de negocios". Cfr. EIZAGUIRRE: "La metamorfosis...", cit., pág. 496, quien acoge la traducción del término como "mandato remunerado". Sin embargo, ésta no parece acertada. El § 675 BGB se encuentra en el tít. X, sec. VIII, lib. II BGB, dedicado al mandato (*Auftrag*). No obstante, la simple lectura del precepto permite ya calificar este contrato como un tipo especial de contrato de arrendamiento de obra o de servicio, de los regulados en el § 611 y sigs. BGB (en este sentido, véanse LARENZ, K.: *Lehrbuch des Schuldrechts*, t. II [Besondere Teil], 12.^a ed., completamente reelaborada, Beck, München, 1981, § 56 V, págs. 341-342; y WITTMANN, R., en: KESLER, E., REUTER, D. [y redactor], WERNER, O., y WITTMANN, R.: *J. von Staudingers Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetze*, lib. II [§§ 657-740 BGB], 12.^a ed., Schweitzer, Berlin, 1980, § 675 núm. 1). En ningún caso se trata de un contrato de mandato, aunque le sean aplicables ciertos preceptos relativos al mismo —que es lo que explica la ubicación del precepto en dicha sede—.

Por otra parte debe tenerse presente que el tipo contractual "contrato de gestión de negocios remunerada" de los §§ 675 y 611 y sigs. BGB no constituye un tipo cerrado, excluyente de otros tipos contractuales, sino que se trata de un tipo "abierto", en el que puede subsumirse cualquier contrato que tenga por objeto una actividad independiente de naturaleza económica de atención de intereses patrimoniales ajenos (*selbständige Tätigkeit wirtschaftlicher Art zur Wahrnehmung fremder Vermögensinteressen*): se trata de contratos relativos a intereses patrimoniales cuya atención es tarea fundamentalmente de su titular; y en los que quienes atienden a dichos intereses ajenos —ya liberen total o parcialmente a su titular de prestar dicha atención—, lo hacen en el ejercicio de una actividad independiente de naturaleza económica, es decir, de una actividad empresarial o profesional (véanse LARENZ: *Lehrbuch des Schuldrechts*, cit., § 56 V, págs. 342-343; y WITTMANN: "Kommentar zum § 675 BGB", en: KESLER/REUTER/WERNER/WITTMANN: *Staudingers Kommentar...*, cit., § 675 núms. 3-6;). Así, este tipo engloba, a su vez, otros tipos contractuales, como es el caso entre otros, y además de los de distribución, de los de asesoramiento financiero, de prestación de servicios por arquitectos o abogados, de muchos de los contratos bancarios, de los de dirección de obra, de factoring, de transporte, etc. (véase IBIDEM, § 675, núms. 12-23).

una tercera razón: desde el punto de vista económico (de la economía de la distribución), éstos sirven para organizar la red de distribución del empresario; son formas de organización de la red de distribución. Se distinguen así de los *partenaires* comerciales del comerciante (*Geschäftspartner des Kaufmanns*), pues éstos toman sus decisiones de manera autónoma, normalmente en atención a su propio interés.¹¹⁸

Sin embargo, este tratamiento sistemático anterior ha sido objeto de atinada crítica por KARSTEN SCHMIDT, pues estas figuras deben ser objeto de estudio en el ámbito del Derecho de los negocios mercantiles, y no en el del Derecho general de la empresa. Dicha opción, divergente de la sistemática legal, se justifica en atención al contenido del § 84 y sigs. del Código de comercio alemán, el *Handelsgesetzbuch* (en adelante, HGB), para el agente comercial, y del § 93 y sigs. HGB para el corredor o mediador: pese a estar estos preceptos ubicados en el lib. I HGB, dedicado a la "Condición de comerciante" (*Handelsstand*), en ellos no se regula la figura del agente o del mediador, sino el contenido del contrato de agencia y del de mediación, respectivamente. En correcta sistemática, estos preceptos corresponderían al lib. IV HGB, "Negocios mercantiles" (*Handelsgeschäfte*), donde también se regulan los contratos de compraventa mercantil, comisión, comisión de transporte (*Speditionsgeschäft*), depósito y transporte (*Frachtgeschäft*). El hecho de que en los §§ 84.I.1 y 93.I HGB se defina al agente y al mediador —que son *Mußkaufmann* ex § 1.II.7 HGB—, respectivamente, no justifica la ubicación sistemática legal. También son comerciantes el comisionista, el comisionista de transportes, el depositario y el transportista (ex § 1.II.5 y 6 HGB) y no se regulan en el lib. I HGB¹¹⁹.

¹¹⁸ Véase SANDROCK: *Gierke/Sandrock Handels-...*, cit., págs. 421-423.

¹¹⁹ Véase K. SCHMIDT: *Handelsrecht*, cit., págs. 521 y 718.

En efecto, SANDROCK: *Gierke/Sandrock Handels-...*, cit., pág. 422, aunque también altera la sistemática legal —que anteriormente se venía justificando en atención a que en el caso del agente y del mediador la condición de comerciante se adquiere por la celebración de un contrato-marco (*Rahmenvertrag*), mientras que, en los otros casos, por la

Esta corrección sistemática es de una gran trascendencia para la percepción y el perfeccionamiento del Derecho de los sistemas de distribución, pues permite plantearse la cuestión de la aplicación analógica del régimen de la agencia a los contratos de distribución, a los contratos de no-agentes, pero que, con el fundamento de una relación duradera (*Dauerschuldverhältnis*), están permanentemente integrados (*eingebunden*) en un sistema de distribución. La cuestión a discutir es el grado de similitud.¹²⁰

Así, en el ámbito del estudio de los contratos, agrupa bajo rúbrica "Negocios auxiliares, especialmente en la distribución de mercancías" (*Hilfsgeschäfte, insbesondere beim Warenumsatz*) los contratos de corretaje, agencia y sistemas especiales de distribución (*besondere Vertriebsysteme*), que engloban los contratos de comisión-agencia, concesión, franquicia, y cadenas voluntarias y cooperativas de compras, sin que se incluya el contrato de comisión¹²¹. Y si bien no acaba de calificar expresamente a todos estos contratos —es decir, también los de

repetición de encargos aislados (*Einzelaufträgen*)— opta justo por lo contrario: llevar la regulación de la comisión —que en el HGB se encuentra lib. IV— a los auxiliares del empresario.

A ambas opciones se refiere críticamente K. SCHMIDT, *Handelsrecht*, cit., págs. 718-720, especialmente a la de SANDROCK. Así, en primer lugar, no acepta las justificaciones de la sistemática legal. En segundo lugar, de SANDROCK únicamente acepta el no calificar a los agentes y a los concesionarios como "*partenaires* comerciales del comerciante"; pero no admite que se conciba a tales sujetos, ni a los comisionistas o a los corredores, como "auxiliares" del empresario: son empresarios y sus negocios son negocios mercantiles; para este autor, si les considera "auxiliares", aunque sean "independientes", carecen de la cualidad de empresarios; porque, en ese caso, cualquier incidencia queda dentro del círculo de la empresa del principal. Es decir, la terminología "auxiliares independientes" —categoría que no reconoce K. SCHMIDT— encierra para este autor una contradicción irresoluble. Pese a las especialidades fácticas de estos contratos —vinculación negocial permanente (*ständige Geschäftsverbindung*), subordinación funcional (*funktionelle Unterrordnung*) e incluso una dependencia existencial (*existentielle Abhängigkeit*)— no se les puede considerar "auxiliares" del empresario.

¹²⁰ Véase K. SCHMIDT: *Handelsrecht*, cit., pág. 721.

¹²¹ Respecto de la comisión, que queda fuera de los sistemas de distribución y de los negocios auxiliares, simplemente manifiesta que ha perdido importancia en la distribución de bienes (véase K. SCHMIDT: *Handelsrecht*, cit., pág. 871).

corretaje y agencia— como contratos de distribución, sí que se puede afirmar que, en opinión del autor, en tal categoría se encuadra la agencia, pero no el corretaje¹²². Con carácter general, identifica sistemas de distribución con sistemas de integración vertical descendente¹²³, y advierte de la ausencia de una visión general de los sistemas de distribución en el HGB, pues en él se ha atendido a casos concretos: la agencia y la mediación¹²⁴. De manera que junto a la tarea de la tipificación de las relaciones —sin que le preocupe determinar las notas de la categoría—, es la cuestión de la aplicación analógica del régimen del contrato de agencia la que mayor interés suscita, interrogante que se responde partiendo del siguiente planteamiento: las diferencias entre estos sistemas de distribución se localizan principalmente en la relación externa, mientras que en la relación interna prevalecen las similitudes.¹²⁵

¹²² En realidad, no se pronuncia de manera suficientemente clara al respecto, ni utiliza en ningún momento la expresión *Vertriebsverträge* aisladamente (véase K. SCHMIDT: *Handelsrecht*, cit., págs. 717 y 721). Tampoco aclara su postura al abordar los sistemas especiales de distribución. No obstante, cuando se refiere a estos últimos, dice: "la vida jurídica ha dado lugar a formas mixtas (entre el agente/comisionista y el comerciante independiente/no integrado), concretamente sistemas de la distribución de bienes y servicios, que, de manera similar al agente, confían la apertura de mercados de manera duradera a empresas independientes, pero sin que estas empresas presenten las notas definitorias del agente" (véase IBIDEM, pág. 765). Además, cuando se refiere al significado económico del contrato de agencia, lo califica de sistema de distribución (véase IBIDEM, pág. 738). Por contra, cuando trata del mediador, sin llegar a decir que no constituye sistema de distribución, afirma que la mediación mercantil no sirve para la creación de sistemas de distribución estables para determinados empresarios, porque el corredor no tiene permanentemente encomendada (*ständige Betrautsein*) la realización de la actividad promocional (véase IBIDEM, pág. 725).

¹²³ Véase K. SCHMIDT: *Handelsrecht*, cit., pág. 767, en el ámbito del comisionista-agente. Su paradigma es la integración vertical descendente, aunque apunta el desarrollo de la integración vertical ascendente, si bien prefiere hablar en tal caso de "sistemas de adquisición" (*Akquisitionssysteme*) en lugar de sistemas de distribución (véase IBIDEM, pág. 766).

¹²⁴ Situación que es consecuencia de un método de legislación "a modo de ejemplo" (*nur exemplarische Gesetzgebungsmethode*), que plantea dificultades a la hora de recurrir a la analogía (véase K. SCHMIDT: *Handelsrecht*, cit., pág. 717).

¹²⁵ Véase K. SCHMIDT: *Handelsrecht*, cit., págs. 766 y 779-787.

Por su parte, CANARIS llega a soluciones similares a las propuestas por KARSTEN SCHMIDT: incluye en el estudio del "Derecho de los distribuidores (de mercancías) y de los gestores (de negocios) mercantiles" (*Das Recht der kaufmännischen Absatz- und Geschäftsmittler*)¹²⁶ al agente como distribuidor (*Absatzmittler*), junto con los tipos de distribuidores no regulados legalmente —el comisionista-agente, el concesionario y el franquiciado—¹²⁷; y su regulación se configura como una norma básica a partir de la cual puede definirse el régimen de los distribuidores no regulados legalmente¹²⁸. No obstante, el primero discrepa de los planteamientos del segundo. Dichas discrepancias se refieren, en primer lugar, a la corrección sistemática introducida por KARSTEN SCHMIDT: CANARIS explica la materia en la parte dedicada a la condición de comerciante, y no en la destinada a la explicación de los negocios mercantiles, pues considera preferible la sistemática legal¹²⁹. Y, en segundo lugar y más importante, discrepa

¹²⁶ En esta 22.^a ed. del ahora su *Handelsrecht...*, cit., págs. 230-208, CANARIS da nueva redacción precisamente a la parte de la obra, iniciada por CAPELLE, dedicada al Derecho de los distribuidores y gestores, sector del ordenamiento que, en su opinión tiene una identidad metodológica propia". Esta reelaboración constituye un "nuevo punto fuerte" del manual (IBIDEM, pág. V; en esto último coincide EIZAGUIRRE: "La metamorfosis...", cit., págs. 494-495, quien entiende que este apartado séptimo forma parte destacada de lo que califica de "rehabilitación" de este manual, proceso que culmina con la presente edición del mismo).

¹²⁷ De hecho, CANARIS: *Handelsrecht...*, cit., especialmente págs. 300-301, parece que únicamente considera al corredor simple gestor (*Geschäftsmittler*), dada su abierta contraposición respecto de la figura del agente. No obstante, esto no puede afirmarse tajantemente, sino que más bien se trata de una categoría amplia, la de los "distribuidores y gestores", sin que se llegue a decir si los contratos estudiados son más de distribución o de gestión. No obstante, de lo que no cabe duda es de que el agente no se considera simplemente gestor, sino distribuidor (véase IBIDEM, especialmente págs. 230-232 y 263).

¹²⁸ Véanse CANARIS: *Handelsrecht...*, cit., págs. 230-231 y 263; y EIZAGUIRRE: "La metamorfosis...", cit., págs. 495-496.

¹²⁹ CANARIS: *Handelsrecht...*, cit., págs. 231-232, entiende que la ubicación legal del § 84 y sigs. HGB no es totalmente incorrecta: en estos preceptos no sólo se regula la relación interna del contrato de agencia —esto es, entre el agente y su empresario—, sino también la relación externa —es decir, entre el agente y los terceros—, lo que hace que dicho grupo de preceptos se aproxime al § 48 y sigs. y al § 59 y sigs. HGB, donde se regulan, igualmente, cuestiones relativas a la representación. Además, afirma que la sistemática legal ofrece ventajas didácticas.

sobre la naturaleza jurídica del contrato de concesión. Así, mientras que la naturaleza jurídica del contrato de agencia es la de un puro y simple contrato de gestión de negocios con carácter de arrendamiento de servicios (*Geschäftsbesorgungsvertrag mit Dienstleistungscharakter*)¹³⁰, la del contrato de concesión es mixta. Se trata de un contrato de gestión de negocios remunerada pero con un componente de compraventa: "[d]esde la perspectiva de su construcción, el carácter propio de la relación entre el concesionario y el concedente se encuentra en la "naturaleza de doble nivel" (*Zweistufigkeit*): el contrato de concesión mismo constituye un contrato-marco, que se completa mediante la celebración de los correspondientes contratos de compraventa entre las partes"¹³¹. Sin embargo, y pese a no ofrecer dudas la naturaleza de contrato de gestión de negocios del contrato-marco —que es el contrato de concesión propiamente dicho—, se discute que el carácter auxiliar de los contratos de compraventa haga que éstos carezcan de relevancia a la hora de determinar la naturaleza jurídica del contrato de concesión. Porque "lo que las partes persiguen preferentemente con el contrato-marco no es la realización de la publicidad, ni de la prestación de determinados servicios, etc., sino, por supuesto, la comercialización (*Absatz*) —es decir, la venta y el beneficio que para ambas partes se deriva de ello—"¹³². De ahí que sostenga que, en este caso, y pese a que se trate de un contrato-marco y de contratos auxiliares del mismo, debe aplicarse la teoría de la combinación, y no la de la absorción, para resolver la atipicidad del contrato de comisión. Por lo que el contrato-marco debe calificarse de "contrato mixto, que reúne elementos del contrato de gestión de negocios remunerada de una clase similar a los del agente y un componente precontractual de compraven-

¹³⁰ Véase CANARIS: *Handelsrecht...*, cit., pág. 234.

¹³¹ CANARIS: *Handelsrecht...*, cit., pág. 269.

¹³² CANARIS: *Handelsrecht...*, cit., pág. 270

ta"¹³³.

Sin embargo, esta misma cuestión no se reproduce, ni tan siquiera se alude a ella o se remite a esta argumentación, cuando se aborda la cuestión de la naturaleza jurídica del contrato de franquicia (de distribución), donde la tensión se plantea entre el contrato de gestión de negocios remunerada y la licencia de derechos de propiedad industrial e intelectual, que se resuelve a favor de la preponderancia del contrato de gestión de negocios sobre la licencia.¹³⁴

En definitiva, en CANARIS se produce una recepción menos abierta, más conservadora que en KARSTEN SCHMIDT, de los avances habidos en la materia.

¹³³ "Insgesamt ist der Rahmenvertrag [...] als gemischtypischer Vertrag mit geschäftsbesorgungs- und dienstrechtlichen Elementen agenturähnlicher Art sowie einer vorvertraglich-kaufrechtlichen Komponente zu qualifizieren" (CANARIS: *Handelsrecht...*, cit., pág. 271).

¹³⁴ Véase CANARIS: *Handelsrecht...*, cit., págs. 286-289.

IX. 4. A. En especial, aportaciones desde el Derecho de la distribución comercial

En efecto, los desarrollos arriba expuestos no son sino consecuencia del surgimiento de un Derecho de la distribución comercial. Es en su seno donde la elaboración de la categoría de los contratos de distribución encuentra su origen y un mayor grado de desarrollo. Por encima de aportaciones puntuales relativas a tipos contractuales concretos¹³⁵ y de aportaciones sectoriales dignas de ser tenidas en consideración¹³⁶,

¹³⁵ Así, SKAUPY, W.: "Das 'Franchising' als zeitgerechte Vertriebskonzeption", DB 1982 (47), págs. 2446-2448, al tratar de la franquicia, afirma que ésta es un "método de la distribución de bienes y servicios", un "sistema de distribución vertical" y un "sistema de distribución vertical cooperativo", y la sitúa junto a la concesión, pero no profundiza en la idea de "contrato de distribución", si bien es cierto que, en la definición que da del contrato de franquicia, la función distributiva es fundamental, pues es el derecho a distribuir lo que se cede al franquiciado. En idénticos términos se pronuncia en IDEM: *Franchising. Handbuch für die Betriebs- und Rechtspraxis*, Vahlen, München, 1987. págs. 1-7; pero incluso cuando procede a la "delimitación del sistema de franquicia frente a otras formas de distribución", no elabora ningún concepto o categoría "contratos de distribución" (véase IBIDEM, págs. 9-18); y, en similares términos, IDEM: "Zu den Begriffen 'Franchise', 'Franchisevereinbarungen' und 'Franchising'", NJW 1992 (29), págs. 1785-1786.

¹³⁶ Así, para el sector de la automoción, NIEBLING, J.: *Das Recht des Automobilvertriebs*, Recht und Wirtschaft, Heidelberg, 1996, pág. 16, quien, en un sector donde la organización responde al paradigma de la integración vertical descendente, considera sistemas de distribución: la distribución propia mediante sucursales, la distribución mediante agentes, comisionistas y comisionistas-agentes, la distribución mediante concesionarios (que, especialmente, adopta la forma de distribución selectiva) y la distribución mediante franquicia. Todos estos sistemas presentan evidentes puntos en común, lo que hace que se predique el carácter sustitutivo de los sistemas. La relación contractual de concesión se caracteriza, a diferencia de otros comerciantes independientes (*Eigenhändler*), por su carácter duradero, estable (*Dauerschuldverhältnis*) y de contrato-marco (*Rahmenvordnung*). Igualmente insiste en que se trata de un contrato de gestión de negocios remunerada en el sentido del § 675 BGB; de ambas características resulta la obligación de atención a los intereses ajenos (*Interessenwahrung*), que es lo que justifica la analogía con el agente (véase IBIDEM, pág. 18). No obstante, estas mismas notas posteriormente son predicadas de los sistemas de distribución en su conjunto (véase IBIDEM, págs. 22-23). En efecto, la equivalencia funcional de estos sistemas viene confirmada por su práctica simultánea y recíproca sustituibilidad en el sector; cualidad esta última que se ve favorecida por la situación normativa, puesto que los contratos típicos se inspiran en el reglamento comunitario de exención por categorías del sector, mientras que éstos (el de agencia, especialmente), a su vez, tienen función de contrato-guía para los atípicos (véase IBIDEM, págs. 21 y 22).

En sector asegurativo deben tenerse en cuenta los trabajos de HOPT, K. J.:

destaca la labor desarrollada en la materia por MARTINEK¹³⁷.

"Wettbewerbsfreiheit und Treupflicht des Unternehmens bei parallelen Vertriebsformen", ZIP 1996 (36), págs. 1533-1539; e IDEM: "Moderene Vertriebsformen und Einzelheiten ihrer handelsrechtlichen Zulässigkeit. Das Zusammentreffen von Ausschließlichkeits-, Direkt- und Parallelvertrieb in der Versicherungswirtschaft", ZIP 1996 (43), págs. 1809-1818. En ellos se trata de la protección de los intermediarios —en este caso, de los agentes de seguros— en situaciones de lo que HOPT denomina "*parallele Vertriebsformen*": es decir, cuando un empresario emplea más de una forma de distribución simultáneamente —es decir, se recurre a la distribución múltiple (véase *supra*, epg. V. 6. C. a.)—. Más precisamente, se ocupa de los supuestos "distribución paralela": cualquier otra distribución del producto realizada por el propio productor o por un tercer intermediario junto a la distribución convencional mediante una organización de agentes con o sin exclusiva; y, dentro de ésta, de la "distribución directa paralela", que se da cuando el producto es distribuido por el fabricante y por intermediarios con derecho a comisión (véase HOPT: "Wettbewerbsfreiheit...", cit., págs. 1533- 1534). Este autor critica el hecho de que la jurisprudencia y la doctrina relativa a esta materia sigan excesivamente apegadas a la tutela del agente. Es más, se aprecia en su discurso una actitud positiva hacia la distribución múltiple (véase IBIDEM, pág. 1539). No obstante, no dedica atención alguna a los contratos de distribución como categoría.

¹³⁷ Conviene tener presente que la aproximación de este autor a la categoría de los contratos de distribución se produce a través del contrato de franquicia. Así, esta su línea de investigación del hoy profesor de la Universidad del Sarre, se inicia con su obra *Franchising. Grundlagen der zivil- und wettbewerbsrechtlichen Behandlung der vertikalen Gruppenkooperation beim Absatz von Waren und Dienstleistungen*, Decher-Schenk, Heidelberg, 1987, que constituyó su ejercicio de habilitación, y del cual representa un breve resumen "Franchising im Handelsrecht. Zur analogen Anwendbarkeit handelsvertreterrechtlicher Vorschriften auf Franchiseverträge", ZIP 1988 (21), págs. 1362-1379. Tras sucesivos trabajos, el autor recapitula nuevamente sobre este contrato en *Moderne Vertragstypen*, vol. II (Franchising, Know-How-Verträge, Management- und Consultingverträge), Col. JuS, Beck, München, 1992. Dichos incios se manifiestan, por ejemplo, al exponer las ventajas de los modernos sistemas de distribución (véase MARTINEK, en: MARTINEK/SEMLER: *Handbuch des Vertriebsrechts*, cit., § 2) e igualmente explican como los desafíos de futuro que, en opinión de este autor, ha de afrontar del Derecho de la distribución, son retos que, en gran medida, plantea la franquicia (véase MARTINEK: *Moderne Vertragstypen*, cit., págs. 57-61; y cfr. con IDEM, en: MARTINEK/SEMLER: *Handbuch des Vertriebsrechts*, cit., § 1, núms. 15-27). Incluso propuso en su momento formar un Derecho de franquicia (*Franchiserecht*), complementario de un "tradicional" Derecho de la intermediación en la venta (*Absatzmittlungsrecht*) (véase MARTINEK: *Moderne Vertragstypen*, cit., págs. pág. 62). Pero este plan ha sido abandonado para promocionar la formación de un Derecho de la distribución (*Vertriebsrecht*), comprensivo de la franquicia.

Dicha aproximación fundamenta la riqueza del paradigma de referencia aplicado por el autor, más próximo a los últimos desarrollos en la distribución comercial que el que transmiten otros tipos contractuales de la categoría, a lo que se suma su gran creatividad científica. No obstante, ello exige gran cautela a la hora de valorar sus manifestaciones. Tal creatividad también se manifiesta en el plano lingüístico, que obliga al lector a hacer un considerable esfuerzo y que ha sido objeto de crítica: véase OLHAUSEN, E. V.: "Litera-

En principio, este autor entiende por "contratos de distribución" (*Vertriebsverträgen* o *Absatzmittlungsverträge*) "la totalidad de los acuerdos de cooperación que se celebran en el marco de la tradicional estructura de ventas en tres escalones productor-mayorista-minorista entre una empresa situada en un nivel superior y una empresa situada en un nivel subordinado, para proporcionar a la cooperación económica para la distribución una base contractual a largo plazo".¹³⁸

Los contratos de distribución se perciben como instrumentos de la distribución selectiva en manos del productor o suministrador, director de un sistema de distribución¹³⁹. En efecto, mediante el recurso a estos sistemas contractuales de distribución, el líder del sistema aplica frente a sus subordinados diversos instrumentos de política distributiva para

turbericht zu «MARTINEK, M.: *Moderne Vertragstypen*, Beck, München; vol. I: Leasing und Factoring, Col. JuS núm. 109, 1991; vol. II: Franchising, Know-How-Verträge, Management- und Consultingverträge, Col. JuS núm. 110, 1992; vol. III: Computerverträge, Kreditkartenverträge sowie sonstige moderne Vertragstypen, Col. JuS núm. 120, 1993», ZHR 1995 (159), págs. 515 y 522, quien llama la atención sobre la tendencia de MARTINEK a "la formación de teorías y la invención terminológica".

Las reflexiones realizadas en el marco del estudio del contrato de franquicia son objeto de traslación a los restantes contratos de distribución en *Aktuelle Fragen des Vertriebsrechts. Belieferungs-, Fachhändler-, Vertragshändler-, Agentur- und Franchise-Systeme*, 2.ª ed., reelaborada, Col. Kommunikationsforum Recht núm. 189, RWS, Köln, 1989, obra de la que existe una 3.ª ed. (1992). Dicha generalización culmina con la publicación de MARTINEK/SEMLER: *Handbuch des Vertriebsrechts*, cit., que constituye una obra de referencia fundamental y, a decir del propio MARTINEK, el último hito en la materia en la doctrina germana, según informa en su trabajo: "Vom Handelsvertreterrecht...", cit., págs. 100-101.

Las páginas que siguen se centran, por los motivos aducidos, en estas tres últimas referencias bibliográficas.

¹³⁸ "Unter Vertriebsverträge lassen sich sämtliche Kooperationsabkommen verstehen, die im klassischen dreistufigen Absatzgefüge Hersteller-Großhändler-Einzelhändler von einem Unternehmen auf höherer Stufe mit einem auf einer nachgeordneter Stufe platzierten Unternehmen geschlossen werden, um der absatzwirtschaftlichen Zusammenarbeit eine langfristige vertragliche Grundlage zu geben" (MARTINEK, en: MARTINEK/SEMLER: *Handbuch des Vertriebsrechts*, cit., § 1 núm. 4; también IDEM: *Aktuelle Fragen...*, cit., pág. 1).

¹³⁹ Véase MARTINEK: *Aktuelle Fragen...*, cit., pág. 9; la distribución selectiva se entiende en su sentido amplio (véase *supra*, epg. V. 5. B. b.).

orientar la organización de marketing a sus metas y para asegurar un cumplimiento de las tareas encomendadas a cada uno de los órganos de distribución, de manera que promuevan las metas y lo hagan conforme a las instrucciones recibidas.¹⁴⁰

Pese a la diversidad de tipos contractuales que engloba tal delimitación de la categoría, existe un dato común a todos ellos: constituyen elementos de un sistema de distribución, de manera que el contrato forma parte de un sistema contractual de distribución con forma de abanico o piramidal, construido por el productor al celebrar una pluralidad de contratos con otros tantos intermediarios¹⁴¹. Así, el fundamento de la sistematización de estos contratos es la diferenciación según el grado de intensidad de la coordinación de conductas en la cooperación distributiva contractual, es decir, según el grado de la integración vertical¹⁴²: más precisamente, de la integración vertical hacia adelante o descendente, propia de los sistemas de distribución integrados dirigidos por la industria¹⁴³. Así, considera contratos de distribución a los de aprovisionamiento y distribución autorizada (*Belieferungs- y Fächhandlerverträge*), de agencia y comisión-agencia, de concesión y de franquicia.¹⁴⁴

Al tratar de la naturaleza jurídica de los contratos de distribución, insiste en el carácter de contrato-marco (*Rahmencharackter*) y duradero

¹⁴⁰ Véase MARTINEK, en: MARTINEK/SEMLER: *Handbuch des Vertriebsrechts*, cit., § 2 núm. 44.

¹⁴¹ MARTINEK, en: MARTINEK/SEMLER: *Handbuch des Vertriebsrechts*, cit., § 1 núm. 4; también IDEM: *Aktuelle Fragen...*, cit., pág. 1.

¹⁴² Véanse MARTINEK, M.: "Erscheinungsformen von Vertriebsverträgen (§ 3)", en: MARTINEK/SEMLER: *Handbuch des Vertriebsrechts*, cit., núm. 1; e IDEM: *Aktuelle Fragen...*, cit., pág. 19.

¹⁴³ Véase MARTINEK: *Aktuelle Fragen...*, cit., pág. 3

¹⁴⁴ Véase MARTINEK, en: MARTINEK/SEMLER: *Handbuch des Vertriebsrechts*, cit., § 4, núm. 13.

(*Dauerschuldcharakter*) de los mismos¹⁴⁵. El carácter de contrato-marco –que aparece relativamente mitigado en el contrato de agencia– permite distinguir los contratos de distribución del contrato de suministro, tanto de cantidad determinada como indeterminada. Como contratos-marco, los contratos de distribución requieren de contratos auxiliares, de ejecución, o de desarrollo (*Hilfs-, Durchführungs- o Ausführungsverträge*), que no deben confundirse con los contratos colaterales o anexos (*Neben-, Anhang- o Annexverträge*)¹⁴⁶. Desde el punto de vista del Derecho de la competencia, los contratos de distribución son contratos ordenados al mercado en forma de contratos de dirección del intercambio, y no de participación en el intercambio, ya que las vinculaciones verticales van dirigidas a las, cuando menos, potenciales relaciones contractuales con terceros de uno de ambos contratantes¹⁴⁷. La caracterización de los contratos de distribución como relaciones contractuales duraderas es algo esencial a los mismos. Ello implica un mayor protagonismo del principio de buena fe en estos contratos y la relajación del rigor contractual, tanto en cuanto al grado de determinación de su contenido, como en cuanto a las posibilidades de modificación. Es preciso, pues, incrementar el grado de flexibilidad para poder adaptar la relación a las cambiantes circunstancias: un contrato de larga duración sólo puede ser programado de manera incompleta en el momento de su perfección.¹⁴⁸

Pero si hay una característica que ha jugado, y que todavía juega, un papel destacado en la configuración de la categoría objeto de estudio,

¹⁴⁵ Véanse MARTINEK, en: MARTINEK/SEMLER: *Handbuch des Vertriebsrechts*, cit., § 4 núms. 1-11; e IDEM: *Aktuelle Fragen...*, cit., págs. 27-29.

¹⁴⁶ Véase MARTINEK, en: MARTINEK/SEMLER: *Handbuch des Vertriebsrechts*, cit., § 4 núms. 1-6.

¹⁴⁷ Véase MARTINEK, en: MARTINEK/SEMLER: *Handbuch des Vertriebsrechts*, cit., § 4, núms. 7-8.

¹⁴⁸ Véase MARTINEK, en MARTINEK/SEMLER: *Handbuch des Vertriebsrechts*, cit., § 4 núm. 9-11.

es la presencia principal de un componente de contrato de gestión de negocios remunerada en el sentido de los §§ 675 y 611 y sigs. BGB¹⁴⁹. En la detección de este componente común tiene gran relevancia la aportación de ULMER¹⁵⁰. Este autor no trata del concepto de contrato de distribución, ni de la categoría, sino que se ocupa del contrato de concesión. Pero sus pronunciamientos sobre la naturaleza jurídica de este contrato son los que vienen a sentar las bases en la doctrina alemana para la elaboración del concepto y de la categoría de los contratos de distribución, que toman como eje modélico el contrato de agencia¹⁵¹. En efecto, ULMER afirma que el contrato de concesión constituye una relación obligacional de carácter duradero (*Dauerschuldverhältnis*) en cuyo núcleo se encuentran las reglas que obligan al concesionario a tomar en consideración los intereses de su *partenaire* (*Wahrnehmung der Interesse des Partners*), con lo que se está ante una relación de atención a los intereses ajenos (*Interessenwahrungverhältnis*) y, más precisamente, ante un contrato de gestión de negocios remunerada (*Geschäftsbesorgungsvertrag*)¹⁵². Este discurso supuso apoyar una tesis minoritaria, que a partir de ese momento se torna en dominante, y abandonar aproximaciones hasta entonces mayoritarias, propias de los contratos de cambio, como el contrato de suministro. Para ello se requiere del apoyo de la figura del contrato-marco, de manera que los

¹⁴⁹ Véase MARTINEK: *Aktuelle Fragen...*, cit., págs. 32-34. Esta característica es omitida en IDEM, en: MARTINEK/SEMLER: *Handbuch des Vertreibsrechts*, cit., § 4, pues se expone como una de las barreras que ha de superar el Derecho de la distribución, sobre las que se tratará más adelante, bajo la expresión "idea fija de la subordinación". Sin que esto deje de ser cierto —como igualmente se pone de relieve en MARTINEK: *Aktuelle Fragen...*, cit., págs. 45-47—, ello no es razón para no dar cuenta de esta característica que, hoy por hoy, tiene todavía gran peso como elemento de cohesión de la categoría de los contratos de distribución.

¹⁵⁰ ULMER: *Der Vertragshändler...*, cit.

¹⁵¹ Así lo manifiesta expresamente RITTNER, F.: "Vertragshändler und Vertragshändlervertrag. Bemerkungen zu Peter Ullmers »Vertragshändler«", ZHR 1971 (135), pág. 75; véase también IBIDEM, págs. 70-71.

¹⁵² Véase ULMER: *Der Vertragshändler...*, cit., págs. 340 y sigs.

contratos de cambio pasan a ser contratos de ejecución del contrato-marco, y de ahí su carácter accesorio.¹⁵³

Llama poderosamente la atención como MARTINEK, en su reelaboración ulterior, además de reubicar la característica arriba expuesta, abandona las ideas que anteriormente había desarrollado en un epígrafe dedicado a la caracterización de los contratos de distribución como "contratos de combinación de tipos". Entendía que los contratos de distribución son contratos atípicos mixtos, que no se pueden fijar de manera clara y estable, sino que en función del caso concreto, incorporan determinados componentes con mayor o menor intensidad: contratos atípicos mixtos de flexibilidad en sus elementos (*elementflexible Mischverträge* o *Typenkombinationsverträge*). Ello contrasta con la identidad de forma de los contratos que pertenecen al mismo canal de distribución (*Gleichförmigkeit der Verträge*), lo que confiere una dimensión colectiva, de sistema, a estos contratos, circunstancia empero que no es tenida en cuenta desde la perspectiva del Derecho de obligaciones y contratos¹⁵⁴. Por contra, y ante la insuficiencia que, en esta ulterior reelaboración, detecta en las consecuencias jurídicas que se derivan de la caracterización general de la categoría, insiste en la necesidad de completar estas notas características con la

¹⁵³ Véase RITTNER: "Vertragshändler...", cit., pág. 75, quien explica cómo tal calificación es la traducción jurídica del fenómeno de la integración (*Eingliederung*), que es el dato esencial en la definición ideal de concesionario que facilita ULMER: *Der Vertragshändler...*, cit., pág. 206: "*Vertragshändler ist ein Kaufmann, dessen Unternehmen in die Vertriebsorganisation eines Herstellers von Markenwaren in der Weise eingegliedert ist, daß er durch den Vertrag mit dem Hersteller oder einem von diesem eingesetzten Zwischenhändler ständig übernimmt, im eigenen Namen und auf eigene Rechnung die Vertriebswaren im Vertragsgebiet zu vertrieben und ihren Absatz zu fördern, die Funktionen und Risiken seiner Handelstätigkeit hieran auszurichten und im Geschäftsverkehr das Herstellerzeichen neben der eigenen Firma herauszustellen. Vertriebswaren sind diejenigen vom Hersteller erzeugten oder zugekauften und mit seinem Zeichen versehenen Waren, deren Vertrieb den Gegenstand des Vertragshändlervertrags bildet*" —la cursiva es nuestra— (véase IBIDEM, págs. 189 y sigs., en especial, págs. 190-192).

¹⁵⁴ Véase MARTINEK: *Aktuelle Fragen...*, cit., págs. 29-31.

determinación de la naturaleza jurídica de los distintos tipos contractuales para la resolución de las cuestiones que éstos plantean.¹⁵⁵

El desarrollo anteriormente expuesto se produce en el marco de un "Derecho de la distribución" (*Vertriebsrecht*), que se entiende como el Derecho de la intermediación para la venta, como el Derecho regulador de los contratos de distribución o de intermediación para la venta¹⁵⁶. Así utiliza también la expresión "Derecho (contractual) de la distribución" (*Vertriebs[vertrags]rechts*)¹⁵⁷. En efecto, se mantiene una concepción restringida del Derecho de la distribución¹⁵⁸, cuyo objeto se reduce a la configuración de los canales de distribución (*Absatzwegen, marketing channels*), es decir, de la relación del productor con el destinatario conforme a los niveles de distribución que existen entre ambos¹⁵⁹, mediante la inclusión de órganos de distribución. Así, tras distinguir entre distribución directa e indirecta¹⁶⁰, afirma

¹⁵⁵ Véase MARTINEK, en: MARTINEK/SEMLER: *Handbuch des Vertriebsrechts*, cit., § 4, núms. 12-13.

¹⁵⁶ Véase MARTINEK, en: MARTINEK/SEMLER: *Handbuch des Vertriebsrechts*, cit., § 1 núm. 4.

¹⁵⁷ MARTINEK, en: MARTINEK/SEMLER: *Handbuch des Vertriebsrechts*, cit., § 1 núm. 6.

¹⁵⁸ Sería igualmente posible delimitar el Derecho de la distribución en sentido amplio. Para ello se debe atender a la noción económica —la que impera en la praxis empresarial— de distribución comercial, cual es la totalidad de las acciones, procesos y relaciones que afectan al recorrido de un producto —entendido como bien o servicio— de un productor desde éste hasta sus destinatarios finales productivos o consuntivos. Así, en sentido amplio, el Derecho de la distribución sería el conjunto de normas reguladoras de la totalidad de las acciones, procesos y relaciones relativas a la distribución, lo que supone agrupar todas las materias jurídicas que son relevantes para la política empresarial de distribución (véase MARTINEK, en: MARTINEK/SEMLER: *Handbuch des Vertriebsrechts*, cit., § 1 núm. 3; véase también *supra*, epg. IX. 3. A.). Sin embargo, en opinión del autor, esta noción es muy heterogénea si se atiende a las materias jurídicas que engloba, por lo que resulta "infructuosa" (véase IBIDEM, § 1 núm. 2).

¹⁵⁹ Véase MARTINEK, en: MARTINEK/SEMLER: *Handbuch des Vertriebsrechts*, cit., § 1 núm. 3.

¹⁶⁰ Se entiende que existe distribución directa cuando el productor realiza las funciones de distribución mediante órganos de distribución propios y dependientes tanto jurídica

que es en el último de estos ámbitos, en el de la distribución indirecta, donde el Derecho de la distribución tiene su punto fuerte, si bien no exclusivo. De modo que, pese a su contenido normativo diverso¹⁶¹, las distintas materias jurídicas son atraídas por la fuerza integrativa de la idea básica: el dar una consideración independiente al Derecho de la configuración de canales de distribución (de bienes y servicios) mediante la intervención de órganos de distribución.¹⁶²

Esta definición —en la línea de las más avanzadas en la doctrina alemana— supera la inicial aproximación subjetiva¹⁶³, con base en la noción jurídica de "intermediario para la distribución" (*Vertriebs- o Absatzmittler*)¹⁶⁴. En efecto, el Derecho de la distribución tienen su origen en el marco del Derecho de obligaciones y contratos. La preocupación básica, tanto de la jurisprudencia como de la doctrina, era ir tipificando las diversas relaciones contractuales que surgían y se iban consolidando socialmente, apoyándose en la piedra angular del régimen del contrato de agencia: el agente aparece como el único "intermediario

como económicamente; y que existe distribución indirecta cuando el productor realiza las funciones de distribución mediante órganos de distribución extraños e independientes tanto jurídica como económicamente (véase MARTINEK, en: MARTINEK/SEMLER: *Handbuch des Vertriebsrechts*, cit., § 1 núm. 3, pág. 4; véase también *supra*, epg. V. 6. B. b.).

¹⁶¹ Así, el Derecho de la distribución está formado por normas provinientes, principalmente de Derecho de obligaciones y contratos, pero también, entre otros, del Derecho de la competencia, tanto de defensa de la competencia como de competencia desleal, del Derecho de protección de los consumidores, del Derecho de la responsabilidad, del Derecho de control de exportaciones, del Derecho comunitario europeo y del Derecho internacional privado y público (véase especialmente MARTINEK, en: MARTINEK/SEMLER: *Handbuch des Vertriebsrechts*, cit., § 6).

¹⁶² Véase MARTINEK, en: MARTINEK/SEMLER: *Handbuch des Vertriebsrechts*, cit., § 1 núm. 6.

¹⁶³ Cfr. la definición de Derecho de la distribución facilitada en MARTINEK: *Aktuelle Fragen...*, cit., pág. 18.

¹⁶⁴ Sobre la noción de intermediario para la distribución véase MARTINEK, en: MARTINEK/SEMLER: *Handbuch des Vertriebsrechts*, cit., § 1 núms. 7-12, donde se insiste en que dicha figura no tiene contornos definidos, aunque exista un núcleo más o menos claro.

o distribuidor en sentido estricto" que conoce el HGB, por razón de su posición duradera en el canal de distribución y por la finalidad de cooperación para la intermediación en la venta sistémicamente configurada a través de un contrato de distribución (*systemisch-vertriebsverträgliche Absatzkooperation*) que dicho contrato persigue. Así, se rechaza como modelo análogo el que brindan los contratos de mediación y comisión, por su carácter ocasional¹⁶⁵. Por otra parte, el hecho de que se esté ante un sistema de distribución directa o indirecta no condiciona la calificación de intermediario como tal, ni, por lo tanto, la existencia de un contrato de distribución: lo determinante es la existencia de la obligación de atención de intereses ajenos (*Interessenwahrungspflicht*), que resulta de una configuración del contenido de la relación contractual tal, que el distribuidor queda vinculado a los intereses del productor; y es indiferente si tal obligación "a priori" resulta del tipo contractual, porque no se asume la obligación de transmisión —lo que sucede en el caso del agente—, como si no resulta "a posteriori" del tipo contractual, por haberse asumido (además) la obligación de transmisión —como resulta en el caso del concesionario o del franquiciado—. Con otras palabras, lo determinante es que concurra la integración del intermediario —cuya traducción jurídica es asunción por éste de la obligación de atender a los intereses de productor—, siendo irrelevante a estos efectos si se trata de un distribuidor directo o indirecto.¹⁶⁶

En definitiva, tras el asentamiento del régimen regulador del contrato de agencia y los importantes trabajos de RITTNER, ULMER y EBENROTH¹⁶⁷, es a principios de los años ochenta cuando por primera

¹⁶⁵ Véase MARTINEK, en: MARTINEK/SEMLER: *Handbuch des Vertriebsrechts*, cit., § 1 núms. 13-14.

¹⁶⁶ Gráficamente, MARTINEK dice que los distribuidores "nacen o se hacen" ("*geboren*" und "*gekoren*" Absatzmittler); véanse IDEM, en: MARTINEK/SEMLER: *Handbuch des Vertriebsrechts*, cit., § 1 núms. 7-9; e IDEM: "Von Handelsvertreterrecht...", cit., pág. 80.

¹⁶⁷ Concretamente, RITTNER, F.: "Die Ausschließlichkeitsbindungen nach dem Gesetz

vez se ofrece una exposición conjunta y una sistemática cerrada del "Derecho de la intermediación para la venta" (*Absatzmittlungsrecht*), que engloba los contratos de agencia, comisión-agencia y concesión, exposición en la que el primero asume una función de modelo (*Leitbildfunktion*). Este Derecho de la intermediación para la venta no sólo tematiza las cuestiones del Derecho de obligaciones y contratos, sino también las relativas a problemas conexos, especialmente, defensa de la competencia y competencia desleal, responsabilidad del empresario y control de exportaciones¹⁶⁸. Posteriormente surge un Derecho de la franquicia, un *Franchiserecht*, que se hace eco de todos los cambios que acaecen en la moderna distribución comercial —así, diversificación, horizontalización, integración hacia atrás, y cooperación de grupo vertical— y se constituye en crítica principal de la anterior aproximación¹⁶⁹. Se inicia así un nuevo camino representado por el "Derecho de la distribución comercial" (*Vertriebsrecht*), un Derecho de los sistemas de distribución más amplio —es decir, un Derecho de la cooperación empresarial en la comercialización de bienes y servicios¹⁷⁰—, que comienza a manifestarse a partir de mediados de los años noventa, y que ha alcanzado una "madurez de manual" (*Handbuchrei-*

gegen Wettbewerbsbeschränkungen", DB 1957 (45), págs. 1091-1095, y (46), págs. 1118-1123; ULMER: *Der Vertragshändler...*, cit.; y EBENROTH, C. T.: *Absatzmittlungsverträge im Spannungsfeld von Kartell- und Zivilrecht*, Col. Monographien zum deutschen und internationalen Wirtschafts- und Steuerrecht vol. 1, Universitätsverlag, Konstanz, 1980. De este autor merece también mención EBENROTH, C. T., y PARCHE, U.: "Die kartell- und zivilrechtlichen Schranken bei der Umstrukturierung von Absatzmittlungsverhältnissen", BB 1988 (21), suplemento núm. 10, 35 págs.

¹⁶⁸ Véase MARTINEK: "Vom Handelsvertreterrecht...", cit., págs. 82-84, Resulta muy interesante la lectura de este artículo que explica, desde una perspectiva histórica, las fases de la evolución en Alemania de un Derecho del contrato de agencia al Derecho de la distribución.

¹⁶⁹ Véase MARTINEK: "Vom Handelsvertreterrecht...", cit., págs. 91-92; véase también *supra*, epgs. IV. 6. B. b. y VI.

¹⁷⁰ Es decir, un Derecho de la distribución moderno no se puede agotarse en la consideración de las relaciones verticales de intermediación en la venta desde el punto de vista del derecho de obligaciones y contratos y desde el derecho de defensa de la competencia.

fe).¹⁷¹

No obstante, como se ha apuntado, y pese al grado de desarrollo alcanzado, el Derecho de la distribución presenta limitaciones, autorrestricciones que afectan, principalmente, al paradigma de referencia adoptado. Es lo que MARTINEK denomina "ideas fijas del Derecho de la distribución" (*Fixierungen des Vertriebsrechts*), que hay que derribar para permitir su desarrollo. Así, los puntos débiles se corresponden con las perspectivas de desarrollo del Derecho de la distribución¹⁷². (a) La idea fija de la subordinación (*Subordinations-Fixierung*): se debe superar la percepción de la organización en relaciones de subordinación de los canales de distribución, y con ello relativizar el peso específico de la doctrina del contrato de gestión de negocios remunerada, que genera problemas de exceso de protección del intermediario. (b) La idea fija del productor (*Herstellerfixierung*): se debe superar la imagen del liderazgo del productor, es decir, no pensar únicamente en la distribución integrada vertical descendente controlada por el productor. Ambos puntos débiles están muy relacionados, afectando a la hasta ahora imperante organización jerárquica de los canales de distribución. El concepto de "integración" cambia, tanto en su concepción fuertemente jerarquizada como pivotante sobre el productor. (c) La idea fija de los bienes (*Warenfixierung*): debe superarse la exclusiva consideración de la distribución de bienes, para considerar igualmente la de servicios, pues, *a priori*, no hay razón para diferenciar según el objeto de la actividad. Y (d) la idea fija de la dimensión individual de la relación contractual (*Individualvertrags-Fixierung*): debe superarse la sola contemplación *inter partes* de los contratos de distribución, pasando de una dimensión individual a una dimensión colectiva; en definitiva, se trata de atender a la noción de

¹⁷¹ En palabras del propio MARTINEK: "Vom Handelsvertreterrecht...", cit., pág. 100.

¹⁷² Véanse MARTINEK, en: MARTINEK/SEMLER: *Handbuch des Vertriebsrechts*, cit., § 1 núms. 15-29; IDEM: *Aktuelle Fragen...*, cit., págs. 44-51; e IDEM: "Vom Handelsvertreterrecht...", cit., págs. 94-100.

cooperación vertical de grupo (*vertikale Gruppenkooperation*)¹⁷³, cuya percepción permite comprender los contextos funcionales de los contratos de distribución de todas las clases.

Es más, si se da en gran intensidad en la cooperación, ello da lugar a conexiones horizontales, y aflorará un interés de grupo. Incluso puede llegar a institucionalizarse esta dimensión colectiva —como sucede en el sector del automóvil, con los consejos asesores de concesionarios (*Händlerbeirat*) o/y sus asociaciones—. La cuestión no resuelta es en qué marco jurídico deben ser objeto de tratamiento los problemas que plantea la dimensión colectiva, de red, de los contratos de distribución: dentro del propio Derecho de obligaciones y contratos, o dentro de otros sectores del Derecho, como el de sociedades, el de grupos de sociedades, el de la competencia, o incluso el de un eventual Derecho de "grupos de distribución".¹⁷⁴

Además, la superación de la idea fija de la subordinación debe ir acompañada de una mayor atención a la dimensión colectiva de estos contratos.

El Derecho de la distribución en su concepción actual es, por lo tanto, fragmentario y deficitario. Es necesario fomentar su desarrollo y la ampliación de sus actuales miras. Para ello deben elaborarse unos "programas de ordenación" (*Ordnungsprogramme*) que se ajusten a la realidad distributiva. Así, se han de tener en cuenta las formas de cooperación en pie de igualdad (*partnerschaftlich-gleichberechtigte Absatzkooperation*), la distribución de servicios, los sistemas entre el comercio mayorista y el minorista y los componentes de cooperación horizontales. Y se señala como meta del Derecho de la distribución la

¹⁷³ Véanse MARTINEK, en: MARTINEK/SEMLER: *Handbuch des Vertriebsrechts*, cit., § 2 núms. 28-29; e IDEM: *Aktuelle Fragen...*, cit., págs. 10-11. Sobre la cooperación vertical de grupo, véase *supra*, epg. VI. 2.

¹⁷⁴ En este sentido, véanse las críticas de CANARIS en: *Handelsrecht...*, cit., pág. 289.

elaboración de "una doctrina de formas jurídicas cerradas, en la que se confronten de manera sistemática las ventajas e inconvenientes de los tipos y formas contractuales básicos para la organización de una distribución cooperativa".¹⁷⁵

No obstante, a dicha meta pueden oponerse dos serias objeciones: en primer lugar, es discutible que la tipificación contractual sea la actitud de técnica legislativa más adecuada para dominar la organización contractual de los canales de distribución, dada su cambiante realidad, y su evolución hacia organizaciones menos jerarquizadas y más cooperativas: la proliferación de la cooperación vertical de grupo va a desembocar en una categoría que brindará múltiples posibilidades de configuración de los tipos contractuales. La opción por centrar los esfuerzos en la categoría de los contratos de distribución, en lugar de en sus tipos, se presenta como más idónea, dada su mayor flexibilidad, aunque también ofrezca mayores dificultades. Pero la reciente legislación demuestra que tal tipo de regulación es posible: es el caso de la regulación del crédito al consumo. Y, en segundo lugar, que no es misión del Derecho configurar la realidad económica, sino dotarla de instrumentos para su justo desenvolvimiento.

La situación en el sistema legal alemán, a modo de recapitulación –y sin que ello obste para retomar las ideas aquí expuestas¹⁷⁶–, se caracteriza por la recepción en el marco de la aproximación tradicional del Derecho de obligaciones y contratos de las elaboraciones provenientes de un Derecho de la distribución comercial –todavía en fase de desarrollo, pese a lo que pueda opinar MARTINEK– entendido en sentido restringido, básicamente como Derecho de los contratos de distribución comercial. Dicha recepción se ha materializado en el reconocimiento de la función modélica del tipo del contrato de agencia

¹⁷⁵ Véanse MARTINEK, en: MARTINEK/SEMLER: *Handbuch des Vertriebrechts*, cit., § 1 núm. 28-29; e IDEM: *Von Handelsvertreterrecht...*, cit., págs. 100-101.

¹⁷⁶ Véase *infra*, epg. XI.

dentro de la categoría de los de distribución, categoría que descansa sobre la idea de la integración para la comercialización de bienes y servicios. Sin embargo, y pese a ello, todavía no es unánime el reconocimiento de la preferencia de la actividad de promoción sobre la de transmisión.

Capítulo Quinto

**Contratos de distribución comercial
en el Derecho comunitario europeo**

**X. INTRODUCCION A LA SITUACION ACTUAL EN
EL DERECHO COMUNITARIO EUROPEO: EL
DERECHO DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA
Y LA CATEGORIA DE LOS ACUERDOS DE
DISTRIBUCION COMERCIAL**

X. 1. Preliminar

Expuesta la situación actual en los Derechos nacionales en relación con la categoría de los contratos de distribución, antes de recapitular sobre lo dicho y con el propósito de contribuir a la formación de un concepto unitario de contratos de distribución que abra el camino a un Derecho de la distribución comercial, es preciso dar cuenta de cuál es el planteamiento que en el Derecho comunitario europeo se hace de la materia que ha sido identificada bajo la expresión "contratos de distribución". La dispersión del tratamiento jurídico de la distribución comercial

en general¹ contrasta con la práctica concentración del tratamiento de la problemática que los contratos de distribución plantean desde su Derecho de defensa de la competencia —a excepción de la incidencia refleja que pueda tener el art. 30 y sigs. TCE y la elaboración de la Directiva CEE 86/653—. Es ahí donde procede centrarse ahora. La consideración del Derecho comunitario de la competencia a tal respecto permitirá, de una parte, completar la anterior exposición y enriquecer las reflexiones suscitadas y las conclusiones a obtener tras el estudio de la categoría desde todas sus perspectivas. Y, de otra, servirá de introducción a su más amplio estudio, pues con ello concluirá la delimitación conceptual y se abrirá la puerta al análisis de la aplicación del art. 85 TCE a dichos contratos.

X. 2. Acuerdos de distribución comercial en sentido restringido

En principio, parece que está claro a qué se refiere tanto la legislación comunitaria en materia de defensa de la competencia, concretamente, el Derecho secundario o derivado, como la jurisprudencia y la doctrina comunitarias, cuando acuden a la terminología "acuerdos de distribución" —preferida a la de contratos de distribución, que es más propia del estudio de la materia en el marco del Derecho de obligaciones y contratos²—: se está pensando en acuerdos verticales destinados a servir a la distribución comercial, que producen restricciones de la libre competencia³: básicamente, acuerdos de distribución exclusiva, de aprovisionamiento en exclusiva, distribución selectiva y franquicia.

¹ Véase *supra*, epg. IX. 1.

² Como ya se expuso *supra*, epg. VIII. 1. B. c.

³ Véase ALONSO SOTO: "Voz «Acuerdo vertical...», cit., pág. 227.

Como toma de contacto con la postura que actualmente mantiene la Comisión CE —órgano que, hoy por hoy, dirige la aplicación y efectiva implantación del Derecho comunitario de la competencia⁴— pueden servir las manifestaciones que ésta hace el *Libro Verde sobre las restricciones verticales en la política de competencia comunitaria*⁵. En este documento se identifica la noción de "restricciones verticales" con la de "acuerdos verticales", es decir, con la de acuerdos entre productores y distribuidores⁶ y, por lo tanto, con acuerdos de distribución. Ello se confirma cuando se atiende a la delimitación que hace de los sistemas de distribución⁷ o, más claramente, de los tipos de acuerdos de distribución⁸. Por tales se entiende: (a) los acuerdos de distribución en exclusiva, por los cuales el productor se compromete a vender únicamente a un distribuidor específico en un territorio determinado; (b) los acuerdos de compra en exclusiva, mediante los cuales el distribuidor se compromete a abastecerse de un producto en concreto recurriendo a un único proveedor —respecto de este tipo se identifica, como una especialidad, el aprovisionamiento en exclusiva para la distribución de cerveza y de gasolina—; y (c) los acuerdos de franquicia, por los cuales se concede al franquiciado un territorio en exclusiva en el que explotar los conocimientos técnicos y los derechos de propiedad industrial e intelectual del franquiciador, y vender con un formato normalizado. Todos estos son tipos delimitados por reglamentos de exención por categorías: art. 1 Rgto. CEE 1983/83, art. 1 Rgto. CEE 1984/83 y art. 1.3 Rgto. 4087/88, respectivamente.

Así, el art. 1 Rgto CEE 1983/83 dice que el mismo es de aplicación "a

⁴ Véase *infra*, epg. XVI. 2.

⁵ Documento cit.

⁶ Véase LiV RV, núm. 2, págs. i-ii.

⁷ Véase LiV RV, núm. 17, pág. v, y núm. 4, pág 2.

⁸ Véase LiV RV, núms. 120-132, págs. 42-47.

los acuerdos en los que sólo participen dos empresas, en los cuales una parte se comprometa con la otra a entregarle únicamente a ésta determinados productos para su reventa en la totalidad o en una parte definida del territorio del mercado común".

Por su parte, el art. 1 Rgto. CEE 1984/83 establece que el mismo será de aplicación "a los acuerdos en que sólo participen dos empresas y en los que una de ellas, el revendedor, se comprometa con la otra, el proveedor, a comprar para su venta determinados productos especificados en el acuerdo únicamente a él, a empresas vinculadas a él o a terceras empresas a las que haya encargado la distribución de sus productos".⁹

Finalmente, en síntesis, el art. 1.3 Rgto 4087/88 entiende por "acuerdo de franquicia" 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 –que es "un conjunto de derechos de propiedad industrial e intelectual relativos a marcas, nombres comerciales, rótulos de establecimiento, 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"– para comercializar determinados productos y/o servicios –producidos por el franquiciador o por cuenta de éste y/o que lleven el nombre o la marca del franquiciador– y que comprende por lo menos: (i) el uso de una denominación o rótulo común y una presentación uniforme de los locales utilizados para la explotación de la franquicia y/o de los medios de transporte objeto del contrato y de la base desde la cual el franquiciado gestione los medios de transporte utilizados para la explotación de la franquicia, (ii) la comunicación por el franquiciador al franquiciado de

⁹ La Comisión CE interpreta estos dos reglamentos en su Comunicación a los Reglamentos (CEE) 1983/83 y 1984/83 relativos a la aplicación del apartado 3 del artículo 85 del Tratado a determinadas categorías de acuerdos de distribución exclusiva y de compra en exclusiva (ABIEG núm. C 101/2, de 13.4.1984; DOCE ed. especial en español 8/vol. 2, pág. 126), modificada por la Comunicación de la Comisión (92/C 121/02) (DOCE núm. C 212/2, de 13.5.1992); en adelante, Comunicación a Rgto. CEE 1983/83 y 1984/83.

un *know-how*¹⁰, y (iii) la prestación continua por el franquiciador de asistencia comercial o técnica durante la vigencia del acuerdo.

Junto a estos tres tipos, existe un cuarto: (d) los acuerdos de distribución selectiva, mediante los cuales los distribuidores son elegidos en función de una serie de criterios objetivos necesarios para la distribución eficaz del producto, pudiendo vender únicamente a los consumidores finales —a los que además del producto suelen prestar algún servicio— o a otros distribuidores seleccionados que cumplen dichos criterios objetivos. Dentro de este sistema, que se aplica concretamente a los productos de alta tecnología (por ejemplo, electrónica de consumo) o de lujo (por ejemplo, perfumes), cabe distinguir, a su vez tres subtipos¹¹, en atención a los criterios utilizados para la selección de los distribuidores: (i) redes basadas únicamente en la aplicación de criterios cualitativos, (ii) redes basadas en la aplicación de criterios cualitativos, en las que los distribuidores, además, asumen compromisos adicionales de carácter promocional y (iii) redes basadas únicamente en la aplicación de criterios cuantitativos. Sin embargo, si la selección de distribuidores se fundamenta en criterios puramente cuantitativos, en realidad, se está ante un acuerdo de distribución exclusiva¹². A diferencia de los anteriores, este tipo de acuerdos carece de reglamento de exención por categorías de carácter general. No obstante, cabría aludir al Rgto. CE 1475/95 como un reglamento de exención por categorías, aunque sea con carácter sectorial, propio de la distribución selectiva.

¹⁰ Para la definición de *know-how* a estos efectos, véanse letras f)-i) del apdo. 3 del art. 1 Rgto. CEE 4087/88.

¹¹ Véase LiV RV, núm. 128, págs. 45-46.

¹² Como la propia Comisión CE reconoce más adelante (véase LiV RV, núm. 140, pág. 50). De hecho, en este caso sólo se puede hablar de distribución selectiva en un sentido amplio, como contrapuesta a la distribución intensiva (véase *supra*, epg. V. 5. B. b.).

Y, así, la Comisión CE alude a la distribución de vehículos automóviles como un supuesto de distribución selectiva basada en criterios cuantitativos¹³. Pero lo cierto es que, si se atiende a su art. 1.1, el Rgto. CE 1475/95 también abarca la distribución exclusiva de vehículos automóviles, a la que somete a un mismo régimen que a la distribución selectiva, prevista en el art. 1.2 Rgto. CE 1475/95¹⁴. En cualquier caso, no debe perderse de vista que el Rgto. CE 1475/95 representa una opción de política sectorial, que, *a priori*, no puede entenderse como generalizable al resto de los supuestos de distribución selectiva, en particular, ni al resto de los acuerdos de distribución, en general.¹⁵

Ciertamente, la delimitación de la categoría de los acuerdos de distribución efectuada por la Comisión CE en el LiV RV no es todo lo completa que debiera. Así, y al margen de la ya aludida ausencia de los acuerdos de distribución en el sector del automóvil, se echan de menos los acuerdos de transferencia de tecnología, los de agencia, así como los acuerdos de suministro¹⁶. No obstante, tal delimitación se corresponde, salvo algunas matizaciones, con la situación que se observa en la doctrina comunitaria europea. Sin que pueda apreciarse un esfuerzo por delimitar la categoría de los contratos de distribución en este ámbito,

¹³ LiV RV, núm. 128.iii y su nota 38, pág. 46. No obstante, ésta se excluye del LiV RV sin que se llegue a saber a ciencia cierta si tal exclusión se justifica por haber sido esta materia objeto de regulación reciente, como podría deducirse del propio texto (véase IBIDEM, núm. 5 y su nota 2, pág. 2).

¹⁴ En este sentido, véanse SCHROEDER, D.: "The Green Paper on Vertical Restraints: Beware of Market Shares Thresholds", ECLR 1997 (7), pág. 430; y TOBÍO RIVAS, M. A.: "Libro Verde de la Comisión sobre las restricciones verticales en la política de competencia comunitaria", ADI (XVIII), págs. 1034 y 1037.

¹⁵ A diferencia del Rgto. CEE 123/85, que fue objeto de la Comunicación de la Comisión (85/C 17/03) (ABIEG núm. C 17/4, de 18.1.1985; DOCE ed. especial en español 8/vol. 2, pág. 147), el Rgto CE 1475/95 no ha sido objeto de comunicación alguna, si bien la Comisión CE ha elaborado un folleto explicativo del mismo: COMISIÓN DE LA COMUNIDAD EUROPEA: *Distribution of Motor Vehicles (Regulation (EC) n.º 1475/95 published in the Official Journal L 145 of 29 June 1995) - Explanatory Brochure*, General Directorate IV-Competition, documento interno IV/9509/95EN.

¹⁶ Véase SCHROEDER: "The Green Paper...", cit., pág. 430. De la calificación de estos acuerdos como de distribución se tratará *infra*, epg. X. 3.

existe un acuerdo más o menos tácito de cuáles cabe englobar bajo la denominación de "acuerdos de distribución", cuyo núcleo duro está formado por los acuerdos de distribución exclusiva —en los que el aprovisionamiento exclusivo aparece, en ocasiones, como tipo distinto del de distribución exclusiva y, en ocasiones, como subtipo de éste—, los de distribución selectiva y los de franquicia. En cualquier caso, se observa una identificación generalizada entre acuerdos verticales y acuerdos de distribución.¹⁷

¹⁷ Así, como muestra de la situación en la doctrina comunitaria europea, y comenzando por la doctrina de origen alemán, EMMERICH, V.: *Kartellrecht*, 7.ª ed., completamente reelaborada y sustancialmente ampliada del libro "Wettbewerbsrecht", Col. JuS, Beck, München, 1994, habla de "acuerdos sobre la distribución" (*Absprachen über den Vertrieb*), pero sin dar una definición de los mismos; no obstante, identifica como tales, de una parte, los acuerdos de distribución en exclusiva y, de otra parte, los sistemas de distribución selectiva, donde distingue entre sistemas abiertos o establecidos con criterios de selección cualitativos y sistemas establecidos con criterios de selección cuantitativos, grupo último en el que ubica igualmente a los contratos de franquicia (véase IBIDEM, págs. 538-544); SCHRÖTER, H.: "Artikel 85 - Fallgruppen", en: AA. VV., GROEBEN, H. V. D., THEISING, J., y EHLERMANN, C.-D.: *Kommentar zum EWG-Vertrag*, vol. 2 (Artikel 85-109), 4.ª ed., reelaborada, Nomos, Baden-Baden, 1991, pág. 1536 y sigs., aborda sistemáticamente los distintos grupos de supuestos que es posible distinguir en el art. 85 TCE. Entre ellos trata de "Acuerdos de suministro y aprovisionamiento/Distribución" (*Liefer- und Bezugsabsprache/Vertrieb*), para englobar en este grupo los acuerdos de distribución en exclusiva —incluidos los de aprovisionamiento en exclusiva—, de suministro, de distribución selectiva y de franquicia (véase IBIDEM, núms. 203-430); y STOEPHASIUS, H.-P. V.: "Art. 85. Fallgruppen", en: AA. VV., BUNTE, H.-J. (dir.): *Langen/Bunte Kommentar zum deutschen und europäischen Kartellrecht*, 7.ª ed., Luchterhand, Neuwied/Kriftel/Berlin, 1994, pág. 1536 y sigs., quien utiliza el término "sistemas de distribución" (*Vertriebsysteme*) para aludir, en realidad, a la distribución selectiva, prefiriendo la expresión "formas de cooperación vertical" (*Vertikale Kooperationsformen*) para referirse, junto con los acuerdos de distribución selectiva, a los acuerdos de distribución exclusiva y a los de franquicia (véase IBIDEM, págs. 1536 y sigs.).

En la doctrina francófona, BAEL, I. V., y BELLIS, J.-F.: *Droit de la concurrence de la Communauté Économique Européenne*, Bruylant, Bruxelles, 1991, identifican distribución con relaciones de tipo vertical, y califican de formas de distribución los acuerdos de distribución y de aprovisionamiento exclusivos, de distribución selectiva y de franquicia (véase IBIDEM, págs. 133 y 155-156); GAVALDA, C., y PARLEANI, G.: *Traité de Droit communautaire des affaires*, 2.ª ed., Litec, Paris, 1992, y como uno de los ejemplos de aplicación de las reglas comunitarias de defensa de la competencia, tratan de los contratos de distribución (*contrats de distribution*), que si bien se identifican con acuerdos verticales, no se definen con mayor precisión (véase IBIDEM, núms. 808-814, págs. 632-635). No obstante, recogen en esta categoría los acuerdos de exclusividad —concesión exclusiva y exclusiva de compra—, de distribución selectiva y los contratos de franquicia (véase IBIDEM, núms. 815-866, págs. 635-664); y LYON-CAEN, A., y VOGEL, L. [GOLDMAN, B.]:

Droit commercial européen, 5.^a ed., Col. Précis, Dalloz, 1994, tratan, como una de las principales aplicaciones del Derecho de defensa de la competencia comunitario, de las redes de distribución y el art. 85 TCE; definen las redes de distribución como agrupaciones de un conjunto de intermediarios que permiten al fabricante o suministrador controlar las condiciones de comercialización de sus productos o servicios (véase IBIDEM, núm. 565, págs. 436-437). Como modelos de redes de distribución distinguen los acuerdos de exclusividad, de distribución selectiva y de franquicia (véase IBIDEM, núms. 570-582, págs. 441-454).

De entre la literatura en lengua inglesa, KORAH, V.: *An Introductory Guide to EC Competition Law and Practice*, 5.^a ed., Sweet & Maxwell, London, 1994, trata de los acuerdos de distribución (*distribution agreements*), sin definirlos, y agrupa bajo esta denominación los que llama acuerdos de distribución exclusiva (*exclusive dealing agreements*), que engloban tanto los acuerdos de distribución exclusiva, de aprovisionamiento exclusivo y de distribución selectiva, como los acuerdos de franquicia y a los de agencia (IBIDEM, págs. 168-188); AA. VV., ROSE, V. (edr.): *Bellamy & Child Common Market Law of Competition*, 4.^a ed., Sweet & Maxwell, London, 1993, en los núms. 7-001 a 7-201, págs. 386-488, tratan de los acuerdos verticales relativos a la distribución o suministro (*vertical agreements affecting distribution or supply*). Los primeros, los propiamente considerados de distribución, son acuerdos verticales entre un suministrador y sus intermediarios en el sector de la distribución, en virtud de los cuales se aceptan por una o por ambas partes restricciones a sus actividades comerciales, y en dicha categoría se incluyen: acuerdos de agencia exclusiva, de distribución exclusiva, de distribución selectiva, de aprovisionamiento exclusivo para la reventa y de franquicia; dentro de los acuerdos de suministro, incluyen aquellos que tienen por objeto, no productos para la reventa (sin transformación), sino materias primas o componentes para la fabricación, y los de subcontratación (véase IBIDEM, núms. 7-001 y 7-002, págs. 386-387); y WISH, R.: *Competition Law*, 2.^a ed., Butterworths, London/Edinburgh, 1989, quien tras hacer una exposición separada de la regulación británica y comunitaria en la materia, procede a exponer conjuntamente la aplicación de dichas normativas, dedicando un capítulo entero a las restricciones verticales en el marco de la distribución, es decir, en el contexto de acuerdos que un productor puede celebrar para la distribución de bienes o servicios hasta sus destinatarios finales —así, cabe que existan restricciones verticales no relacionadas con la distribución, es decir, con el suministro de bienes o servicios para la reventa (sin transformación)— (véase IBIDEM, págs. 551 y 630). No obstante, la expresión "acuerdos de distribución" (*distribution agreements*) se contrapone a la distribución mediante agentes comerciales e, igualmente, a la distribución mediante la concesión de licencias sobre creaciones industriales (véase IBIDEM, págs. 552-556); así, constituyen acuerdos de distribución los de distribución exclusiva, aprovisionamiento exclusivo, distribución selectiva y franquicia (véase IBIDEM, págs. 557-561).

Por su parte, RITTER, L., BRAUN, W. D., y RAWLINSON, F.: *EEC Competition Law. A Practitioner's Guide*, Kluwer, Deventer/Boston, 1993, págs. 167-261, identifican restricción vertical con acuerdo de distribución: tratan de las restricciones verticales de la competencia en el apartado de los acuerdos de distribución y adquisición (*vertical restrains of competition in distribution and purchasing agreements*). Allí abordan el estudio de los acuerdos de distribución exclusiva y aprovisionamiento exclusivo —donde también se trata del contrato de agencia—, de distribución selectiva y de franquicia; y WALLE DE GHELCKE, B. V. D., y GREVEN, G. V. (edr. general KALINOWSKI, J. O. V.): *Competition Law of the European Community*, vol. I, Matthew Bender, N.Y./San Francisco, actualización núm. 7, octubre de 1997, págs. 6-43 a 6-118, si bien reúnen a la agencia exclusiva, la distribución

X. 3. **Perfiles de la zona gris en la delimitación restringida de la categoría y acuerdos de distribución comercial en sentido amplio**

Los acuerdos de distribución exclusiva, aprovisionamiento exclusivo, distribución selectiva y franquicia son los "principales tipos de acuerdos de distribución"¹⁸. Estos tipos integran la noción de acuerdos de distribución en sentido restringido. No obstante, ello no quiere decir que otros acuerdos no puedan ser calificados como tales. Así, señaladamente, los contratos de distribución mediante agentes comerciales, los contratos sobre derechos de la propiedad industrial e intelectual, y determinados acuerdos denominados "de cooperación".

Y es que en el Derecho de defensa de la competencia no está exento de rigidez en su paradigma de referencia, rigidez que se refleja

exclusiva, la compra en exclusiva, la distribución selectiva y la franquicia bajo el título "Distribución", no aluden a contratos de distribución, sino, como en el caso anterior, a restricciones de la competencia. Pero no se debe perder de vista que en ambos casos se está ante literatura de origen estadounidense, sistema legal en el que se sigue una sistemática distinta a la hora de estudiar los acuerdos de distribución comercial desde el Derecho *antitrust* (al respecto, véase *supra*, epg. VIII. 1. B. c.).

Mención aparte merece GOYDER, J.: *EC Distribution Law*, Col. European Practice Library, Chancery, London/N.Y./Chichester/Brisbane/Toronto/Singapore, 1992, quien da una definición descriptiva de lo que entiende por Derecho de la distribución comunitario: en principio, no se limita al Derecho de la competencia y a la Directiva CEE 86/653, sino que también abarca normas sobre técnicas de venta —venta fuera de establecimiento, etc.—, sobre libre circulación de mercancías, así como la regulación de los derechos de propiedad industrial y el impacto de las normas de competencia y de libre circulación de mercancías sobre estos derechos. Esta descripción denota que la autora se circunscribe a la distribución de bienes, pero, siendo coherentes, a ello habría que añadir las normas reguladoras de la libre prestación de servicios y de la libre circulación de capitales (por ejemplo, servicios financieros). A continuación, y sin dar una noción de acuerdos de distribución, trata de distribución exclusiva, del aprovisionamiento exclusivo, de la distribución selectiva, de la franquicia y de la agencia (véase *IBIDEM*, págs. 14-16).

Para la situación en la doctrina española, véase *supra*, epg. VIII. 1. B. c.

¹⁸ LiV RV, núm. 120, pág. 42.

en el alcance excesivamente restringido dado a la expresión "acuerdos de distribución", que todavía se identifica con una distribución integrada vertical descendente. Y ello, aunque se sea consciente de los cambios acaecidos en la distribución comercial europea, donde destaca el auge de la distribución integrada vertical, pero ascendente, y la necesidad de permitir los acuerdos de distribución integrada horizontal, especialmente entre pequeños y medianos distribuidores¹⁹. Además, se sigue tomando como referencia la distribución de bienes, y más precisamente, de bienes de consumo.²⁰

Antes de pronunciarse sobre la necesidad y/o la conveniencia de

¹⁹ Y así, la Comisión CE, aunque no se pronuncie expresamente al respecto, únicamente se ocupa de la integración descendente o hacia adelante. La integración ascendente o hacia atrás no es objeto de atención, si bien, cuando alude a la "diversidad" de la estructura de la distribución en la CE (véase LiV RV, pág. ii), se pone de manifiesto que no se ignora el fenómeno. Se excluyen los acuerdos horizontales o de cooperación "a pesar de que éstos se puedan autorizar para determinadas PYME" (IBIDEM, núm. 39, guión 4.º, pág. xii).

Igualmente resulta muy interesante una de las críticas de las que se hace eco la Comisión CE: la ausencia del "fomento de la pluralidad de sistemas de distribución". A este respecto, son muy sugerentes las consideraciones hechas por asociaciones de pequeños y medianos minoristas, quienes necesitan unirse para luchar contra las grandes cadenas integradas minoristas (véase IBIDEM, núm. 37, 5.º guión, pág. xi, y núms. 253-257, págs. 84-85).

²⁰ En efecto, en LiV RV se obvia la distribución de servicios. Es más, únicamente se ocupa de la distribución de bienes para la venta al por menor: así, sólo se entiende bajo el concepto "distribución" la actividad que gira sobre bienes para la venta al por menor (véase LiV RV, núm. 39, guión 3.º, pág. xii).

Otro dato más en este sentido es la consciente exclusión de distribución que tiene por objeto bienes de producción no destinados a la reventa, especialmente, la subcontratación; a este respecto existe una Comunicación de la Comisión, de 18 de diciembre de 1978, referente a la consideración de los subcontratos respecto a las disposiciones del apartado 1 del artículo 85 del Tratado (ABIEG núm. C 1/2, de 3.1.1979; DOCE ed. especial en español 8/vol. 1, pág. 63; en adelante, Comunicación sobre subcontratación de 1978), sobre la que la Comisión CE desea recabar información sobre si ésta resulta adecuada para el tratamiento de los acuerdos de distribución comercial industrial. En principio, la Comisión CE entiende que estos acuerdos plantean problemas distintos a los acuerdos de distribución comercial que tienen por objeto de bienes de consumo. Pero no se trata de una opinión formada, pues se pregunta si estas diferencias son de suficiente entidad como para justificar un tratamiento jurídico diferenciado, incluso mediante un reglamento de exención por categorías propio (véase IBIDEM, núm. 279, pág. 90).

que el Derecho comunitario de la competencia adopte un paradigma de referencia más amplio, que englobe asimismo aquellos acuerdos que materializan canales de distribución horizontales y verticales en sentido ascendente, debe delimitarse más precisamente el concepto restringido de "acuerdos de distribución". Efectivamente, como ya se ha apuntado, se detecta una zona que podría calificarse de "gris" en su delimitación - como acuerdos de integración vertical descendente que producen restricciones de la libre competencia. Dicha zona gris puede acotarse mediante el recurso a dos perfiles de los acuerdos de distribución en sentido restringido. De una parte, el que se podría calificar de "perfil subjetivo", que atiende a la naturaleza del vínculo contractual que liga a productor e intermediario; concretamente, a si tal vinculación se articula, bien mediante un contrato de agencia, bien mediante otro vínculo contractual no societario, es decir, mediante un acuerdo de distribución exclusiva, compra exclusiva, distribución selectiva o franquicia. De este perfil se trata específicamente más adelante; no obstante, puede avanzarse la opinión favorable a incluir los acuerdos de agencia en los de distribución en sentido restringido a los efectos del Derecho de defensa de la competencia.²¹

De otra parte, puede acudirse al que se identificaría como "perfil objetivo", resultante de atender a la existencia de acuerdos que principalmente tienen por objeto la transmisión de derechos sobre creaciones industriales y bienes inmateriales asimilables. En este caso, por contra, se defiende su exclusión del concepto de acuerdos de distribución en sentido restringido. Ciertamente, en el caso de los globalmente denominados "acuerdos de transferencia de tecnología", puede tratarse de acuerdos verticales -aunque no necesariamente-, que pueden cumplir una función distributiva -aunque no siempre- y que, igualmente, tienen por objeto o producen restricciones de la libre

²¹ De ello se tratará *infra*, epg. X. 4.

competencia. Sin embargo, y aunque funcionalmente pudiera, en ocasiones, ser correcta su inclusión en la categoría de los acuerdos de distribución en sentido restringido, no deben incluirse en la misma acuerdos tales como licencias de patente o/y de *know-how*²². Por acuerdos de distribución en sentido restringido debe entenderse aquellos acuerdos no societarios de integración vertical descendente funcionalmente distributivos y potencialmente restrictivos de la competencia, que para cumplir la que es su función económica típica –el establecimiento la relación distributiva integrada– no recurren principalmente a la cesión de derechos sobre creaciones industriales. Otra cosa es que las licencias de las que son objeto tales derechos de propiedad industrial e intelectual se configuren como elementos auxiliares de un contrato de distribución, e incluso que lleguen a dotar al contrato de un elemento característico diferenciador de otros contratos de la categoría. Señaladamente, así sucede en el caso de la franquicia. Pero no debe perderse de vista que, en el acuerdo de franquicia, y por lo que se refiere a las creaciones industriales que pueden integrarla, la cesión del derecho a su explotación lo es "*para comercializar determinados productos y/o servicios*", pues, para el Derecho comunitario de la competencia, la franquicia no es sino "un conjunto de derechos de propiedad industrial e intelectual [...] que deberán explotarse *para la reventa de productos o la prestación de servicios* a usuarios finales" (art. 1.3 Rgto. 4087/88)²³. Por contra, en los acuerdos de transferencia de tecnología, si bien puede existir una vinculación directa entre la actividad distributiva de bienes y servicios y la transferencia de tecnología, dicha vinculación no tiene el carácter esencial y siempre principal ha que tiene en los acuerdos de franquicia (cfr. art. 1 Rgto. CE

²² A los efectos del Rgto. CE 240/96, conforme a su art. 8.1, se equiparan a las patentes: solicitudes de patentes, los modelos de utilidad y sus solicitudes, las topografías de productos semiconductores, los certificados complementarios de protección y los certificados sobre obtenciones vegetales. Para la definición de *know-how* a los efectos del Rgto. CE 240/96, véase su art. 10, apdos. 1-4.

²³ La cursiva es nuestra.

240/96). El hecho de que no siempre se trate de acuerdos verticales, y, sobre todo, la diferencia de orden teleológico-funcional, junto con las muy relevantes especialidades que introducen en su régimen el de la transmisión y el ejercicio de los derechos de propiedad industrial —que constituyen su objeto fundamental e independiente de la finalidad económica perseguida en cada caso—, justifica la consideración de los acuerdos de transferencia de tecnología en una categoría propia y separada de los que se vienen identificando como "acuerdos de distribución" en sentido restringido. Exclusión que, por idénticas razones, puede hacerse extensiva a un concepto amplio de "acuerdos de distribución". La significación de esta diferencia está presente desde un primer momento²⁴ y se mantiene en la actualidad, tanto en el Derecho derivado —cuya expresión es el Rgto. CE 240/96²⁵— como en la doctrina²⁶; si

²⁴ Así, el Reglamento (CEE) núm. 19/65 del Consejo, de 2 de marzo de 1965, relativo a la aplicación del apartado 3 del artículo 85 del Tratado a determinadas categorías de acuerdos y prácticas concertadas (ABIEG núm. 36/533, de 6.3.1965; DOCE ed. especial en español 8/vol. 1, pág. 85; en adelante, Rgto. CEE 19/65), por el que el Consejo habilita a la Comisión CE para adoptar reglamentos de exención por categorías en desarrollo de lo establecido en el art. 85.3 TCE, se refiere en dos letras distintas del apdo. 1 de su art. 2, a los acuerdos en los que se establezcan obligaciones de compra y/o suministro en exclusiva, y a aquellos otros "que lleven aparejadas limitaciones impuestas en relación con la adquisición o utilización de derechos de propiedad industrial [...] o en relación con los derechos derivados de contratos que lleven aparejada la cesión o concesión de procedimientos de fabricación o conocimientos relativos a la utilización y aplicación de técnicas industriales".

²⁵ Para una exposición sintética del Rgto. CE 240/96 véanse: CLIMENT GUIMERÁ, M.: "Reglamentos de exención por categorías en la UE: automóviles y transferencia de tecnología", ICE 1996 (750), págs. 37-44; EBEL, H.-R.: "EG-Gruppenfreistellungsverordnung für Technologietransfer-Vereinbarungen", WuW 1996 (10), págs. 779-788; KLEINMANN, W.: "Die neue Gruppenfreistellungsverordnung für Technologietransfer-Vereinbarungen", EWS 1996 (5), págs. 149-156; LUTZ, H.: "Technologie-, Patent-, und Know-how-Lizenzverträge im EG-Recht", RIW 1996 (4), págs. 269-272; y ROBERSTON, A.: "Technology Transfer Agreements: An Overview of how Regulation 240/96 Changes the Law", ECLR 1996 (3), págs. 157-162.

²⁶ La doctrina trata separadamente estos acuerdos y los de distribución. Véanse EMMERICH: *Kartellrecht*, cit., 7.ª ed., págs. 544-551, bajo el título "contratos de licencia" (*Lizenzverträge*); SCHRÖTER, en: GROEBEN/THEISING/EHLERMANN: *Kommentar zum EWG-Vertrag*, cit., núms. 431-542, bajo el título "acuerdos sobre propiedad industrial e intelectual"; STOEPHASIUS, en: BUNTE: *Langen/Bunte Kommentar...*, cit., núms. 194-309, bajo el título "cooperación sobre derechos de propiedad industrial" (*Kooperation bei*

bien, la posición de la Comisión CE al respecto no resulta tan decidida.²⁷

Delimitado de modo más preciso el alcance de la noción restringida de "acuerdos de distribución", procede ahora retomar la cuestión de si esta delimitación de la categoría imperante en el ámbito del Derecho comunitario europeo de defensa de la competencia resulta satisfactoria, si lo que se pretende con ella es englobar todas las manifestaciones de los vínculos contractuales no societarios cuya finalidad principal es la organización de los canales de distribución; esto es, si lo que se pretende es abarcar la totalidad del fenómeno de la distribución integrada contractualmente. Sin perjuicio de que la cuestión de si la adopción de un concepto más amplio de "acuerdos de distribución" es necesaria y/o conveniente se retome en un momento

Schutzrechten); BAEI/BELLIS: *Droit de la concurrence...*, cit., págs. 251-325, bajo el título "los derechos de propiedad industrial y comercial"; GAVALDA/PARLEANI: *Traité de Droit communautaire des affaires*, cit., núms. 893 a 978-4, págs. 665-710, bajo el título "los derechos de propiedad industrial e intelectual"; LYON-CAEN/VOGEL: *Droit commercial européen*, cit., núms. 660-674, págs. 532-547, bajo el título "el Derecho comunitario y sus relaciones con los Derechos de propiedad intelectual"; KORAH: *An Introductory Guide...*, cit., págs. 208-229, bajo el título "licencia de derechos de propiedad industrial y comercial"; ROSE: *Bellamy & Child...*, cit., núms. 8-001 a 8-177, págs. 489-587, bajo el título "derechos de propiedad industrial e intelectual"; RITTER/BRAUN/RAWLINSON: *EEC Competition Law...*, cit., págs. 453-559, bajo el título "derechos de propiedad industrial y licencia"; y WISH: *Competition Law*, cit., págs. 646-690, bajo el título "propiedad industrial e intelectual".

Señaladamente, esta materia no es objeto de tratamiento en GOYDER: *EC Distribution Law*, cit., ni en MARTINEK/SEMLER: *Handbuch des Vertriebsrechts*, cit.

Finalmente, entre nosotros, TOBÍO RIVAS: "Libro Verde...", cit., págs. 1032 y 1037, entiende justificada la exclusión del concepto de acuerdos de distribución, aunque no detalle las razones que motivan tal posición.

²⁷ En principio, queda excluida del ámbito de reflexión del LiV RV, toda "relación vertical en la licencia derechos sobre propiedad intelectual" —la expresión "propiedad intelectual" debe entenderse en su sentido anglosajón, comprensiva de propiedad industrial e intelectual—. Pero ello no es determinante, pues igualmente se excluyen del mismo la distribución en el sector de la automoción y la distribución a través de agentes comerciales (véase IBIDEM, núm. 5 y su nota 2, pág. 2; y cfr. IBIDEM, núm. 101 y su nota 22, pág. 37). Como apunta SCHROEDER: "The Green Paper...", cit., es posible que la Comisión CE no quiera tratar de estos acuerdos en el contexto del LiV RV, para evitar reabrir el debate que suscitó en su día la elaboración del Rgto. CE 240/96.

posterior²⁸, a la vista de lo hasta aquí expuesto pueden hacerse las siguientes consideraciones.

De una parte, y en el ámbito de los acuerdos verticales, parece claro que el concepto restringido adolece de una significativa carencia, si se atiende a la actual situación en el sector distributivo²⁹. El concepto restringido excluye las consecuencias para la libre competencia de la integración vertical ascendente del grupo de cuestiones que son objeto de tratamiento en el marco de los acuerdos de distribución, sin que éstas encuentren hoy por hoy la debida respuesta en otro marco problemático propio del Derecho comunitario de defensa de la competencia. Así, señaladamente, no puede entenderse que la antigua Comunicación sobre subcontratación de 1978 dé respuesta a las cuestiones que plantean los acuerdos de distribución integrada vertical ascendente. Pese al sentido ascendente de la integración que conforma el supuesto de hecho que determina el ámbito de aplicación de la presente comunicación, dicha integración se circunscribe única y exclusivamente a la industrial, sin que alcance el ámbito de la distribución, especialmente, de la gran distribución de bienes y/o servicios de consumo³⁰. Es decir, la Comunicación sobre subcontratación de 1978 no tiene por objeto las relaciones entre un productor y distribuidor, cuando este último, siendo el líder del canal de distribución, únicamente asume funciones de distribución con relación al bien o servicio, de manera que, si bien el distribuidor añade valor al producto, no interviene en la elaboración física, en su configuración intrínseca.³¹

Así, la relación contractual anterior no podría calificarse de

²⁸ Véase *supra*, epg. XVII. 1.

²⁹ Véase *supra*, epg. VI.

³⁰ Véase *supra*, epg. IV. 4. B.

³¹ Véase *supra*, epgs. IV. 1., IV. 2. y IV. 5.

"subcontrato" conforme a la Comunicación sobre subcontratación de 1978. Esta los define como "aquellos contratos, consecuencia o no de *pedidos de terceros*, en virtud de los cuales una empresa, el 'ordenante', encarga a otra, el 'subcontratista', según las directrices de aquélla, la fabricación de productos, la prestación de servicios o la ejecución de trabajos *destinados a ser entregados por el ordenante o cumplimentados por cuenta de éste*" (núm. 1, párr. 2, Comunicación sobre subcontratación de 1978)³². Es decir, el ordenante ha de ser también productor y el subcontratista pasa a ocupar el lugar que el ordenante ocupa en el proceso de producción-distribución, de manera que "no actúa como oferente independiente en el mercado" (núm. 2, párr. 1.º, guión 3.º, Comunicación sobre subcontratación de 1978). Con otras palabras, si la relación contractual en cuestión no se establece "entre productores" —es decir, el líder del canal ha de intervenir en la elaboración física del producto— de los mismos bienes o servicios, lo que habría, en terminología de la propia comunicación, sería un "pedido", y no una "orden".

Tal delimitación del supuesto de hecho contemplado por la Comunicación sobre subcontratación de 1978 resulta confirmada por el contenido de las cláusulas contractuales que son objeto de su consideración. Así, las denominadas "directrices del ordenante" no se refieren simplemente a las cantidades o calidades a producir por el subcontratista, sino que van más allá, y afectan al procedimiento de fabricación, materializándose en la puesta a disposición del subcontratista de conocimientos o equipos específicos por parte del ordenante, cuyo uso y transmisión puede limitar el ordenante sin infringir la prohibición contenida en el art. 85.1 TCE. En definitiva, el ordenante es un productor, incluso un productor más cualificado que el subcontratista. De hecho, cuando "el ordenante se limita a proporcionarle (al subcontratista) indicaciones de carácter general que no sirven más que para describir el pedido" (núm. 2, párr. 3.º, Comunicación sobre subcontratación de 1978), en este caso, no se justifican las restricciones de la competencia que implican estos contratos.

³² La cursiva es nuestra.

Otro dato más que apoya la apreciación del carácter limitado del ámbito de aplicación de esta comunicación, por ejemplo, es la total ausencia del tratamiento del fenómeno de las marcas de distribuidor³³ (cfr. núm. 4 Comunicación sobre subcontratación de 1978).

De otra parte, si para delimitar la noción amplia de acuerdo de distribución se atiende a la finalidad principal de los mismos, no es descartable que un acuerdo horizontal tenga por objeto, incluso por objeto principal, coordinar la distribución de determinado producto³⁴. En definitiva, se trata de estudiar determinados acuerdos de cooperación en el marco de los acuerdos de distribución; es decir, de superar la delimitación de los contratos de distribución como acuerdos verticales, para atraer hacia esta categoría aquellos acuerdos horizontales de función distributiva. O, cuando menos, de no perder de vista que la organización de los canales de distribución comercial también se articula, y, cada vez, con mayor importancia, mediante acuerdos horizontales.³⁵

De hecho, y al margen de que determinados acuerdos horizontales de distribución pueden carecer de efecto sensible y, por lo tanto, no incurrir en la prohibición establecida en el art. 85.1 TCE, o ser declarados exentos por su escasa importancia económica³⁶, la primi-

³³ Sobre las marcas de distribuidor, véase *supra*, epg. VI. 1. A.

³⁴ En este sentido, véanse, TOBÍO RIVAS: *La autorización de medidas...*, cit., págs. 137-164, y 295-308; y LYON-CAEN/VOGEL: *Droit commercial européen*, cit., págs. 463-465.

³⁵ Véase *supra*, epg. VI. 2.

³⁶ Los arts. 3.b) Rgto. CEE 1983/83 y 3.b) Rgto. CEE 1984/83 declaran exentos los acuerdos de distribución exclusiva y de aprovisionamiento exclusivo, respectivamente, no recíprocos entre competidores en los que una de las partes no alcance un volumen de negocios superior a 100 millones de ECU. Así lo recuerda la Comisión CE en LiV RV, núm. 277, págs. 89-90, a la par que solicita comentarios sobre si esta cifra se considera adecuada.

Por contra, el art. 5.a) Rgto. CEE 4087/88 excluye la exención por categorías de los acuerdos de franquicia, aunque sean no recíprocos, entre empresas competidoras.

genia pero todavía vigente Comunicación sobre cooperación de empresas de 1968 establece un marco para la integración, también entre competidores, de determinadas funciones de distribución comercial. No obstante, es cierto que aquellos acuerdos entre competidores considerados no restrictivos o "neutrales" desde el punto de vista de la competencia en esta comunicación –la Comisión CE da indicaciones sobre una serie de acuerdos que, al margen de si tienen o no un efecto sensible, no infringen el art. 85.1 TCE, sin que, por lo tanto, haya lugar a recurrir al mecanismo de la exención previsto en el art. 85.3 TCE– únicamente van a permitir la estructuración superficial del canal de distribución, pues aquellos que servirían para articular su estructura básica solamente se consideran no restrictivos cuando tienen lugar entre no competidores.³⁷

En la Comunicación sobre cooperación de empresas de 1968, la Comisión CE no considera restrictivos de la competencia acuerdos, tanto entre empresas no competidoras como entre empresas competidoras, que tengan por único objeto alguno de los que a continuación se enumeran. (a) La búsqueda de información no confidencial y la preparación de decisiones autónomas por parte de las empresas implicadas (sec. II, núm. 1, Comunicación sobre cooperación de empresas de 1968); para el Derecho comunitario de defensa de la competencia, estas informaciones –por ejemplo, estudios de mercado o estudios comparados de empresas y de sectores económicos– son neutras si se utilizan por las empresas implicadas para la adopción de decisiones autónomas e independientes; pero no lo son, si éstas limitan su libertad de actuación o coordinan su comportamiento en el mercado. (b) La cooperación en aspectos técnicos de la gestión de las empresas (sec. II, núm. 2, Comunicación sobre cooperación de empresas de

Igualmente sucede en el caso del Rgto. CE 1475/95, que en su art. 6.1.1) excluye la aplicación de la exención por categorías a los acuerdos en los que las partes u otras vinculadas a ellas sean fabricantes de automóviles.

Sobre la cuestión se volverá *infra*, epg. XVI. 3. B.

³⁷ Véase *supra*, epg. V. 5. A.

1968), como la contabilidad, la garantía de crédito, los cobros, el asesoramiento en materia de organización de empresas o en materia fiscal; no obstante, las oficinas comunes de cobro plantean reparos, en la medida en que puedan conducir a una fijación de precios por parte de las empresas implicadas. (c) Actividades de investigación y desarrollo (sec. II, núm. 3, Comunicación sobre cooperación de empresas de 1968) —sin embargo, la comunicación debe entenderse, cuando menos, corregida en este punto por lo dispuesto en el Reglamento (CEE) núm. 418/85 de la Comisión, de 19 de diciembre de 1984, relativo a la aplicación del apartado 3 del artículo 85 del Tratado a determinadas categorías de acuerdos de investigación y desarrollo³⁸ (en adelante, Rgto. CEE 418/85)—. Y (d) actividades de naturaleza puramente técnico-organizativa (sec. II, núm. 4, Comunicación sobre cooperación de empresas de 1968), concretamente la utilización en común de instalaciones y medios de producción, almacenaje o transporte, pero siempre que los acuerdos se ciñan al establecimiento de normas de organización y técnicas de utilización de dichos instalaciones y medios.

Especialmente se considera que no son restrictivas ciertas actividades que vinculan a competidores, pero que no afectan a su comportamiento competitivo ni a la posición de terceros en el mercado (sec. II, núms. 7-8, Comunicación sobre cooperación de empresas de 1968), como es el caso de la realización de publicidad en común o de la creación, por acuerdo de una pluralidad de empresas, de una marca de garantía (véase arts. 62-64 LM).

Por contra, los acuerdos que tienen por objeto, bien asociaciones temporales de trabajo, bien el servicio postventa, la reparación y, sobre todo, la venta en común —que es donde puede identificarse la función transaccional, que es la que determina la estructura básica del canal de distribución—, únicamente se consideran no restrictivas si vinculan a empresas no competidoras (sec. II, núms. 5-6, Comunicación sobre cooperación de empresas de 1968).

³⁸ ABIEG núm. L 53/5, de 22.2.1985; DOCE ed. especial en español 8/vol. 2, pág. 166.

Pero más señaladas resultan las modificaciones introducidas en el Reglamento (CEE) núm. 417/85 de la Comisión, de 19 de diciembre de 1984, relativo a la aplicación del apartado 3 del artículo 85 del Tratado a determinadas categorías de acuerdos de especialización³⁹ (en adelante, Rgto. CEE 417/85) y el Rgto. CEE 418/85 por el Reglamento (CEE) núm. 151/93 de la Comisión, de 23 de diciembre de 1992⁴⁰. Para facilitar tanto la racionalización de la fabricación operada por la especialización como la explotación de los resultados de la investigación común, el último de los reglamentos citados amplía el ámbito de exención conferida por los Rgtos. CEE 417/85 y 418/85 a la distribución en común de los productos especializados o que resulten de una cooperación en materia de investigación y desarrollo.

Así, puede acordarse: la distribución exclusiva de dichos productos por una de las partes del acuerdo o por una empresa común o una tercera empresa, siempre que ésta no distribuya productos fabricados por un tercero y que sean concurrentes con aquéllos –arts. 2.1, letras d) y e), Rgto. CEE 417/85 y 4.1, letras f.bis) y f.ter), Rgto. CEE 418/85–; y la distribución exclusiva, en la totalidad o en una parte del territorio del Mercado Unico, de los productos a que se refiere el acuerdo de especialización o de investigación y desarrollo por los contratantes o por empresas comunes o terceras empresas, siempre que, además de no fabricar ni distribuir productos concurrentes con éstos, los usuarios e intermediarios puedan obtener de otros suministradores los productos contemplados en el acuerdo –arts. 2.1, letras c) y f) Rgto. CEE 417/85, y 4.1. letra f. quater), Rgto. CEE 418/85–. Y ello, siempre que no se superen las limitaciones –generosas, por otra parte– establecidas en los

³⁹ ABIEG núm. L 53/1, de 22.2.1985; DOCE ed. especial en español 8/vol. 2, pág. 162.

⁴⁰ DOCE núm. L 21/8, de 29.1.1993. Por otra parte, y si bien ambas normas expiraron el 31 de diciembre de 1997 (arts. 10 Rgto. CEE 417/85 y 13 Rgto. CEE 418/85), han sido modificadas por el Reglamento (CE) núm. 2236/97 de la Comisión, de 10 de noviembre de 1997 (DOCE núm. L 306/12, de 11.11.1997), en este punto, que las prorroga hasta 31 de diciembre del 2000.

arts. 3, apdos. 1 y 2, Rgto. CEE 417/85 y 3.bis Rgto. CEE 418/85.⁴¹

Sin embargo, esta cuestión no debe confundirse con la necesidad de considerar las restricciones horizontales de la libre competencia a las que pueden dar lugar las redes de distribución comercial constituidas a partir de acuerdos verticales.

De ahí que sea criticable identificar acuerdo vertical con restricción vertical de la competencia. Una cosa es en qué etapa del proceso productivo-distributivo se encuentran las empresas que celebran los acuerdos, y otra distinta en que dimensión –horizontal o vertical– se va a producir la restricción de la libre competencia; un acuerdo vertical también puede dar lugar a un restricción horizontal, como se podrá comprobar tras el estudio que de la agencia sigue.⁴²

Para completar la delimitación de la categoría de los acuerdos de distribución en sentido restringido, procede ahora centrarse en el tratamiento que el contrato de agencia recibe en el Derecho comunitario europeo de defensa de la competencia.

⁴¹ Para una consideración de los aspectos distributivos que presentan los Rgto. CEE 417/85 y 418/85 desde la perspectiva de la distribución, véase FEDERLIN, C., en: MARTINEK/SEMLER: *Handbuch des Vertriebsrechts*, cit., § 32 núms. 78-108.

⁴² Sobre la cuestión se insistirá *infra*, epg. XIII.

X. 4. En particular, la consideración del contrato de agencia como acuerdo de distribución comercial en sentido restringido

Coherentemente con una delimitación funcional de la categoría dentro del paradigma de la integración vertical descendente, la cuestión de la inclusión del contrato de agencia entre los acuerdos de distribución se suscita por ser el primero funcionalmente análogo respecto de otros tipos de acuerdos de distribución, como puede ser el contrato de concesión o, en terminología de Derecho de defensa de la competencia, y sin que sean exactamente coincidentes, los acuerdos de distribución selectiva o exclusiva.⁴³

Si se parte de la base de que el art. 85 TCE prohíbe tanto los acuerdos horizontales como los acuerdos verticales restrictivos de la competencia⁴⁴, el planteamiento de esta cuestión se justifica por la constatación de que, *a priori*, el contrato entre el agente y su empresario es un acuerdo que, por su objeto o efectos, puede ser contrario a la prohibición comunitaria de conductas colusorias. La observación del clausulado habitual de dichos contratos —y más en el ámbito del Mercado Unico—, permite apreciar que éstos contienen cláusulas tales

⁴³ En este sentido, véase MARTÍNEZ SANZ: "Distribución a través de agentes...", cit., págs. 27-28; más tímidamente, SOLER MASOTA: "Los acuerdos de agencia...", cit., pág. 5316.

De hecho, la exclusión de los acuerdos de agencia del ámbito objetivo del LiV RV ha sido objeto de intensas críticas, ya no sólo desde el punto de vista conceptual, sino también por la necesidad de aclarar el tratamiento de estos contratos en el Derecho de defensa de la competencia; véase SCHROEDER: "The Green Paper...", cit., pág. 430; LUGARD, H. H. P.: "Vertical Restraints under EC Competition Law: A Horizontal Approach?", ECLR 1996 (3), pág. 174; FUENTES NUÑEZ, L.: "El futuro de la distribución comercial en Europa: el Libro Verde sobre Restricciones Verticales y el «nuevo enfoque de la Comisión»", RDN 1997 (79), pág. 8; y TOBÍO RIVAS: "El Libro Verde...", cit., págs. 1032-1033 y 1037.

⁴⁴ Así lo dejó sentado desde un primer momento el TJCE en su Sent. de 14.7.1966, As. 56 + 58/64 *Grundig/Consten*, Slg. 1966, págs. 321 y sigs.

como las relativas a la fijación de precios y otras condiciones con arreglo a las cuales el agente ha desarrollar su actividad de promoción y, en su caso, de conclusión de contratos; los pactos de delimitación territorial de la zona de actuación del agente, que generalmente se traducen en una zona de exclusiva, la prohibición de tratar con determinados clientes —por ejemplo, clientes institucionales—; las cláusulas de prohibición de competencia o las cláusulas que prohíben al agente actuar para otros empresarios. Todas ellas restringen claramente la libertad de competencia tanto de las partes como de los terceros, y presentan una elevada similitud con las que pueden detectarse en otros acuerdos de distribución.⁴⁵

Pues bien, el interés de la cuestión contrasta con la tradicional marginación de su tratamiento⁴⁶, situación que obedece a la igualmente tradicional exclusión del ámbito de aplicación del art. 85 TCE del

⁴⁵ Véanse MARTÍNEZ SANZ: "Distribución a través de agentes...", cit., pág. 36 —para una exposición más resumida, pero, no obstante, no tan completa como la contenida en el artículo citado, véase MARTÍNEZ SANZ: *La indemnización...*, cit., págs. 45-52—; y FERDERLIN, en: MARTINEK/SEMLER: *Handbuch des Vertriebsrechts*, cit., § 32 núms. 54 y 58.

⁴⁶ Para la doctrina española, véase *supra*, epg. VIII. 1. B. c.

Similar situación se da en el más amplio ámbito de la doctrina comunitaria. Así, no estudian la distribución mediante agentes en el marco de los acuerdos de distribución EMMERICH: *Kartellrecht*, cit., 7.ª ed., pág. 535; GAVALDA/PARLEANI: *Traité de Droit communautaire des affaires*, cit.; LYON-CAEN/VOGEL: *Droit commercial européen*, cit., núms. 481-483, págs. 357-360; y WISH: *Competition Law*, cit., págs. 554-555. Por contra, sí que lo hacen SCHRÖTER en: GROEBEN/THEISING/EHLERMANN: *Kommentar zum EWG-Vertrag*, cit., núms. 254-259; STOEPHASIUS, en: BUNTE: *Lange/Bunte Kommentar...*, cit., núms. 340-346, págs. 1632-1633; BAEL/BELLIS: *Droit de la concurrence...*, cit., págs. 156-160; KORAH: *An Introductory Guide...*, cit., págs. 187-188; ROSE: *Bellamy & Child...*, cit., núms. 7-004 a 7-010, págs. 388-392; RITTER/BRAUN/RAWLINSON: *EEC Competition Law...*, cit., págs. 207-209; WALLE/GREVEN: *Competition Law...*, cit., págs. 6-43 a 6-46; y GOYDER: *EC Distribution Law*, cit., págs. 171-178. No obstante, en este segundo grupo de autores, en la gran mayoría de los casos el estudio de la distribución mediante agentes se reduce únicamente la cuestión de la concurrencia del requisito de alteridad en este supuesto.

La Comisión CE mantiene una postura dudosa, pues parece que sí que considera el acuerdo de agencia como de distribución; no obstante, en LiV RV la excluye de su ámbito, con la advertencia de que es objeto de estudio separado (véase IBIDEM, núm. 5 y su nota 2, pág. 2).

contrato de agencia; exclusión de tal entidad que, a su vez, ha venido motivando la no inclusión de los contratos de agencia dentro de los acuerdos de distribución, pues al no poder ser origen de restricciones prohibidas de la libre competencia, se consideran irrelevantes para el Derecho de defensa de la competencia. Una exclusión que, sin embargo, se percibe como apriorística y llega a afirmarse que constituye un "tratamiento 'privilegiado'" que origina la "inmunidad" del contrato de agencia frente a la incidencia de la prohibición de prácticas colusorias.⁴⁷

Dicha exclusión se apoya en que en tales contratos no concurre uno de los elementos que conforman el supuesto de hecho de la prohibición contenida en el art. 85.1 TCE: la pluralidad de empresas⁴⁸. Es la ausencia de alteridad lo que hace que no se pueda dar un acuerdo en el sentido del art. 85 TCE. Por idéntico motivo, el estudio del contrato de agencia en el Derecho de defensa de la competencia se ha acometido desde los aledaños de los acuerdos de distribución, como una especie de "cuestión previa".⁴⁹

⁴⁷ Entre nosotros, véanse SOLER MASOTA: "Los acuerdos de agencia...", cit., pág. 5316; y MARTÍNEZ SANZ: "Distribución a través de agentes...", cit., pág. 36. Cfr. DOMÍNGUEZ GARCÍA: "Contratos de distribución...", cit., núm. 26, pág. 1288, quien niega la existencia de un privilegio, pues entiende que la exclusión es plenamente coherente.

⁴⁸ En principio, es la misma causa de exclusión que juega en el caso de las conductas entre sociedades pertenecientes a un mismo grupo, cuando los acuerdos de distribución son expresión de las relaciones entre empresas dominantes y controladas (integración corporativa); supuesto de exclusión que no está expresamente previsto en el TCE, sino que resulta de la jurisprudencia comunitaria, cuyo último hito lo constituye la Sent. del TJCE de 24.10.1996, As. C-73/95 P *Viho/Parker Pen*, Rec. 1996, págs. I-5482 y sigs. (véanse al respecto los comentarios de TREACY, P., y FEASTER, T.: "When Two Into One Go: Intra-group Agreements and Article 85[1]", *ELRev* 1997 [22], págs. 573-578; y el más extenso y sugerente de FLEISCHER, H.: "Konzerninterne Wettbewerbsbeschränkungen und Kartellverbot. Zugleich eine Besprechung der Viho/Parker Pen-Entscheidung des Europäischen Gerichtshofs", *AG* 1997 [11], págs. 491-502); mientras que en el Derecho español resultaría, *a sensu contrario*, de lo dispuesto en el art. 8 LDC.

No obstante, es éste un supuesto que no va a ser abordado, pues los sistemas corporativos de integración quedan excluidos del ámbito del estudio, que se concentra en los sistemas contractuales de integración.

⁴⁹ Así se expresa MARTÍNEZ SANZ: "Distribución a través de agentes...", cit., pág. 61.

Es cierto que la respuesta afirmativa o negativa a esta cuestión supone un primer paso para la aplicación del art. 85.1 TCE o cierra la posibilidad de que ésta se produzca, respectivamente. Pero ello no quiere decir que la concurrencia del requisito de la alteridad suponga la inmediata aplicación de la prohibición. Lo que sucede es que, si efectivamente se entiende que hay dos empresas, el tratamiento del acuerdo de agencia correrá parejo al de los restantes acuerdos de distribución.

Tampoco cabe insinuar que sea superfluo plantearse la cuestión de la existencia o inexistencia de la alteridad en el caso de los contratos de agencia porque en la mayoría de los casos no procederá aplicar el art. 85.1 TCE por falta de efecto sensible. En ningún caso sería de recibo solucionar la cuestión de la aplicación o inaplicación del art. 85 TCE a los contratos de agencia mediante el recurso a la concurrencia o no del efecto sensible, pues, si bien es éste un requisito del apdo. 1 que efectivamente debe darse para aplicar la prohibición, su constatación no condiciona la existencia o inexistencia de alteridad, y además dicha constatación se produce en un momento lógicamente posterior a la de la existencia o no de la alteridad.⁵⁰

Por último, en los términos que se plantea la cuestión, no cabe recurrir al mecanismo del reglamento de exención por categorías para resolverla, pues lo que sucede en este caso es que al no concurrir la alteridad no se da el supuesto de hecho del art. 85.1 TCE; y conforme al art. 85.3 TCE, los reglamentos únicamente puede declarar exentas categorías de prácticas que incurren en la prohibición del art. 85.1 TCE; es decir, para poder declarar exenta una práctica, sea singularmente o por categorías, es presupuesto que el acuerdo o la categoría de acuerdos estén efectivamente prohibidos. La imposibilidad de resolver la indeterminación que genera la comunicación, considerada como norma, mediante un reglamento de exención por categorías no tiene su origen

⁵⁰ Cfr. MARTÍNEZ SANZ: "Distribución a través de agentes...", cit., pág. 39, quien se refiere al efecto sensible también como efecto "apreciable". Véase *infra*, epg. XVI. 3.

en el ámbito de la habilitación conferida a la Comisión CE por el Rgto. CEE 19/65, sino en la propia naturaleza de la causa que determina la no aplicación del art. 85 TCE a los contratos de agencia, y que se resuelve en el ámbito su apdo. 1, donde nunca puede entrar –al menos, con carácter vinculante– un reglamento de exención por categorías.⁵¹

Sin embargo, este tratamiento –que es el mismo que se dispensa a la cuestión en el Derecho español de defensa de la competencia⁵²– no es satisfactorio. En primer lugar, porque la delimitación que del contrato de agencia hace el Derecho comunitario de defensa de la competencia no coincide exactamente con la que hace el Derecho de obligaciones y contratos, de manera que pueden existir supuestos de contrato de agencia que lo sean para el Derecho de obligaciones y contratos, pero que no lo sean para el Derecho de defensa de la competencia⁵³. Pero es que, además, incluso delimitado el contrato de agencia conforme al concepto propio del Derecho de obligaciones y contratos, hay supuestos en los que el (auténtico) agente es –a los efectos del art. 85 TCE– "comerciante independiente", con lo que concurre la alteridad requerida para la aplicación de la prohibición. De ahí que la pretendida tradicional exclusión sistemática pueda ponerse en duda, y con ello, lo inadecuado de no incluir el contrato de agencia en la categoría de los acuerdos de distribución, puesto que ni la calificación del vínculo contractual es siempre uniforme, ni el hecho de que efectivamente se califique el contrato como contrato de agencia desde el Derecho de defensa de la competencia va a ser en todo caso un obstáculo para entrar a enjuiciar la validez o invalidez de las cláusulas que tengan por objeto o de las que

⁵¹ Cfr. MARTÍNEZ SANZ: "Distribución a través de agentes...", cit., págs. 36-37; igualmente criticable es hacer idéntica sugerencia referida al art. 1 LDC (cfr. IBIDEM, págs. 41-42).

⁵² Véase COSTAS COMESAÑA, J.: *Los cárteles de crisis. Crisis económica y defensa de la competencia*, Col. Monografías Jurídicas, Marcial Pons, 1997, págs. 45-46.

⁵³ Señaladamente, la que hace la Directiva CEE 86/653, que en España ha sido introducida por la LCA.

resulten restricciones de la competencia.

Procede pues estudiar a continuación esta doble cuestión: cuándo existe contrato de agencia para el Derecho de defensa de la competencia y cuándo concurre el requisito de la alteridad en el marco de un contrato de agencia. Además, su consideración va a permitir asentar la distinción trazada entre la actividad de promoción y la de transmisión, distinción que, como claramente se podrá apreciar, también es de gran relevancia para el Derecho de defensa de la competencia.

El punto de partida lo facilita la Comunicación sobre agentes de 1962. En ella se consideran contratos de "agencia comercial" los de agencia propiamente dichos y otras figuras análogas —como sería el tipo de la comisión-agencia alemana⁵⁴—: en cualquier caso, lo determinante es que el agente no puede actuar por cuenta propia en el desarrollo de la actividad de transmisión. Esto último se equipara al ejercicio de una actividad de "comerciante independiente". Más precisamente, y fruto de una interpretación teleológica, no se está ante un contrato de agencia comercial si concurre un "acuerdo, expreso o tácito, relativo a la asunción de los riesgos vinculados a la venta o a la ejecución del contrato" por parte del agente. En definitiva, el agente, para ser considerado como tal a los efectos del art. 85 TCE, no debe asumir riesgo alguno proveniente de la actividad de transmisión⁵⁵. Así, en la Comunicación sobre agentes de 1962 se entiende —con carácter ejemplificativo y no exhaustivo— que se está ante un comerciante independiente cuando el supuesto agente mantiene en propiedad existencias considerables del producto objeto del contrato —en este caso, tampoco sería agente para el Derecho de obligaciones y contratos, pues adquiere los bienes objeto de su actividad promocional que posterior-

⁵⁴ Véase *supra*, epg IX. 4.

⁵⁵ Y ello, al margen de la "garantía usual dada para el cumplimiento del contrato" (en la versión alemana, *üblichen Delcredere-Haftung*), posibilidad prevista en el art. 19 LCA.

mente transmitirá—, cuando el presunto agente determina o puede determinar los precios o las condiciones de la transmisión —facultades que constituyen, más bien, un indicio de la concurrencia del anterior supuesto— y, por último, cuando éste deba organizar, mantener o garantizar o, de hecho, organice, mantenga o garantice a su costa un servicio al cliente importante y gratuito (núm. I Comunicación sobre agentes de 1962). Ciertamente, a diferencia de los dos ejemplos anteriores, nada impide en este último supuesto calificar el contrato de agencia desde el Derecho de obligaciones y contratos.

Hechas estas manifestaciones, y centrada en los contratos de representación (en sentido económico) exclusiva —que es la cuestión que la Comisión CE persigue resolver—, la Comunicación sobre agentes de 1962 distingue entre el mercado de transacciones del producto objeto de distribución y el de los servicios de agencia. Así, en atención al primero, si el intermediario tiene la condición de agente comercial tal y como se ha delimitado anteriormente, no hay restricción de la competencia, dado el carácter auxiliar de la función del agente con respecto de la transmisión de los productos objeto de promoción (núm. II, párrs. 1-3, Comunicación sobre agentes de 1962). En cuanto al segundo, la celebración de contratos de agencia en exclusiva limitados en el tiempo no constituye una restricción de la competencia, puesto que es inmanente al contrato de agencia: "..., la Comisión entiende estas restricciones como una consecuencia de la obligación particular de defensa recíproca de los intereses (en la versión alemana, *gegenseitige Interessenwahrungspflicht*), que existe entre el agente comercial y su empresario" (núm. II, párr. 4, Comunicación sobre agentes de 1962). Pero tiene que ser un contrato de duración determinada.

De manera que la Comisión CE considera que el agente deja de serlo cuando asume riesgos económicos al prestar por su cuenta un servicio importante y gratuito al cliente, además de cuestionar la

inocuidad de los contratos de agencia celebrados por tiempo indefinido. Pero ninguno de ambos datos alteran, de concurrir en un contrato de agencia, su calificación como tal para el Derecho de obligaciones y contratos (*ex art. 1 LCA*).

Al margen de la necesidad de limitar en el tiempo los acuerdos de distribución en general —medida que busca evitar que sus potenciales efectos nocivos se prolonguen excesivamente en el tiempo—, se constata cómo el Derecho de defensa de la competencia atiende efectivamente, en última instancia, a la asunción del riesgo económico —y no sólo el inherente al flujo de transmisión, sino al propio de las actividades asistenciales que el agente pueda asumir—, como criterio determinante de la existencia o inexistencia de un contrato de agencia auténtico, lo que equivale a decir si existe o no una dualidad de empresas: si el agente no asume dicho riesgo económico, entonces no hay más que una empresa para el Derecho de defensa de la competencia.

Pero téngase presente que no por ello se desnaturaliza el contrato de agencia para el Derecho de obligaciones y contratos; es decir, no por ello deja el agente de ser empresa —"comerciante"— para el Derecho de obligaciones y contratos⁵⁶. No se deben confundir los planos del Derecho mercantil de obligaciones y contratos y del Derecho de defensa de la competencia: la noción de empresa está llamada a cumplir diferentes funciones y no tiene porqué ser única⁵⁷. En primer lugar, la noción de empresa en el Derecho de defensa de la competencia es una

⁵⁶ No parece de recibo identificar, como hace MARTÍNEZ SANZ: "Distribución a través de agentes...", cit., pág. 62, el "plano jurídico-sustantivo" únicamente con el plano del Derecho mercantil de obligaciones y contratos, en cuyo seno se ha acuñado el concepto de "empresario" o "comerciante". El Derecho de defensa de la competencia no es un Derecho adjetivo, sino que tiene una sustantividad propia y distinta a la del Derecho mercantil de obligaciones y contratos —en definitiva, a la del Derecho mercantil tradicional—.

⁵⁷ Ello, sin perjuicio de que, en un futuro, pueda llegar a serlo (véase *supra*, epg. VII. 2.).

noción funcional, y no presupone necesariamente la condición de "comerciante". A los efectos del art. 85 TCE, por empresa debe entenderse toda unidad que realiza un actividad económica, es decir, todo operador económico que de un modo independiente realiza una actividad dirigida a la producción y/o distribución de bienes y/o servicios⁵⁸. Por contra, ni la forma jurídica, ni la forma de su financiación, ni la presencia o ausencia del ánimo de lucro, de la habitualidad en el ejercicio del comercio o de la organización en forma de empresa, son elementos que deben de concurrir para entender que se está ante una empresa en el marco de la prohibición comunitaria de conductas colusorias –así, en el Derecho español, y de momento, los profesionales liberales son "empresas" para el Derecho de defensa de la competencia y no lo son para el Derecho de obligaciones y contratos—. En segundo lugar, y profundizando en la idea anterior, porque la cuestión a resolver no es si el agente puede ser considerado empresa desde el punto de vista organizativo y con carácter absoluto, sino desde el punto de vista económico y con carácter relativo: es decir, para el Derecho de defensa de la competencia no se trata de saber si el agente es esencialmente independiente y por lo tanto "comerciante", sino si ese agente es, en el marco del mercado del producto objeto de distribución, una agente económico independiente y, por lo tanto, una empresa distinta de la de su principal.⁵⁹

⁵⁸ Por todos, véase EMMERICH: *Kartellrecht*, cit., 7.^a ed., págs. 523-526.

⁵⁹ Cfr. LLOBREGAT HURTADO: *El contrato de agencia mercantil...*, cit., págs. 69-70, quien, al margen de la insuficiente documentación de su exposición –pues no se hace eco ni los posteriores desarrollos jurisprudenciales ni del debate en torno a la Propuesta de comunicación de 1990–, realiza un desarrollo muy criticable, consecuencia de mezclar ambos planos. Cfr. también MARTÍNEZ SANZ: "Distribución a través de agentes...", cit., págs. 61-63, quien llega a hablar incluso de una suerte de "teoría de la 'relativización' de la condición de empresa" para explicar la no equivalencia del concepto en el Derecho de obligaciones y contratos y en el Derecho de defensa de la competencia. Esta afirmación, no obstante, corre pareja a la predicción sobre la "vulgarización o generalización" de la empresa realizada *supra*, epg. VII. 2.

Es decir, a modo de síntesis de la percepción que de la figura del agente tienen tanto el Derecho de obligaciones y contratos como el Derecho de defensa de la competencia, podría afirmarse que el agente se encuentra, en el ámbito del mercado del producto que es objeto de su actividad de promoción, en situación de independencia organizativa o ejecutiva, pero de dependencia económica⁶⁰. Por lo tanto, no cabe equiparar la nota definitoria de la independencia expresada en los arts. 1 y 2 LCA con la de la "no independencia" del agente respecto de su empresario en el ámbito del art. 85 TCE y del art. 1 LDC, pues se refieren a planos distintos: el organizativo y el económico, respectivamente. Con otras palabras, no se puede situar en un mismo plano cuestiones que responden a problemas distintos: de una parte, la delimitación de la relación de agencia frente a la relación laboral y de la mercantilidad o no del contrato de agencia y, de otra, la consideración de la actividad del agente desde el punto de vista del Derecho de defensa de la competencia como actividad "dependiente" de la de su empresario.

Esta idea se veía más claramente reflejada en la propuesta de la Comisión de una Directiva del Consejo para la Coordinación de los Derechos de los Estados Miembros aplicable a los agentes comerciales (independientes), presentada el 17 de diciembre de 1976⁶¹, que, en su art. 5.2.e) decía así:

"Sin perjuicio y en el marco de su obligación general según el párrafo 1 (que establecía la obligación de actuar conforme a las exigencias de la buena fe y con la diligencia de un ordenado comerciante), el agente comercial asume en especial las siguientes

⁶⁰ Cfr. LLOBREGAT HURTADO: *El contrato de agencia mercantil...*, cit., pág. 59, quien sostiene la independencia del agente en ambos frentes.

⁶¹ ABIEG núm. C 13/2, de 18.1.1977; se maneja la versión del ABIEG núm. C 56/5, de 2.3.1979, donde aparece publicada, asimismo, la propuesta modificada de la Directiva CEE 86/653.

obligaciones: [...] e) Ha de someterse a las instrucciones impartidas por el empresario relativas al objeto, en la medida en que éstas no afecten al núcleo de su independencia; en el resto organizará su actividad libremente y determinará su tiempo de trabajo".

Esta mención se mantiene en la propuesta modificada presentada el 29 de enero de 1979, art. 5.2.f), si bien se suprime el último inciso, que, no obstante, tiene carácter reiterativo, pues brinda una delimitación negativa concurrente. Sin embargo, dicha mención desaparece definitivamente en el art. 3.2.c) de la Directiva CEE 86/653, donde simplemente se dice que el agente deberá "ajustarse a las instrucciones razonables que le haya dado el empresario".

No obstante, puede seguir argumentándose que la obligación de someterse a las instrucciones del empresario es expresión de la situación de dependencia económica en la que se encuentra el agente. Por lo tanto, las instrucciones razonables serían aquellas derivadas de la situación de dependencia económica, es decir, exclusivamente aquellas relacionadas con el producto que constituya el objeto de la actividad de promoción, y que son básicas o esenciales para que funcione el sistema de distribución. Pero, de otra parte, el agente goza de absoluta independencia para organizar su tiempo o contratar personal; tiene, en definitiva, una organización autónoma (véase art. 2.2 LCA).

Y para determinar la situación de dependencia económica se atiende, en principio, a la no asunción del riesgo económico de la actividad de transmisión⁶². Parece discutible que la prestación de servicios a los clientes suponga asunción de riesgos económicos de la actividad de transmisión; más bien debería entenderse que son los riesgos económicos propios de las actividades asistenciales —que son distintos de los riesgos del flujo de titularidad—, por lo que no constituye un ejemplo válido de asunción del riesgo económico en los términos en

⁶² Así, véase MARTÍNEZ SÁNZ: "Distribución a través de agentes...", cit., pág. 47, quien se refiere a la asunción del riesgo del contrato final, de la venta.

los que previamente ha establecido por la propia Comunicación sobre agentes de 1962.

Así, LLOBREGAT HURTADO⁶³ dice que "[e]l hecho de que el mediador asuma el riesgo de las operaciones —o de que lo comparta con el empresario principal— parece ser en todo caso un elemento decisivo a la hora de acreditar el nacimiento de *la titularidad de un poder de organización autónoma*. La presencia de esta organización autónoma se pondrá ordinariamente de relieve cuando el agente asuma de forma directa y personal frente a terceros el riesgo de las operaciones concertadas...". Una argumentación de este tenor no es convincente, pues el poder de organización autónoma no deriva de la asunción de riesgos propios de la operación de transmisión: se mezcla el dato que revela la existencia o inexistencia de una situación de dependencia económica —la asunción de los riesgos propios de la actividad de transmisión— con la independencia organizativa. Es más, si se da la asunción de estos riesgos, lo que procede es plantearse si estamos ante un agente o ante otro intermediario mercantil, pero no si por ello es organizativamente más o menos independiente. Mezcla, en definitiva, dos cosas que son distintas: las nociones de "empresa" —en su percepción desde el Derecho de defensa de la competencia— con las de "empresario" o "comerciante". En realidad, la condición de empresario o comerciante se fundamenta en la asunción de los riesgos propios de la actividad que realiza por cuenta propia: de la actividad de promoción.

Este modo de proceder corrobora la necesidad de disociar la actividad de promoción de la actividad de transmisión también en el ámbito del Derecho de defensa de la competencia. Es decir, si se sostiene que existe una identidad funcional entre el contrato de agencia y los restantes acuerdos de distribución, desde el Derecho de defensa de la competencia resulta igualmente evidente que dicha identidad no descansa sobre la actividad de transmisión —pues es precisamente lo que

⁶³ LLOBREGAT HURTADO: *El contrato de agencia mercantil...*, cit., págs. 61-62.

permite diferenciar la agencia de los restantes acuerdos de distribución—, sino sobre la actividad de promoción, noción que supera la de la mera colaboración, por de ser expresión de la integración comercial, y que tiene su expresión jurídica —también para el Derecho de defensa de la competencia comunitario— en esa obligación de defensa recíproca de los intereses que surge entre productor e intermediario. En conclusión, la línea divisoria entre la agencia y los restantes contratos de distribución es trazada por la asunción o no de los riesgos propios de la actividad de transmisión por el intermediario, mientras que la asunción por parte del intermediario de los riesgos propios de la actividad de promoción es común a todos los contratos de distribución.

Pero este cuadro debe completarse con los posteriores pronunciamientos de la Comisión CE y la jurisprudencia del TJCE en la materia, que han superado los contenidos de la Comunicación sobre agentes de 1962. No obstante, y pese a los intentos de actualizarla —señaladamente, existió una Propuesta de comunicación en 1990⁶⁴ (en adelante, Propuesta de comunicación de 1990)—, la Comunicación sobre agentes de 1962 todavía no ha sido objeto de modificación. Y ello obedece, no tanto a los contornos poco claros de la integración como criterio calificador, sino a que la solución al problema no radica en dicho criterio.

La pretendida actualización gira en torno a la necesidad de dar

⁶⁴ Propuesta de comunicación de 1990 no publicada, Ref. IV/484/90-DE. Se trata de un documento interno de trabajo de la Comisión que no ha sido objeto de difusión; una síntesis de su contenido puede obtenerse en MARTÍNEZ SÁNZ: "Distribución a través de agentes...", cit., págs. 69-71; y en ULMER, P., y HABERSACK, M.: "Zur Beurteilung des Handelsvertreter- und Kommissionsagenturvertriebs nach Art. 85 Abs. 1 EGV", ZHR 1995 (159), págs. 118-119.

No obstante, dicha Propuesta ha sido retirada por la Comisión CE, y ya no sintetiza su posición en la cuestión, como informó, a solicitud nuestra, la DG IV a través del Centro de Documentación Europea de Zaragoza con fecha 12 de marzo de 1998. Cfr. SCHROEDER: "The Green Paper...", cit., pág. 430, quien informa, también tras consultar con la DG IV, de que "la nueva propuesta está viva y en desarrollo".

adecuado tratamiento a dos supuestos críticos: el del "agente de doble condición" (*Vertreter mit Doppelprägung*), que es aquel que no sólo presta sus servicios en condición de tal, sino también como revendedor, y, sobre todo, el del "agente multilateral" (*Mehrfirmenvertreter*), que es aquel que actúa por cuenta de varios empresarios. Y tanto en uno como en otro caso —que además pueden combinarse—, la actividad del agente tiene por objeto productos concurrentes. A causa de estos supuestos, parece que "el criterio de naturaleza jurídico-funcional relativo a la división de riesgos entre el agente y su empresario perfilado en la Comunicación [sobre agentes de 1962] es marginado por el TJCE, en beneficio de un parámetro de naturaleza exclusivamente económica, a saber, la inmunidad del agente frente a la norma prohibitiva deriva de su «integración» en la empresa de su principal"⁶⁵. Pero no es que se abandone el criterio de la asunción del riesgo financiero de la actividad de transmisión⁶⁶. Lo que sucede es que este criterio, el de la Comunicación sobre agentes de 1962, está contemplando un solo supuesto, el del agente unilateral en exclusiva. El único propósito de la Comisión CE en dicha Comunicación es diferenciar este supuesto del no-agente, del falso agente exclusivo. Por contra, lo que el TJCE y la Comisión CE —también en la Propuesta de comunicación de 1990— tratan de resolver son supuestos distintos, a saber, los de los agentes de doble condición y los agentes multilaterales; supuestos en los que, pese a tratarse de verdaderos agentes, las circunstancias en las que desarrollan su actividad afectan a la competencia en el mercado del producto.⁶⁷

⁶⁵ SOLER MASOTA, P.: "Los acuerdos de agencia...", cit., pág. 5314.

⁶⁶ Así, en la Dec. de la Comisión CE 88/84/CEE, de 22.12.1987, As. *ARG/Unipart*, DOCE núm. L 78/34, de 18.2.1988; o en la Dec. de la Comisión CE 92/521/CEE, de 27.10.1992, As. *Campeonato del Mundo 1990*, DOCE núm. L 326/3 de 12.11.1992; véanse SOLER MASOTA: "Los acuerdos de agencia...", cit., págs. 5323-5324; y FEDERLIN, en: MARTINEK/SEMLER: *Handbuch des Vertriebsrecht*, cit., § 32, núm. 69.

⁶⁷ Como, por otra parte, lo indica la propia SOLER MASOTA: "Los acuerdos de agencia...", cit., pág. 5323.

De los dos supuestos no previstos en la Comunicación sobre agentes de 1962, las decisiones de la Comisión CE en la materia únicamente se han enfrentado con el de los agentes de doble condición⁶⁸, a quienes, en principio, se ha negado la consideración de agentes por el bajo grado de integración en la organización distributiva del productor; es decir, en atención a su integración tan sólo parcial en la empresa del principal, pues al tiempo y para la misma mercancía, actuaban como revendedores. El TJCE ha profundizado en esta línea argumental. Así, en el *As. Suiker Unie*⁶⁹ confirma el proceder de la Comisión CE y entiende que el intermediario no puede ser considerado como órgano auxiliar cuando éste es una casa comercial importante que, paralelamente a las actividades de distribución en calidad de comitente, se entrega, en tanto que comerciante independiente, a transacciones de una amplitud considerable sobre el mercado del producto que se trate⁷⁰. No obstante, a idéntica conclusión se podría llegar acudiendo al criterio de la independencia económica establecido en la Comunicación sobre agentes de 1962, por la prevalencia de la actividad de revendedor frente a la actividad de agencia que se daba en estos casos⁷¹. Pero la verdadera piedra de toque de la aplicación de la integración como criterio dirimente es el segundo de los supuestos críticos, el del agente multilate-

⁶⁸ Destacan, de entre ellas, las Decs. de la Comisión CE 72/403/CEE, de 23.11.1972, *As. Pittsburgh Corning Europe*, ABIEG núm. L 272/35, de 5.12.1972; y 73/109/CEE, de 2.1.1973, *As. Azúcar*, ABIEG núm. L 140/7, 26.5.1973; véanse SOLER MASOTA: "Los acuerdos de agencia...", cit., pág. 5323; y FEDERLIN, en: MARTINEK/SEMLER: *Handbuch des Vertriebsrecht*, cit., § 32 núms. 64-68.

⁶⁹ Sent. del TJCE de 16.12.1975, *As. 40 + 48 + 50 + 111 + 113 + 114/73*, Slg. 1975, pág. 1366 y sigs.

⁷⁰ Véase FERNÁNDEZ DE LA GÁNDARA, F., y CALVO CARAVACA, A.-L.: *Derecho Mercantil Internacional*, 2.^a ed., revisada y puesta al día, Tecnos, Madrid, 1995, pág. 281 —una versión previa del cap. IV de la obra anteriormente citada puede leerse en: CALVO CARAVACA, A. L., y FERNÁNDEZ DE LA GÁNDARA, L.: "Política y Derecho de la competencia en el C.E.E.: una aproximación" RGD 1993 (583), págs. 3379-3447—.

⁷¹ Así parecen entenderlo FERNÁNDEZ DE LA GÁNDARA/CALVO: *Derecho Mercantil Internacional*, cit., pág. 281; y DOMÍNGUEZ GARCÍA: "Los contratos...", cit., núms. 26-27, págs. 1287-1289.

ral.

El TJCE ya apunta en el As. *Binon*⁷² que la representación de varias empresas competidoras por un solo agente puede ocultar un comportamiento colusorio entre fabricantes, y que resulta difícil admitir que sea agente quien actúa por cuenta de un número muy considerable de comitentes, sean o no competidores entre sí⁷³. Pero es en el As. *Vlaamse Reisbureaus*⁷⁴ donde se da un supuesto de agente multilateral paradigmático. En este caso, la legislación de un Estado miembro autorizaba determinados acuerdos entre agencias de viajes y organizadores de viajes (o tour-operadores), cuyo objeto era imponer a los primeros la observancia de los precios de venta de viajes fijados por los segundos. En este contexto, se da la siguiente situación: los agentes venden viajes organizados por un número muy elevado de tour-operadores, y, por otra parte, los tour-operadores venden sus viajes a través de un número elevado de agentes. Pues bien, el TJCE considera que, en atención a la situación arriba descrita y pese a tratarse de verdaderos agentes –pues la agencia de viajes no celebra con sus clientes contratos en nombre propio, sino en nombre y por cuenta del tour-operador que organiza el viaje⁷⁵–, éstos han de ser considerados como intermediarios independientes que ejercen una actividad autónoma de prestación de servicios, y no se pueden considerar órgano

⁷² Sent. del TJCE de 3.7.1985, As. 243/83, Slg. 1985, págs. 2015 y sigs.

⁷³ Véase FERNÁNDEZ DE LA GÁNDARA/CALVO: *Derecho Mercantil Internacional*, cit., págs. 281-282.

⁷⁴ Sent. del TJCE de 1.10.1987, As. 311/85, Rec. 1987, págs. 3801 y sigs. La jurisprudencia sentada en esta sentencia no ha sido ni rebatida ni confirmada en la Sent. del TPI de 6.6.1995, As. T-14/93 *UFI vs. Comisión*, Rec. 1995, pág. II-1502 y sigs., en especial, núms. 36-39, págs. II-1522 a II-1523, con lo que la cuestión continua abierta.

⁷⁵ No cabe poner en duda que esto sea así, como pretende hacer MARTÍNEZ SANZ: "Distribución a través de agentes...", cit., págs. 68-69; precisamente ahí está el quid de la cuestión, porque si no estaríamos ante un supuesto de agente falso, que se resuelve conforme al criterio establecido en la Comunicación sobre agentes de 1962.

auxiliar integrado en la empresa de tal o cual tour-operador.⁷⁶

La Propuesta de comunicación de 1990, que tenía como causa la calificación conforme al Derecho de defensa de la competencia de los supuestos de agencia multilateral y la intermediación en los servicios realizada por el TJCE en la anterior sentencia, distinguía, en primer lugar, entre agentes auténticos y falsos (*echte und unechte Handelsvertreter*) –o "puros" e "impuros", respectivamente, en la terminología de SOLER MASOTA–. Y dentro de los agentes auténticos, la Comisión CE, conforme a la "teoría de la integración" elaborada por del TJCE, diferenciaba entre agentes integrados y no integrados (*eingebundenen und nicht eingebundenen Handelsvertreter*). De manera que únicamente en el caso de los agentes auténticos e integrados se entendía que nunca concurría el requisito de alteridad exigido por la prohibición del art. 85.1 TCE. Por contra, un agente auténtico que desarrolla otras actividades negociales –al margen, por lo tanto, del supuesto del agente exclusivo (*Einfirmenvertreter*), que, si es auténtico, es siempre integrado– se consideraba integrado siempre que sus otras actividades no superasen las 2/3 partes de la actividad total del agente –este porcentaje se aminoraba cuando se trataba de un agente de grandes dimensiones–; y, cumulativamente, siempre que esas otras actividades no colisionasen con el deber de fidelidad frente al empresario, es decir, no consistiesen en la promoción de productos competidores.⁷⁷

En nuestra doctrina, los autores que han estudiado la cuestión llegan a conclusiones muy parecidas: rechazan la consistencia de la "teoría de la integración" como criterio dirimente válido⁷⁸, para

⁷⁶ Sent. del TJCE en As. *Vaalmse Reisbureaus*, cit., págs. 3828, núms. 19-20.

⁷⁷ Véanse ULMER/HABERSACK: "Zur Beurteilung...", cit., pág. 118; MARTÍNEZ SÁNZ: "Distribución a través de agentes...", cit., pág. 70; y SOLER MASOTA: "Los acuerdos de agencia...", cit., pág. 5324.

⁷⁸ SOLER MASOTA: "Los acuerdos de agencia...", cit., pág. 5331, llega incluso a decir que se trata de un "error" del TJCE.

mantener en toda su vigencia el criterio de la asunción de los riesgos financieros ligados al desarrollo de la actividad de transmisión. Así, al margen de las consideraciones que merezca las relaciones de carácter horizontal entre agentes y por lo que a la relación vertical entre agente y principal se refiere, SOLER MASOTA acude al criterio de la división de los riesgos y entiende que se trata de determinar si el contrato de agencia es puro o impuro; y en el primer caso, es decir, en el caso de que la relación sea efectivamente de agencia, "habrá que sopesar hasta qué punto determinadas restricciones (especialmente, la prohibición de competencia y el reparto geográfico del mercado), son o no una restricción inmanente o necesaria para la institución"⁷⁹. Por su parte MARTÍNEZ SANZ sostiene que hay que diferenciar el "mercado relevante" en el que están llamadas a producir sus efectos las restricciones; si se trata del "mercado de productos", los pactos restrictivos son inatacables si la distribución de riesgos obedece a lo que puede considerarse normal en un contrato de agencia; o, dicho de otro modo, si se está ante un verdadero contrato de agencia; si se trata del "mercado para hacerse con los servicios de intermediación del agente", los pactos restrictivos quedan prohibidos salvo que se revelen imprescindibles para mantener la funcionalidad de instituciones previstas por el ordenamiento, es decir, salvo que "sean 'inmanentes' y, por tanto, lícitas".⁸⁰

Por su parte, DOMÍNGUEZ GARCÍA llega a idéntica conclusión, pero por distinta vía: entiende que tal distinción es congruente con la autonomía de la actividad de promoción y con la heteronimia de la eventual intervención en las operaciones de reventa.⁸¹

⁷⁹ SOLER MASOTA: "Los acuerdos de agencia...", cit., pág. 5337.

⁸⁰ MARTÍNEZ SANZ: "Distribución a través de agentes...", cit., págs. 77-78.

⁸¹ Véase DOMÍNGUEZ GARCÍA: "Los contratos...", cit., núms. 26-27, págs. 1287-1289, y núm. 183, págs. 1347-1348. Por ello, afirma este autor, al agente sólo se le considera empresa en el marco de los mercados objetivos relevantes de la prestación de servicios de agencia, o, lo que es lo mismo, en el ámbito del mercado de los servicios de promoción de

De las anteriores conclusiones, en primer lugar, llama la atención la confusión entre los conceptos de las restricciones accesorias (*ancillary restrains*) y las restricciones que podríamos calificar de "inmanentes", que son expresión de la teoría de la inmanencia (*Immanenztheorie*)⁸². Si bien se trata de técnicas de reducción teleológica de la prohibición de conductas colusorias que presentan una apariencia externa muy similar, no son dos recursos idénticos, pues su fundamentación es divergente: las restricciones accesorias no encuentran su justificación última en una tipificación del ordenamiento (contractual) positivo, que es en lo que descansa lo "inmanente", sino en una ponderación económica, pues son expresión de la regla de razón. En definitiva, las restricciones inmanentes resultan de la articulación ideal y abstracta que hace el legislador al regular un concreto contrato, mientras que las restricciones accesorias son fruto del balance competencial realizado en el caso concreto; si bien ambas restricciones presentan identidad en su consideración como instrumento, no la tienen en su consideración como criterio.⁸³

En todo caso, si se opina que se trata de restricciones inmanentes, cabría entonces plantearse si únicamente podría aplicarse dicha teoría en

las operaciones de venta; pero no es empresa en el mercado de la distribución o reventa de los productos contractuales. Como ya se ha explicado anteriormente, esta postura no parece acertada: no es que no se le considere empresa en términos absolutos, sino relativos: no es otra empresa distinta de la de su empresario. Termina concluyendo que los supuestos de agencia cubiertos por la prohibición de prácticas restrictivas son supuestos desnaturalizados. Pero debe señalarse que este autor no se enfrenta al supuesto del agente multilateral.

⁸² Así, expresamente MARTÍNEZ SANZ: "Distribución a través de agentes...", cit., pág. 43; tácitamente, SOLER MASOTA: "Los acuerdos de agencia...", cit., pág. 5337.

⁸³ Véase, al respecto, *infra*, epg. XVI. 6. Es más, sorprende que MARTÍNEZ SANZ: "Distribución a través de agentes...", cit., págs. 43-46, acuda a la solución de las restricciones inmanentes cuando parece que el propio autor aboga por la prevalencia de la normativa concurrencial frente a la de obligaciones y contratos. SOLER MASOTA: "Los acuerdos de agencia...", cit., pág. 5337, al aludir a la necesidad de "sopesar", parece que está más próxima a la comprensión de las restricciones como accesorias que como inmanentes.

el seno del Derecho comunitario; es decir, que el límite de lo "lícito" vendría marcado por el contenido de la Directiva CEE 86/653 –y ello al margen de la cuestión de si existe alguna suerte de coordinación entre lo establecido y lo no establecido en la Directiva CE 86/653 y el art. 85 TCE–, y no por el de las normativas nacionales sobre la materia.

Así, la LCA va más allá que la Directiva CEE 86/653⁸⁴. De una parte, la Directiva CEE 86/653 expone, en su art. 1.2, una definición de la agencia comercial, cuyo objeto es negociación de la venta o compra de mercancías, y no de cualesquiera actos y operaciones de comercio. Ello da pie a entender que el legislador comunitario únicamente resuelve la promoción de bienes, pero no la de servicios, circunstancia que permitiría introducir tal distinción en el marco del art. 85 TCE. De otra parte, la Directiva CEE 86/653 sí que regula la prohibición de no competencia tras la extinción del contrato (véanse art. 20 Directiva CEE 86/653 y arts. 20 y 21 LCA), pero no establece ni lo previsto en el art. 7 LCA (actuación por cuenta de varios empresarios), ni el art. 19 LCA (operaciones a cargo del agente).

En segundo lugar y sobre todo, estas conclusiones vienen a sostener la misma solución que la que ofrece la Comunicación sobre agentes de 1962; no suponen ningún avance que permita resolver las dificultades de calificación que plantean el agente de doble condición y, sobre todo, el agente multilateral.

El problema a resolver es el caso del agente no exclusivo. Según la denominada "teoría de la integración" –y aceptada como síntesis de la misma la solución que se proponía en la Propuesta de comunicación de 1990–, lo que justificaría en los supuestos de agentes auténticos la no

⁸⁴ En efecto, en la exposición de motivos de la LCA (I, 2, párr. 2.º), el legislador pone de relieve que la LCA no se limita a la escueta introducción de la Directiva CEE 86/653, sino que va más allá, buscando "dotar al contrato de agencia de un régimen jurídico suficiente", pues se viene a colmar una laguna en la legislación mercantil –se trata de una "regulación *ex novo*", no hay normas legales que armonizar con la Directiva CEE 86/653–.

aplicación del art. 85 TCE –por no concurrir el requisito de la alteridad– sería el suficiente grado de integración del agente en el canal de distribución del empresario. La pérdida del suficiente grado de integración –equivalente, al menos, en cuanto a sus efectos, a una actuación por cuenta propia del agente o, en términos funcionales, a la asunción de riesgos derivados de la transmisión–, se daría en atención a dos criterios concurrentes: un criterio cuantitativo, por el que se entiende que no hay integración si la actividad como agente con relación a un concreto empresario se reduce por debajo de un determinado porcentaje –en la Propuesta de comunicación de 1990, se fija en 1/3– del total de la actividad desarrollada por el agente⁸⁵; y un criterio cualitativo, por el que se entiende que no hay integración si la actividad o actividades simultáneas a la de agente con relación a un concreto empresario, tienen por objeto productos (bienes y/o servicios) que sean concurrentes con los que tiene por objeto la última relación.

Es decir, a la escasa significación cuantitativa de la actividad de promoción considerada, ha de sumarse la existencia de un conflicto de intereses entre dicha actividad y la restante o las restantes simultaneadas por el agente. No obstante, de estos dos criterios, en principio concurrentes, el verdaderamente determinante es el segundo: la existencia de un conflicto de intereses que se produce cuando simultáneamente se promueve la comercialización de productos concurrentes entre sí por cuenta de empresarios distintos. Si lo que la integración persigue alcanzar es el control del intermediario integrado, el hecho de que se desarrolle la actividad de promoción de manera no exclusiva, e incluso como actividad complementaria de otra, es

⁸⁵ No parece correcto hablar de "actividad complementaria" para referirse a estas restantes actividad o actividades, pues no es secundaria una actividad que puede llegar a cuantificarse hasta en 2/3 del total de la actividad del agente sin que éste pierda el suficiente grado de integración; precisamente, es el carácter secundario o complementario de la actividad del agente para con el concreto empresario –que se cuantifica en ese porcentaje de 1/3 o inferior– lo que determina la pérdida del grado de integración suficiente (cfr. MARTÍNEZ SANZ: "Distribución a través de agentes...", cit., pág. 70).

irrelevante. Lo determinante es que el productor tenga el control del canal de distribución, control que se pierde, no si el agente compagina su actividad con otras —es decir, si les dedica más esfuerzo a éstas otras—, sino si el agente promociona simultáneamente productos de distintos fabricantes que son concurrentes entre si.

Por ello no se comparte en absoluto la afirmación de que la integración "no puede desligarse" de la existencia de una relación de exclusiva y de una prohibición de competencia⁸⁶. Por muy paradójico que pueda parecer, es perfectamente posible, si no existe conflicto de intereses, predicar la integración de un mismo agente respecto de varios empresarios principales⁸⁷: si hay control —esto es, si no hay conflicto—, puede haber integración. Cosa distinta será la intensidad con la que el agente se integre en el canal de distribución de cada productor —es decir, la intensidad con la que se dedique a promover para cada empresario—. En definitiva, no parece que haya una ampliación en la noción de integración por el hecho de decir que dicha nota persiste aun cuando el agente persiga "otros intereses distintos", siempre que no entren en conflicto con los intereses del empresario que el agente ha de atender en el desarrollo de su actividad de promoción⁸⁸. La agencia no deja de serlo por no tener carácter exclusivo: del art. 7 LCA se deduce que es la situación natural: "[s]alvo pacto en contrario, el agente puede desarrollar su actividad profesional por cuenta de varios empresarios". Situación que puede darse tanto por ser el agente, simultáneamente, agente para otros empresarios, o por ser, simultáneamente, empresario independiente.

De manera que, al menos en hipótesis, el criterio de la

⁸⁶ Cfr. SOLER MASOTA: "Los acuerdos de agencia...", cit., pág. 5332.

⁸⁷ Cfr. MARTÍNEZ SANZ: "Distribución a través de agentes...", cit., pág. 73.

⁸⁸ Cfr. MARTÍNEZ SANZ: "Distribución a través de agentes...", cit., pág. 70.

integración, la distinción –dentro de los agentes auténticos– entre agentes integrados y no integrados, sería viable y tendría sentido, desde el momento que, en el segundo caso, el grado de integración queda tan reducido que el empresario no es capaz de controlar la actividad de promoción del agente; es este último quien, en función del reparto de sus esfuerzos de promoción, va a controlar la distribución del producto. Esto es lo que provocaría que el agente se convirtiese en un intermediario independiente: tiene poder de decisión en el mercado del producto. En este caso, se da la paradójica situación de que, pese a asumir el empresario el riesgo de la transmisión, pierde el control de la distribución, por el conflicto de intereses que sufre el agente en el desarrollo de su actividad de promoción. Y todo ello sin perder de vista que los agentes no dejan de serlo, para el Derecho de obligaciones y contratos, por atender los intereses concurrentes de dos o más empresarios, como también pone de relieve el art. 7 LCA, que permite esta situación, si bien es precisa la autorización del primer empresario. Con lo que, en otro orden de ideas, *ni la exclusividad, ni tan siquiera la no conflictualidad, son cláusulas inmanentes del contrato de agencia.*

Tal razonamiento parece defendible en el plano teórico, y vendría a dar una base lógica a la presunta "teoría de la integración" aplicada como un segundo filtro de alteridad. Pero detengámonos aquí por un instante: si el agente no es exclusivo, ¿dónde está la restricción de la competencia? Desde luego, contemplada la cuestión en el plano vertical, el criterio de la integración conduce a consecuencias aparentemente contrarias al Derecho de defensa de la competencia: se excluye de la prohibición al agente exclusivo y se somete a ella al agente no exclusivo⁸⁹. En toda esta discusión se ha omitido un dato que hay que incorporar a la misma, y que resulta determinante, pues es donde se encuentra el origen "real" de la presunta teoría de la integración: por las

⁸⁹ En este sentido, véase MARTÍNEZ SANZ: "Distribución a través de agentes...", cit., pág. 73.

especiales circunstancias que concurren en el As. *Vaalmse Reisbureaus* se produce una restricción de competencia entre los agentes; es decir, la integración –la pérdida de integración– no es el problema, pues ésta persiste y en grado sumo –de hecho, los tour-operadores controlan el mercado del producto, incluso hasta los precios finales de venta al público–; el problema es la excesiva restricción de competencia que resulta del entrecruzamiento de los canales de distribución –de utilizar todos los productores del sector a todos los agentes del mismo– combinado con la prohibición de que los agentes alteren los precios y condiciones de venta de los viajes, y concretamente a causa de la prohibición de retrocesión de sus comisiones a los clientes.

El siguiente pronunciamiento del TJCE es muy elocuente al respecto: "en el ámbito de las actividades de los agentes de viajes hay una red de acuerdos, tanto entre los propios agentes como entre los agentes y los «tour-operators», cuyo objeto o efecto es la imposición a los agentes del respeto a los precios de venta de los viajes que han sido fijados por los «tour-operators». Acuerdos de este tipo tienen por objeto o por efecto restringir la competencia entre agentes de viajes. En efecto, impiden que los agentes de viajes compitan entre sí en materia de precios al decidir, por propia iniciativa, la renuncia en favor de sus clientes de una parte más o menos importante de la comisión que les corresponde".⁹⁰

He aquí el problema que preocupa a la Comisión CE⁹¹. Ciertamente, el Abogado General Sr. LENZ advierte como un contrato aislado en el que el tour-operador impone a la agencia de viajes una prohibición de concesión de descuentos no incurriría por sí solo en la prohibición del art. 85 TCE.

⁹⁰ Sent. cit., núm. 17, pág. 3827-3828.

⁹¹ Véase Sent. cit., pág. 3809.

"En cambio, la prohibición del artículo 85 del Tratado CEE afecta a contratos aislados cuando se celebran, de manera idéntica, entre uno o varios organizadores de viajes con un número elevado de agentes de viajes: en efecto, la competencia entre los agentes de viajes en materia de precios quedaría entonces excluida".⁹²

Este es un dato que no pasa desapercibido a los autores⁹³, pero del que no se han extraído las debidas consecuencias, pues la cuestión radica verdaderamente, no en una pérdida importante de integración, sino en la restricción horizontal que provoca el haz de acuerdos verticales. Y precisamente ahí es donde se encontraba el obstáculo insalvable: para poder prohibir dicha restricción horizontal era necesario atacar un acuerdo vertical, cuya existencia presupone alteridad, por lo que "había que conseguir" que los agentes fuesen comerciantes independientes. Seguramente, la línea argumental escogida no fue la más acertada, pues resulta incoherente en relación a los resultados que pretenden alcanzarse.

Así, efectivamente, si la Propuesta de comunicación de 1990 hubiera sido coherente, no podría excluir *a priori* de la aplicación de la prohibición la imposición de condiciones y precios al agente no integrado⁹⁴. En todo caso, ello sería consecuencia de que, una vez realizado el balance competencial, tal restricción no infringiese el art. 85.1 TCE; o bien, pese a hacerlo, fuese susceptible de exención conforme al art. 85.3 TCE, como cualquier acuerdo de distribución. Pero, sobre todo, tal imposición nunca debía quedar excluida totalmente de la prohibición por el hecho de no concurrir la alteridad, que es de lo que, en definitiva, se trata. Así, la propia Propuesta de comunicación de 1990 prohibía impedir a los agentes que éstos concediesen mejoras en

⁹² Sent. del TJCE cit., pág. 3819.

⁹³ Así, véase SOLER MASOTA: "Los acuerdos de agencia...", cit., págs. 5331 y 5333.

⁹⁴ Véase MARTÍNEZ SANZ: "Distribución a través de agentes...", cit., pág. 71-72.

precios o prestaciones accesorias siempre que éstas corriesen a su costa⁹⁵. Esta es una situación que no resulta desconocida en el Derecho alemán: el tratamiento que reciben los pactos de fijación del precio y de otras condiciones comerciales del producto objeto de promoción difiere del que recibe los de prohibición de retrocesión de la comisión por el agente a los clientes (*Provisionsweitergabe*). Mientras que los primeros sí que pueden imponerse lícitamente, los segundos no, puesto que de este modo se elimina un factor de competencia entre los agentes, el del precio de su actividad de promoción para el cliente⁹⁶. ¿Cómo llegar a este resultado?

Así las cosas, abandonando el criterio de la integración —en el que, verdaderamente, no se encuentra el origen del problema—, y partiendo de la separación de las actividades de promoción y transmisión, ésta hubiera sido una posible línea argumental: las restricciones que los empresarios imponen a la actividad de promoción de los agentes —que se materializa, entre otras cosas, en la concesión al propio cargo de mejoras en precios o prestaciones accesorias— va más allá de las facultades de control que el contrato de agencia permite al empresario, pues dicha actividad de promoción no es ejercida por cuenta ajena, sino por cuenta propia, aunque también en interés ajeno. Como en el desarrollo de la actividad de promoción el agente es un comerciante independiente, cualquier intento por parte del empresario principal de controlarla se dará en el marco de una relación de alteridad, lo que elimina el obstáculo de la ausencia de dicho requisito para la aplicación del art. 85.1 TCE.

⁹⁵ Véase SOLER MASOTA: "Los acuerdos de agencia...", cit., pág. 5333.

⁹⁶ Como informa MARTÍNEZ SANZ: "Distribución a través de agentes...", cit., págs. 47-52.

Capítulo Sexto

**Recapitulación (I): contratos y Derecho
de la distribución comercial**

XI. CONCLUSIONES DE LA PARTE SEGUNDA

Llegados a este punto, procede detenerse, recapitular sobre lo expuesto y realizar, en forma de conclusiones de esta Parte Segunda, un sumario de las ideas fundamentales que conforman el discurso precedente. Es ahora cuando se dispone de elementos de juicio –tanto económico-empresariales como jurídicos, sintética, sistemática y críticamente recopilados– suficientes para culminar el que constituye uno de los objetos del presente estudio: la delimitación de la noción de contratos de distribución comercial. Por lo tanto, las siguientes conclusiones versan principalmente sobre la delimitación unitaria de dicho concepto jurídico. Se persigue identificar las acepciones que el término permite, determinar de manera precisa el alcance que debe darse a cada una de éstas y dar cuenta de las razones que justifican la elección de tales acepciones y su delimitación. Hecho lo cual, se estará en condiciones de analizar el tratamiento por el Derecho comunitario europeo de los contratos de distribución comercial como conductas persecutoras y/o generadoras de restricciones de la libre competencia. No obstante,

también se aborda en estas conclusiones, a modo de propuesta, la delimitación conceptual del Derecho de la distribución comercial.

Previamente a acometer la tarea descrita, ha de insistirse en que el objeto específico del estudio realizado no ha sido el conjunto de los tipos contractuales de distribución comercial, sino la categoría de los contratos de distribución comercial. Y ello, pese al necesario recurso a los primeros para llegar a la segunda.

En efecto, ya desde un principio, se descartó la realización de un análisis tipológico de estos contratos, prefiriéndose una aproximación que se denominó "modular" a los mismos. Las razones para ello, ya aducidas, son múltiples. En primer lugar, la inadecuación de la aproximación tipológica para el tratamiento de la cuestión desde el Derecho de defensa de la competencia, como ha sido puesto de manifiesto y se podrá comprobar más adelante¹. Pero también, en segundo lugar, las limitaciones que presenta la aproximación tipológica como técnica de regulación en el ámbito del Derecho de obligaciones y contratos de un fenómeno vivo y cambiante: las relaciones contractuales no societarias destinadas a articular los canales de distribución comercial². A ello debe sumarse, en tercer lugar, la búsqueda del punto de encuentro entre el Derecho de defensa de la competencia y el de obligaciones y contratos en el marco de la regulación de los canales de distribución comercial contractualmente integrados. Este se halla necesariamente en una delimitación conceptual unitaria de la categoría misma de los contratos de distribución comercial, y no de los tipos que, en uno u otro ámbito, puedan conformarla.³

¹ Véanse *infra*, epg. VIII. 1. B. c., y *supra*, epg. XIII., respectivamente.

² Véase *supra*, epg. I.

³ Véase *supra*, epg. VII.

De hecho, en la actualidad no puede afirmarse que exista una delimitación unitaria de la noción de contratos de distribución comercial, ni en el Derecho comunitario europeo ni en el Derecho de los Estados miembros. Precisamente, los escasos intentos hasta ahora realizados entre nosotros descansan sobre la base de los tipos contractuales. Estos intentos consisten en una mera traslación de las delimitaciones tipológicas realizadas por el Derecho de defensa de la competencia al Derecho de obligaciones y contratos (así, VICENT CHULIÁ)⁴. Traslación que no es objeto de justificación alguna y que, como ya se ha apuntado, produce un cierto solapamiento distorsionador⁵, a la par que implica una excesiva simplificación y una limitación de las relaciones contractuales que pueden tener cabida en la categoría de los contratos de distribución comercial. Porque, para proceder de este modo, debe resolverse previamente la cuestión de la relación entre el Derecho de defensa de la competencia y el de obligaciones y contratos; más concretamente, si los reglamentos de exención por categorías "tipifican" los contratos de distribución comercial que delimitan. Cuestión esta que, a su vez, exige reflexionar, siquiera sea brevemente, sobre el significado de la tipicidad contractual. Además, dicha reflexión servirá para explicar la matización que a la nota caracterizadora de estos contratos, consistente en su atipicidad, repetidamente aparece a lo largo de la exposición precedente.

La tipificación se presenta como un "concepto técnico-jurídico con consecuencias en el plano de aplicación normativa"; es decir, la identidad entre la relación jurídico-obligacional en cuestión y la tipificada implica la aplicación automática de las normas correspondientes.

⁴ Véase *supra*, epg. VIII. 1. A.

⁵ Paradigmáticos son los pronunciamientos ya señalados *supra*, epg. VIII. 1. A., de ANGULO RODRÍGUEZ, en: JIMÉNEZ SÁNCHEZ: *Derecho...*, cit., t. II, 2.ª ed., págs. 261-262; y en: JIMÉNEZ SÁNCHEZ: *Lecciones...*, cit., 4.ª ed., pág. 360, quien, de una parte, identifica el contrato de concesión con la distribución exclusiva en su delimitación por el Rgto. CEE 1983/83, y, de otra, afirma que la exclusiva no es esencial al contrato de concesión.

De manera que lo que la atipicidad contractual hace es plantear la necesidad de resolver cuestiones no previstas por la voluntad cuando se elige un tipo no regulado por la Ley, o lo que es lo mismo, un tipo cuya causa es distinta de las contempladas por el legislador. La atipicidad contractual viene provocada por la "inexistencia de fuentes específicas de regulación". De ahí que por "contratos atípicos" deba entenderse aquéllos no regulados (específicamente) por el Derecho positivo⁶. Pero, ¿a qué Derecho positivo se alude? Se sobreentiende que se trata de Derecho privado, más concretamente, de obligaciones y contratos. Entonces, ¿cuál es el efecto tipificador resultante de la confluencia de normas pertenecientes a otros sectores del ordenamiento, especialmente del Derecho administrativo, en la regulación de las relaciones jurídico-obligacionales? La respuesta a tal cuestión se articula en los siguientes términos: ha de averiguarse si éstas otras normas no jurídico-privadas obedecen a finalidades distintas a las que contempla el Derecho privado tradicional, de manera que, para proceder a la extensión normativa de un sector a otro, debe asegurarse la coincidencia de los fines. "En un plano más específico, hay que tener en cuenta que no se está siempre ante normas que inciden sobre la tipificación de los contratos, aunque muchas veces puedan condicionarla en distintos sentidos".⁷

Por lo que a este planteamiento se refiere, y en una primera hipótesis –de manera similar a lo que sucede con normas de doble naturaleza jurídica, por ejemplo, con ciertos preceptos de la LCC o de la

⁶ Véase GARCÍA VILLAVERDE, R.: "Tipicidad contractual y contratos de financiación", en: AA. VV., ALONSO UREBA, A., BONARDELL LEZANO, R., y GARCÍA VILLAVERDE, R.: *Nuevas entidades, figuras contractuales y garantías en el mercado financiero*, Consejo General de los Colegios de Corredores de Comercio, en colaboración con la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense de Madrid, Madrid, 1990, págs. 7-11.

⁷ GARCÍA VILLAVERDE: "Tipicidad contractual...", cit., pág. 17. Así, el autor se pregunta si no sería posible que los fines que persigue, en este caso, el Derecho administrativo, "pudieran cumplirse bien sin interferir los del Derecho privado, como no tendrían de suyo que interferir las técnicas de tratamiento de los incumplimientos si se limitan a la imposición de sanciones y, en su caso, a la conversión de partes del contenido del contrato".

LOCM—, la vulneración de la norma de defensa de la competencia, en este caso, del art. 85 TCE y del art. 1 LDC, tiene consecuencias jurídico-públicas —sanción administrativa: multa—, pero también jurídico-privadas —sanción civil: nulidad del contrato o de parte del mismo—. Sin embargo, esta doble naturaleza jurídica no responde a una discrepancia entre el criterio material de enjuiciamiento de las conductas cuando la norma se aplica, ya como Derecho privado, ya como Derecho público: las finalidades de la norma son idénticas en ambos casos; es la consecuencia de su vulneración y, con ello, los instrumentos de los que la norma se vale para hacer que el Derecho se cumpla, lo que marca la diferencia. Por lo tanto, una distinta naturaleza jurídica de la norma no implica necesariamente una discrepancia de fines.⁸

Sin que esto deje de ser así, es cierto que la relación que se da entre el Derecho de defensa de la competencia y el de obligaciones y contratos no puede resolverse en estos términos.

Verdaderamente, no se puede decir que el Derecho de defensa de la competencia tenga doble naturaleza jurídica, sino que más bien se trata de un *tertium genus*, de un Derecho de naturaleza jurídica intermedia, aunque predominantemente administrativa⁹. En efecto, por razón de la especialización del órgano administrativo y de las competencias que tiene atribuidas, bien *ex lege* —así, en cuanto a la declaración de exención—, bien *de facto* —así, para la declaración de vulneración de la prohibición de conductas colusorias: cuestión prejudicial—, la vertiente jurídico-privada de la norma queda sustantivamente subordinada a la vertiente jurídico-pública de la misma¹⁰. Y ello, a diferencia de las

⁸ Al respecto, véase *supra*, epg. VII. 2.

⁹ Véase *supra*, epg. VII. 2.

¹⁰ Esta descripción de la situación es válida para la relación entre la LDC y el Derecho de obligaciones y contratos. Su traslado a la relación entre el Derecho comunitario europeo de defensa de la competencia y el Derecho de obligaciones y contratos es posible, si bien precisa de una matización: idéntica situación se da respecto de la competencia para la declaración de la exención; no así, respecto de la declaración de la vulneración de la

normas de doble naturaleza jurídica, en las que ambas vertientes se encuentran a un plano de igualdad, en atención a la independencia de actuación que de los tribunales ordinarios, por un lado, y de los órganos administrativos competentes, por otro.

La relación entre el Derecho de defensa de la competencia y el Derecho de obligaciones y contratos se no corresponde, exactamente, con la situación que se da en las normas de doble naturaleza jurídica: si bien ambas normas regulan un mismo fenómeno, existe una discrepancia en cuanto a la problemática a la que se quiere dar respuesta. Lo que no debe confundirse con los fines de la norma. Así, en el caso del Derecho de defensa de la competencia, se atiende principalmente al objeto y/o a los efectos de los contratos de distribución comercial sobre la libre competencia; por su parte, en el Derecho de obligaciones y contratos se atiende al establecimiento, desenvolvimiento y extinción de dichos vínculos jurídico-obligacionales. Pero, insístase, tal divergencia de perspectiva no implica necesariamente una diversidad de fines; es más, la finalidad perseguida ha de ser la misma, pues así lo requiere la Constitución económica. Ahora bien, ésta se persigue desde distintos frentes, dando respuesta a diferentes problemas.

Si esto es así, ¿puede entenderse, en el caso que nos ocupa, que el Derecho de defensa de la competencia "tipifica" determinados contratos de distribución comercial en los reglamentos de exención por categorías? En cierto sentido, sí. Estos, que son Derecho positivo (art. 189-2.º TCE), delimitan las relaciones jurídico-obligacionales con el propósito de determinar si procede o no aplicar la norma corres-

prohibición de conductas colusorias, donde depende de si es la Comisión CE o la autoridad nacional quién aplica el Derecho comunitario. En el caso español, si interviene la autoridad nacional, es decir, el TDC, se reproduce la situación que se da en la esfera estatal; pero, en cualquier caso, los tribunales ordinarios están llamados a aplicar directamente el art. 85.1 TCE. Lo dudoso es si, en España, los tribunales ordinarios pueden y, de poder, van a aplicar directamente, sin el concurso del TDC, el Derecho comunitario de la competencia (véase, al respecto, *infra*, epg. XVI. 2. B.).

pondiente; esto es, si procede entender exenta o no dicha relación de la prohibición de conductas colusorias. En definitiva, tiene claras consecuencias en el plano de la aplicación normativa jurídico-privada. Sin embargo, y visto desde el contenido normativo propio del Derecho de obligaciones y contratos, únicamente se da respuesta a una cuestión muy concreta, que afecta a la validez del contrato o de determinadas cláusulas del mismo, pero no se da específica satisfacción a la imprevisión de las partes relativa a la constitución, desenvolvimiento y extinción de la relación jurídico-obligacional.

Ha de distinguirse entre una "tipicidad propia o en sentido propio", que es la que el Derecho de obligaciones y contratos tradicionalmente confiere a determinada relación jurídico-obligacional, y una "tipicidad impropia o en sentido impropio", que es la que el Derecho de defensa de la competencia da a los contratos de distribución comercial, pues los delimita con consecuencias jurídico-privadas pero de alcance muy limitado. Además, realmente, la "tipificación" se da en los reglamentos de exención por categorías, y no en el art. 85 TCE ni en el art. 1 LDC. En tal caso, se debe de hablar de una "tipicidad impropia y relativa", pues el juicio normativo que contienen dichos reglamentos de exención por categorías no es absoluto: no todos los contratos subsumibles en el tipo por ellos delimitado que no respeten exactamente sus previsiones resultan finalmente prohibidos, pues cabe la posibilidad de obtener una decisión o resolución de exención o autorización singular.

Sin embargo, este alcance tipificador impropio y limitado de los reglamentos de exención por categorías parece que no ha sido comprendido por el legislador español, si se atiende a lo dispuesto en el art. 2-3.º R.D. 2485/1998:

"Asimismo, la actividad comercial en régimen de franquicia *se*

deberá ajustar a lo establecido en el Reglamento CEE número 4087/88, de la Comisión, de 30 de noviembre, relativo a la aplicación del apartado 3 del artículo 85 del Tratado a categorías de acuerdos de franquicia, o en la disposición que lo sustituya".

Y es que éste viene a entender que "la *regulación* del los acuerdos de franquicia *viene establecida*" en el Rgto. CEE 4087/88 (véase exposición de motivos, párr. 3.º, R.D. 2485/1998)¹¹. Sino, no es posible entender como se hace de un reglamento de exención un parámetro de buena conducta comercial, restringiendo la libre competencia, pues los operadores económicos no puede optar por otra configuración de sus acuerdos de franquicia divergente de la establecida en aquél, ni aunque fuese susceptible de exención individual. Ello no deja de ser un serio malentendido, que puede tener graves consecuencias, aunque éstas permanezcan, en principio, en el ámbito jurídico-público.

En definitiva, no se puede afirmar que los contratos de distribución distintos del de agencia sean "atípicos", sin ulterior matización. Son "atípicos en sentido propio" o, lo que es lo mismo, gozan de una tipicidad en sentido impropio y relativo. Pero al margen de esta matización, lo verdaderamente relevante del discurso anterior es que la tipificación operada por el Derecho de defensa de la competencia, por el propósito con el que se realiza, es insuficiente para poder trasladar, sin más, los tipos resultantes al Derecho de obligaciones y contratos. De ahí que el conjunto de los tipos resultantes no sirva de base para elaborar el concepto unitario de contratos de distribución comercial, lo que justifica el recurso inmediato a la categoría contractual.

Finalmente, y ante la ya expuesta preferencia por una aproximación modular en el seno de una categoría contractual –también a la

¹¹ Las cursivas son nuestras.

hora de dar solución a las preocupaciones propias del Derecho de obligaciones y contratos—, no tiene sentido plantearse la cuestión de hasta qué punto la función distributiva integrada presenta caracteres de tipicidad propia o se trata de un mero "elemento caracterizador de los contratos"¹². Al margen de que la concreción de dicho alcance en tales términos es altamente opinable, la respuesta resulta aquí irrelevante, pues no se busca formar un tipo sino una categoría contractual. Lo fundamental es determinar la operatividad de la categoría para el tratamiento jurídico de las relaciones contractuales no societarias destinadas a articular los canales de distribución comercial. Para el Derecho de defensa de la competencia, como ya se ha expuesto, tiene la función de indicar la presencia típica de una serie de restricciones de la libre competencia y permitir su tratamiento uniforme¹³. Para el Derecho de obligaciones y contratos, tanto en atención a la situación actual como de cara a un futuro desarrollo legislativo, se presenta como la mejor opción. En la situación actual, la inclusión del contrato de agencia en la categoría hace de ésta un marco para poder aplicar analógicamente el régimen de aquél al resto de los contratos de distribución comercial y, de este modo, dar solución a su falta de tipicidad en sentido propio. De cara al futuro, porque dicho proceso de aplicación analógica producirá la destilación de la *ratio* última de las normas aplicadas y los criterios para modalizar su aplicación en función de datos ajenos al tipo, atentos a problemas o *topos* concretos, como es el caso de los abusos que pueden producirse con ocasión de la extinción de los contratos de distribución comercial y sus consecuencias patrimoniales¹⁴. Un ejemplo de aplicación de la aproximación modular en el Derecho de obligaciones y contratos viene dado por la LCC.

¹² Véase GARCÍA VILLAVERDE: "Tipicidad contractual...", cit., págs. 8-9.

¹³ Véanse *supra*, epg. VIII. 1. B. c., e *infra*, epg. XIII.

¹⁴ Así, puede justificarse que el régimen de extinción, en cuanto a sus causas y requisitos formales, sea idéntico para todos ellos, pero que las consecuencias patrimoniales se modalicen en función del distinto riesgo económico asumido por las partes en el desarrollo de la actividad distributiva.

Además, la aproximación modular aporta un valor añadido, en la medida que va a permitir un tratamiento armonizado de los contratos de distribución desde el Derecho de defensa de la competencia y desde el de obligaciones y contratos: dentro de una misma categoría de contratos y libre de distorsiones tipológicas, será posible efectuar un tratamiento jurídico conjunto de los problemas que plantean las relaciones jurídico-obligacionales que se enmarcan en la categoría. No existirá obstáculo para la aplicación compenetrada de los módulos del Derecho de defensa de la competencia —concretados en distintas restricciones verticales— y del Derecho de obligaciones y contratos —relativos a la obligación de promoción, a la extinción y a sus consecuencias patrimoniales—. Y ello contribuirá a la formación de un moderno Derecho (mercantil) de obligaciones y contratos, que sin abandonar el principio de la autonomía de la voluntad, esté más atento a las exigencias de la cláusula del Estado social. Además, dicha aproximación permite la mejora del tratamiento jurídico mediante la ampliación de los módulos procedentes de otros sectores del ordenamiento; en definitiva, sienta las bases para el tratamiento interdisciplinar y exhaustivo de los contratos de distribución comercial. La formulación de un concepto unitario va más allá de las simples ventajas sistemático-doctrinales, permitiendo la consecución de los objetivos que persigue el paradigma pragmático.¹⁵

En definitiva, si se quiere formular un concepto unitario de contratos de distribución, debe abandonarse el tipo contractual como punto de encuentro entre el Derecho de defensa de la competencia y el de obligaciones y contratos, para recurrir a la categoría contractual, la de los contratos de distribución comercial. La cuestión radica ahora en delimitarla de manera que, en atención al actual grado de desarrollo normativo específico, dé satisfacción a las exigencias anteriores. Esta es

¹⁵ Véanse *infra*, epg. I., y *supra*, epg. XII.

la misión que está destinada a cumplir la acepción restringida de la categoría de los contratos de distribución comercial.

Sin embargo, el estudio de la materia desde la perspectiva económico-empresarial ha puesto de relieve la existencia de una gran diversidad de relaciones contractuales no societarias destinadas a articular los canales de distribución comercial, relaciones que se encuentran en permanente evolución. La misión de la acepción amplia de la categoría de contratos de distribución es, precisamente, la de establecer un marco en el que se pueda ir dando cabida a todas estas nuevas relaciones jurídico-obligacionales. Ello permitirá su estudio conjunto en el contexto en el que surgen, el de la actividad distributiva organizada o integrada, y una más ágil respuesta desde el Derecho a los nuevos conflictos que éstas, sin duda, van a plantear.

XI. 1. Delimitación conceptual de la categoría de los contratos de distribución comercial

El estudio de los contratos de distribución comercial lleva necesariamente al de los canales de distribución comercial. En éstos, la distinción fundamental es la establecida entre distribución convencional y organizada, es decir, entre no integración e integración. Este fenómeno es el que marca la diferencia entre la tradicional y la moderna distribución comercial. Porque *el dato verdaderamente desencadenante de los modernos canales de distribución comercial, que también debe ser el dato relevante para el jurista, es la necesidad del control del canal de distribución*. Como ya ha sido puesto de relieve, dentro de la distribución organizada, debe distinguirse, en primer lugar, entre la dimensión vertical y la horizontal; dentro de la dimensión vertical, debe diferenciarse, en segundo lugar, entre el sentido ascendente y el descendente de la integración. Y, en tercer lugar, ha de diferenciarse entre sistemas de distribución integrada corporativa, contractual y administrada, y entre distribución integrada directa e indirecta.¹⁶

XI. 1. A. Concepto restringido de contratos de distribución comercial

Pues bien, en la actualidad, es posible elaborar un concepto restringido que cumpla las finalidades arriba descritas, si éste se circunscribe a la distribución integrada vertical y descendente operada mediante el recurso al sistema contractual.

Así, se puede delimitar unitariamente la categoría de los contratos de distribución comercial en sentido restringido como *todo contrato cuya causa-función típica es el articular un canal de distribución*

¹⁶ Véase *supra*, epgs. V. 5. y V. 6.

integrada mediante un sistema contractual en el plano vertical y en sentido descendente. Presupuestos son, además de su incardinación en un canal de distribución organizado y del recurso al sistema contractual —lo que pone de manifiesto la vertiente colectiva de los contratos de distribución, por su virtualidad para formar una red de distribución mediante su reiteración—, la dimensión vertical y el sentido descendente de la integración.

Así, para el Derecho de defensa de la competencia, y sin que ello suponga diferencia alguna con la anterior definición, por acuerdo de distribución comercial en sentido restringido debe entenderse *todo acuerdo no societario de integración vertical descendente funcionalmente distributivo y potencialmente restrictivo de la competencia, que para cumplir la que es su función económica típica —el establecimiento de una relación distributiva integrada— no recurre principalmente a la cesión de derechos sobre creaciones industriales.*¹⁷

En primer lugar, esta definición lleva a calificar el de franquicia como contrato de distribución comercial.

La delimitación conceptual del contrato de franquicia continúa siendo una cuestión no resuelta. De tal nebulosa jurídica tiene, que duda cabe, parte de culpa la diversidad tipológica del contrato de franquicia que, no obstante, obedece a su diversidad funcional. Son muchos los autores (así, ECHEBARRÍA SAENZ) que eluden la cuestión de la calificación del contrato de franquicia, amparándose en su naturaleza *sui generis*. Pero centrados en la franquicia "*business format*" o "de empresa o de servicios", y frente a la tesis que sostiene que se trata de un contrato de licencia de bienes inmateriales (así, ALFARO AGUILA-REAL), aquí se defiende su calificación como contrato de distribución comercial. No se puede sostener la autonomía del contrato de franquicia frente a los contratos de distribución comercial sobre la base de la causa

¹⁷ Véase *supra*, epg. X. 3.

contractual, porque ni es cierto que los contratos de distribución (en sentido restringido) tengan *causa vendendi*, ni que la reproducción de la empresa constituya la causa del contrato de franquicia, pues esto último no es sino el medio para alcanzar el fin distributivo integrado. La franquicia no es un contrato de transferencia de tecnología; ésta es instrumental para el cumplimiento de su función económica característica: la función de distribución comercial¹⁸. No obstante, sí que puede afirmarse que lo característico de la franquicia frente a los restantes contratos de la categoría es la cesión de derechos de propiedad industrial e intelectual, licencias que se configuran como un elemento delimitador del tipo –y ello, pese a que éste no está presente en el tenor del art. 62.1 LOCM, si bien, sí que lo está en el art. 2-2º R.D. 2485/1998¹⁹–. De manera que –y aunque la definición que del contrato da el Rgto. CEE 4087/88 puede dar pie a sostener que se trata de un acuerdo más próximo a los de transferencia de tecnología que a los de distribución comercial (así, VICENT CHULIÁ)²⁰–, la consideración de los acuerdos de franquicia como de distribución comercial no plantea ninguna duda desde el Derecho de defensa de la competencia.

Pero la consecuencia fundamental de la delimitación restringida efectuada es que, tanto en el ámbito del Derecho de obligaciones y contratos, como en el ámbito del Derecho de defensa de la competencia, la categoría de los contratos de distribución comercial incluye el contrato de agencia.

Por lo tanto, debe rechazarse la delimitación de la categoría que, en sentido restringido, hace DOMÍNGUEZ GARCÍA: "contratos en virtud de los cuales un empresario de la intermediación (distribuidor) se obliga

¹⁸ De hecho, se observa como este autor, al explicar el régimen del contrato en el ámbito del Derecho de obligaciones y contratos, acude constantemente a la aplicación analógica de la LCA (véase ALFARO AGUILA-REAL: "Voz «*Franchising*...», cit., págs. 3154-3157).

¹⁹ Véase *supra*, epg. VIII. 2. D.

²⁰ Véase *supra*, epg. VIII. 1. A.

autónomamente, como contrapartida de unas fundadas expectativas de ganancia anudadas a una posición privilegiada en el mercado de la reventa, a promover la comercialización de productos fabricados por la contraparte (concesionario o franquiciador), cuya finalidad requiere, según los casos, una serie de eventuales negocios instrumentales, como el suministro o las licencias sobre bienes inmateriales de la propiedad industrial"²¹; o, lo que es lo mismo, todo contrato cuya causa-función típica es articular un canal de distribución integrada mediante un sistema de distribución contractual en el plano vertical, en sentido descendente y de manera indirecta; delimitación que excluye el contrato de agencia, por ser éste de integración directa.

Lo verdaderamente característico de los contratos de distribución en sentido restringido es que la integración distributiva se traduce en la asunción de una obligación de promoción por parte del distribuidor. La asunción por el distribuidor de una obligación de transmisión no justifica una discriminación categórica entre contratos de distribución integrada vertical descendente directa –el de agencia– y contratos de distribución integrada vertical descendente indirecta –los de distribución autorizada, concesión, en exclusiva o no, franquicia–. El hecho de que en estos últimos contratos, junto a la obligación de promoción –que es la principal–, se asuma la obligación de transmisión –lo que se traduce en una alteración de la relación control-coste de la distribución–, debe conducir en el ámbito del Derecho de obligaciones y contratos, únicamente, a introducir una modalización de las consecuencias patrimoniales de su régimen de extinción. Por otra parte, que en el marco del Derecho de defensa de la competencia, la no asunción de la obligación de transmisión por el agente no siempre trae como consecuencia la exclusión de la aplicación de la prohibición establecida en el art. 85.1 TCE y en el art. 1 LDC.²²

²¹ DOMÍNGUEZ GARCÍA: "Los contratos...", cit., núm. 172, pág. 1343; y véase *supra*, epg. VIII. 1. B. b. ii. β.

²² Para el desarrollo de esta afirmación, véase *supra*, epg. X. 4.

En el núcleo del concepto de contratos de distribución comercial se encuentra la *integración distributiva*. Esta es de muy difícil aprehensión, y sus contornos resultan difusos cuando se intenta trasladar dicha idea al plano jurídico. Pues bien, en el marco del paradigma de referencia en el que se establece la acepción restringida de la categoría –integración vertical descendente–, ésta consiste en la *externalización controlada por el productor hacia el intermediario del flujo de persuasión componente de la función transaccional de distribución*²³. *Jurídicamente, ello se traduce en la asunción de la obligación de promoción por parte del distribuidor*. Este se "enrola" en el aparato distributivo del fabricante, produciéndose una coordinación de conductas entre ambos sujetos. De ahí que en el Derecho alemán se entienda que el distribuidor asume una obligación de atender intereses ajenos (*Interessenwahrnehmungspflicht*).²⁴

En cualquier caso, lo que parece estar claro es que no está más integrado quien menos riesgo asume, sino quien, de hecho, está más controlado. El riesgo carece de relevancia categórica. La dependencia o independencia económica del distribuidor no está en función de si éste asume o no la obligación de transmitir. Hay que desvincular estas dos ideas: la mayor asunción de riesgos económicos por el distribuidor integrado indirecto no implica, necesariamente, una menor dependencia económica; no son datos correspondientes, si por dependencia se entiende sujeción en la dirección económica, es decir, pérdida de autonomía de actuación en el mercado –así, un franquiciado puede ser igual de dependiente, o incluso más, que un agente–. *Debe, pues, distinguirse entre riesgo empresarial y dependencia económica. Lo que los contratos de distribución comercial provocan es la disociación de*

²³ Véase *supra*, epg. V. 6. B. b.

²⁴ Al respecto, véase *supra*, epg. IX. 4. A.

estos dos conceptos, que, para el Derecho, tradicionalmente han ido unidos. Dicha disociación es de mayor entidad cuantitativa en los contratos de distribución integrada indirecta, porque, en ellos, el distribuidor asume un mayor riesgo económico: a los riesgos inherentes a las actividades de promoción y asistencia han de sumarse los propios de la actividad de transmisión. Pero cualitativamente existe una absoluta identidad: la mayor asunción de riesgo puede conllevar un mayor beneficio para el distribuidor; sin embargo, no determina su mayor independencia.²⁵

Pero, sin duda alguna, la consecuencia más importante de todo lo anterior es la separación entre la actividad de promoción y la de transmisión, y la superación de la primera por la segunda, en definitiva, del control por el riesgo. El estudio de los fundamentos económico-empresariales de los modernos canales de distribución comercial ha permitido establecer *la autonomía de la actividad de promoción y su prevalencia sobre la actividad de transmisión*²⁶. Precisamente, en los contratos de distribución comercial en sentido restringido en los que se produce la integración indirecta, es el recurso a su caracterización como contratos-marco lo que permite obtener este resultado²⁷. De modo que, frente al esquema propio del Derecho regulador de la distribución comercial tradicional, en el que la actividad de colaboración es auxiliar de la de intercambio, en el de la moderna distribución comercial, esta última resulta ser auxiliar de la actividad de promoción.²⁸

²⁵ Véase *infra*, fig. 11, que se halla ubicada, junto con la siguiente, al final del presente capítulo.

²⁶ Para una exposición más detallada de esta idea, véase *supra*, epgs. V. 6. B. b. y VIII. 1. B. b. ii. β.

²⁷ Véase *supra*, epg. IX. 4. A.

²⁸ En esta misma dirección, si bien en un contexto sistemático distinto, apunta VICENT CHULIÁ: *Introducción...*, cit., 10.ª ed., pág. 588, cuando dice que, en los contratos de distribución, "la representación impropia o gestión del interés del empresario cuyos productos se distribuyen tiene mayor peso que la función que desempeña en ellos la compraventa"; véase *supra*, epg. VIII. 1. A.

Y, si se es coherente, la estructura básica de los canales de distribución no debería determinarse en atención al dato de los cambios en la titularidad del producto distribuido, sino a las sucesivas externalizaciones del flujo de persuasión; esto es, debe atenderse al desarrollo de la actividad de promoción, y no al de la de transmisión. Es por esto que el contrato de agencia debería considerarse apto para la articulación de la estructura básica del canal de distribución, y no de la estructura superficial.²⁹

Así, el agente no promociona en nombre ajeno y por cuenta ajena, sino en nombre propio y por cuenta propia, aunque también lo haga en interés ajeno; es en la transmisión cuando actúa por cuenta ajena y en nombre ajeno, aunque también en interés propio, siendo la "actuación en interés ajeno" expresión de la situación de dependencia económica existente en la esfera interpartes. Hay que hacer una relectura del art. 1 LCA: el legislador, comenzando por el comunitario, tanto en el ámbito del Derecho de obligaciones y contratos³⁰, como en el del Derecho de defensa de la competencia³¹, no ha separado debidamente la actividad de promoción de la de transmisión y, en segunda instancia, los ámbitos extrapartes e interpartes de la relación contractual de distribución comercial.

En definitiva, se ha definido una relación contemporánea conforme a los tipos contractuales decimonónicos. Las nefastas consecuencias de este proceder se aprecian claramente en el Derecho francés, donde la calificación legal del contrato de agencia como mandato hace que la doctrina lo excluya sistemáticamente de la categoría de los contratos de

²⁹ Véase al respecto la crítica al planteamiento de LELOUP realizada *supra*, epg. IX. 3. A.

³⁰ Véase art. 1 Directiva CEE 86/653.

³¹ Véase *supra*, epg. X. 4.

distribución comercial³². Y es precisamente aquí donde encuentra su principal objeción el concepto restringido de la categoría de contratos de distribución comercial que en su día formulase y que hoy mantiene DOMÍNGUEZ GARCÍA. Este denota la influencia del planteamiento de PARDOLESI, que viene marcado por la consideración del contrato de agencia como un simple arrendamiento de servicios³³; contrato del que el autor español ha dicho recientemente que tiene "causa-función incolora o atípica".³⁴

XI. 1. B. Concepto amplio de contratos de distribución comercial

Si del estudio realizado cabe resaltar un dato, éste es el de la ausencia de una visión de conjunto del fenómeno de los canales de distribución comercial desde la perspectiva jurídica. Más concretamente, existe una carencia prácticamente total de la consideración de los contratos de distribución integrada vertical ascendente, así como de los de distribución integrada horizontal. Es por ello que no se debe renunciar a delimitar una categoría de contratos de distribución en sentido amplio, acepción a la que no se va a dotar de una función normativa, sino prospectiva: en una materia tan cambiante como ésta, sería fácil, en caso contrario, caer en la estrechez del paradigma de referencia, que no permitiría ver los nuevos problemas, como, por ejemplo, los que están planteando los cambios en las relaciones de poder.³⁵

De ahí que sea criticable la actitud de DOMÍNGUEZ GARCÍA. Este autor, en su último trabajo, propone dos acepciones amplias de la categoría de los contratos de distribución —que se han denominado

³² Véase *supra*, epg. IX. 3.; señaladamente, pese a su brillante discurso, éste es el caso de PIGASSOU.

³³ Véase *supra*, epg. IX. 2.

³⁴ DOMINGUEZ GARCÍA: "Los contratos...", cit., núm. 13, pág. 1280; para la crítica de esta afirmación véase *supra*, epg. VIII. 1. B. b. ii. β.

³⁵ Véase *infra*, epg. VI. 2.

conceptos "amplio" e "intermedio"³⁶—. Su actitud hacia su concepto amplio³⁷ es criticable: no puede ser rechazado por carecer de "manifestaciones jurídicas propias"; es como negarse a poner los cimientos de una casa que ha de construirse. Lo que no puede pretenderse es que cumpla una función que en la actualidad no puede desempeñar: no puede tener relevancia normativa, pero sí que puede cumplir una importante función prospectiva. En cuanto a su propio concepto intermedio³⁸, este autor simplemente se limita a formularlo. Pero los ejemplos que facilita ponen de relieve como no ha abandonado el paradigma de referencia determinado por la distribución integrada vertical descendente.

En atención a la función prospectiva encomendada a la acepción amplia del concepto de contratos de distribución comercial, y considerando como paradigma de referencia únicamente la moderna distribución comercial, es decir, la distribución integrada, parece que la mejor alternativa es la de entender por contratos de distribución comercial en sentido amplio *todo contrato cuya causa-función típica es el articular un canal de distribución integrada mediante un sistema contractual*. Englobaría todos aquellos sistemas de regulación jurídico-contractual de un canal de distribución integrada. Además de su función económica típica, lo característico de la categoría en sentido amplio es el carácter duradero de las relaciones contractuales y la situación de dependencia económica que dichas relaciones generan entre las partes, situación que evoluciona hacia la interdependencia.³⁹

³⁶ Véase *supra*, epg. VIII. 1. B. b. ii. β.

³⁷ Bajo esta acepción se refiere a todas aquellas "técnicas asociativas, cooperativas o consorciales y técnicas contractuales de recepción de la distribución simbiótica" (DOMÍNGUEZ GARCÍA: "Los contratos...", cit., núm. 4, pág. 1277).

³⁸ Que delimita como aglutinador de "todo contrato mercantil directamente sinalagmático, con la exclusión conocida de los contratos de sinalagmaticidad funcional mediata propia de las sociedades personalistas, instrumentalmente apto para la finalidad distributiva, ya sea de causa función típica o atípica" (DOMÍNGUEZ GARCÍA: "Los contratos...", cit., núm. 5, pág. 1277).

³⁹ Véase *infra*, fig. 12.

Para una sugerente propuesta de construcción categórica fundamentada en la nota

No obstante, no debe obviarse que esta delimitación excluye los sistemas corporativos de distribución integrada, que tienen gran relevancia en la praxis distributiva. Y, dentro de los sistemas contractuales, se excluyen aquellos que se articulan a partir de contratos de causa-función atípica de distribución integrada. Pero ello no debe ser obstáculo para estar atentos a las implicaciones que su utilización con fines distributivos pueda tener en los mismos.

Finalmente, también resultan excluidos aquellos otros sistemas contractuales, como la venta multinivel, que se basan en contratos de distribución en sentido lato, esto es, que tienen por causa-función típica la articulación de canales de distribución pero convencionales.⁴⁰

En definitiva, parece prematuro formular una acepción amplia que abarque todo contrato que, independientemente de cual sea su causa-función típica, articule o pueda articular el desarrollo de una o varias funciones de distribución. Téngase en cuenta que ésta incluiría tanto los canales independientes –propios del tradicional Derecho mercantil regulador del tráfico patrimonial– como los organizados –propios del emergente Derecho mercantil regulador del tráfico patrimonial–; y no sólo se contemplarían las funciones comerciales, sino también las funciones materiales de distribución; esto es, no sólo la estructura básica, sino también la estructura superficial de los canales de distribución comercial. A ello debe sumarse la confusión de los roles tradicionales productor-intermediario. El gran desafío que plantea esta acepción es la trascendental reorganización que implica para el Derecho mercantil. Pero que no se haga aquí y ahora no quiere decir que el reto no exista, y que no haya de ser acometido en un futuro.⁴¹

de la dependencia económica, donde los contratos de distribución tienen un marcado protagonismo, véase VIRASSAMY, G. J.: *Les contrats de dépendance. Essai sur les activités professionnelles exercées dans une dépendance économique*, Col. Bibliothèque de Droit Privé, t. CXC, LGDJ, Paris, 1986.

⁴⁰ Respecto de la venta multinivel, véase *supra*, epgs. VIII. 1. B. d. y VIII. 2. D.

⁴¹ Al respecto, véase *supra*, epg. VII. 2.

A modo de cierre, debe ponerse de relieve que el denominador común de la categoría de los contratos de distribución, en las dos acepciones aquí delimitadas, es el constituir una categoría de contratos con función económica propia: la integración distributiva, el control de canal de distribución mediante un sistema contractual.

XI. 2. Propuesta de un Derecho de la distribución comercial

Al hilo de las anteriores reflexiones a propósito de la acepción amplia de la categoría de los contratos de distribución comercial, procede ahora, como propuesta abierta y concisa, apuntar las líneas por donde se entiende que debería prosperar entre nosotros un Derecho de la distribución comercial.⁴²

Como ya se ha informado anteriormente, cabe afirmar que, en España, el Derecho de la distribución comercial constituye un sector del ordenamiento que no es "innominado", pero que continúa siendo "atípico"⁴³. Sea cual fuere el concepto de contrato de distribución por el que se opte, una de las posibilidades de delimitación del concepto de Derecho de la distribución comercial es su consideración como Derecho de los contratos de distribución comercial⁴⁴; Derecho que puede tener carácter interdisciplinar —especialmente, para dar cabida a las normas de

⁴² Se trata de unas ideas preliminares, en la línea de las observaciones hechas *supra*, epg. VII. 2.

⁴³ Cfr., no obstante, VICENT CHULIA: "Presentación de la sección...", cit., págs. 3980-3981, quien, pese al título de la recientemente creada sección de la RGD —"Sección de Derecho del mercado financiero y de los contratos mercantiles"—, y aunque sí que aluda a los contratos de distribución, no aborda en absoluto la cuestión de la formación de un Derecho de la distribución comercial.

⁴⁴ Así lo hacen, en Alemania, MARTINEK (véase *supra*, epg. IX. 4. A.), BALDI (véase *supra*, epg. IX. 2.) y, entre nosotros, MARTÍNEZ SANZ (véase *supra*, epg. VIII. 1. B. b. ii. β.).

Derecho administrativo—, con lo que se evita el riesgo de darle una extensión excesivamente restringida, ante la creciente publicación del Derecho regulador de la materia.

Sin embargo, debe superarse esta concepción restringida del futuro Derecho de la distribución comercial, que descansa en una percepción parcial del fenómeno económico-empresarial de la distribución comercial, como equivalente al de los canales de distribución comercial contractualmente articulados. Contemplado ya desde la perspectiva de los productores, como ya se ha expuesto, la distribución comercial es un fenómeno económico-empresarial mucho más amplio, pues abarca, además, otros sistemas de articulación de los canales de distribución y otra serie de cuestiones que surgen en las relaciones entre productores e intermediarios. Pero debe irse más allá, pues la distribución comercial implica tanto a los consumidores —como destinatarios del canal de distribución comercial—, como a las administraciones públicas —en el desarrollo de su política de comercio interior—⁴⁵. Aparece, por lo tanto, como más oportuno, acudir a un concepto de *Derecho de la distribución comercial en sentido amplio*, tal y como es entendido por la doctrina francesa, señaladamente por MOUSSERON y FERRIER⁴⁶, *aglutinador de la totalidad de la problemática que plantea la moderna distribución comercial*. Y esto debe ser así, no sólo porque la realidad a regular lo requiere, sino porque los agentes económicos entienden todas estas materias como un conjunto. Muestra de dicha percepción es la LOCM, un texto legal aglutinador de muy distintas cuestiones pero que, precisamente, responde al contenido arriba esquematizado. Sin entrar a valorar las opciones de política jurídica por las que se inclina, dicha Ley —con las oportunas mejoras de técnica legislativa y la necesaria coordinación con

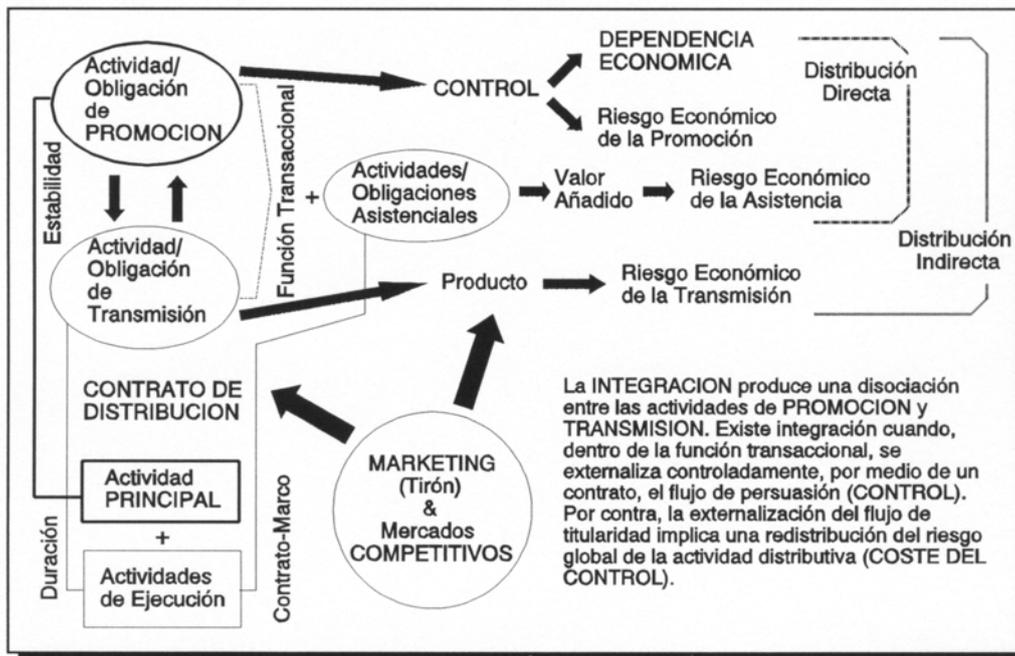
⁴⁵ Véase *supra*, epg. IV. 2.

⁴⁶ Véase *infra*, epg. IX. 3. A.

el resto del ordenamiento— está llamada a servir como punto de arranque de un tratamiento jurídico acorde a las necesidades del moderno tráfico distributivo.

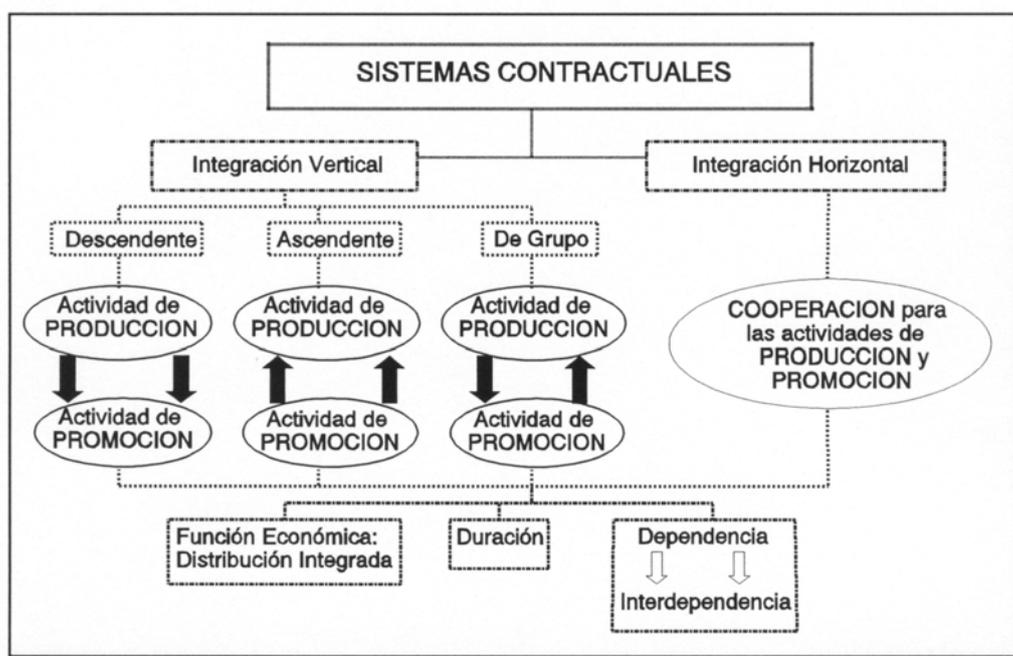
Figuras
(Capítulo Sexto)

Figura 11: Delimitación conceptual de la categoría de los contratos de distribución comercial en sentido restringido



Fuente: *Elaboración propia*

Figura 12: Delimitación conceptual de la categoría de los contratos de distribución comercial en sentido amplio



Fuente: Elaboración propia

PARTE TERCERA

**DERECHO COMUNITARIO EUROPEO
DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA
Y
CONTRATOS DE DISTRIBUCION**

Capítulo Séptimo

Restricciones verticales de la competencia en el Derecho comunitario europeo

XII. PLANTEAMIENTO INTRODUCTORIO

El propósito primero de este epígrafe es enlazar con la parte precedente, a fin de delimitar el ámbito del objeto de estudio de esta parte tercera. Dicho objeto consiste en la consideración por el Derecho comunitario europeo de los contratos o acuerdos de distribución comercial como conductas persecutoras y/o generadoras de restricciones de la libre competencia. Pero no se va a tratar de los contratos o acuerdos de distribución en sentido amplio, sino en sentido estricto; esto es, de todo acuerdo no societario de integración vertical descendente funcionalmente distributivo y potencialmente restrictivo de la competencia, que para cumplir la que es su función económica típica —el establecimiento de una relación distributiva integrada— no recurre principalmente a la cesión de derechos sobre creaciones industriales¹. En efecto, hoy por hoy, hablar de "acuerdos de distribución" en el marco del Derecho de defensa de la competencia, tanto comunitario, como comparado, como estatal español, es sinónimo de integración contractual vertical y descendente.²

¹ Véase *supra*, epgs. X. 3. y XI. 1. A.

² Véase *supra*, epgs. VIII. 1. B. c. y X. 2.

En segundo lugar, se busca explicar la sistemática y el contenido de los capítulos que componen esta parte del presente estudio. Los efectos beneficiosos, tanto para las empresas directamente involucradas como para la economía en general, de los acuerdos de distribución —que ya han sido expuestos³— son su principal razón de ser. Debe, pues, adoptarse una actitud de principio positiva ante los acuerdos de distribución, pues éstos no tienen por finalidad primordial la eliminación de la competencia entre las partes o la eliminación de terceros competidores, sino la mejora de la posición competitiva en el mercado de las partes en ellos implicadas⁴. No obstante, es cierto que pueden dar lugar a consecuencias no deseables, tanto para las partes contractuales como para dichos terceros y la economía en general. Así, en este capítulo, y como contrapunto a los beneficios que los acuerdos de distribución comercial comportan, se pretende exponer uno de los grupos de posibles perjuicios que éstos pueden llegar a ocasionar: además de poder dar lugar a abusos del contratante fuerte frente al débil —en el paradigma de referencia, del productor frente al distribuidor; cuestión ésta en la que no se va a entrar—, los acuerdos de distribución pueden generar restricciones de la libre competencia, que se han denominado "restricciones verticales". Este último es el grupo de consecuencias negativas que va a ser abordado a continuación. Se trata, pues, de responder lo más concisamente posible a la pregunta de qué problemas plantean los acuerdos de distribución integrada vertical descendente a la defensa de la libre competencia en el ámbito del Mercado Único; esto es, a qué tipo de restricciones dan lugar y cuál es el tratamiento jurídico que éstas reciben por parte del Derecho comunitario europeo de defensa de la competencia. A esto es a lo que se alude con el término "incidencia" de

³ Véase *supra*, epg. V. 6.

⁴ En este sentido, WALLE/GREVEN: *Competition Law of the European Community*, cit., § 6.01, pág. 6-6, entienden que los reglamentos de exención por categorías en materia de distribución son la respuesta del Derecho comunitario de defensa de la competencia a los efectos positivos de los contratos de distribución comercial.

los contratos de distribución comercial en la libre competencia: a las consecuencias *antitrust* de estos contratos, a su objeto y/o sus efectos contrarios a la prohibición —en este caso, comunitaria— de conductas colusorias establecida en el art. 85 TCE.

Para aludir a la prohibición establecida en el art. 85 del TCE se prefiere la expresión "prohibición de conductas colusorias" a la expresión "prohibición de cárteles". Esta última sería la traducción de la expresión comúnmente utilizada en lengua alemana para aludir a la prohibición (*Kartellverbot*)⁵. No obstante, parece más adecuada la expresión escogida, en tanto en cuanto la noción de "cártel" alude a la existencia de acuerdos horizontales, mientras que el art. 85 TCE abarca tanto éstos como los acuerdos verticales.⁶

También es criticable el uso de la expresión "prohibición de ententes"⁷. El término "entente" es un galicismo (*entente*) que no encuentra acogida en el DRAE, y que en lengua francesa se emplea para aludir al objeto de la prohibición contenida el art. 85. TCE⁸ y en el art. 7 de la *Ordonnance n.º 86-1243*.⁹

Igualmente resulta preferible utilizar el calificativo de "colusorias"

⁵ Por todos, véanse EMMERICH: *Kartellrecht*, cit., 7.ª ed., pág. 522 y sigs.; y REICH: *Europäisches Verbraucherrecht...*, cit., núm. 70 y sigs., pág. 170 y sigs.

⁶ A propósito de la distinción entre acuerdos horizontales y verticales, véase *infra*, epg. XIII. 1.

⁷ Así, FERNÁNDEZ DE LA GÁNDARA/CALVO: *Derecho Mercantil Internacional*, cit., pág. 328 y sigs., especialmente pág. 373 y sigs., donde se habla de la "prohibición general de ententes".

⁸ Véanse, por todos, GAVALDA/PARLEANI: *Traite de Droit Communautaire des affaires*, cit., núms. 507 y sigs., págs. 442 y sigs.; BAEL/BELLIS: *Droit de la concurrence...*, cit., págs. 37 y sigs.; LYON-CAEN/VOGEL: *Droit commercial européen*, cit., 349 y sigs.; y VOGEL, L., y VOGEL, J.: *Le droit européen des affaires*, 2.ª ed., Col. Connaissance du Droit, Dalloz, Paris, 1994, pág. 61 y sigs.

⁹ Por todos, véanse SERRA: *Le droit français...*, cit., pág. 79 y sigs.; BOUTARD-LABARDE/CANIVET: *Droit français...*, cit., pág. 35 y sigs.; y GALENE: *Le droit...*, cit., págs. 177 y sigs.

frente al término "prohibidas", que es el que utiliza nuestra LDC cuando da título a su art. 1. Incluso en el Derecho español de defensa de la competencia es preferible hablar de conductas colusorias y no de conductas prohibidas, porque tan prohibidas están las conductas colusorias como aquellas conductas que consisten en el abuso de una posición de dominio (art. 86 TCE y art. 6 LDC) y las conductas que falsean la libre competencia por actos desleales (art. 7 LDC)¹⁰. Por idéntica razón, esto es, por su excesiva generalidad, resulta preferible la expresión "conducta colusoria" a la de "medida limitativa de la competencia".¹¹

En lo que sí ha acertado la LDC es en no adoptar la expresión "práctica concertada" para aludir a la noción de "conducta colusoria". El recurso al término "práctica" puede conducir a equívoco, pues su alcance no es tan genérico como el del término "conducta": con "práctica" se hace referencia a las conductas protagonizadas por una pluralidad de agentes económicos a las que no se ha llegado ni por acuerdo, ni por decisión o recomendación colectiva. Este significado se ve reforzado por el hecho de que es precisamente ésta, "práctica concertada", la expresión escogida por el art. 85.1 TCE para aludir a tal tipo de conductas; en términos similares se expresa el art. 1.1 LDC,

¹⁰ Tal vez pueda explicarse el recurso al calificativo de "prohibidas" por los antecedentes legislativos, pues éste era el término empleado por la LPRC. Pero en dicha Ley se utilizaba correctamente. La LPRC titulaba la sec. 1.^a de su cap. I "De las prácticas prohibidas". Dicha sección agrupaba la prohibición de "prácticas concertadas" (en la dicción del art. 3, *ab initio*, LPRC, recogida en el art. 1 LPRC y equivalente a la prohibición de conductas colusorias del art. 1 LCD), la prohibición de abuso de posición de dominio (art. 2 LPRC, equivalente al art. 6 LCD) y un listado ejemplificativo y no exhaustivo de prácticas prohibidas común a ambas prohibiciones (art. 3 LPRC). A continuación, la sec. 2.^a de este cap. I trataba "De las prácticas excluidas" (art. 4 LPRC, equivalente al art. 2 LDC), con mejor dicción que la vigente LDC, que las denomina "conductas autorizadas por Ley", cuando, en realidad, en este caso no hay autorización sino exclusión, pues dichas conductas no llegan a estar prohibidas, es decir, quedan fuera del ámbito de aplicación del art. 1 LDC. Y por último, en la sec. 3.^a, se trataba "De las prácticas exceptuables" (art. 5 LPRC, equivalente a los arts. 3-5 LDC). Este cap. I LPRC se cerraba con una sec. 4.^a, dedicada a la acción de resarcimiento (art. 6 LPRC, equivalente al art. 13 LDC). En definitiva, las prácticas prohibidas no eran únicamente aquellas consistentes en una colusión, sino también en un abuso de posición de dominio.

¹¹ Cfr. COSTAS COMESAÑA: *Los carteles de crisis...*, cit., pág. 38 y sigs.

donde se les denomina "prácticas concertadas o conscientemente paralelas"¹². De otra parte, etimológicamente es más correcto utilizar el calificativo "colusorias" que el de "concertadas" para aludir a las conductas prohibidas por el art. 85.1 TCE. Y es que el hecho de que exista "concertación" únicamente indica la presencia de una composición de voluntades¹³, pero la conducta no tiene porque ser necesariamente restrictiva de la competencia. Lo será cuando sea colusoria, esto es, cuando tenga el carácter de colusión, es decir de pacto en daño de tercero¹⁴, donde cabe entender comprendido asimismo el daño al interés general¹⁵. De esta manera se sintetiza mejor la idea que quiere reflejarse con otras expresiones como "limitaciones de la competencia de origen concertado" o "conducta concertada limitativa de la competencia".¹⁶

En definitiva, ello supone sintetizar la aplicación que del art. 85 TCE se hace a los acuerdos de distribución. Dicha síntesis de la aplicación al caso concreto de la prohibición de conductas colusorias facilitará los suficientes elementos de referencia para acometer, en el capítulo octavo, el estudio del funcionamiento del mecanismo aplicativo del art. 85 TCE; es decir, de la articulación de la prohibición de conductas colusorias. Dicho análisis girará sobre la cuestión de si para su aplicación se recurre y/o cabe recurrir a una regla de razón, con la consiguiente consideración de todos los aspectos que tal interrogante plantea en el contexto actual del Derecho comunitario europeo de defensa de la competencia, sin cuyo concurso no es posible dar una respuesta satisfactoria a dicho interrogante. En todo caso, tengase muy presente que el principal foco de interés de las páginas que siguen no es

¹² Sobre la polémica relativa a la identidad o la falta de identidad entre las expresiones "prácticas concertadas" y "prácticas conscientemente paralelas", véase COSTAS COMESAÑA: *Los cárteles de crisis...*, cit., págs. 50-56.

¹³ Véase DRAE, voz «Concertar».

¹⁴ Véase DRAE, voces «Colusoria», «Colusión» y «Coludir».

¹⁵ Al respecto, véase *supra*, epg. XIII. 1.

¹⁶ Así COSTAS COMESAÑA: *Los cárteles de crisis...*, cit., pág. 51.

el análisis del juicio que merece cada una de las restricciones verticales a las que pueden dar lugar los acuerdos de distribución, sino el funcionamiento de la norma que permite llegar a tales juicios; no interesa tanto el resultado, sino el cómo se llega al resultado. De ahí que, por expresarlo gráficamente, se avance de lo concreto a lo abstracto, inductivamente.

Es decir, se persigue averiguar si la aplicación del art. 85 TCE se articula o puede articularse en términos de prohibición *per se* y regla de razón. Con carácter provisional, entiéndase que, en el Derecho comunitario, con la expresión "prohibición *per se*" se alude a una restricción que se encuentra prohibida por el apdo. 1 del art. 85 TCE sin posibilidad de exención conforme al apdo. 3 del art. 85 TCE. Por contra, si la restricción se somete a la regla de razón, entiéndase que se trata de una conducta cuya legalidad o ilegalidad depende del resultado de una ponderación.

Este estudio culminará en el capítulo noveno, dedicado concluir sobre la situación actual y las perspectivas de una articulación del art. 85 TCE conforme a la regla de razón; especialmente, en dicho contexto, se procederá al análisis crítico de las propuestas que el LiV RV contiene para solucionar las dificultades e interrogantes que plantea la aplicación del art. 85 TCE a las restricciones verticales a que dan lugar los acuerdos de distribución comercial.

Ahora bien, dicho esquema expositivo no agota la problemática que plantean los contratos de distribución comercial en sentido restringido desde la perspectiva del Derecho de defensa de la competencia. Por lo tanto, debe advertirse del carácter parcial de este estudio.

En efecto, en las páginas siguientes se estudia principalmente la protección de los intereses generales mediante la prohibición comunitaria de conductas colusorias, y, aunque se haga alguna alusión, se deja

a un lado la protección de los intereses particulares mediante este mismo instrumento normativo. En su consideración se partiría de dos fenómenos que pueden constatarse en la actualidad: de una parte, la globalización —en sus dos manifestaciones, tanto de "europeización", como de "mundialización"— del Derecho de obligaciones y contratos; y, de otra parte, la desprivatización, en la esfera estatal, de la materia que tradicionalmente venía constituyendo el objeto del Derecho de obligaciones y contratos, a lo que habría de sumarse la afirmación de la naturaleza predominantemente jurídico-pública del Derecho de defensa de la competencia. Y todo ello, por paradójico que parezca, en un intento de "reprivatizar" el Derecho de defensa de la competencia, de hacer del mismo un instrumento útil para la protección, también, de los intereses particulares. Ello exige efectuar una "relectura" del Derecho de obligaciones y contratos atinente a los contratos de distribución comercial a la luz de los "nuevos" valores socio-económicos que dicha normativa incorpora, reflejo del interés general, y que están llamados a modalizar el imperio de la autonomía de la voluntad.¹⁷

Dicho planteamiento supondría tratar de cuestiones ya conocidas, como el régimen de la nulidad del contrato de distribución por vulneración de la prohibición de conductas colusorias (art. 85.2 TCE y art. 1.2 LDC), donde se podría justificar un mayor ámbito de discrecionalidad judicial a la hora de integrar el contrato parcialmente anulado; y la correspondiente indemnización de los daños y perjuicios causados por dicho contrato (art. 13 LDC), a propósito de la cual, y al margen de la problemática relativa a la cuantificación de la indemnización, sería necesario investigar hasta qué punto no se produce una objetivación de la responsabilidad en la aplicación de los arts. 1101 y sigs., y 1902 del Código civil.

Pero es ésta una perspectiva que no se agota en las cuestiones anteriores, en cierta medida, ya clásicas. Esta llevaría a considerar —en la línea de una aplicación armonizada del Derecho de defensa de la competencia y del de obligaciones y contratos— el contenido obliga-

¹⁷ Al respecto, véase *supra*, epg. VII. 2.

cional de los contratos de distribución y, sobre todo, su régimen extintivo, a la luz de los fines perseguidos por el Derecho de defensa de la libre competencia.

Por ejemplo, se produce la extinción unilateral de un contrato de distribución a instancia del productor. Este justifica su acción por un incumplimiento del contrato por parte del distribuidor. O incluso no justifica dicha extinción, sino que se limita a observar un preaviso acorde con las exigencias de la buena fe. Pero, en realidad, se trata de una represalia por no haber cumplido el distribuidor ciertas estipulaciones del contrato —o, incluso, ciertos pactos ocultos— que le obligaban a vulnerar la prohibición de conductas colusorias: así, en un contrato de concesión exclusiva, se le imponía la prohibición de realizar ventas, tanto activas como pasivas, fuera del territorio concedido, o se le imponía un precio de reventa del producto objeto de distribución. Dado que no es deseable amparar estas conductas, cabría pensar en la conveniencia de exigir la existencia de una justa causa económico-competencial a la hora de terminar unilateralmente una relación contractual de distribución; o, mejor dicho, negar la posibilidad de extinguir unilateralmente el contrato si no concurren razones amparadas en la mejora de la competencia económica.

Continuando por la vía ejemplificativa, y por lo que se refiere a las consecuencias económicas de la extinción de los contratos de distribución, si se parte de la base, para simplificar, de que la eficiencia fuese el único fin buscado por el Derecho de defensa de la competencia, puede pensarse que, si en determinadas circunstancias, la terminación unilateral del contrato de distribución a instancia del productor puede ser eficiente, no es coherente hacer dicha extinción excesivamente onerosa para el productor, estableciendo la misma indemnización a favor del distribuidor que en el caso de que dicha extinción fuese neutra o incluso ineficiente. Habría que estudiar hasta qué punto el régimen vigente trae cuenta de estos datos y, en su caso, articular mecanismos que permitiesen tenerlos en cuenta en el momento de la terminación de la relación contractual de distribución.

Pero aún existe un tercer aspecto dentro de esta perspectiva, cual es el la determinación del alcance que tienen en las relaciones *inter partes* determinadas medidas que pueden ser adoptadas en la efectiva implantación y en la administración de la prohibición de conductas colusorias. Se está pensando en la repercusión de la apreciación del efecto sensible de las restricciones a que da lugar determinado contrato de distribución –y más claramente en el Derecho español– por los órganos especializados en el Derecho de defensa de la competencia, y el grado de vinculación que tal apreciación supone para un Tribunal nacional que conoce de un asunto en el que una de las partes alega que determinada reclamación de la otra parte no está fundada, ya que el contrato es nulo por ser colusorio; y, efectivamente, lo es, pero se trata de un acuerdo de menor importancia. ¿Debe el juez considerar el acuerdo válido?

Sin embargo, tal desarrollo no va a ser acometido, pues extendería excesivamente el ya de por sí amplio contenido del presente estudio. No obstante, vayan por delante estas reflexiones, que a modo de hipótesis de trabajo servirán, en su día, para iniciar el análisis de estas cuestiones.

XIII. INCIDENCIA DE LOS CONTRATOS DE DISTRIBUCION COMERCIAL EN LA LIBRE COMPETENCIA

Determinar con la máxima claridad posible a qué se alude y a qué no se alude hoy por hoy en el Derecho comunitario de la competencia con la expresión "contratos" o "acuerdos de distribución" es un dato relevante –además de para delimitar de manera precisa el ámbito de estudio– de cara a circunscribirse a un determinado universo de cuestiones. En este caso, el paradigma de referencia, que viene dado por los tipos contractuales que se incluyen en la categoría, puede sintetizarse, con ciertas limitaciones¹⁸, en el fenómeno económico-empresarial de la

¹⁸ Así, recuérdese que se trata de la distribución de bienes de consumo, por lo que no se van a tener presentes, en principio, los acuerdos que tengan por objeto la distribución de

distribución comercial integrada contractualmente en la dimensión vertical y en sentido descendente. Distinto es si el paradigma escogido es acertado o desacertado en función de la realidad que se desea regular. Pero esta es una cuestión de que se abordará más adelante.¹⁹

No obstante, y al margen de lo anterior, la cuestión sobre la que debe insistirse a la hora de estudiar la incidencia de los contratos de distribución comercial en la libre competencia es en que los "tipos contractuales" delimitados por el Derecho de defensa de la competencia —comunitario en este caso, pero también en el estatal español— no sirven de base para determinar el régimen aplicable a los mismos²⁰. Al contrario, los tipos contractuales carecen de aptitud normativa en el Derecho de defensa de la competencia, pues constituyen estructuras de relaciones contractuales no generalizables por la rigidez de los reglamentos de exención por categorías²¹, que es donde se "tipifican" los contratos de distribución exclusiva, aprovisionamiento exclusivo y franquicia. Son, por decirlo gráficamente, "callejones sin salida" a la hora de tratar los contratos de distribución que son "atípicos" para el Derecho de defensa de la competencia²². Ello se explica porque los tipos son el resultado de todo un proceso de síntesis de la experiencia acumulada en el proceso de descubrimiento que constituye la competencia²³; proceso en el que se ha ido constatando cómo determinadas

servicios, ni los de distribución industrial; véase *supra*, epgs. III., IV. 4. B. y X. 3.

¹⁹ Véase *infra*, epg. XVII. 1.

²⁰ Véase *supra*, epgs. VIII. 1. B. c. y XI.

²¹ A propósito de la rigidez de los reglamentos de exención por categorías, véase *infra*, epg. XVI. 4. B.

²² Señaladamente, en cuanto a la distribución selectiva, su variedad es tan amplia que resulta difícil hablar de un único tipo contractual y diferenciarlo en ocasiones de la distribución exclusiva y, sobre todo, de la franquicia; véase, al respecto, *supra*, epg. X. 2.

²³ A propósito de la aprehensión del fenómeno de la competencia económica como proceso de descubrimiento, véase *infra*, epg XVIII. 1.

restricciones de la competencia se aglutinaban en torno a ciertas formaciones contractuales y se ha podido determinar qué tratamiento de conjunto merece dicha amalgama, dicho conglomerado de frecuencia de restricciones de la competencia. Es por ello que para realizar un estudio no parcial de las relaciones contractuales aplicadas a la organización de los canales de distribución comercial desde la perspectiva del Derecho de defensa de la competencia, lo que procede es romper el molde tipológico para tratar de las restricciones típicamente generadas por estos acuerdos, independientemente de la formación contractual a la que aparezcan vinculadas, aunque siempre dentro de la categoría contractual de los contratos de distribución comercial, que es la que proporciona un marco económico homogéneo a las restricciones que van a ser objeto de tratamiento. En definitiva y por las razones alegadas, a continuación no se va a abordar un conjunto de determinados tipos contractuales, sino un conjunto de restricciones de la competencia propias de una categoría de contratos que responden a un mismo paradigma de referencia.

Así, si se atiende a la dicción tanto del art. 85.1 TCE como del art. 1.1 LDC, para el Derecho de defensa de la competencia lo verdaderamente nucleico es la idea de restricción de la competencia, el objeto o efecto de las conductas respecto de la libre competencia; es decir, que lo determinante no es ni el tipo contractual, ni la finalidad o función económica del contrato en cuestión, sino qué objeto persigue y/o a qué efectos da lugar ese contrato o, en general, determinada conducta, sobre la libre competencia.

A diferencia del TCE, la idea de restricción ocupa un lugar destacado en la legislación española. Así, la LDC titula su cap. I "De los acuerdos y prácticas restrictivas o abusivas". Con lo que, además, parece que se introduce el dato de su consideración como abuso de la restricción de la competencia. En esta misma línea, la LPRC titulaba su cap. I "De las prácticas restrictivas de la competencia"; en ambos casos, la noción de restricción engloba tanto las conductas colusorias como abusivas de

posición de dominio. No obstante, el término "restringir" aparece también en el tenor del art. 85.1 TCE.

Más allá, como se puede observar, restricciones de la competencia se dan igualmente en el seno del art. 86 TCE y del art. 6 LDC, si se comparan los catálogos ejemplificativos que recogen, de una parte, los arts. 85.1 y 86 TCE, como, de otra parte, los arts. 1.1 y 6.2 LDC²⁴. Las actuaciones en el mercado producen idéntico resultado, sólo que en el caso de los arts. 86 TCE y 6 LDC, el origen de la restricción de la competencia es "unilateral", mientras que en el caso de los arts. 85 TCE y 1 LDC, ésta surge de un concierto de dos o más voluntades.²⁵

Otro hecho que conviene tener presente, ya desde un primer momento, es la presencia generalizada de una asociación de ideas en términos de equivalencia entre los conceptos "contratos" o "acuerdos de distribución", "acuerdos verticales" y "restricciones verticales". Tal

²⁴ La única restricción de la competencia que no se reproduce en el art. 86 TCE es la descrita en la letra c) del art. 85.1 TCE, algo que es lógico, por otra parte, pues la noción de reparto de un mercado implica la participación de dos o más empresas. Idéntica situación se aprecia entre el art. 1 y el art. 6 LDC (véase letra c) del art. 1.1 LDC). Sin embargo, el art. 6.2 LDC matiza los distintos supuestos ejemplificativos, en la medida que incorpora al tenor de los mismos el carácter abusivo que deben tener las conductas en el prohibidas. Así, en el supuesto de la letra a) del art. 6.2 LDC, en lugar de "fijación" se habla de "imposición"; en la letra b) del art. 6.2 LDC se añade que la limitación deber ser "en perjuicio injustificado de las Empresas o de los consumidores"; amén de añadirse una letra c) en la que expresamente se prevé, como un supuesto de abuso de posición de dominio, la negativa injustificada de venta.

²⁵ De hecho, y en el marco de mercados oligopolísticos, se plantea la dificultad de subsumir en la norma la conducta restrictiva de la competencia, pues, en principio, cabría la posibilidad de aplicar tanto el art. 85 TCE como el art. 86 TCE; así sucede cuando no se puede probar la existencia de prácticas conscientemente paralelas o, simplemente, no se tiene la certeza de que se den todos sus elementos, y se plantea la existencia de lo que se ha denominado un "abuso de posición dominante colectivo" (al respecto, véase RODGER, B. J.: "Market Integration and the Development of European Competition Policy to Meet New Demands: A Study of the Control of Oligopolistic Markets and the Concept of a Collective Dominant Position under Article 86 of the EC Treaty", LIEI 1994 [2], págs. 1-26; y BOVIS, C.: *Business Law in the European Union*, Sweet & Maxwell, London, 1997, págs. 78-91). Igualmente problemático resulta el tratamiento jurídico de los mercados oligopolísticos en el contexto de las concentraciones empresariales (al respecto, recientemente, véase YSEWYN, J., y CAFFARRA, C.: "Two's Company, Three's a Crow: The Future of Collective Dominance After the Kali & Salz Judgement", ECLR 1998 [7], págs. 468-472).

asociación no es necesariamente inexacta por lo que se refiere al binomio "acuerdos de distribución-acuerdos verticales" –así, es exacta para esta parte del estudio, si bien, como ya se ha puesto de relieve, puede darse al concepto de contratos de distribución comercial un sentido amplio²⁶–. Ahora bien, mayor riesgo de confusión implica la asociación de la que es objeto el binomio "acuerdos verticales-restricciones verticales": no es exacta, pues los acuerdos verticales puede dar lugar tanto a restricciones horizontales de la competencia²⁷ como, incluso, a abusos de posición de dominio, que no dejan de ser restricciones de la libre competencia. No toda restricción originada por un acuerdo de distribución es una restricción vertical. Ni todas las restricciones verticales han de tener necesariamente su origen en un acuerdo vertical. Por la misma razón, tampoco se puede predicar su identidad cuando se entiende "acuerdo de distribución" como una concreta obligación restrictiva de la competencia asumida en el marco de un contrato de distribución²⁸. No obstante, es cierto que las restricciones características de los acuerdos de distribución son las verticales, y en ellas se va a centrar el presente estudio. Pero ello no obsta para poner de relieve este dato y advertir del riesgo de exclusión existente.

Pues bien, con el propósito de hacer operativa una sistemática basada en las restricciones verticales de la competencia, en el presente capítulo se procederá a la identificación y sistematización de dichas restricciones, lo que se acompañará del dato del tratamiento jurídico que

²⁶ Véase *supra*, epgs. X. 3. y XI. 1. B.

²⁷ Así puede suceder, por ejemplo, en el marco del contrato de agencia; al respecto, véase *supra*, epg. X. 4.

²⁸ Además, la restricción vertical no siempre ha de descansar en una cláusula contractual –así, puede tener su origen en pactos ocultos o en una actuación "de facto" del productor, etc.; sobre la equivalencia entre los términos "acuerdo" y "obligación contractual" véase GINER PARREÑO: *Distribución y libre competencia...*, cit., pág. 42, nota 2; véase también *supra*, epg. VIII. 1. B. c.

reciben, así como de los argumentos económicos que pueden explicar dicho tratamiento. Con carácter previo, procede realizar ahora una serie de consideraciones en torno a la noción de restricción vertical de la competencia.

XIII. 1. Aproximación a la noción de restricción vertical de la competencia

En efecto, no siempre se distingue claramente la noción de acuerdo de distribución y sus tipos, de la noción de restricción vertical y sus clases. Así, no es infrecuente topar con la identificación entre acuerdos de distribución y restricciones verticales²⁹. Sin embargo, parece conveniente distinguir entre, de una parte, los contratos de distribución, acuerdos de distribución o –por razón del alcance que se les otorga en esta parte del trabajo– acuerdos verticales y, de otra, las restricciones verticales³⁰. Lo cierto es que esta distinción aparece más clara entre los

²⁹ Por ejemplo, véase COMISIÓN DE LA COMUNIDAD EUROPEA: *Survey of the Member State National Laws Governing Vertical Distribution Agreements*, Oficina de Publicaciones Oficiales de las Comunidades Europeas, Luxemburgo, 1996, págs. 19-21 y 45-59, donde, si bien se distingue previamente entre restricciones territoriales y no territoriales, se entiende que la distribución exclusiva, el aprovisionamiento exclusivo, la distribución selectiva y la franquicia son tipos de restricciones verticales; en el segundo caso, en el de las restricciones no territoriales, se añaden, además, las restricciones sobre la clientela y sobre el destino del producto, así como la imposición de precio de reventa. No obstante, esta clasificación ya no es seguida en el LiV RV, donde se distingue claramente entre tipos de contratos de distribución y tipos de restricciones verticales (véase IBIDEM, núms. 117-177, págs. 41-60).

³⁰ De este modo proceden WALLE/GREVEN: *Competition Law of the European Community*, cit., §§ 6.01-6.08, págs. 6-4 a 6-42, quienes, bajo el título "distribución", exponen la materia desde ambas perspectivas, sin dejar, no obstante, de establecer las correspondientes interrelaciones. Expresamente consideran la agencia, la distribución exclusiva, el aprovisionamiento exclusivo, la distribución selectiva (de vehículos de motor, inclusive) y la franquicia como tipos de organizaciones para la distribución. Estos tipos de organizaciones son diferenciados de las restricciones verticales de la competencia, de las que se ocupan previamente y con carácter general, es decir, referidas a todos los acuerdos de distribución (véase IBIDEM, § 6.01, pág. 6-4 a 6-6).

Una distinción similar es la que establecen RITTER/BRAUN/RAWLINSON: *EEC Competition Law...*, cit., págs. 167-261. quienes, no obstante y pese a titular el correspondiente capítulo "restricciones verticales de la competencia en acuerdos de distribución y de

autores norteamericanos, lo que se explica en buena medida por la sistemática seguida en el Derecho *antitrust* estadounidense.³¹

Ahora bien, ¿qué es una restricción de la competencia? Esta pregunta no es de fácil respuesta, ni en sentido lato, ni en sentido estricto. No obstante, no es de extrañar, pues se trata de una de las cuestiones recurrentes del Derecho de defensa de la competencia.³²

El término "restricción" se define como "acción y efecto de restringir, limitar o reducir"; a su vez, el término "restringir" como "ceñir, circunscribirse, reducir a menores límites; apretar, constreñir, restriñir"³³. En el marco de los contratos de distribución, referido dicho término a la competencia, y en un sentido lato, próximo al anterior, todo contrato tiene un efecto restrictivo, ya que la libertad de los agentes económicos queda constreñida, reducida o limitada por la obligación de

aprovisionamiento", consideran en cierto sentido los tipos contractuales como restricciones verticales especiales, frente a las que se denominan "restricciones verticales generalmente prohibidas". De hecho, la exposición de los tipos de restricciones verticales prohibidas es posterior y subsidiaria de la primera, en la medida en que se afirma que "ciertas restricciones de la competencia en acuerdos verticales están generalmente prohibidas y sólo se permiten en circunstancias especiales" (véase IBIDEM, pág. 246).

³¹ Así lo pone de manifiesto RUIZ PERIS: *El contrato de franquicia...*, cit., págs. 36-50, cuando, a la hora de realizar el análisis concurrencial del contrato de franquicia en el Derecho norteamericano, sigue un esquema atento a las restricciones que se producen. Como indica este autor, el Derecho *antitrust* estadounidense no estudia tipos, sino cláusulas: su soporte sistemático lo proporcionan las restricciones, y no los tipos contractuales que da lugar a dichas restricciones (véase IBIDEM, pág. 36). En este mismo sentido, véase GINER PARREÑO: *Distribución y libre competencia...*, cit., pág. 64. Al respecto, véase *supra*, epg. VIII. 1. B. c.

³² Así lo entiende WISH: *Competition Law*, cit., págs. 43-48, a la que añade las siguientes cuestiones recurrentes: (a) la noción de acuerdo en el marco de la prohibición de conductas colusorias, (b) el poder de mercado, las barreras de entrada y de salida, (c) las restricciones horizontales y verticales, y la competencia *intra-brand* e *inter-brand*, (d) las importaciones paralelas y la protección territorial absoluta, (e) la relevancia del análisis económico y (f) los instrumentos necesarios para el cumplimiento del Derecho de defensa de la competencia. Como se podrá apreciar más adelante, el presente estudio aborda, con mayor o menor intensidad, todas estas cuestiones.

³³ DRAE, voces «Restricción» y «Restringir».

ejecutar dicho contrato. Entender por "restricción de la competencia" toda aquella limitación que determina la manera en que debe comportarse económicamente un sujeto, toda limitación de su libertad económica o comercial, supone dotar al término de un alcance excesivamente amplio. En el otro extremo, en la acepción más estricta que se formula del término, la Escuela de Chicago afirma que existe una restricción de la competencia cuando un acuerdo puede afectar el bienestar de los consumidores en su significado económico (*consumer welfare*)³⁴. Y si bien se sabe que ni el primero de los sentidos ni este último –por exceso y por defecto, respectivamente–, corresponden al concepto de restricción de la competencia en el Derecho comunitario, lo que no se sabe a ciencia cierta es qué es una restricción de la competencia para el Derecho comunitario.³⁵

En efecto, no resulta fácil delimitar de manera precisa este término. Al estudio de las dificultades que plantea la delimitación de qué es una restricción (vertical) de la competencia para el Derecho comunitario, se dedicará el capítulo octavo del presente estudio. Pero lo que ahora interesa es contar con una noción aproximada de restricción de la competencia, que nos permita comprender aquello de lo que se está tratando. Tal vez, la mejor idea intuitiva de lo que éstas son resulte de la combinación de los dos sentidos del término arriba expuestos. Se puede afirmar que las restricciones de la competencia tienen un carácter ambivalente, que denota la presencia de dos sentidos o perfiles del término: "[l]as restricciones de competencia con origen en acuerdos [...] se proyectan básicamente en dos direcciones: la alteración de la estructura del mercado y los cambios en el comportamiento de las empresas implicadas". Así, una restricción de la competencia, desde la perspectiva de la estructura del mercado, puede consistir en una

³⁴ Sobre la noción de bienestar de los consumidores en este contexto, véase *infra*, epg. XV. 3.

³⁵ Véase WISH: *Competition Law*, cit., págs. 44-45.

reducción del número de competidores actuales o potenciales —creando barreras de entrada al mercado—, en modificaciones en las características de los productos, en cambios de índole geográfica y temporal, etc. Y desde la perspectiva del comportamiento de las empresas, existe una restricción de la competencia cuando su margen de comportamiento estratégico queda reducido, cuando existe una merma de la autonomía de actuación.³⁶

De manera que, en una primera aproximación, una restricción de la competencia es cualquier limitación del margen de comportamiento de los agentes económicos con origen en una conducta de éstos, que, a su vez, repercute en la estructura del mercado donde operan dichos agentes económicos.

En el marco de los contratos de distribución, en un primer momento, prima la concepción de la restricción de la competencia como alteración del comportamiento de las empresas, si bien se ha evolucionando hacia su consideración como alteración de la estructura del mercado mediante la correspondiente alteración en el comportamiento de las empresas: el Derecho de defensa de la competencia transita de un sistema de control de conductas a un sistema de control de estructuras. Por lo tanto, no se puede decir que el art. 85 TCE articula el control de conductas, mientras que el art. 86 TCE articula el control de estructuras³⁷: ambos preceptos han convergido hacia lo mismo, y ello se debe a la pérdida de importancia de la protección de los intereses individuales frente a los intereses generales. Dicha evolución no deja de representar un giro del Derecho de defensa de la competencia hacia un modelo social de competencia, al igual que ha sucedido en el Derecho de la competencia desleal.³⁸

³⁶ Véase BOTANA AGRA, M.: "Los actos anticompetitivos prohibidos por el artículo 85.1 del TCE", Noticias UE 1998 (156), pág. 58.

³⁷ Cfr. BOVIS: *Business Law...*, cit., pág. 78.

³⁸ Sobre la evolución del Derecho de la competencia desleal, véase, por todos, MENÉNDEZ MENÉNDEZ, A.: *La competencia desleal*, Col. Monografías, Civitas, Madrid, 1988; también como: *La competencia desleal (Discurso leído el día 16 de mayo de 1988,*

Pues bien, cuando dicha limitación con tales repercusiones se produce en el marco de las relaciones entre productores y distribuidores, más concretamente, en el margen de comportamiento de estos últimos, se habla de restricciones verticales de la competencia. En ellas, una empresa que opera en un determinado nivel impone una restricción de la competencia a otra que opera en un nivel distinto del canal de distribución —en el paradigma de referencia al que se recurre ahora, en el nivel inferior—; por contra, las restricciones horizontales son aquellas en que se restringe la competencia entre empresas que se encuentran en el mismo nivel del canal de distribución.³⁹

Sirvan estas ideas para ubicar la materia que va a ser objeto de síntesis. La concreción de esta noción aproximativa en el ámbito de la prohibición comunitaria de conductas colusorias requiere, como ya se ha puesto de manifiesto, el análisis del funcionamiento del mecanismo aplicativo del art. 85 TCE.

en el acto de su recepción como Académico de número en la RAJL, con contestación de Rodrigo Uría González), Real Academia de Jurisprudencia y Legislación, Civitas, Madrid, 1998.

³⁹ Véase, por todos, WISH: *Competition Law*, cit., pág. 46; y, entre nosotros, RUIZ PERIS: *El contrato de franquicia...*, cit., pág. 38.

Sin embargo, esta distinción no resulta siempre fácil de trazar. Así sucede en los supuestos de distribución multicanal (véase *supra*, epg. V. 6. C. a.), de acuerdos de franquicia industrial y, especialmente, de licencias de propiedad industria e intelectual (véase, al respecto, *supra*, epg. X. 3.). En este último caso, para dirimir si se trata de un acuerdo horizontal o vertical, parece que no es apropiado atender a la sucesión funcional de las partes contratantes en el canal de distribución, sino a si las partes del acuerdo, licenciatario y licenciante, hubieran sido competidores reales o potenciales en el mercado relevante de no haberse llegado a celebrar el contrato; en caso de respuesta afirmativa, debe entenderse que se trata de un acuerdo horizontal. Otro dato al que cabe atender a estos efectos, es a la pertenencia del acuerdo en cuestión a una estructura contractual más completa, a un conjunto de acuerdos, en cuyo caso cabe entender que se trata de un acuerdo vertical, pues los acuerdos horizontales suelen tener carácter aislado (véase LUGARD: "Vertical Restraints...", cit., pág. 169; en este sentido, véase también FUENTES NUÑEZ: "El futuro de la distribución...", cit., pág. 1).

A modo de avance sobre la cuestión anterior, parece oportuno prestar atención a los siguientes pronunciamientos de TOBÍO RIVAS⁴⁰. Parte de la calificación como "«auténticas» restricciones" de aquellas conductas prohibidas por el art. 85.1 TCE. Inmediatamente percibe la relajación que puede observarse en el apdo. 1 del art. 85 TCE, y de cómo esta relajación se ha llegado a calificar de *rule of reason*, de regla de razón –que se traduce como "regla de lo razonable"–; así, "[d]e acuerdo con esta 'regla de lo razonable', no toda restricción de la competencia estaría prohibida por el párr. 1.º, Art. 85 TCEE, sino tan sólo aquellas que realmente restringiesen la competencia comunitaria"⁴¹. Como contrapunto, y al hilo de esta exposición, se plantea brevemente la cuestión de si en el Derecho comunitario de la competencia existen "las denominadas restricciones «per se»"; mejor dicho, si existen restricciones prohibidas *per se*. A tal expresión se le da, en principio, el siguiente alcance: se trata de restricciones que estarían, en todo caso, prohibidas por el art. 85.1 TCE. Pero luego dice que "[a] esta cuestión nos referiremos más adelante, cuando tratemos aquellas restricciones consideradas generalmente como no indispensables y, por tanto, prohibidas" –debería decir "prohibidas y no susceptibles de ser declaradas exentas"–. Y es que el alcance de la expresión "prohibición *per se*" no está claro: se puede aplicar, bien a aquellas restricciones que en todo caso están prohibidas por el art. 85.1 TCE –esto es, en el apdo. 1 tiene lugar un balance competitivo, y hay restricciones que nunca lo superarán positivamente–, bien a aquellas restricciones que en todo caso están prohibidas por el art. 85.1 TCE y no pueden ser declaradas exentas conforme al art. 85.3 TCE –esto es, en realidad, se atiende al balance económico, y hay restricciones que nunca lo van a superar–. De hecho,

⁴⁰ TOBÍO RIVAS: *La autorización de medidas...*, cit., págs. 274-276.

⁴¹ Como ejemplo trae a colación la aparición de las restricciones accesorias en el enjuiciamiento de los contratos de distribución: Sent. del TJCE de 25.10.1977, As. 26/76 *Metro I*, Slg. 1977, pág. 1875 y sigs.; Sent. del TJCE de 8.6.1982, As. 258/78 *Nugesser*, Slg. 1982, pág. 2015 y sigs.; Sent. del TJCE en As. *Pronuptia*, cit.; y Sent. del TJCE de 22.10.1986, As. 75/84 *Metro II*, Rec. 1986, págs. 3021 y sigs. Además alude a otro ejemplo de restricciones accesorias, referido a acuerdos horizontales, como son las previsiones contenidas en los núms. 65-69 la Comunicación sobre EPC de 1993.

da la impresión de que la autora entiende que una restricción prohibida *per se*, en el Derecho comunitario, es aquella que no es susceptible de ser declarada exenta. Al tratarse de las restricciones consideradas generalmente como no indispensables⁴², dice: "[l]as restricciones que estudiaremos en este apartado, serán restricciones prohibidas por el Art. 85,1 TCEE, y que, por su especial gravedad, impedirán, generalmente, la concesión de una excepción"⁴³. Parece que este debe ser el alcance que se dé a la expresión "prohibición *per se*"; la "imprecisión terminológica" detectada pone de relieve la dificultad de trasladar una terminología propia del Derecho *antitrust* estadounidense al Derecho comunitario de la competencia.

XIII. 2. Clasificación de las restricciones verticales de la competencia

Una vez que se ha optado por las restricciones verticales de la competencia como eje sobre el que organizar la exposición del tratamiento jurídico que los acuerdos de distribución comercial reciben en el Derecho comunitario de la competencia, surge la necesidad de establecer un criterio para su clasificación. Llegados a este punto, parece que la primera posibilidad que ha de plantearse es acudir al propio art. 85 TCE en busca de dicho criterio clasificatorio. En este sentido, una posible alternativa para estructurar este epígrafe es la ofrecida por la clasificación que de las restricciones de la competencia propone TOBÍO RIVAS.⁴⁴

Previamente, debe advertirse que la autora no se refiere únicamente a restricciones verticales de la competencia, sino a todo tipo de restricciones

⁴² Véase TOBÍO RIVAS: *La autorización de medidas...*, cit., pág. 317 y sigs.

⁴³ TOBÍO RIVAS: *La autorización de medidas...*, cit., pág. 317; de hecho, los principales ejemplos facilitados de esta categoría de restricciones son las territoriales absolutas y las que consisten en la imposición de precios de reventa.

⁴⁴ TOBÍO RIVAS: *La autorización de medidas...*, cit., págs. 115 y sigs.

prohibidas por el art. 85 TCE. En cualquier caso, esta clasificación, de ser válida, puede resultar útil para explicar el tratamiento jurídico que reciben las restricciones verticales de la competencia en el ámbito comunitario.

Dicha clasificación descansa en la relación existente entre el primer requisito de los establecidos para la concesión de la exención en el apdo. 3 del art. 85 TCE –es decir, el acuerdo en cuestión debe reportar ventajas económicas– y el tercero y el cuarto de los requisitos allí establecidos –esto es, el carácter indispensable de la restricción de la competencia, establecida en el acuerdo, para la consecución de las ventajas económicas y el mantenimiento de un grado mínimo de competencia en el mercado afectado por el acuerdo en cuestión, respectivamente–.

En primer lugar, no queda claro si TOBÍO RIVAS únicamente contempla en su clasificación aquellas restricciones que son objeto de prohibición por el apdo. 1 del art. 85 TCE y, por lo tanto, susceptibles de exención conforme al apdo. 3 del art. 85 TCE –que, posteriormente, serán o no declaradas exentas–, o bien contempla todo tipo de restricciones de la competencia, incluidas aquellas que no están prohibidas por el apdo. 1 del art. 85 TCE. Parece que la opción de esta autora correspondería con la primera de las hipótesis, pues tal criterio clasificatorio presupone que la restricción de la competencia esté prohibida por el apdo. 1 del art. 85 TCE. Por lo tanto, a la hora de utilizar la clasificación de TOBÍO RIVAS como pauta de organización, sería preciso completarla añadiendo un primer miembro, cual sería el de las "restricciones de la competencia que tienen efectos positivos para la competencia".

Así, dentro del balance económico que se desarrolla en el apdo. 3 del art. 85 TCE, se advierte que existe una íntima relación entre el primero y el cuarto de los requisitos de dicho apartado, ya que: "el grado de competencia, bien la que exista en el mercado, o bien la que conlleve el

propio acuerdo, influye en las ventajas".⁴⁵

De manera que se parte de la base de que en el apdo. 1. del art. 85. TCE se haría un *balance competencial*, mientras que en el apdo. 3 del art. 85 TCE se haría un *balance económico*, distinto y de mayor alcance que el anterior, pues no solo se considerarían los efectos que sobre la libre competencia tiene la restricción en cuestión, sino, en general, los efectos económicos.

Igualmente, para esta autora "existen distintos grados de influencia de las restricciones derivadas del acuerdo en la consecución de las ventajas".⁴⁶

Lo que no aclara es si dicha "influencia" resulta de la suma del tercer y cuarto requisito del apdo. 3 del art. 85 TCE, o si únicamente se refiere al tercero —el carácter indispensable de la restricción de la competencia— o al cuarto de los requisitos —su carácter no excesivamente limitativo de la competencia—. Si se atiende a la clasificación establecida, parece que el grado de influencia depende, indistintamente, de los requisitos tercero y/o cuarto del art. 85.3 TCE, que se entremezclan constantemente.

Pues bien, en atención al dato del distinto grado de influencia de las restricciones verticales en la consecución de las ventajas, distingue entre: (a) restricciones necesarias o indispensables, (b) restricciones innecesarias neutrales y (c) restricciones innecesarias negativas.

Las "restricciones necesarias o indispensables" son aquellas mediante las que se logran las ventajas perseguidas y, además, la competencia no sufre perjuicios mayores de los necesarios para lograr dichas ventajas.⁴⁷

⁴⁵ TOBÍO RIVAS: *La autorización de medidas...*, cit., pág. 116.

⁴⁶ TOBÍO RIVAS: *La autorización de medidas...*, cit., pág. 116.

⁴⁷ Véase TOBÍO RIVAS: *La autorización de medidas...*, cit., pág. 116.

Tal y como se enuncia, parece que aquí concurren únicamente los requisitos primero y tercero del apdo. 3 del art. 85 TCE: la restricción produce ventajas económicas y se trata de una restricción indispensable o necesaria para alcanzar dichas ventajas. Lo que no queda claro es si también concurre el cuarto requisito, la subsistencia de un mínimo de competencia. No obstante, recuérdese que la autora afirma que el primer y el cuarto requisito forman una unidad, de manera que si concurre el primero, también concurre el cuarto. Para evitar el equívoco a que lleva la denominación escogida, no debería hablarse simplemente de "restricciones necesarias o indispensables", sino de "restricciones necesarias o indispensables que no eliminan la competencia sustancial".

En cuanto a las "restricciones innecesarias neutrales", por un lado se dice que, en este caso, las restricciones "no son indispensables; su supresión no impide alcanzar las ventajas perseguidas con el acuerdo"; con estas restricciones "[s]e lograrían ventajas económicas, fundamentalmente, pero la competencia se vería más afectada de lo necesario para obtenerlas". Y, sin embargo, de otra parte, su presencia o ausencia "no incide en la subsistencia del acuerdo", y por eso son "neutrales".⁴⁸

Realmente, de la formulación de la delimitación únicamente se corresponden con el criterio clasificatorio establecido por la propia autora las frases aglutinadas en el primer inciso de la anterior cita; es decir, la restricción es o no es indispensable. Si se atiende al ejemplo que se facilita, esta clase de restricciones se caracteriza por la no concurrencia del tercer requisito del apdo. 3 del art. 85 TCE: la restricción no es indispensable, en la medida en que se podría alcanzar la misma ventaja económica con una restricción de menor efecto limitativo de la competencia.⁴⁹

⁴⁸ TOBÍO RIVAS: *La autorización de medidas...*, cit., pág. 116.

⁴⁹ El ejemplo es la Sent. del TJCE de 27.1.1987, As. 45/85 *Verband der Sachversicherer e.V. vs. Comisión*, Rec. 1987, pág. 405 y sigs.; véase TOBÍO RIVAS: *La autorización de medidas...*, cit., págs. 116-118. También pone como ejemplo la Sent. del TPI de 27.2.1992, As. T-19/91 *Vichy*, Rec. 1992, pág. II-415 y sigs., fdo. 71; véase TOBÍO RIVAS: *La autorización de medidas...*, cit., pág. 181-182. En este último caso, el TPI

Lo que sucede es que, en esta delimitación, se incorpora un criterio que no ha sido previamente enunciado: nada tiene que ver con el criterio clasificatorio establecido el hecho de que la presencia o ausencia de la restricción incida o no en la subsistencia del acuerdo. Y este es el dato que justifica calificar a estas restricciones —además de "innecesarias" o, conforme a lo anterior, "no indispensables"— de "neutrales".

Respecto de las "restricciones innecesarias negativas", de una parte se dice que "las restricciones de la competencia que el acuerdo conlleva, impiden que éste proporcione ventajas económicas"; se insiste en que "las restricciones son totalmente 'innecesarias', puesto que no permiten alcanzar ventajas económicas y, al mismo tiempo, perjudican a la competencia". Por otra parte, se dice que estas restricciones (innecesarias) son "negativas", "porque al suprimirlas por innecesarias, será prácticamente imposible que subsista el acuerdo en el que se hallaban insertas; dicho con otras palabras, inciden negativamente sobre el acuerdo, además de perjudicar la competencia".⁵⁰

Se pone como ejemplo el *As. Ford*⁵¹. Y a propósito del mismo se afirma, de una parte, que la restricción en cuestión —que consiste en la negativa del productor a suministrar vehículos con volante a la derecha a sus concesionarios alemanes, para impedir que éstos los exportasen a Gran Bretaña a un precio sensiblemente inferior del que el productor y los distribuidores británicos habían establecido para ese mercado geográfico—, restringe la competencia de tal manera que disminuye o anula las ventajas

entiende que la exigencia del sistema de distribución selectiva de que los distribuidores de los productos de esa marca fuesen farmacéuticos supone, de hecho, dado el número limitado de farmacias, una restricción cuantitativa, prohibida por el apdo. 1 del art. 85 TCE; y dicha restricción, además, no es indispensable, por lo que no se puede declarar exenta conforme al apdo. 3 del art. 85 TCE, pues la función de asesoramiento que justifica la exigencia del productor puede satisfacerse por personas distintas de las de un farmacéutico.

⁵⁰ TOBÍO RIVAS: *La autorización de medidas...*, cit., pág. 118.

⁵¹ Sent. del TJCE de 17.9.1985, *As. 26/84*, Slg. 1985, pág. 2725 y sigs.

económicas que un sistema de distribución selectiva puede conllevar. Pero igualmente se dice, a continuación, que la restricción en cuestión, "no sólo se debe considerar innecesaria, sino que ya impide que el acuerdo origine las ventajas requeridas, en este caso, fundamentalmente, mejorar la distribución"⁵². De nuevo se aprecia la íntima relación que la autora establece entre el primer y el cuarto requisito del apdo. 3 del art. 85 TCE. En el ejemplo escogido por TOBÍO RIVAS, lo que sucede, en opinión tanto de la Comisión CE como del TJCE, es que no concurren ninguno de los dos primeros requisitos del apdo. 3 del art. 85 TCE⁵³. Pero para nada se alude al cuarto de los requisitos —que, recuérdese, exige el mantenimiento de un grado mínimo de competencia—.

En este supuesto, se atiende a la relación entre el primero y el cuarto de los requisitos del apdo. 3 del art. 85 TCE, mejor dicho, a la no concurrencia del primer requisito, lo que implica la no concurrencia del cuarto requisito —a saber, la presencia de ventajas económicas—; y ello, a diferencia del anterior elemento de la clasificación, que atiende a la relación entre el primer y el tercer requisito —o, lo que es lo mismo, entre las ventajas económicas y el carácter indispensable de la restricción—.

Si se comparan los dos últimos elementos de esta clasificación, se encuentran, de una parte, las restricciones "innecesarias neutrales", que producen ventajas económicas, pero no son indispensables para obtener las ventajas; mientras que, de otra parte, están las restricciones "innecesarias negativas", que no producen ventajas económicas, y, por lo tanto, limitan la competencia sustancial de manera no tolerable, sin que se cuestione si tienen carácter indispensable o no.

En síntesis y tras la anterior lectura reorganizativa, la clasificación propuesta por TOBÍO RIVAS quedaría de la siguiente manera: (a) restricciones necesarias o indispensables: aquellas restricciones

⁵² TOBÍO RIVAS: *La autorización de medidas...*, cit., pág. 119.

⁵³ Véase fdtos. 31 y 33 de la Sent. del TJCE en el As. *Ford*, cit.

ventajosas –y, por lo tanto, no excluyentes de competencia sustancial– y necesarias o indispensables para alcanzar las ventajas; (b) restricciones innecesarias neutras: aquellas restricciones ventajosas –y, por lo tanto, no excluyentes de competencia sustancial– pero innecesarias o no indispensables para alcanzar las ventajas; y (c) restricciones innecesarias negativas: aquellas restricciones no ventajosas y, por lo tanto, excluyentes de competencia sustancial.

Esta clasificación es criticable, pues se denominan de manera incorrecta la segunda y tercera clases de restricciones. Las restricciones son innecesarias o no indispensables en el segundo caso, mientras que en el tercero, lo que sucede es que no producen ventajas económicas. De hecho, el término que distingue unas de otras no descansa en este dato. Los términos "neutras" y "negativas" nada tiene que ver con el hecho de que se produzcan o no ventajas económicas, como cabría pensar, sino que se entiende que es una restricción es "neutral" si la nulidad de la cláusula en la que se formaliza la restricción permite la subsistencia del contrato; mientras que es "negativa" si tal nulidad no permite la subsistencia del contrato, porque no se pueden separar las cláusulas declaradas nulas del resto del contrato.

Así, se alude al pronunciamiento del TJCE en el As. *Delimitis*⁵⁴, que no deja lugar a dudas sobre el alcance jurídico con el que se alude a la subsistencia del contrato, sin que quepa pensar que se esté aludiendo a una subsistencia o viabilidad puramente económico-empresarial.

Por otra parte, ésta es una cuestión que le corresponde decidir, en última instancia, al juez nacional y de acuerdo con el Derecho nacional de obligaciones y contratos. Lo único que hace el Derecho comunitario⁵⁵ es

⁵⁴ TOBÍO RIVAS: *La autorización de medidas...*, cit., nota 48, pág. 118; véase Sent. del TJCE de 28.2.1991, As. C-234/89, Rec. 1991, págs. I-935 y sigs., fdto. 40.

⁵⁵ Ya desde la Sent. del TJCE de 30.6.1966, As. 56/65 *Société Technique Minière*, Slg. 1966, pág. 282 y sigs.

dar un criterio de aplicación del art. 85.2 TCE: la nulidad parcial es la regla general; la nulidad total se dará cuando las cláusulas o términos anulados no se dejen separar del resto del contrato.

Por lo tanto, la distinción de las restricciones innecesarias o no indispensables en neutrales y negativas no tiene nada que ver con el distinto grado de influencia de las restricciones verticales en la consecución de las ventajas económicas, sino con los efectos de la nulidad, que puede ser parcial –restricciones neutrales– o total –restricciones negativas–.

De manera que, en puridad, se solapan dos clasificaciones: de una parte, la distinción entre restricciones necesarias, innecesarias y no ventajosas; y, de otra parte, la distinción entre restricciones positivas, neutras y negativas. Otra cosa es que pueda existir una correspondencia entre ambas clasificaciones: que las restricciones necesarias sean positivas –en el sentido de que son válidas–, las innecesarias sean neutras y las no ventajosas sean negativas.

Al margen de la deficiencias reseñadas, la clasificación propuesta no parece que pueda ser de gran utilidad para el estudio de las restricciones, en este caso, verticales: en la distinción entre restricciones necesarias, innecesarias y no ventajosas –y al margen de la necesidad de completarla en los términos arriba expuestos–, los motivos que determinan la ubicación de los distintos supuestos en los elementos de la clasificación son tan variados, y su consideración depende de tal diversidad de factores, que no va sino a complicar más el estudio. Y la distinción entre restricciones positivas, neutras y negativas depende, en última instancia, del juez nacional.

De hecho, después de toda esta elaboración, TOBÍO RIVAS no recurre a su clasificación, cuando inmediatamente después de exponerla, procede al estudio de la aplicación práctica del requisito de la concurrencia de

ventajas económicas, sino que basa su explicación en los tipos de acuerdos⁵⁶. Sí que retoma esta clasificación cuando estudia la aplicación del tercer requisito del apdo. 3 del art. 85 TCE. No obstante, y si bien previamente distingue entre restricciones generalmente consideradas indispensables y restricciones generalmente consideradas no indispensables o innecesarias, dentro de las restricciones indispensables distingue, una vez más, según los tipos de acuerdos⁵⁷, mientras que dentro de las restricciones innecesarias distingue entre: restricciones que dan lugar a una protección territorial absoluta, restricciones en relación con precios y otras condiciones de contratación —especialmente, la imposición de precios de reventa— y restricciones en el suministro —especialmente, discriminación de clientes—. Estas tres últimas restricciones son calificadas de "restricciones innecesarias negativas". E insiste en su concepto: son las que, "por constituir el núcleo del acuerdo, normalmente impiden que éste pueda ser autorizado, ya que no pueden eliminarse y subsistir el acuerdo separado de las mismas".⁵⁸

Abundando en la crítica anterior, no parece que la cláusula donde se impone un precio de reventa, ni aquella en la que se prohíbe al distribuidor vender a grandes consumidores, o aquella que prohíbe a éste vender a otros intermediarios integrados en la red de distribución, constituyan el núcleo de ningún acuerdo. En todo caso, la decisión sobre si la nulidad de la cláusula donde se establece la restricción de la competencia afecta a todo el contrato o no, es una cuestión que depende del Derecho nacional y del juez nacional. Otra cosa es que las partes no quieran seguir adelante con la relación contractual si se elimina ese concreto término del contrato. O que la Comisión CE reaccione mucho más virulentamente cuando aprecia que existe una de estas restricciones, dada la gravedad de sus efectos para la libre competencia.

⁵⁶ Véase TOBÍO RIVAS: *La autorización...*, cit., pág. 136 y sigs.; para clasificación de los acuerdos de distribución seguida por esta autora, véase la síntesis realizada *supra*, epg. VIII. 1. B. c.

⁵⁷ Véase TOBÍO RIVAS: *La autorización...*, cit., págs. 295 y sigs.; para la tipología de acuerdos de distribución seguida por esta autora, véase la síntesis realizada *supra*, epg. VIII. 1. B. c.

⁵⁸ TOBÍO RIVAS: *La autorización de medidas...*, cit., pág. 317.

Es más, la propia autora incurre en solapamientos cuando acude a esta clasificación. Así, y refiriéndose a las tres restricciones anteriormente enumeradas, cuando dice: "Estas «restricciones innecesarias negativas», *generalmente consideradas no indispensables...*"⁵⁹. Pero, en el caso de las restricciones "innecesarias negativas", ¿no resulta indiferente si son o no son indispensables?

Por las razones expuestas, no se va a utilizar esta clasificación basada en el apdo. 3 del art. 85 TCE. Pero no por ello debe abandonarse el dato positivo. Otro posible punto de partida, a la hora de clasificar las restricciones verticales de la competencia, lo da el propio apdo. 1 del art. 85 TCE, al ofrecer un listado de restricciones de la competencia, tanto horizontales como verticales, con carácter ejemplificativo y no exhaustivo:

- "a) fijar directa o indirectamente los precios de compra o de venta u otras condiciones de transacción;
- b) limitar o controlar la producción, el mercado, el desarrollo técnico o las inversiones;
- c) repartirse los mercados o las fuentes de abastecimiento;
- d) aplicar a terceros contratantes condiciones desiguales para prestaciones equivalentes, que ocasionen a éstos 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".

Así, hay autores que optan por ceñirse estrictamente al esquema que proporciona el catálogo de "actos prohibidos" para clasificar y

⁵⁹ TOBÍO RIVAS: *La autorización de medidas...*, cit., pág. 317 –la cursiva es nuestra–.

exponer las restricciones de la competencia⁶⁰. Si bien, por su propio carácter, este catálogo no puede servir de base para una clasificación de las restricciones verticales con vocación de exhaustividad, sí que descansa en un criterio clasificatorio al que se puede recurrir: el listado atiende a diversos aspectos de la relación entre las empresas –precio, condiciones de compra, de venta, etc.– que pueden ser objeto de una restricción de la competencia, y a las conductas que, en relación con determinado aspecto de dicha relación, tienen por objeto la restricción o producen el efecto restrictivo.

A partir de este criterio se han identificado muy diversas clases de restricciones verticales. A continuación, se realiza una síntesis de distintas clasificaciones ofrecidas, todas ellas –como se avanzaba *supra*– de inspiración norteamericana.⁶¹

⁶⁰ Así, véanse BOTANA AGRA: "Los actos anticompetitivos...", cit., págs. 62-63, quien además es poco detallado y confuso; y FERNÁNDEZ DE LA GÁNDARA/CALVO: *Derecho Mercantil Internacional*, cit., págs. 363-372.

⁶¹ Se atiende, principalmente, a la sistemática aplicada por WALLE/GREVEN: *Competition Law of the European Community*, cit., §§ 6.01-6.08, págs. 6-4 a 6-42, y por RITTER/BRAUN/RAWLINSON: *EEC Competition Law...*, cit., págs. 246-261, que se combina con la aplicada en LiV RV, núms. 133-177, págs. 47-60.

Los últimos autores citados distinguen: (a) restricciones de clientes y de uso, (b) restricciones territoriales, (c) sistemas de diferenciación de precios, (d) imposición de precio de reventa y precios recomendados y (e) acuerdos vinculados.

Por su parte, la Comisión CE, en LiV RV, núms. 133-175, págs. 47-59, distingue las siguientes restricciones verticales de la competencia: (a) restricciones territoriales, (b) obligaciones en materia de abastecimiento, (c) obligaciones en materia de ventas, (d) cláusulas de no competencia y (e) restricciones en materia de clientela. No obstante, ha de advertirse que la Comisión CE analiza las que considera principales restricciones verticales con relación a cada uno de los tipos de acuerdos de distribución. Pero, como se podrá comprobar, parece posible obviar o, cuando menos, relegar el dato relativo al tipo de acuerdo de distribución donde la restricción vertical tiene su origen a la hora de sistematizar y exponer las restricciones verticales de la competencia, sin perjuicio de que determinada restricción vertical sea más o menos característica de determinado tipo de acuerdo de distribución.

También toma en consideración la sistemática seguida por RUIZ PERIS: *El contrato de franquicia...*, cit., págs. 36-50, quien clasifica las restricciones verticales en: (a) selección de franquiciados, (b) restricciones territoriales y respecto a la clientela del franquiciado, (c) restricciones relativas a los productos que puede vender el franquiciado, (d) restricciones respecto de las fuentes de aprovisionamiento, (e) fijación de precios de reventa y (f)

La sistemática seguida en el Derecho *antitrust* estadounidense suele partir de la distinción entre restricciones *intra-brand* e *inter-brand*.

Las restricciones *intra-brand* incluyen restricciones relativas a los precios y restricciones no relativas a los precios. Dentro de las restricciones *intra-brand* no relativas a los precios se diferencia, a su vez, restricciones territoriales y restricciones relativas a los clientes. Dentro de las primeras se cuentan: las restricciones en el área de responsabilidad del distribuidor, la imposición de cuota al distribuidor, la especificación de la localización desde la que el distribuidor ha de operar, la imposición de cláusulas de compensación ("*pass-over*" *arrangements*), la imposición de *royalties* o de precios diferenciados, y la imposición de restricciones territoriales absolutas (*air-tight restrictions*).

Dentro de las restricciones *intra-brand* relativas a los clientes se cuentan la reserva del suministrador de un cliente para sí mismo y los sistemas de distribución autorizada.

Por su parte, dentro de las restricciones *inter-brand* se incluyen los acuerdos de distribución exclusiva, de aprovisionamiento exclusivo y los acuerdos vinculados.⁶²

Así, en primer lugar, y por la importancia que tienen en el ámbito del Derecho comunitario, se tratará de las (A) restricciones territoriales, en las que a su vez, pueden distinguirse: (a) restricciones expresas a la exportación, (b) diferenciación de precios, (c) acuerdos de compensación, (d) diferenciación del contenido de las garantías y de los servicios post-venta, (e) el ejercicio de derechos derivados de los ordenamientos nacionales y (f) otras medidas tendentes a evitar el comercio

discriminación de precios. Sin embargo, debe advertirse que este autor se centra en el estudio de un tipo contractual específico, cual es el de la franquicia, de manera que la sistemática por él aplicada no ha de ser necesariamente comprensiva de todas las restricciones verticales ligadas a todos los acuerdos de distribución.

⁶² Véase COMISIÓN CE: *Survey of [...] National Laws...*, cit., págs. 21 y 58-59.

paralelo; en segundo lugar se tratará de las (B) restricciones de reventa, que agrupan las (a) restricciones de clientela —en especial, las negativas de venta—, las (b) restricciones de precios, las (c) restricciones de uso y ciertas (d) obligaciones de carácter promocional; finalmente se tratará de las (C) restricciones de efecto excluyente, en las se aglutinan las (a) obligaciones de aprovisionamiento exclusivo, los (b) acuerdos vinculados y ciertas (c) obligaciones de adquirir cantidades mínimas o surtidos completos.

Ahora bien, debe ponerse de relieve la manifiesta dificultad de clasificar las restricciones verticales y el carácter variable de las distintas clases de restricciones verticales. Como se podrá apreciar, incluso en la clasificación propuesta pudiera suceder que una determinada restricción encajase en más de uno de sus miembros —así, una restricción de clientela consistente en imponer al distribuidor la prohibición de vender a destinatarios que residen fuera del territorio que le ha sido concedido en exclusiva puede ser considerada, a su vez, como una restricción territorial—. Las posibilidades a la hora de materializar, de estipular una restricción vertical de la competencia son prácticamente infinitas. De ahí que tanto la exhaustividad como la univocidad de la clasificación únicamente puede ser considerada como una pretensión, pero no como un objetivo real. Lo relevante es el criterio clasificatorio adoptado, a cuya aplicación se procede acto seguido.

XIII. 3. Clases de restricciones verticales: delimitación y tratamiento jurídico

A continuación se va a tratar, conjunta y sintéticamente, de las clases de restricciones verticales y su tratamiento jurídico. Se procederá a la delimitación de los supuestos que es posible distinguir y a dar cuenta, en relación con cada una de las restricciones verticales estudiadas, de cuál es la respuesta del Derecho de defensa de la competencia comunitario: es decir, si se entiende que no vulneran la prohibición de conductas

colusorias establecida en el art. 85.1 TCE, si la vulneran, pero son declaradas exentas conforme al art. 85.3 TCE, o si vulneran el art. 85.1 TCE y no son declaradas exentas conforme al art. 85.1 TCE. Todo ello, y en la medida de lo posible, apuntando cuáles son los argumentos utilizados para dar el tratamiento en cuestión a cada una de las restricciones verticales, y acompañado de referencias puntuales a las soluciones del Derecho *antitrust* estadounidense, lo que permite su rápida comparación con las respuestas del Derecho comunitario de la competencia. Tras ello, se pasará a considerar, en epígrafe separado y en general, la cuestión de la racionalidad económica del tratamiento jurídico de las restricciones verticales en el Derecho comunitario de la competencia.

XIII. 3. A. Restricciones territoriales

Las restricciones territoriales son aquellas que impiden tanto a los destinatarios de determinado producto como a los intermediarios adquirir dichos productos ofrecidos a la venta en determinada zona geográfica⁶³. Ello se produce por la concesión a un único intermediario de un territorio exclusivo de distribución de los productos.

Dichas restricciones surgen en relación con la distribución exclusiva, principalmente, y con la franquicia, aunque también con la distribución selectiva.

Sin embargo, no se presentan en relación con el aprovisionamiento exclusivo: aquí no existe protección territorial alguna. Así, el art. 2.1 Rgto. CEE 1984/83 establece que la única restricción que puede imponerse al proveedor es la de no vender él mismo y a ese nivel de distribución en la zona de distribución principal del distribuidor, los productos objeto del acuerdo o productos competidores. Es decir, *para que el acuerdo no*

⁶³ Véase WALLE/GREVEN: *Competition Law of the European Community*, cit., § 6.01, pág. 6-7.

*incurra en la prohibición del art. 85.1 TCE*⁶⁴, el proveedor debe poder abastecer a otros comerciantes en la zona de distribución principal del distribuidor y debe poder operar por sí mismo a un distinto nivel de distribución en dicha zona. Y, por su parte, para acogerse al Rgto. CEE 1984/83, el distribuidor no debe estar sujeto a ninguna prohibición de ventas activas fuera de su zona de distribución principal. De hecho, si se concede zona exclusiva de venta al distribuidor, el acuerdo debe examinarse conforme al Rgto. CEE 1983/83 (art. 16 Rgto. 1984/83). Es decir, el acuerdo de aprovisionamiento exclusivo tiene que ser exquisito a este respecto, pues en caso contrario, ya no se está ante tal sino ante un acuerdo de distribución exclusiva recíproca que se debe examinar primordialmente a la luz del Rgto. CEE 1983/83.

Igualmente sucede en el caso de los acuerdos de aprovisionamiento exclusivo en el sector de la cerveza y las gasolinas; si bien en el acuerdo se indica a los distribuidores los locales a los que se extienden sus efectos, ni se les garantiza una zona de exclusiva para sus ventas ni se les impide realizar una política activa de ventas.⁶⁵

Se trata de las restricciones más características y significativas en el seno del Derecho comunitario de defensa de la competencia, como consecuencia de la preocupación por la consecución del objetivo de la integración del Mercado Unico⁶⁶. En efecto, el objetivo principal de la política comunitaria de la competencia en materia de restricciones territoriales es la protección de un cierto margen de comercio paralelo entre los Estados miembros, en la asunción de que ello va a contribuir a uniformizar los precios en el Mercado Unico. Esta tarea no se puede confiar a la competencia *interbrand*, por lo que debe subsistir un resto

⁶⁴ Tenor resultante tras confrontar la versión española con versión alemana del LiV RV, pues la versión española parece estar mal traducida en este punto.

⁶⁵ Véase LiV RV, núms. 138-139, págs. 49-50.

⁶⁶ Así, especialmente enérgico es el Derecho comunitario de la competencia cuando lo que persigue es evitar la compartimentación del Mercado Unico en mercados nacionales (véase WALLE/GREVEN: *Competition Law of the European Community*, cit., § 6.01, pág. 6-5); sin embargo, las delimitaciones territoriales no tienen por qué coincidir con las fronteras de los Estados miembros (véase IBIDEM, § 6.02[1], pág. 6-7).

de competencia *intra-brand*.⁶⁷

Por eso, para permitir la subsistencia de ese resto de competencia *intra-brand*, y a la hora de su tratamiento jurídico, se enjuician de manera distinta las restricciones territoriales absolutas y las restricciones territoriales relativas. En efecto, la respuesta del Derecho comunitario de la competencia a estas restricciones —y para todos los acuerdos de distribución— parte de esta distinción fundamental⁶⁸. Así, mientras que las restricciones territoriales absolutas no están permitidas y constituyen un supuesto de prohibición *per se* —en el sentido propuesto con carácter provisional⁶⁹—, las restricciones territoriales relativas sí que se permiten y son objeto de ponderación.⁷⁰

⁶⁷ Véase WALLE/GREVEN: *Competition Law of the European Community*, cit., § 6.02[1], pág. 6-8, quienes acto seguido ponen de manifiesto como esta política ha recibido objeciones desde su consideración económica: no es eficiente, pues perjudica tanto la competencia *inter-brand* como la competencia que no se desarrolla en relación con los precios.

Ciertamente, el hecho de que la subsistencia de competencia entre distribuidores de la misma marca impida un incremento de los precios del producto distribuido, con el consiguiente beneficio directo para los destinatarios del mismo, juega un papel secundario a la hora de justificar la protección de la competencia *intra-brand*.

Sobre la relevancia del objetivo de la integración del Mercado Único, véase *infra*, epg. XVI. 2. A.

Por su parte, en el Derecho *antitrust* estadounidense, únicamente las restricciones *intra-brand* relativas a los precios son ilegales *per se*, mientras que el resto de las restricciones *intra-brand*, las no relativas a los precios, quedan sometidas a la regla de razón (véase COMISIÓN CE: *Survey of [...] National Laws...*, cit., pág. 59). Al respecto, véase *infra*, epg. XIII. 3. B. b.

⁶⁸ Véase LiV RV, núm. 134, pág. 48.

⁶⁹ Véase *supra*, epg. XIII. 1.

⁷⁰ Véanse WALLE/GREVEN: *Competition Law of the European Community*, cit., § 6.02[1], pág. 6-7, quienes, sin embargo, no aclaran si dicha ponderación tienen lugar en el apdo. 1 ó en el apdo. 3 del art. 85 TCE; y LiV RV, núms. 136-137, págs. 48-49, donde la Comisión CE igualmente guarda silencio al respecto. Véase también TOBÍO RIVAS: *La autorización...*, cit., págs. 165, 175, 184, 309, 317 y 318-328, quien se pronuncia, aunque de manera dispersa, en idéntico sentido: las restricciones territoriales absolutas están prohibidas sin posibilidad de ser declaradas exentas en todos los tipos de acuerdos de distribución.

Pero, ¿cuándo se da la protección territorial absoluta y cuándo la relativa? Si se acude a lo dispuesto en los reglamentos de exención por categorías, la protección territorial absoluta⁷¹ existe cuando "los usuarios puedan comprar en el territorio concedido los productos contemplados en el contrato únicamente al concesionario exclusivo, y no existan fuentes de abastecimiento fuera del territorio concedido" (art. 3.c] Rgto. CEE 1983/83). Es decir, cuando se ha impuesto al distribuidor la prohibición de realizar ventas pasivas; y también, cuando se impide el comercio paralelo de algún otro modo: las partes, o una de ellas, restringen la posibilidad de que los intermediarios o los destinatarios adquieran los productos contemplados en el contrato a otros distribuidores en el Mercado Unico, o, en la medida que no existan fuentes alternativas de abastecimiento, fuera de éste (del Mercado Unico), en particular, cuando las partes ejercen derechos de propiedad industrial u otros derechos, o toman medidas para obstaculizar el abastecimiento, fuera del territorio concedido, de intermediarios o de destinatarios, en productos contemplados en el contrato, regularmente marcados o puestos en el comercio, o para obstaculizar la venta de dichos productos por parte de esos revendedores o usuarios en el territorio concedido (véase art. 3.d] Rgto. CEE 1983/83).

Es más, la protección territorial absoluta puede dar lugar a la retirada de las exenciones por categorías: así, éstas se retiran cuando se ve seriamente obstaculizado el acceso de otros intermediarios a las diferentes fases de distribución en el territorio concedido (véanse art. 6.b]-d] Rgto. CEE 1983/83 y art. 14 b] Rgto. CEE 1983/84).⁷²

La protección territorial es relativa cuando, pese a la existencia de

⁷¹ En el Derecho *antitrust* estadounidense se conocen las restricciones que dan lugar a un protección territorial absoluta con la expresión "*air-tight restrictions*" (véase COMISIÓN CE: *Survey of [...] National Laws...*, cit., pág. 58).

⁷² Véase LiV RV, núm. 138, pág. 48.

un acuerdo de distribución, subsiste la posibilidad, para los destinatarios, de obtener los productos objeto del contrato de fuentes distintas del distribuidor exclusivo y, para los intermediarios, de importar paralelamente tales productos en el territorio objeto de la exclusiva. Así, la protección territorial es relativa si se circunscribe, por lo que a la obligación del proveedor se refiere, a limitar la entrega de determinados productos únicamente al distribuidor exclusivo y a "no entregar a los usuarios en el territorio concedido los productos contemplados en el contrato" (arts. 1 y 2.1 Rgto. CEE 1983/83) y, por lo que a la obligación del distribuidor se refiere, a "no hacer ninguna publicidad de los productos contemplados en el contrato, de no abrir ninguna sucursal ni tener ningún almacén para su distribución fuera del territorio concedido"; es decir, la obligación de abstenerse de hacer ventas activas de los productos objeto del contrato (véase art. 2.2.c] Rgto. CEE 1983/83 y art. 2.d] Rgto. CEE 4087/88).⁷³

Sin embargo, tanto en los acuerdos de franquicia como en los de distribución selectiva, y respecto de los intermediarios ajenos a la red, el productor sí que puede imponer a sus distribuidores la obligación de no suministrarles; pero, a modo de compensación, es preciso que puedan tener lugar entregas cruzadas entre los distribuidores de ese canal o de otros canales del productor dentro del Mercado Unico —ampliable a zona de libre comercio o comercio con terceros países— (véase arts. 3.e] y 4.a] Rgto. CEE 4087/88).⁷⁴

⁷³ Véase LiV RV, núms. 136-137, pág. 49.

⁷⁴ Véanse LiV RV, núm. 140-144, págs. 50-51; y WALLE/GREVEN: *Competition Law of the European Community*, cit., § 6.02[2], págs. 6-12 y 6-13.

Cfr. RUIZ PERIS: *El contrato de franquicia...*, cit., pág. 38, notas 43 y 44, quien, en relación a la franquicia en el Derecho estadounidense, no acude a las nociones de protección territorial absoluta y relativa, sino a las de "exclusividad absoluta" y "exclusividad relativa". Este autor entiende por "exclusividad absoluta" "aquella situación en la que en el territorio pactado contractualmente entre el franquiciador y el franquiciado no podrá instalarse un establecimiento, industrial o comercial, del mismo tipo ya sea por otro franquiciado o por el propio franquiciador". Dentro de ésta, a su vez, se distingue entre "exclusividad absoluta simple", "en la cual el franquiciado está autorizado a vender o

En definitiva, el criterio diferenciador es la intensidad de la protección territorial, con lo que la distinción entre su carácter absoluto o relativo es una cuestión de grado, que, fuera de las pautas indicadas, dependerá de si las circunstancias que concurren en el caso concreto revelan, respectivamente, una obstaculización completa e intolerable de las importaciones paralelas, o una obstaculización incompleta y tolerable de las mismas. El tratamiento jurídico de estas restricciones territoriales obedece a objetivos de integración, y no de eficiencia.⁷⁵

Dentro de las restricciones territoriales cabe, a su vez, distinguir las siguientes clases:⁷⁶

XIII. 3. A. a. Restricciones expresas a la exportación

Es la restricción territorial más directa y simple. Consiste en imponer al distribuidor una prohibición contractual de realizar exportaciones o ventas a terceras personas que se sabe que, a su vez, van a exportar o revender los productos distribuidos.⁷⁷

prestar servicios a clientes extraños a su área territorial y a atraer a dicha clientela", y "exclusividad absoluta agravada", "en la que el franquiciado no puede contratar más que con los clientes que correspondan a su área territorial, sin poder promocionar su establecimiento fuera de ella". Y por "exclusividad relativa" se entiende aquella situación en que el franquiciador se reserva el derecho a instalar, él mismo, un establecimiento idéntico al del franquiciado, en el área territorial concedida". Como se puede apreciar, no se distingue, dentro de la "exclusividad absoluta", entre la prohibición de las actividades de promoción y las de venta fuera del territorio concedido, como hace el Derecho comunitario de la competencia.

⁷⁵ Véase WALLE/GREVEN: *Competition Law of the European Community*, cit., §6.02[2], pág. 6-13, quienes entienden que, de hecho, si se atendiese a razones de eficiencia, debería valorarse más favorablemente el hecho de que se establezca un área de responsabilidad principal del distribuidor.

⁷⁶ Véase WALLE/GREVEN: *Competition Law of the European Community*, cit., § 6.02[1], págs. 6-8 y 6-9; la primera de las que a continuación se distinguen es la más evidente, pero las siguientes, aunque más sutiles, producen un efecto equivalente.

⁷⁷ Véase WALLE/GREVEN: *Competition Law of the European Community*, cit., § 6.02[1], pág. 6-8. Ha de matizarse el alcance de los términos "exportación" e "importación" en este contexto. En realidad, con ellos se quiere aludir, bien a la actividad de un interme-

Un ejemplo clásico de estas restricciones territoriales, con carácter absoluto, es el que ofrece el *As. Grundig/Consten*⁷⁸. En este caso, la protección territorial absoluta se da cuando la distribución en el territorio contractual de los productos objeto del acuerdo no se permite más que al distribuidor exclusivo. Ello abarca tres tipos de imposiciones cumulativas⁷⁹: la prohibición impuesta al propio proveedor de suministrar el producto a los destinatarios u otros distribuidores en el territorio protegido, la prohibición impuesta a los otros distribuidores de la red de suministrar el producto a los destinatarios u otros intermediarios en dicho territorio y la adopción de medidas destinadas a evitar las importaciones paralelas por terceras partes que no pertenezcan a la red de distribución.

diario que compra en una zona de exclusiva para revender en otra zona de exclusiva (exportación), bien a la actividad de dicho intermediario consistente en revender en una zona de exclusiva lo que ha adquirido en otra zona de exclusiva (importación). En definitiva, con ambos términos quiere hacerse referencia a la actividad consistente en hacer que los productos circulen de una zona de exclusiva a otra. Y ciertamente, en el ámbito comunitario, lo frecuente es que el mercado concedido a un distribuidor coincida con un mercado nacional; y ello era mucho más frecuente en los inicios del Mercado Único, pero esto no tiene por qué ser hoy así. De ahí que el recurso a ambos términos pueda generar confusión a este respecto. De otra parte, y aunque se diese tal coincidencia, los términos de "exportación" e "importación" puede igualmente llevar a equívoco, desde el momento en que tienen un alcance distinto en otros ámbitos del Derecho comunitario —así, por ejemplo, en el de la regulación de la responsabilidad civil por los daños causados por productos defectuosos, donde el término "importador" se reserva para aquellos sujetos que venden o revenden desde fuera de la CE en el Mercado Único (véanse art. 3.2 de la Directiva [CEE] 85/374 del Consejo, de 25 de julio de 1985, relativa a la aproximación de las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas de los Estados miembros en materia de responsabilidad por los daños causados por productos defectuosos [ABIEG núm. L 210/29, de 7.8.1985; DOCE ed. especial en español, 13/vol. 19, pág. 8], y art. 4.2 de la Ley 22/1994, de 6 de julio, de responsabilidad civil por los daños causados por productos defectuosos [BOE de 17-7])—. Es más, desde el momento en que se está operando en un Mercado Único, parece que ya no cabría hablar ya de exportación e importación para referirse a dicha actividad cuando se despliega dentro de la UE. Pero es cierto que no es nada simple encontrar una pareja de términos alternativos que permita expresar la idea primeramente expuesta. De ahí que se siga recurriendo a ellos en lo sucesivo, si bien ha de tenerse presente esta advertencia.

⁷⁸ Sent. del TJCE cit.

⁷⁹ Véase WALLE/GREVEN: *Competition Law of the European Community*, cit., § 6.02[2], pág. 6-9.

El tratamiento jurídico de las restricciones expresas a la exportación, cuando constituyen restricciones territoriales absolutas es, prácticamente, su prohibición *per se*; si bien son susceptibles de autorización *ex art. 85.3 TCE* de manera temporal, si su objeto es la penetración en nuevos mercados⁸⁰. No obstante, también pueden existir restricciones expresas a la exportación que tengan carácter relativo; ello será así, siempre que no se cierre por completo la puerta a las importaciones paralelas.⁸¹

XIII. 3. A. b. *Diferenciación de precios*

Estas restricciones territoriales se articulan mediante la diferenciación de precios en función del mercado geográfico de destino. De manera que, aunque formalmente el productor permite las exportaciones fuera de la zonas concedidas, carga precios más elevados cuando el producto es exportado a otro Estado miembro u otra zona de distribución, u ofrece descuentos más altos cuando el producto no es exportado, o bien condiciona la concesión de rebajas en el precio aplicado al distribuidor a que el producto no sea reexportado a otros Estados miembros.⁸²

⁸⁰ Véase WALLE/GREVEN: *Competition Law of the European Community*, cit., § 6.02[2], págs. 6-10 y 6-11.

⁸¹ Véase WALLE/GREVEN: *Competition Law of the European Community*, cit., § 6.02[2], pág. 6-12 y 6-13. Así, como ejemplos ya aludidos, la prohibición de realizar ventas activas pero no pasivas o, en el caso de la distribución selectiva y franquicia, la prohibición de ventas a intermediarios ajenos a la red siempre que no se impidan las ventas cruzadas dentro de la red (véase LiV RV, núms. 140-144, págs. 50-51).

⁸² Véanse WALLE/GREVEN: *Competition Law of the European Community*, cit., § 6.02[3], pág. 6-13, en el epígrafe titulado "*dual pricing*"; y LiV RV, núm. 135, págs. 48-49.

Es lo que en el Derecho *antitrust* estadounidense se conoce como imposición de *royalties* o de precios diferenciados, por los cuales un distribuidor que hace una venta fuera de su territorio, en el territorio de otro distribuidor, bien ha de cargar un precio más alto a su cliente, bien ha de pagar un *royalty* al suministrador (véase COMISIÓN CE: *Survey of [...] National Laws...*, cit., pág. 58).

Debe advertirse sobre la distinción entre "diferenciación" y "discriminación" de precios. En este último caso se alude a la concesión de descuentos diferentes a los distribuidores cuando éstos son competidores entre sí, lo que se supone una conducta constitutiva de precio predatorio (véase RUIZ PÉRIS: *El contrato de franquicia...*, cit., págs. 49-50. Cfr. TOBÍO RIVAS: *La autorización de medidas...*, cit., pág. 166, afirma que no puede concederse exención si existe "discriminación" de precios, si bien, se utiliza en

Como muestra de esta restricción pueden traerse a colación los pronunciamientos de los órganos comunitarios en los As. *Kodak*⁸³, *Pittburgh Corning Europe*⁸⁴ y *Distillers*⁸⁵. Este último asunto es especialmente ejemplificativo de hasta donde puede llegar la protección del importador paralelo en el Derecho comunitario de la competencia⁸⁶, aunque seguramente hoy sería enjuiciado de manera distinta, concediéndose un mayor peso específico al objetivo de la penetración de nuevos mercados. A esta restricción se refieren igualmente los arts. 6.d).2 Rgto. CEE 1983/83 y 14.c).1 *in fine* y 2 Rgto. CEE 1984/83.

XIII. 3. A. c. *Acuerdos de compensación*

Estas restricciones territoriales se articulan mediante la imposición a la fuente de suministro dentro de la red —que puede ser un distribuidor o incluso el propio productor— de la obligación de satisfacer una compensación al distribuidor "perjudicado" por los ingresos perdidos como resultado de ventas que han tenido lugar desde fuera del territorio concedido a este último.⁸⁷

Estos acuerdos están excluidos de la prohibición del art. 85.1 TCE si tienen lugar entre el productor y el distribuidor, pero no si son

sentido de "diferenciación"); al respecto, véase *infra*, epg. XVII. 2.

⁸³ Dec. de la Comisión CE 70/332/CEE de 30.6.1970, ABIEG núm. L 147/24, de 7.7.1970.

⁸⁴ Dec. de la Comisión CE cit.

⁸⁵ Dec. de la Comisión CE 78/163/CEE, de 20.12.1977, ABIEG núm. L 50/16, de 22.2.1978; y Sent. del TJCE de 10.7.1980, As. 30/78, Slg. 1980, pág. 2229 y sigs.

⁸⁶ Véase WALLE/GREVEN: *Competition Law of the European Community*, cit., § 6.02[3], págs. 6-13 a 6-15.

⁸⁷ Véase WALLE/GREVEN: *Competition Law of the European Community*, cit., § 6.02[4], pág. 6-15. Es lo que en el Derecho *antitrust* estadounidense se denomina "*pass-over*" *arrangements*, por los cuales un distribuidor que realiza una venta en el territorio de otro distribuidor debe hacer un pago al segundo distribuidor (véase COMISIÓN CE: *Survey of [...] National Laws...*, cit., pág. 58).

entre distribuidores: en este último caso producen una compartimentación del mercado y son escasas las posibilidades de exención.⁸⁸

Así, por ejemplo, la Comisión CE considera que no excluye la aplicación del Rgto. CEE 1983/83 a la compensación de pérdidas en servicios pre- o post-venta causadas por el comercio paralelo, siempre que no neutralicen el arbitraje. Esta misma era la solución que se quería dar al *As. Distillers*⁸⁹, aunque, finalmente, no prosperó.⁹⁰

XIII. 3. A. d. Diferenciación del contenido de las garantías y de los servicios post-venta

Consiste en el establecimiento de dichas diferencias dentro de una misma zona de exclusiva entre los productos adquiridos al distribuidor exclusivo en su correspondiente territorio y los productos adquiridos en otro territorio —aunque sea a otro distribuidor exclusivo—, pero disfrutados en el primer territorio, o aquéllos adquiridos en este primer territorio pero a importadores paralelos. Tales diferencias desincentivan a los destinatarios de adquirir, tanto en otros territorios distintos de aquél donde van a hacer valer la garantía a su favor o necesitar de los servicios post-venta, como de los importadores paralelos.⁹¹

Para evitar el efecto compartimentador del Mercado Unico, la Comisión CE insiste en la necesidad de que los fabricantes concedan garantías "paneuropeas": no se puede discriminar por el lugar o la persona en o a la que se adquiere el producto ni el lugar donde se solicita la garantía o el servicio post-venta.

⁸⁸ Véase WALLE/GREVEN: *Competition Law of the European Community*, cit., § 6.02[4], pág. 6-15.

⁸⁹ Dec. de la Comisión CE y Sent. del TJCE *cits.*

⁹⁰ Véase WALLE/GREVEN: *Competition Law of the European Community*, cit., § 6.02[4], pág. 6-16.

⁹¹ Véase WALLE/GREVEN: *Competition Law of the European Community*, cit., §6.02[5], pág. 6-17.

Así, por ejemplo, véase la previsión establecida en el art. 4.b) Rgto. CEE 4087/88. Sin embargo, no todas las garantías han de ser iguales: pueden diferir según Estados miembros (As. *Zanussi*⁹²). Por otra parte, puede tratarse de una garantía o servicio post-venta del distribuidor (y no del productor) para con sus clientes (As. *Hasselblad*⁹³), o puede haber discriminación por razones técnicas (As. *Zanussi*⁹⁴), etc. Es decir, la regla general tiene múltiples excepciones.⁹⁵

XIII. 3. A. e. El ejercicio de derechos derivados de los ordenamientos nacionales

Estas restricciones territoriales resultan de combinar los términos de un acuerdo con los efectos que resultan de un ordenamiento nacional; básicamente, en materia de derechos de propiedad industrial en combinación con el Derecho de la competencia desleal.⁹⁶

Sirvan como ejemplos los As. *Grundig/Consten*⁹⁷ y *Béguelin*⁹⁸, donde, respectivamente, se pretendía ejercer los derechos que ostenta el titular registral de la marca o que confiere el Derecho de competencia desleal para impedir las importaciones paralelas.⁹⁹

⁹² Dec. de la Comisión CE 78/922/CEE de 23.10.1978, ABIEG núm. L 322/36, de 16.1.1978.

⁹³ Sent. del TJCE de 21.2.1984, As. 86/82, Slg. 1984, pág. 883 y sigs.

⁹⁴ Dec. de la Comisión CE cit.

⁹⁵ Véanse WALLE/GREVEN: *Competition Law of the European Community*, cit., § 6.02[5], págs. 6-17 a 6-19; y LiV RV, núm. 135, pág. 48.

⁹⁶ Véase WALLE/GREVEN: *Competition Law of the European Community*, cit., § 6.02[6], pág. 6-19.

⁹⁷ Sent. del TJCE cit.

⁹⁸ Sent. del TJCE de 25.11.1971, As. 22/71, Rec. 1971, pág. 949 y sigs.

⁹⁹ Véase WALLE/GREVEN: *Competition of the European Community*, cit., § 6.02[6], págs. 6-19 y 6-20.

Muchas de estas restricciones se plantean por las diferencias que, en la consideración de los contratos de distribución comercial, existen entre el Derecho comunitario europeo de defensa de la competencia y el Derecho estatal de la competencia desleal. Paradigmática en este sentido es la problemática del requisito de la impermeabilidad de los contratos de distribución selectiva en el Derecho alemán de competencia desleal.

Dicha cuestión se suscitó en el As. *Metro/Cartier*¹⁰⁰, donde se planteó si la "estanqueidad" (*Lückenlosigkeit*) de los sistemas de distribución selectiva –que consiste en la posibilidad de mantener la red de distribución libre de importadores paralelos mediante el ejercicio las acciones de competencia desleal– constituye, como sucede en el Derecho alemán, requisito para su carácter vinculante entre el fabricante y los distribuidores pertenecientes a la red. Lógicamente, el TJCE responde negativamente, pues lo que el Derecho comunitario quiere, precisamente, es que exista comercio paralelo.¹⁰¹

Estas restricciones están prohibidas. Pero, curiosamente, en este caso, es necesario que el distribuidor haga uso del acuerdo para que se declare prohibido por el art. 85.1 TCE.¹⁰²

¹⁰⁰ Sent. del TJCE de 13.1.1994, As. C-376/92, Rec. 1994, pág. I-15 y sigs.

¹⁰¹ Este pronunciamiento ha sido revalidado por el TJCE en su Sent. de 5.6.1997, As. C-41/96 *V.A.G. Händlerbeirat e. V./SYD-Consult*, Rec. 1997, pág. I-3123 y sigs.

Al respecto, véase LOBATO GARCÍA-MIJÁN: "El agotamiento del derecho de marca", cit., págs. 143-147; SMID, J. F.: "Zur Lückenlosigkeit als kartellrechtliche Wirksamkeitvoraussetzung selektiver Vertriebsbindungssysteme. Anmerkung zum Urteil des EuGH in der Rechtsache C-376/92, Metro SB-Großmärkte GmbH & Co../. Cartier S.A. vom 13.1.1994, RIW 1994 S. 234", RIW 1995 (3), págs. 191-195.

Sobre esta cuestión, véase, entre nosotros, crítico con los efectos de la legislación comunitaria de defensa de la competencia sobre la de competencia desleal, MASSAGUER: "La protección de los sistemas...", cit., págs. 463-470; cfr. el interesante artículo de HABERMEIER, S.: "Gesetzliche Vertragsbruchsanktionen bei selektiver Absatzmittlung. Eine wettbewerbstheoretische Grundlegung der Rechtsstellung von Außenseitern im Wettbewerb", ZHR 1997 (161), págs. 774-804.

¹⁰² Véase WALLE/GREVEN: *Competition Law of the European Community*, cit., § 6.02[6], págs. 6-20 y 6-21. Es decir, este supuesto constituye una excepción a la regla general en cuanto al elemento de la prohibición de prácticas colusorias consistente en el objeto o efecto de la conducta, según la cual basta con que el acuerdo tenga un objeto restrictivo de la competencia para declararlo prohibido.

XIII. 3. A. f. Otras medidas tendentes a evitar el comercio paralelo

Aquí se agruparían todas aquellas restricciones territoriales que no encajan en las clases anteriormente descritas, pero que igualmente tienen por objeto o producen el efecto de impedir u obstaculizar el comercio paralelo. En definitiva, en el caso de las restricciones territoriales, de lo que se trata es de impedir o dificultar las importaciones paralelas, del modo que sea¹⁰³. Así, como otras medidas tendentes a evitar el comercio paralelo, cabe traer a colación, en primer lugar, cualquier cláusula contractual en principio legal, pero que si se aplica para un fin ilegal da lugar a una violación de la prohibición de conductas colusorias.

Por ejemplo, la obligación de comunicar los números de serie del producto y el nombre y la dirección del comprador por el distribuidor al productor, cuando esta información se utiliza para detectar la fuente de importación paralela; la comunicación de precios, si esta información se utiliza para desanimar el comercio paralelo; el derecho a extinguir unilateralmente el contrato de distribución, cuando ello es en represalia por una actuación paralela.

Igualmente, entran en este miembro de la clasificación aquellas cláusulas que tienen como objeto prevenir las importaciones paralelas.

Por ejemplo, la obligación de imponer al comprador la prohibición de reventa, o la obligación del comprador de registrar el producto en la zona del distribuidor; la obligación de obtener suministros únicamente del mayorista autorizado para ese territorio; el pacto por el cual el volumen de producto distribuido que se destina a la exportación no cuenta para las bonificaciones y descuentos, o aquel pacto por el cual únicamente se

¹⁰³ Véase WALLE/GREVEN: *Competition Law of the European Community*, cit., § 6.02[7], págs. 6-22 y 6-23.

permiten las exportaciones fuera de la CE; la obligación de la negativa a instalar aparatos adquiridos fuera de la zona de exclusiva, etc.

Y finalmente, cualquier conducta –aunque no se formalice en una cláusula contractual– que penalice o frene las importaciones paralelas.

Por ejemplo, negar o retrasar el envío de pedidos, negar descuentos u otras ventajas en el precio, o la diferenciación de productos en función del mercado geográfico de destino.¹⁰⁴

XIII. 3. B. Restricciones de reventa

Bajo este epígrafe se agrupan una serie de restricciones cuya incidencia se manifiesta –como en el caso de las restricciones territoriales– sobre la competencia *intra-brand*, con lo que van a descargar sus efectos perjudiciales principalmente sobre el fin de la integración del mercado¹⁰⁵. Dentro de estas se incluyen:

¹⁰⁴ Véase WALLE/GREVEN: *Competition Law of the European Community*, cit., § 6.02[7], págs. 6-22 y 6-22; y LiV RV, núm. 135, pág. 48.

¹⁰⁵ Véase WALLE/GREVEN: *Competition Law of the European Community*, cit., § 6.01, pág. 6-5.

XIII. 3. B. a. *Restricciones de clientela. En especial, las negativas de venta*¹⁰⁶

Consisten en limitar los sujetos a los cuales puede vender el distribuidor. Al margen de las restricciones basadas en criterios territoriales¹⁰⁷, las restricciones de clientela pueden fundamentarse en otros criterios, como la entidad del comprador. Así, de una parte, las restricciones basadas en este último criterio son esenciales en los sistemas de distribución selectiva y de franquicia. Consisten en que el distribuidor autorizado o franquiciado no puede vender a intermediarios que no pertenecen a la red de distribución del productor. A este respecto, la aproximación de la Comisión CE y de los Tribunales comunitarios es

¹⁰⁶ De estas restricciones de reventa trata expresamente, como una clase aparte, la Comisión CE en el LiV RV, bajo el título, "cláusulas que restringen la clientela a la que puede abastecer el distribuidor" (véase LiV RV, núms. 172-175, págs. 58-59).

En cuanto a la negativa de venta (*refuse to deal*) resultante de un "boicot vertical" (*vertical conspiracy*), WALLE/GREVEN: *Competition Law of the European Community*, cit., § 6.06, pág. 6-34, y, sobre todo, en § 6.01, pág. 6-5, consideran que se trata de una restricción vertical con entidad propia, al mismo nivel que las restricciones territoriales, las de venta y las excluyentes. No obstante, parece que es aquí donde corresponde su tratamiento, pues no son, en definitiva, sino restricciones de clientela, aunque tengan un cierto componente de deslealtad.

Por su parte, RUIZ PERIS: *El contrato de franquicia...*, cit., págs. 36-37, trata de las negativas de venta al abordar la cuestión de la selección de franquiciados, y equipara ambas cuestiones.

¹⁰⁷ Que principalmente persiguen evitar las ventas desde el exterior a clientes residentes de la zona de exclusiva; en cualquier caso, no se pueden prohibir las ventas pasivas (véase *supra*, epg. XIII. 3. A.).

RUIZ PERIS: *El contrato de franquicia...*, cit., pág. 37, trata conjuntamente de las restricciones territoriales y respecto a la clientela del franquiciado. Este autor entiende que lo primero lleva a los segundo: el reparto de clientela es consiguiente al del territorio. En definitiva, no hace distinción, pues entiende que una y otra cosa lleva a lo mismo, como hace la *Supreme Court* en el As. *Continental T.V. vs. G.T.E. Sylvania*, 433 U.S., 54 (1977) (véase *IBIDEM*, págs. 42-43), donde dice que ambas restricciones, siempre que no exista imposición de precio de reventa, deben someterse al mismo análisis.

Sin embargo, puede que las restricciones territoriales y las de la clientela merezcan un mismo juicio, y que ciertas restricciones territoriales sean, a su vez, de clientela. No obstante, como se podrá comprobar a continuación, también es posible que existan restricciones sobre la clientela que no se establezcan mediante restricciones territoriales.

clara y favorable a estas restricciones.¹⁰⁸

Pero respecto al resto de las restricciones de clientela, es decir, aquellas que se producen en el marco de un contrato o grupo de contratos distinto de los de distribución selectiva y de franquicia, no existe una posición clara en el Derecho comunitario. De nuevo, lo fundamental es evitar compartimentaciones del mercado y restricciones de competencia entre potenciales revendedores. Así, debe distinguirse entre restricciones en suministros horizontales –que incluyen intercambios dentro del propio canal de distribución entre mayoristas y minoristas–, y restricciones en suministros verticales. Las primeras están prohibidas, pues producen un efecto equivalente, en el contexto del comercio transfronterizo, a prohibiciones a la exportación, mientras que sobre las segundas no existe un juicio formado. Estas consisten principalmente en las prohibiciones de vender a agentes económicos situados en niveles del canal de distribución que no son los "propios", esto es, aquellos a los que normalmente va dirigida la actividad del distribuidor –es lo que se conoce como "salto" de nivel (*jumping*)–; especialmente dudoso es el supuesto en el que quien salta es el mayorista a los destinatarios: unas veces incurre en la prohibición y otras no.¹⁰⁹

Así, por ejemplo, el TJCE permitió dicha conducta en los As. *Metro I*¹¹⁰ y *FEDETAB*¹¹¹, mientras que la Comisión CE no lo permitió en los

¹⁰⁸ Véanse WALLE/GREVEN: *Competition Law of the European Community*, cit., § 6.11[5], pág. 6-75, y § 6.12[2], págs. 6-87 y 6-88; y TOBÍO RIVAS: *La autorización de medidas...*, cit., pág. 174.

¹⁰⁹ Véase WALLE/GREVEN: *Competition Law of the European Community*, cit., § 6.03, págs. 6-24 a 6-25.

¹¹⁰ Sent. del TJCE cit.

¹¹¹ Sent. del TJCE de 29.10.1980, As. 209-215 + 218/78, Slg. 1980, pág. 3125 y sigs.

As. *Grohe*¹¹² e *Ideal-Standard's*.¹¹³

En cuanto a las negativas de venta que se plantean en el marco de un boicot vertical¹¹⁴, éstas son resultado de un acuerdo entre el productor y sus distribuidores: señaladamente, las negativas de venta del productor con el objeto de sancionar a un distribuidor que no respeta sus precios o se dedica a suministrar al circuito de importación paralela, como sucedió en el As. *AEG*¹¹⁵; en estos casos, se ha considerado que se está ante una conducta que es equivalente a la imposición de precios de reventa o a una prohibición a la exportación. Ahora bien, si la negativa a la venta se ampara en una cláusula legal –por ejemplo, la obligación de exclusividad a la que se encuentra sometida un proveedor en un contrato de distribución exclusiva–, entonces no se vulnera el art. 85.1 TCE. Pero incluso en los sistemas de distribución exclusiva, una negativa del productor a realizar una venta pasiva a un comprador radicado en el territorio de un distribuidor ha de estar justificada; es decir, que se demuestre que no tiene únicamente por objeto evitar las importaciones paralelas.

En cualquier caso, va a ser difícil probar que existe un boicot, pues este no aparecerá reflejado en el contrato; normalmente, se tratará de una práctica concertada, como en el As. *Sukier Unie*¹¹⁶. De ahí que, en los sistemas de distribución selectiva, la discriminación (no admisión) se presume si el boicoteado reúne los requisitos para ser

¹¹² Dec. de la Comisión CE 85/44/CEE de 10.12.1984, ABIEG núm. L 19/17, de 23.1.1985.

¹¹³ Dec. de la Comisión CE 85/45/CEE, de 10.12.1985, ABIEG núm. L 20/38, de 24.1.1985.

¹¹⁴ Véase WALLE/GREVEN: *Competition Law of the European Community*, cit., § 6.06, pág. 6-34.

¹¹⁵ Sent. del TJCE de 25.10.1983, As. 107/82, Slg. 1983, pág. 3151 y sigs.

¹¹⁶ Sent. del TJCE cit.

miembro de la red de distribución.¹¹⁷

XIII. 3. B. b. *Restricciones de precios*

Es una de las restricciones clásicas, que viene expresamente referida como ejemplo en art. 85.1 TCE. Consiste en la imposición de precios de reventa (*resale price maintenance*, también conocida por su abreviatura inglesa, RPM). Es indiferente que se trate de un precio máximo, de un precio mínimo o, por supuesto, de un precio fijado. La Comisión CE considera igualmente una restricción sobre precios cualquier limitación de la libertad del distribuidor en materia de descuentos o de publicidad en sus operaciones promocionales.¹¹⁸

Estas restricciones no están permitidas, aunque se produzcan dentro de un Estado miembro, como sucedió en el As. *GERO-Fabriek*¹¹⁹. Tampoco se permite en la distribución selectiva¹²⁰. En la actuación de la Comisión CE, la protección de la libertad de fijación de precios ha sido tajante¹²¹. Sin embargo, el TJCE no es tan

¹¹⁷ Véase WALLE/GREVEN: *Competition Law of the European Community*, cit., § 6.06, pág. 6-35, quienes dan cuenta del razonamiento que hace el TJCE en los As. *AEG y Ford* (Sents. cit.) a la hora de entender que en este caso existe alteridad y, por lo tanto, acuerdo. Debido al juego de tal presunción, da igual si existe acuerdo o práctica concertada, basta atender al hecho de la negativa a vender o de la terminación del contrato y a qué razones la motivan para poder aplicar el art. 85.1 TCE.

¹¹⁸ Véanse LiV RV, núm. 157, pág. 54; y WALLE/GREVEN: *Competition Law of the European Community*, cit., § 6.04, pág. 6-28.

RUIZ PERIS: *El contrato de franquicia...*, cit., págs. 48-49, alude a la fijación de precios de reventa como restricción de la competencia, pero de manera independiente.

¹¹⁹ Dec. de la Comisión CE 77/66/CEE, de 22.12.1976, ABIEG núm. L 16/8, de 19.1.1977.

¹²⁰ Véanse LiV RV, núm. 160, pág. 55; y WALLE/GREVEN: *Competition Law of the European Community*, cit., § 6.04, pág. 6-29, quienes traen a colación los As. *Metro I y AEG* (Sents. del TJCE cits.). En este mismo sentido, TOBÍO RIVAS: *La autorización de medidas...*, cit., págs. 167, 173, 184, 309, 317 y 328-333, quien entiende que esta restricción no es susceptible de exención en ningún tipo de acuerdo de distribución.

¹²¹ Tal vez excesivamente, si se atiende, por ejemplo, a los sucedido en el As. *Polistil/Arbois* (Dec. de la Comisión CE 84/282/CEE, de 15.5.1984, ABIEG núm. L 136/9,

riguroso¹²²; e incluso en la opinión de la Comisión CE se puede apreciar una tendencia hacia la matización del carácter absoluto de esta prohibición.¹²³

Distinto del supuesto anterior es el de los precios recomendados, que son tales cuando no hay instrucciones vinculantes o unidas a medidas que obliguen o inciten a los distribuidores a acatar tales recomendaciones. Estos sí que se permiten.¹²⁴

Finalmente, la Comisión CE alude a los "precios diferenciados", por los que el distribuidor exclusivo se compromete a cobrar precios distintos a determinadas categorías de clientes —por ejemplo, precios más caros si los clientes son importadores paralelos o destinatarios establecidos fuera del territorio concedido—. En realidad, como ya se ha expuesto, se trata de restricciones territoriales consistentes en la diferenciación de precios.¹²⁵

XIII. 3. B. c. *Restricciones de uso*

Consisten en restringir la libertad del comprador de usar los productos adquiridos de acuerdo con su propio interés económico, como sucede en el As. *Ciments et Bétons vs. Krepen*¹²⁶. En realidad, éstas restricciones se traducen en restricciones de clientela: así, cuando se establecen restricciones a la reventa de productos intermedios —es decir, que no son

de 23.5.1984). Ello tiene su reflejo, tanto en las exenciones individuales, como en los reglamentos de exención por categorías, que no se aplican si se impone el precio de reventa, constituyendo causa de la retirada de la exención (véase WALLE/GREVEN: *Competition Law of the European Community*, cit., § 6.04, págs. 6-29 y 6-30).

¹²² Véase WALLE/GREVEN: *Competition Law of the European Community*, cit., §6.04, pág. 6-30, quienes aluden al As. *Binon* (Sent. del TJCE cit.), en el que, por las características del mercado en cuestión, el de publicaciones periódicas, el TJCE entendió que la fijación del precio de reventa era exceptuable por art. 85.3 TCE.

¹²³ Véase *infra*, XVII. 2. "Propuestas de solución en el Libro Verde".

¹²⁴ Véase LiV RV, núms. 157, pág. 54, núm. 161, pág. 55, y núm. 163, págs. 55-56.

¹²⁵ Véase LiV RV, núms. 158, pág. 54; véase *supra*, epg. XIII. 3. A. b.

¹²⁶ Sent. del TJCE de 14.12.1983, As. 319/82, Slg. 1983, pág. 4173 y sigs.

productos acabados, bienes de consumo—, como medio del productor para controlar la distribución y compartimentar el mercado.¹²⁷

En cuanto a su tratamiento jurídico, en general, cualquier prohibición de reventa se considera contraria al art. 85.1 TCE, pues contribuye a compartimentar el mercado.¹²⁸

XIII. 3. B. d. Obligaciones de carácter promocional

Estas pueden tener muy distinto contenido. Pueden consistir en la realización de un volumen de negocios mínimo, la realización de publicidad, el mantenimiento de una red de ventas, el cumplimiento de una serie de requisitos mínimos en materia de existencias, la prestación a la clientela del oportuno servicio y garantía, la disposición de personal competente desde el punto de vista técnico o la venta con la marca y la presentación prescrita por el proveedor.¹²⁹

Todas ellas están, en principio, permitidas "salvo que se expresen o se apliquen de modo que revistan el carácter de restricciones de la competencia no autorizadas"¹³⁰. Los acuerdos de franquicia presentan, en este punto, una especialidad, pues cabe admitir cláusulas que limitan las actividades comerciales del franquiciado con el fin de proteger los conocimientos técnicos cedidos; pero no se puede prohibir al franquiciado la impugnación de los derechos de propiedad industrial o

¹²⁷ Véase WALLE/GREVEN: *Competition Law of the European Community*, cit., § 6.05, pág. 6-32.

¹²⁸ Véase WALLE/GREVEN: *Competition Law of the European Community*, cit., § 6.05, pág. 6-33, a no ser que el comprador tenga prohibida la venta del producto por ley, como sucedió en el As. *Bayo-n-ox* (Dec. de la Comisión CE 90/38/CEE, de 13.12.1989, DOCE núm. L 21/71, de 26.1.1990).

¹²⁹ Véase LiV RV, núms. 159, 162, 164-165, págs. 54-56; véanse arts. 2.3 Rgto. CEE 1983/83 y 3.f) Rgto. CEE 4087/88.

¹³⁰ Véase cdo. 19 Comunicación a Rgto. CEE 1983/83 y 1984/83; en idéntico sentido, para la distribución selectiva, se pronuncia TOBÍO RIVAS: *La autorización de medidas...*, cit., pág. 173.

intelectual que formen parte de la franquicia (véase art. 5.f] Rgto. CEE 4078/889).

XIII. 3. C. Restricciones de efecto excluyente

El eje sobre el que giran estas restricciones es la creación de barreras de entrada, el cierre de los mercados (*foreclosure*)¹³¹ a los competidores, y, por lo tanto, su exclusión¹³², lo que es lo mismo que decir que la competencia que aquí se ve principalmente afectada es la competencia *interbrand*.

Estas se producen, en general, por la imposición al distribuidor de ciertas obligaciones de abastecimiento. Así, se puede distinguir entre:

XIII. 3. C. a. Obligaciones de aprovisionamiento exclusivo

Consisten en convenios por los que un adquirente se obliga a comprar exclusivamente a un determinado suministrador durante un cierto periodo de tiempo.¹³³

Téngase en cuenta que el Rgto. CEE 1984/84 abarca los supuestos de aprovisionamiento exclusivo en los que el revendedor accede a cubrir todas sus necesidades con los productos objeto del contrato de aprovisionamiento y aquellos que contienen una "cláusula inglesa", esto es, una cláusula que permite al revendedor comprar los productos objeto

¹³¹ En lengua inglesa, el término "*foreclosure*" tiene otra acepción jurídica, relativa al derecho real hipotecario: la actuación del acreedor hipotecario destinada a extinguir el derecho del deudor hipotecario, a cancelar (*redeem*) la hipoteca, es decir, a recobrar la propiedad hipotecada mediante el pago de la deuda (véase CURZON, L. B.: *Dictionary of Law*, 3.^a ed., Pitman, London, 1988 [reimpresión 1990], voces «Foreclosure» y «Redemption»).

¹³² Véase WALLE/GREVEN: *Competition Law of the European Community*, cit., § 6.01, pág. 6-6, quienes hablan de "*exclusionary restrains*". El mismo contenido da RUIZ PERIS: *El contrato de franquicia...*, cit., págs. 46-48, cuando alude a las restricciones respecto de las fuentes de aprovisionamiento.

¹³³ Véase WALLE/GREVEN: *Competition Law of the European Community*, cit., § 6.07, pág. 6-37.

del contrato a otros proveedores cuando los precios y condiciones de estos últimos sean más ventajosos que los de la contraparte; pero no quedan cubiertos por el reglamento de exención los supuestos de aprovisionamiento parcial, si bien, en principio, éstos no resultan prohibidos por el art. 85.1 TCE.

Si se da la existencia de exclusiva recíproca, el contrato queda, por lo que al aprovisionamiento en exclusiva se refiere, sometido a las mismas condiciones (art. 2.2.b] Rgto. CEE 1984/83). En el ámbito del aprovisionamiento exclusivo de cerveza y gasolina, existen ciertas especialidades en cuanto al objeto de contrato.¹³⁴

Estas restricciones no siempre son objeto de una prohibición *per se*. De hecho, sus efectos positivos son los que justifican la existencia del Rgto. CEE 1984/83¹³⁵. Estas conductas incurren en la prohibición si crean barreras de entrada a terceros, lo que depende de la posición en el mercado del suministrador y del vendedor (As. *Spieces*¹³⁶), de la duración del acuerdo (As. *Carlsberg*¹³⁷) y de la existencia de acuerdos similares, esto es, de su efecto acumulativo. Existe una posición favorable hacia estas restricciones si su duración es breve y limitada en el tiempo.¹³⁸

Por contra, ni en la distribución selectiva ni en la franquicia cabe la compra en exclusiva: ello impediría las entregas cruzadas. Lo que sí cabe

¹³⁴ Véase LiV RV, núms. 148-151, págs. 52-53.

¹³⁵ Véase WALLE/GREVEN: *Competition Law of the European Community*, cit., § 6.07, págs. 6-37 a 6-39.

En el Derecho *antitrust* estadounidense, estos acuerdos están sometidos a la regla de razón (véase COMISIÓN CE: *Survey of [...] National Laws...*, cit., pág. 58).

¹³⁶ Dec. de la Comisión CE 78/172/CEE, de 21.12.1977, ABIEG núm. L 53/20, de 24.2.1978.

¹³⁷ Dec. de la Comisión CE 84/381/CEE de 12.7.1984, ABIEG núm. L 207/26, de 2.8.1984.

¹³⁸ Véase LiV RV, núm. 150, pág. 53.

es imponer la compra directa de cantidades mínimas, en distribución selectiva, siempre que por su volumen no se alcance un efecto equivalente a la compra en exclusiva, y, en la franquicia, siempre que sea necesario para mantener la identidad común y reputación de la red (véase art. 3.1.f] Rgto. CEE 4087/88).¹³⁹

Otra manera de formular estas restricciones es en forma de cláusulas de no competencia impuestas al revendedor. Básicamente consisten en la prohibición de competencia impuesta al distribuidor referida a productos competidores, que cabe si es limitada en el tiempo.

No obstante, dicha imposición no es admisible en la distribución selectiva.

Por contra, en la franquicia se distingue, en primer lugar, según se trate de productos objeto de la franquicia, donde sí que se permite la prohibición de competencia, o de piezas de recambio y/o accesorios de los mismos, donde no se permite (art. 2.e] Rgto. 4087/88). No obstante, y únicamente en la medida que sea necesario para la protección de los derechos de propiedad industrial o intelectual del franquiciador o para mantener la identidad y la reputación de la red, y siempre que no sea posible establecer unas especificaciones objetivas de calidad, el franquiciador puede obligar al franquiciado a adquirir de él o de terceros designados por él, tanto los productos como las piezas de repuesto y/o accesorios (véase art. 3.1.a] y b] Rgto. 4987/88). A ello debe sumarse la prohibición de competencia impuesta al distribuidor referida a actividades comerciales competidoras en franquicia (véase art. 3.1.c] Rgto. 4087/88), que también se justifica en la medida que sea necesario para proteger los derechos de propiedad industrial e intelectual del franquiciador o la identidad común de la red. Esta última obligación puede extenderse a toda la duración del contrato y hasta un año tras la extinción del mismo.¹⁴⁰

¹³⁹ Véase LiV RV, núms. 152-156, págs. 53-54. Véase también *infra*, epg. XIII. 3. C. c.

¹⁴⁰ Véase LiV RV, núms. 166-171, págs. 56-58.

En parecidos términos, RUIZ PERIS: *El contrato de franquicia...*, cit., págs. 44-46,

Si se trata de acuerdos de suministro para la producción, las obligaciones de aprovisionamiento exclusivo no infringen normalmente el art. 85.1 TCE, siempre que se trate de cantidades determinadas, y que su duración no sea excesiva o las cantidades sean tales que no supongan una barrera de entrada.¹⁴¹

XIII. 3. C. b. Acuerdos vinculados

Esta restricción de la competencia consiste en subordinar la celebración de los contratos —en este caso, de distribución— a la aceptación, por los otros contratantes, de prestaciones suplementarias que, por su naturaleza o según los usos mercantiles, no guardan relación con el objeto de dichos contratos (art. 85.1.e] TCE). Más concretamente, se trata de productos que no tienen vinculación entre sí, ni por su naturaleza —ya sea por la inexistencia de una vinculación técnica (como, por el contrario, sería el caso de accesorios o piezas de repuesto) o comercial (a diferencia de lo que sucede con productos destinados al mismo uso)—, ni por los usos comerciales —se trata de productos que no suelen ofrecerse conjuntamente— (véase art. 3.c] Rgto. 1984/83). Es decir, para que los acuerdos de distribución puedan acogerse a la exención por categorías, han de tener por objeto un solo producto o un surtido de productos especificados con su marca o denominación (cdo. 11 Rgto. CEE 1984/83 y núm. 36 de la Comunicación a Rgto. CEE 1983/83 y 1984/83)¹⁴². En el Derecho comunitario de la competencia, los acuerdos, si no cumplen los requisitos arriba enunciados, están

cuando habla de las restricciones relativas a los productos que puede vender el franquiciado: el franquiciador determina qué productos debe vender el franquiciado, excluyéndose la posibilidad de que venda aquéllos que no cuentan con la autorización del franquiciador; obligación que se justifica por su vinculación con la protección del *goodwill* de franquiciador.

¹⁴¹ Véase WALLE/GREVEN: *Competition Law of the European Community*, cit., § 6.07, págs. 6-39 y 6-40.

¹⁴² Véase LiV RV, núm. 149, pág. 52.

prohibidos, por regla general.¹⁴³

En el Derecho *antitrust* estadounidense, los acuerdos vinculados (*tying agreements*) —que se entienden como aquellos en los que el suministro de un producto, el producto vinculante, depende de la adquisición de otro producto, el producto vinculado— quedan sometidos a presunción de ilegalidad si el demandante prueba que (1) los productos vinculados y vinculantes son objetos separados, (2) el suministro del producto vinculante depende de la adquisición del producto vinculado, (3) el suministrador tiene suficiente poder de mercado en el mercado del producto vinculante para restringir efectivamente la competencia en el mercado del producto vinculado, (4) el vínculo da lugar a efecto anticompetitivo de cerrar el mercado a suministradores alternativos de producto vinculado y (5) el acuerdo vinculado afecta de manera sustancial a la competencia en el mercado del producto vinculado.¹⁴⁴

Sin embargo, esta norma encuentra excepciones en la distribución de la cerveza y la gasolina —donde algunos acuerdos vinculados están exentos—, y, sobre todo, debe ser puesta en relación con otro tipo de restricciones, como es el caso de ciertas obligaciones de aprovisionamiento exclusivo en la distribución del automóvil y en la franquicia o de ciertas obligaciones de compra de surtidos completos, con lo que el ámbito de la prohibición se reduce sensiblemente. Analizadas ya las

¹⁴³ Sorprendentemente, en LiV RV, núm. 146, pág. 51, se dice, en el ámbito de los acuerdos de distribución exclusiva, que "[l]as cláusulas sobre ventas vinculadas *no se consideran incompatibles con el apartado 3 del artículo 85*" —la cursiva es nuestra; en el mismo sentido, tanto la versión alemana como inglesa del documento—. No obstante, parece que se trata de un error del original (cfr. LiV RV, núm. 149, pág. 53).

Ahora bien, estos acuerdos suele caer en el ámbito de aplicación del art. 86 TCE (véase WALLE/GREVEN: *Competition Law of the European Community*, cit., § 6.09, pág. 6-43).

¹⁴⁴ Véase COMISIÓN CE: *Survey of [...] National Laws...*, cit., pág. 58. Véase también RUIZ PERIS: *El contrato de franquicia...*, cit., págs. 45 y 47-48.

Este tratamiento constituye un ejemplo de regla de razón de alcance restringido (véase, al respecto, *infra*, epg. XV. 2.).

primeras¹⁴⁵, se trata a continuación de las segundas.

XIII. 3. C. c. Obligaciones de comprar cantidades mínimas o surtidos completos

Tanto la imposición de la obligación de comprar cantidades mínimas como surtidos completos –y entiéndase "surtidos" tal y como se han delimitado a efectos de los acuerdos vinculados– están, en principio, permitidas (véase art. 2.3.a] Rgto. 1983/83 y art. 2.3.a] y b] Rgto. 1984/83). Pero no deben formularse o aplicarse de modo que se conviertan en restricciones de la competencia no autorizadas (véase apdo. 19 Comunicación a Rgtos. CEE 1983/83 y 1984/83); así, por ejemplo, una obligación de cantidad mínima, si es excesiva y agota la capacidad de compra del distribuidor, puede actuar como una prohibición de competencia y dar lugar a una barrera de entrada al mercado para los proveedores competidores¹⁴⁶. Igualmente sucede en la distribución selectiva y la franquicia.¹⁴⁷

Respecto a la imposición de una línea completa de productos, dicha conducta está permitida en la distribución exclusiva por el Rgto. CEE 1983/83, así como en la distribución selectiva y en la franquicia.¹⁴⁸

¹⁴⁵ Véase *supra*, epg. XIII. 3. C. a.

¹⁴⁶ Véase LiV RV, núm. 147, pág. 52.

¹⁴⁷ Véase LiV RV, núms. 152-156, págs. 54-55.

¹⁴⁸ Véase WALLE/GREVEN: *Competition Law of the European Community*, cit., § 6.08, pág. 6-42.

XIII. 4. Fundamentos económicos del tratamiento de las restricciones verticales originadas por los contratos de distribución comercial

A la luz de lo anteriormente expuesto, y en una primera aproximación, puede afirmarse que los contratos de distribución comercial dan lugar a las siguientes consecuencias desfavorables para la libre competencia: limitan el número de operadores, compartimentan los mercados desde un punto de vista territorial y coartan, en alguna medida, la libertad de actuación de los distribuidores¹⁴⁹. Las restricciones verticales a las que estos contratos dan lugar pueden producir la limitación, e incluso, la eliminación de la competencia *intra-brand*, tanto sobre precios como sobre otros factores distintos de los precios, así como en restricciones de la competencia *inter-brand*, especialmente mediante el establecimiento de barreras de entrada en los mercados¹⁵⁰. No obstante, también tienen consecuencias que deben valorarse favorablemente desde el punto de vista económico¹⁵¹. Tal concurrencia de consecuencias económicamente positivas y negativas hace que la actitud que los poderes públicos deben adoptar ante las restricciones verticales constituya una de las grandes controversias que suscita el Derecho de defensa de la competencia en la actualidad.¹⁵²

Dicha controversia radica en si dicha actitud debe ser *a priori* favorable o contraria a las restricciones verticales. Así, a comienzos de

¹⁴⁹ Véase ALONSO SOTO, R.: "Distribución comercial...", cit., pág. 35.

¹⁵⁰ Sobre las formas de competencia y las nociones de competencia *intra-brand* e *inter-brand*, véase *supra*, epg. V. 5. B. b.

¹⁵¹ Véase *supra*, epg. V. 6.

¹⁵² En estos términos se expresa STIGLITZ, J. E.: *Microeconomía*, trad. esp. de la 2.ª ed. inglesa, Col. Economía, Ariel, Barcelona, 1998, págs. 414-415.

la década de los años ochenta, dicha actitud experimentó un movimiento pendular entre los economistas, que pasaron a considerarlas de perjudiciales a prácticamente inocuas para la competencia, en la medida en que la pérdida de competencia *intra-brand* se veía compensada por la ganancia de competencia *inter-brand*.¹⁵³

En la actualidad, sin embargo, puede afirmarse que los economistas ya no postulan tan tajantemente y con carácter general la inocuidad de las restricciones verticales. En efecto, en la actualidad se parte de la base de que el impacto de una restricción vertical sobre la libre competencia es una cuestión relativa: depende de la estructura del mercado y del poder de mercado que detenten las empresas que protagonizan la conducta restrictiva. Si existe suficiente competencia *inter-brand* en el mercado en cuestión, es probable que las restricciones verticales no tengan un efecto negativo o, en todo caso, que su efecto neto –sumados sus efectos negativos y positivos– sea positivo. Ahora bien, si en dicho mercado no existe suficiente competencia *inter-brand*, o, lo que es lo mismo, existe un cierto grado de poder de mercado (*market power*), es más probable que las restricciones verticales tengan un efecto neto negativo.¹⁵⁴

En cuanto a la noción de poder de mercado, se suele definir como el poder de elevar el precio por encima del nivel competitivo, sin que sea preciso que para ello se de una posición de dominio en el mercado. Datos relevantes a la hora de determinar la existencia de poder de mercado son las cuotas de mercado, el grado de concentración en el mismo, la presencia de barreras de entrada, el grado de diferenciación de productos, el

¹⁵³ Como ejemplo paradigmático y precursor de esta actitud absolutamente positiva, véase POSNER, R. A.: *Antitrust Law. An Economic Perspective*, The University of Chicago Press, Chicago, 1976, págs. 147-167; al respecto, véase también GINER PARREÑO: *Distribución y libre competencia...*, cit., págs. 229-238.

¹⁵⁴ PEEPERKORN, L.: "The Economics of Verticals", CPNews 1998 (2), pág. 10.

comportamiento competitivo y la existencia de poder de compra.¹⁵⁵

Otro punto sobre el que parece existir consenso es que las restricciones verticales son menos perjudiciales para la libre competencia que las restricciones horizontales, por el autocontrol que del poder de mercado ejercen los agentes económicos implicados en ellas (*self policing character of vertical restrains*).¹⁵⁶

De modo que, aunque puede estimarse sobre qué aspecto de la competencia inciden las distintas restricciones verticales, afirmarse que un combinación de las mismas suele agravar sus efectos negativos¹⁵⁷ y establecer que ciertas restricciones son más perjudiciales que otras¹⁵⁸, la determinación de si su efecto neto es negativo dependerá del contexto, del mercado, en el que tenga lugar; si bien puede presumirse que tal situación sólo se dará si existe poder de mercado.

No obstante, el dato de la existencia de poder de mercado no es el único que puede ser tenido en cuenta a la hora de introducir una simplificación analítica en la valoración de las restricciones verticales. Así, en el Derecho *antitrust* estadounidense, a la hora de dictaminar sobre

¹⁵⁵ Véase PEEPERKORN: "The Economics...", cit., pág. 10; y HAWK, B. E.: "System Failure: Vertical Restraints and EC Competition Law", CMLRev 1995 (23), págs. 976-977; sobre la delimitación de la noción de poder de mercado, véanse GINER PARREÑO: *Distribución y libre competencia...*, cit., pág. 109 y sigs.; e *infra*, epg. XVI. 2. A.

¹⁵⁶ Véase PEEPERKORN: "The Economics...", cit., pág. 11, quien, sin embargo, advierte que no se debe sobreestimar dicho autocontrol, especialmente si una de las empresas implicadas tiene poder de mercado.

¹⁵⁷ Véase PEEPERKORN: "The Economics...", cit., págs. 11-14.

¹⁵⁸ En este sentido, PEEPERKORN: "The Economics...", cit., págs. 16-17, considera que (a) los acuerdos exclusivos son más perjudiciales para la competencia que los no exclusivos, (b) los acuerdos que afectan a la distribución de bienes de consumo son más perjudiciales que los que tienen por objeto bienes industriales, (c) la repetición de los acuerdos en determinado sector es perjudicial, por el efecto acumulado de los mismos, (d) la imposición de precio de reventa y la imposición de precio mínimo de reventa son las restricciones más graves, a las que hay que sumar —si se asume el objetivo de la integración del Mercado Único— (e) aquellas restricciones que llevan a su compartimentación.

la licitud de los acuerdos de distribución, se tiene también en cuenta el hecho de la utilización de diversos sistemas de distribución para los productos o servicios en cuestión. En terminología comunitaria, la valoración es más severa si se produce el efecto acumulado de redes de distribución, si el grado de competencia intertipo es bajo.¹⁵⁹

Sin embargo, ya se puede avanzar que los criterios anteriores, relativos a la eficiencia económica de las restricciones verticales, no son los únicos, ni parece que los más importantes, en la determinación de la política de la competencia comunitaria ni del tratamiento jurídico que el Derecho comunitario de la competencia confiera a las mismas. Dicha determinación va a depender de la fijación de los objetivos de política —en los que una cuestión básica es la integración del Mercado Único, que se pretende fomentar mediante la protección de la competencia *intrabrand* y, en su caso, la permisión del comercio paralelo¹⁶⁰—, pero también de los costes de efectiva implantación de dicha política y de la necesidad de garantizar la seguridad jurídica. Se comparte la opinión de que, en el ámbito del Derecho de defensa de la competencia, en la tensión entre eficiencia económica y seguridad jurídica, y sin perjuicio de intentar llegar a una solución de equilibrio —lo que implica,

¹⁵⁹ Véase GINER PARREÑO: *Distribución y libre competencia...*, cit., págs. 239-246, donde se informa de que, además de los criterios anteriores, asimismo se atiende a la duración limitada, de cinco años, de los acuerdos de distribución, a la existencia de un incremento del volumen de producción y de cuota de mercado de las empresas que recurren a los acuerdos de distribución y a que el incremento de los beneficios experimentado por dichas empresas no se produzca en perjuicio de los consumidores. No obstante, estos criterios carecen de la relevancia del poder de mercado y, en segunda instancia, del efecto acumulado. La duración limitada de los acuerdos de distribución hace que el posible efecto perjudicial sea menor; el incremento del volumen de producción indica que el sistema de distribución tiene éxito, pero no que no sea anticompetitivo; y el tercero, más que un criterio de valoración, constituye un criterio de distribución de los efectos perjudiciales de las restricciones verticales.

A propósito del de la valoración del efecto acumulado, véase *infra*, epg. XVI. 3. B.

¹⁶⁰ A ello debe añadirse que, también desde el punto de vista de la eficiencia económica, es discutible que la eliminación de las importaciones paralelas que producen las restricciones verticales sea siempre positiva (véase PEEPERKORN: "The Economics...", cit., págs. 14-16).

necesariamente, un cierto grado de incertidumbre—, debe prevalecer esta última. La incertidumbre debe mantenerse dentro de unos límites razonables; la cuestión es, por lo tanto, determinar cuál es el margen de incertidumbre tolerable. De todas estas y otras cuestiones, planteadas en el marco de la discusión sobre la existencia y/o conveniencia de la regla de razón en el Derecho comunitario de la competencia, se trata en el capítulo siguiente.

Capítulo Octavo
**Regla de razón, efecto sensible
y exención en la aplicación de
la prohibición comunitaria de
conductas colusorias a los
contratos de distribución comercial**

XIV. CONSIDERACIONES PREVIAS

El título del presente capítulo evoca inmediatamente una discusión que tiene lugar en el seno de la comunidad científica europea ya desde mediados de los años sesenta –más precisamente, desde la sentencia del TJCE en el As. *Grundig/Consten*¹ y la publicación del estudio de JOLIET²– y que todavía no ha concluido³: se trata –alternativa y/o

¹ Sent. del TJCE cit.

² La obra de JOLIET, R.: *The Rule of Reason in Antitrust Law - American, German and Common Market Laws in Comparative Perspective*, Martinus Nijhoff, Den Haag, 1967, es considerada mayoritariamente como la primera referencia de una toma de postura favorable a la consideración de la regla de razón en el Derecho de la competencia comunitario; véanse, entre otros, KON, S.: "Article 85, Para. 3: A Case for Application by National Courts", CMLRev 1982 (19), pág. 554; SCHECHTER, M. C.: "The Rule of Reason in European Competition Law", LIEI 1982 (2), pág. 1, nota 2; FORRESTER, I., y NORALL, C.: "The Laicization of Community Law: Self-help and the Rule of Reason: How Competition Law is and could be applied", CMLRev 1984 (21), pág. 11, nota 1; STEINDORFF, E.: "Article 85 and the Rule of Reason", CMLRev 1984 (21), pág. 646; ULMER, P.: "Rule of Reason im Rahmen von Artikel 85 EWGV", RIW 1985 (7), pág. 517 –anterior versión de este trabajo en: AA. VV.: *XI Internationales EG-Kartellrechts-Forum (Brüssel, 1985; Referate)*, Beck, München, 1986, págs. 37-56, con el título "Rule of Reason im Rahmen von Artikel 85 EWG-Vertrag" (en adelante, las citas a este trabajo de ULMER lo son al

cumulativamente— de la efectiva presencia de una "regla de razón"⁴

publicado en RIW)—; KOVAR, R.: "Le droit communautaire de la concurrence et la 'règle de raison'", RTDE 1987 (23), pág. 237, nota 1; y WILS, G.: "'Rule of Reason': une règle raisonnable en Droit communautaire?", CDE 1990 (1-2), pág. 19.

³ Específicamente sobre esta problemática, véanse, entre otros, KON: "Article 85, Para. 3: A Case...", cit., págs. 541-561; SCHECHTER: "The Rule of Reason...", cit., págs. 1-20; STEINDORFF, E.: "Article 85, Para. 3: No Case for Application by National Courts", CMLRev 1983 (20), págs. 125-130; FORRESTER/NORALL: "The Laicization...", cit., págs. 11-51, y véase nota 1 para más bibliografía sobre el tema; STEINDORFF: "Article 85 and the Rule of Reason", cit., págs. 639-646; ULMER: "Rule of Reason...", cit., págs. 517-524; KOVAR: "Le droit communautaire...", cit., págs. 237-254; HAWK, B. E.: "La revolution anti-trust americane: une leçon pour la Communauté économique européenne?", RTDE 1989 (25), págs. 5-44, y véanse notas 43-44 para más bibliografía sobre el tema —anterior versión de este trabajo en ECLR 1988, págs. 53-87, con el título "The American (Anti-trust) Revolution: Lessons for the EEC?" (en adelante, las citas a este trabajo de HAWK lo son al publicado en RTDE)—; WILS: "'Rule of Reason'...", cit., págs. 19-74, y véase nota 5 para más bibliografía sobre el tema; WELTRICH, O.: *Franchising im EG-Kartellrecht - eine kartellrechtliche Analyse nach Art. 85 EWGV*, Kölner Schriften zum Europarecht, vol. 39, Carl Heymanns, Köln/Berlin/Bonn/München, 1992, págs. 157-169, y véase nota 55 para más bibliografía sobre el tema; MIRANDA SERRANO, L. M.: "La rule of reason en el Derecho de la competencia: a propósito de la transmisión de empresas", en: *Homenaje a Broseta*, cit., t. II, págs. 2315-2352; FRITZSCHE, J.: "«Notwendige» Wettbewerbsbeschränkungen im Spannungsfeld von Verbot und Freistellung nach Art. 85 EGV", ZHR 1996 (1), págs. 31-58.

También se ocupan de esta cuestión los estudios de alcance más general. Véanse, entre otros, ROSE: *Bellamy & Child...*, cit., núms. 2-056 a 2-125, págs. 65-107, y véase nota 84 para más bibliografía sobre el tema; EMMERICH: *Kartellrecht*, cit., 7.^a ed., págs. 531-536; GOYDER, D. G.: *EC Competition Law*, 2.^a ed., reeditada con correcciones, Clarendon Press, Oxford, 1993, págs. 116-123; HIRSCH, M. y BURKERT, T. O. J.: *Gleiss/Hirsch Kommentar zum EG-Kartellrecht*, t. 1 (*Art. 85 und Gruppenfreistellungsverordnungen*), 4.^a ed., completamente reelaborada y ampliada, Recht und Wirtschaft, Heidelberg, 1993, núms. 132-145, págs. 85-89, y núms. 1779-1783, págs. 682-683; REICH: *Europäisches Verbraucherrecht...*, cit., núm. 69, págs. 168-169, núm. 77, págs. 179-180, núms. 80-92a, págs. 188-211, y núms. 128-134, págs. 273-278; WISH: *Competition Law*, cit., págs. 232-238; y, entre nosotros, FERNÁNDEZ DE LA GÁNDARA/CALVO: *Derecho Mercantil Internacional*, cit., págs. 355-327.

⁴ Esta es la traducción de la expresión al castellano dada por FERNÁNDEZ DE LA GÁNDARA/CALVO: *Derecho Mercantil Internacional*, cit., pág. 355; también por GINER PARREÑO, C. A., y MARTÍN LABORDA, A.: "De nuevo sobre la interpretación y aplicación del art. 1.1 de la Ley de Defensa de la Competencia (LDC), conforme a la *rule of reason*. El TDC aplica la regla de razón clásica en el art. 1 de la LDC a un supuesto de «cadenas de establecimientos comerciales» (Resolución del TDC de 11 de noviembre de 1995, Expte.354/94, Electrodomésticos Alicante [BICE, núm. 2485, pgs. 53 y ss.])", Notas de actualidad: Competencia, Propiedad Industrial e Intelectual, RDN 1996 (68), págs. 62 y 65; cfr. la traducción de la expresión como "regla de lo razonable" dada por TOBÍO RIVAS: *La autorización de medidas...*, cit., pág. 35. No obstante, la mayoría de los autores españoles que utilizan este término —y que aparecerán citados o relacionados en las páginas que

(*rule of reason*) y/o de la conveniencia del recurso a la misma en la aplicación y la efectiva implantación⁵ de la prohibición comunitaria de conductas colusorias establecida en el art. 85 TCE; especialmente, en el tratamiento de las restricciones verticales perseguidas y/o generadas por los acuerdos de distribución comercial en sentido restringido.⁶

En verdad, tal discusión no constituye una cuestión novedosa, pero no por ello ha perdido su importancia. Es más, ésta aglutina una problemática que vuelve a estar de enorme actualidad. Y es que, tanto para comprender la articulación de la prohibición comunitaria de conductas colusorias, como para posibilitar un desarrollo futuro coherente de la misma, resulta preciso dilucidar si el recurso a dicha regla —proveniente del Derecho *antitrust* estadounidense— puede ser, en efecto, detectado en la actual aplicación del art. 85 TCE y, por otra parte, determinar si es deseable que se acuda a la regla de razón para su aplicación. Ciertamente, a primera vista, podría pensarse que la anterior estimación es exagerada, pues parece tratarse de una cuestión predominantemente terminológica y metodológica⁷. De hecho, la Comisión CE

siguen— prefieren mantener la terminología inglesa.

⁵ Con estos términos se persigue identificar dos realidades relativas al desarrollo del art. 85 TCE. De una parte, con el término "aplicación" —en alemán, "*Anwendung*"—, se busca hacer referencia a la interpretación y concreción de los distintos elementos que conforman la prohibición de conductas colusorias, a la delimitación de su contenido normativo, a lo que podría identificarse como su dirección normativa; mientras que con la expresión "efectiva implantación" —en alemán, "*Durchsetzung*"; en inglés, "*enforcement*"— quiere aludirse a la utilización que del art. 85 TCE realmente se hace, la cumplimiento efectivo del mismo, a lo que podría denominarse su administración normativa; cfr. ALONSO SOTO, R.: "La modificación de la Ley española de Defensa de la Competencia", GJCE 1997 (Bol. 120), pág. 1, quien traduce el término "*enforcement*" como "eficacia en la aplicación (de la normativa de defensa de la competencia)".

⁶ Téngase en cuenta, no obstante, que esta problemática también se plantea en relación a los acuerdos de compraventa y arrendamiento de empresas, así como de licencia de derechos de propiedad industrial e intelectual; si bien, y en atención a la delimitación del objeto de estudio, estos acuerdos quedan excluidos del mismo, ello no será obstáculo para hacer referencia a alguno de dichos supuestos, si fuesen de interés en el marco de la explicación de la regla de razón.

⁷ En este sentido se expresa FRITZSCHE: "«Notwendige» Wettbewerbs-

no la plantea en el LiV RV —aunque da la impresión de que tal omisión tiene, más bien, carácter elusivo—⁸. Sin embargo, no existe tal exageración. Esta cuestión y la discusión que le acompaña aglutinan el conjunto de la problemática político-jurídica que plantea la regulación comunitaria de la libre competencia, en cuyo estudio se va, pues, a profundizar desde la perspectiva que brinda la interrogante planteada por la regla de razón. En efecto, tomar parte y partido en la discusión sobre los argumentos esgrimidos a favor y en contra del recurso a una regla de razón en la aplicación y efectiva implantación de la prohibición comunitaria de conductas colusorias implica plantear y pronunciarse sobre importantes aspectos de técnica jurídica y de Derecho sustantivo. Pero también han de tenerse en cuenta aspectos relativos a la distribución de competencias⁹ en esta materia, aspectos procedimentales, así como aspectos enmarcados en la constitución económica y en la política económica de la CE. Perspectivas que se revelan profundamente

beschränkungen..., cit., pág. 49.

⁸ A la hora de exponer la normativa y práctica decisional vigente, la Comisión CE comienza haciéndose eco del "animado debate" sobre la cuestión del momento a partir del cual las restricciones verticales pueden entrar en el ámbito de aplicación del art. 85 TCE (véase LiV RV, núm. 117, pág. 41). Sin embargo, se escuda en "la complejidad de la materia" para proceder a dicha exposición sin distinguir los supuestos en que la restricción vertical no incurre en la prohibición del apdo. 1 del art. 85 TCE de aquellos otros donde la restricción es objeto de una exención en el ámbito del apdo. 3 del art. 85 TCE (véase IBIDEM, núm. 119, págs. 41-42). De hecho, la única alusión textual a la regla de razón en el ámbito comunitario europeo se encuentra en la exposición del tratamiento que recibe la distribución selectiva, que la Comisión CE entiende como una relajación de la prohibición establecida en el apdo. 1 del art. 85 TCE sin necesidad de recurrir al apdo. 3 (véase IBIDEM, cit., núm. 128, pág. 45-46).

⁹ De ahora en adelante, el término "competencia" usado en singular puede suscitar dudas en cuanto a la acepción a la que se quiere referir, ya que, además de en su acepción como "competencia económica", el desarrollo de las páginas que siguen precisa de su utilización en su acepción como "competencia material" —de ella se podrían considerar sinónimos los términos "poder", "potestad" o "facultad"—. Dicho riesgo de confusión no se produce en otros idiomas, como es el caso del alemán —para la competencia económica se utiliza el término "*Wettbewerb*", mientras que la competencia material se expresa mediante el término "*Zuständigkeit*"—. De ahí que, cuando exista tal riesgo de confusión, se proceda, bien a añadir los adjetivos "económica" o "material", respectivamente, bien a utilizar los términos "poder", "potestad" o "facultad" como sinónimos de "competencia material", aunque no signifiquen exactamente lo mismo.

interrelacionadas, y que únicamente su estudio conjunto permite valorar acertadamente. Dicha aproximación multifocal permitirá estar en mejores condiciones de intentar dar respuesta a interrogantes actuales, pero también decisivos de cara a su futuro desarrollo, que plantea la regulación europea de la competencia. Entre otros, si ésta coordina objetivos propios de una política de la competencia con objetivos extraños a ésta, y, en caso afirmativo, cómo lo hace. O si la distribución de competencias entre los Estados miembros y los órganos competentes de la CE —el TJCE y el TPI, de una parte, y la Comisión CE, de otra parte— para su efectiva implantación constituye todavía hoy la mejor opción posible. En definitiva, la realización de esta ponderación planteada al hilo de la discusión comunitaria sobre la regla de razón en el marco del enjuiciamiento de los acuerdos de distribución comercial en sentido restringido constituye la tarea propuesta en los capítulos que siguen, ponderación que permitirá reflexionar sobre la situación actual y las perspectivas del Derecho comunitario de la competencia a este respecto, con especial atención a la revisión de la política aplicada a las restricciones verticales promovida por la Comisión CE.

En cuanto a la delimitación y articulación del presente capítulo, y de conformidad con la meta arriba marcada, el mismo se concentra en el análisis de los apdos. 1 y 3 del art. 85 TCE¹⁰. Dentro de su apdo. 1 serán objeto de especial análisis los elementos de la afectación del comercio intracomunitario —" ... que puedan afectar al comercio entre los Estados

¹⁰ De este modo se excluyen del ámbito de estudio los arts. 90 y 91-94 TCE, así como la jurisprudencia y las decisiones y otros actos de la Comisión CE relativos a dichos preceptos. Igualmente, en principio quedan excluidos del ámbito de estudio tanto el art. 86 TCE como del Rgto. CEE 4064/89.

La interpretación realizada por el TJCE del art. 86 TCE en el As. *Continental Can* (Sent. del TJCE de 21.2.1973, As. 6/72, Slg. 1973, pág. 215 y sigs.) y la gestación, así como la propia aplicación del reglamento arriba citado, fluyen en la dirección opuesta a la de este trabajo: la aplicación de la doctrina del efecto útil (*effet utile*) en el Derecho de la competencia comunitario; respecto de dicha sentencia y su relación con el control comunitario de concentraciones empresariales, véase BELLO MARTÍN-CRESPO: *Concentración de empresas...*, cit., págs. 73-77.

miembros..."— y de la restricción de competencia —"... que tengan por objeto o efecto impedir, restringir o falsear el juego de la competencia dentro del mercado común..."—.¹¹

La discusión arriba aludida toma como punto de referencia la regla de razón en el Derecho *antitrust* estadounidense. En primer lugar, y con el fin de evitar el peligro de utilizar erróneamente esta terminología extraña¹², el trabajo va a sintetizar el significado de la regla de razón en su sistema de origen. A continuación serán considerados los argumentos expuestos en la doctrina a favor y en contra del recurso a la regla de razón en el marco del art. 85 TCE. No obstante, antes de llevar a cabo dicha tarea, es necesario poner de relieve los datos más

¹¹ Se prescinde aquí del estudio específico de los conceptos "acuerdo", "decisión" y "prácticas concertadas", así como del de "empresas"; éstos han sido ya tratados, si bien en la medida de las exigencias de la exposición, *supra*, parte 2.^a "Derecho de la distribución comercial y contratos de distribución".

La sistemática del art. 85.1 TCE presupone la concurrencia de tales elementos para el examen de los que son objeto de profundización. Sin embargo, los primeros deben ser predominantemente considerados como elementos subordinados a los segundos, ya que su determinación en el caso concreto depende, en buena medida, de la existencia o inexistencia de una restricción de la competencia de efecto sensible. Así, la interpretación del concepto "contrato" o "acuerdo" está presidida por una cierta flexibilidad, pues el comportamiento anticompetitivo puede darse a través de muy distintos vehículos: su delimitación depende, en buena medida, de los efectos sobre la competencia de las correspondientes conductas (véase GOYDER: *EC Competition Law*, cit., págs. 91-106, especialmente pág. 101). Es decir, respecto de estos elementos se plantea de nuevo la aplicación de la doctrina del efecto útil: dichos elementos no deben suponer obstáculo alguno para alcanzar los objetivos perseguidos mediante el Derecho comunitario de la competencia.

Así, en relación con el concepto "acuerdo", merece aludirse a la interpretación realizada por el TJCE en el As. *Phillip Morris* (Sent. del TJCE de 17.11.1987, As. 142 + 146/84, Rec. 1987, pág. 4487 y sigs.), donde la cuestión de fondo es el descubrimiento de la estructura de mercado en lugar de la conducta como criterio desencadenante de la prohibición de conductas colusorias; respecto de esta sentencia y de su conexión con el control comunitario de concentraciones empresariales, véase BELLO MARTÍN-CRESPO: *Concentración de empresas...*, cit., págs. 77-82). También, y en relación con el concepto "empresas", recuérdense los desarrollos en el campo de las empresas públicas y la desregulación de mercados, así como en el campo de los agentes comerciales y el concepto funcional de empresa.

¹² Advertencia de JOLIET, reproducida por ULMER: "Rule of Reason...", cit., pág. 519; peligro que representa un riesgo cierto, tal y como pone de manifiesto HAWK: "System Failure...", cit., pág. 973.

relevantes resultantes de los diversos aspectos del contexto de la disposición que nos ocupa e investigar, tanto las relaciones entre la discutida regla de razón y el efecto sensible material, como entre aquella y la exención.

A modo de avance, se sostiene que el efecto sensible material se sitúa en un momento lógico previo a la regla de razón y tiene un carácter extracompetencial, pues se traduce en una limitación del ámbito posible de control de las restricciones verticales mediante una regla de razón en función a criterios ajenos a la eficiencia o ineficiencia económica de las restricciones. Por contra, la exención debe ubicarse en un momento lógico concurrente con la regla de razón y tiene un carácter supracompetencial, pues su efecto es el de corregir el resultado del control de las restricciones verticales mediante una regla de razón en función de criterios que van más allá de la sola eficiencia o ineficiencia económica de los mismos.

Todo ello conducirá al capítulo siguiente, donde se concluirá sobre la actual existencia y configuración de la regla de razón en el art. 85 TCE. A continuación, y a la luz dichas conclusiones y de los restantes datos aportados a lo largo de la parte tercera, se analizará en qué medida las soluciones de futuro propuestas en el marco del LiV RV dan respuesta a las deficiencias y las necesidades detectadas. Finalmente, se buscará aportar argumentos a favor y en contra de la conveniencia de la regla de razón en sentido estricto en el seno de la prohibición comunitaria de conductas colusorias.

XV. LA REGLA DE RAZON EN EL DERECHO AN-TITRUST ESTADOUNIDENSE

La regla de razón se ha descrito como una invitación a los tribunales federales norteamericanos a utilizar sus métodos tradicionales de *common law* para desarrollar el Derecho que aplican¹³. El Derecho aplicado, la *Sec. 1* de la *Sherman Act* (1890)¹⁴ (en adelante, *Sherman Act*), establece una prohibición absoluta de conductas colusorias:

"Todo contrato, combinación en forma de *trust* o de otra forma, o conspiración, que restrinja el comercio o la industria entre los diversos Estados o con naciones extranjeras, se declara ilegal por la presente Ley".¹⁵

La necesidad de una aplicación "*reasonable*" –término que, además de como razonable, puede ser traducido como "sensata", "adecuada", "aceptable"¹⁶ o conforme a su objetivo– del precepto fue pronto fue sentida por el Tribunal Supremo de los EE. UU., la *Supreme Court*¹⁷, y,

¹³ Véase WILS: "Rule of Reason'..., cit., pág. 27.

¹⁴ 15 U.S.C.A. §1.

Como legislación vigente sobre Derecho de la competencia en Estados Unidos –*Antitrust Laws*, conforme a la *Sec. 1* de la *Clayton Act* (1914), 15 U.S.C.A. § 12– se han de considerar, además de esta última norma y la propia *Sherman Act*, determinadas disposiciones de la *Wilson Tariff Act* (1930), 15 U.S.C.A. § 8, y la *Sec. 1* de la *Robinson-Patman Act* (1936), 15 U.S.C.A. § 13. Por contra, la *Federal Trade Commission Act* (1914), 15 U.S.C.A. § 41, no pertenece a las *Antitrust Laws* en este sentido (véase FERNÁNDEZ-NOVOA, C.: "Un hito en la historia del Derecho de la Competencia: Centenario de la «Sherman Act»", RDN 1990-1991, pág. 99).

¹⁵ Traducción tomada de MIRANDA SERRANO: "La rule of reason..., cit., pág. 2324.

¹⁶ TOEPKE, U. P.: "Per se Verbot und Rule of Reason: Der Wandel vom Automatismus des Kartellverbots in Section I Sherman Act zur »Per se perhaps« Regel des United States Supreme Court", WuW 1990 (7 y 8), pág. 564.

¹⁷ *As. U.S. vs. Joint Traffic Association*, 171 U.S., 505, 557 (1898), reproducida por

desde entonces, la regla de razón pertenece al núcleo de la prohibición de conductas colusorias arriba reproducida.

En las páginas que siguen se pretende proceder a su síntesis, para lo que se va a distinguir entre las funciones de la regla de razón, su configuración formal y su contenido material; y, a continuación, se hará referencia a las cuestiones procesales.¹⁸

TOEPKE: "Per se Verbot...", cit., pág. 569; también citada por SCHECHTER: "The Rule of Reason...", cit., pág. 3; y por KOVAR: "Le droit communautaire...", cit., págs. 237-238.

¹⁸ El desarrollo de la regla de razón es analizado cronológica y pormenorizadamente por TOEPKE: "Per se Verbot...", cit., págs. 563-596. Véanse también ULMER: "Rule of Reason...", cit., págs. 519-520; KOVAR: "Le droit communautaire...", cit., págs. 237-240; y WILS: "'Rule of Reason'...", cit., págs. 19-33. Asimismo, véanse RUIZ PERIS: *El contrato de franquicia...*, cit., págs. 27-36, especialmente las notas 34 y sigs.; y FERNÁNDEZ-NOVOA: "Un hito en la historia...", cit., págs. 97-99.

La pluralidad de perspectivas enunciada no debe dar lugar a afirmar, sin embargo, que existe una pluralidad de reglas de razón —e, igualmente, de prohibiciones *per se*—. Cfr. BLACK, O.: "Per Se Rules and Rules of Reason: What are They?", *ECLR* 1997 (3), págs. 145-151, especialmente pág. 151, quien, al diferenciar tres clases fundamentales de reglas de razón —así, la regla de razón como regla de interpretación de la *Sec. 1 Sherman Act*, como especificación de los criterios determinantes del carácter razonable o no razonable, y como conjunto de reglas para la aplicación de los criterios sustantivos—, no hace sino distinguir los perfiles metodológico, sustantivo e instrumental arriba enunciados, pero pertenecientes todos ellos a una misma realidad, a "la" regla de razón.

XV. 1. La regla de razón como método de aplicación de la prohibición de conductas colusorias

Bajo este subepígrafe se van a considerar las funciones de la regla de razón que hacen de la misma la regla central y general para la aplicación de la prohibición estadounidense de conductas colusorias¹⁹ —expresivamente, "*the Rule of Reason is the rule*"—. Desde este punto de vista, la regla de razón puede describirse como un método de flexibilización. Más precisamente, se trata de un método de aplicación del Derecho orientado al *telos* de la norma, conducente a la restricción de su tenor literal, lo que en la ciencia metodológica se designa como restricción teleológica o reducción. Es decir, actúa como un método restrictivo de carácter finalista. Pero dicha reducción no afecta a la prohibición, sino al supuesto de hecho de la prohibición. Con otras palabras, no se debe entender como un supuesto de excepción de Derecho sustantivo, no escrito, de la prohibición de conductas colusorias, sino como un método que sirve para la limitación del supuesto de hecho de la prohibición de conductas colusorias que por su tenor literal resulta excesivamente amplio.²⁰

Por otra parte, la regla de razón puede ser percibida como método de descubrimiento. La *Sherman Act* se encuentra en conexión histórica con el *common law* anglo-americano²¹: "ni la Ley, ni su historia legislativa establecen el significado concreto de la expresión 'restricción de la competencia' [...]. Por ello, la aplicación de conceptos indeterminados propios del *common law* simplemente parece haber

¹⁹ Véase SCHECHTER: "The Rule of Reason...", cit., pág. 12.

²⁰ Véase ULMER: "Rule of Reason...", cit., pág. 520.

²¹ Véanse FERNÁNDEZ-NOVOA: "Un hito en la historia...", cit., pág. 97; y TOEPKE: "Per se Verbot...", cit., pág. 563, nota 2.

investido a los tribunales federales de una nueva jurisdicción"²². Efectivamente, con la promulgación de la Sec. 1 *Sherman Act*, el Congreso de los Estados Unidos otorgó a los tribunales federales una "nueva jurisdicción" (*new jurisdiction*), es decir, el mandato de utilizar y desarrollar el *common law* frente a las conductas colusorias²³. Por eso no se puede entender la regla de razón como un simple principio interpretativo en el sentido de un sistema de Derecho continental²⁴. Es la brújula puesta a disposición de un juez de *common law*, para que, desde un punto de partida indeterminado —la Sec. 1 *Sherman Act*—, pueda "encontrar el Derecho" (*find the law*). Esta se ha de percibir pues, y además de como un método teleológico-restrictivo, como un método propio del *common law* para crear Derecho.²⁵

XV. 2. La regla de razón desde la perspectiva técnico jurídica

Aquí, ésta va a ser considerada desde el punto de vista técnico-jurídico —expresivamente, "*the Rule of Reason as a rule*"—. En su configuración actual, la regla de razón se puede describir como un ejemplo elaborado de una técnica absolutamente frecuente de la moderna legislación iusprivatista: una cláusula general completada con un catálogo de cláusulas o casuística²⁶. La regla de razón es un "examen de razonabili-

²² AREEDA, P., y KAPLOW, L.: *Antitrust Analysis. Problems, text, cases*, 4.ª ed., Little, Brown and Co., Boston/Toronto, 1988, págs. 50-51.

En este mismo sentido, véase BLACK: "Per Se Rules...", cit., págs. 145-146, quien pone de relieve como los tribunales federales adoptaron frente a la Sec. 1 *Sherman Act* la misma aproximación que en el *common law* se daba frente a los denominados "convenios restrictivos" (*restrictive covenants*).

²³ Véase FERNÁNDEZ-NOVOA: "Un hito en la historia...", cit., pág. 97, con cita de AREEDA/TURNER: *Antitrust Law*, vol. II, Little, Brown and Co., Boston, 1978, pág. 3.

²⁴ Cfr. ULMER: "Rule of Reason...", cit., pág. 517.

²⁵ Véase WILS: "'Rule of Reason'...", cit., pág. 42.

²⁶ Un ejemplo ya clásico del empleo de esta técnica lo proporcionan los sistemas de control del contenido aplicados sobre la contratación estandarizada; a este respecto, véase

dad" (*test of reasonableness*), cuya cláusula general exige del juez la realización de un balance competitivo (*competitive balance*): la ponderación de los efectos positivos y negativos de una conducta para la competencia económica en la consideración de todas aquellas circunstancias concretas y que son tenidas por relevantes por el juzgador —y que, entre otras, abarcan el mercado relevante y la posición en el mismo de las empresas afectadas—:

"El parámetro de lo razonable pretendió ser el criterio [...] para [...] determinar si, en un caso concreto, un acto en particular había o no había vulnerado la norma en cuestión".²⁷

Para dictaminar la vulneración se ha de examinar, "si la restricción impuesta simplemente regula y, tal vez, por ello, promueve la competencia, o si ésta elimina o, incluso, destruye la competencia". Para ello se han de tener en cuenta, entre otras, las siguientes circunstancias: "los hechos específicos de los negocios a los que se aplica la restricción; su condición, antes y después de la imposición de la restricción; la naturaleza de la restricción y sus efectos, presentes o posibles. Los antecedentes de la restricción, el mal que se supone que existe, el motivo para adoptar un remedio en concreto, el propósito o fin pretendido, todos ellos son factores relevantes".²⁸

Pero esta tarea ni era, ni es fácil de cumplir. La inseguridad jurídica provocada por la carencia de conocimientos económicos y de

BUESO GUILLÉN: "Los criterios determinantes...", cit., pág. 660 y sigs.

²⁷ As. *Standar Oil of New Jersey vs. U.S.*, 221 U.S. 1, 66 (1911), fragmento reproducido por WILS: "Rule of Reason'...", cit., pág. 22, nota 14. También citada por TOEPKE: "Per se Verbot...", cit., págs. 571-572; por KOVAR: "Le droit communautaire...", cit., pág. 238; y por SCHECHTER: "The Rule of Reason...", cit., pág. 4; en todos ellos, junto con As. *U.S. vs. American Tobacco*, 221 U.S. 106, 179 (1911).

²⁸ As. *Broad of Trade of Chicago vs. U.S.*, 246 U.S. 231, 238 (1918), fragmento reproducido por WILS: "Rule of Reason'...", cit., pág. 23, notas 19-20; y por TOEPKE: "Per se Verbot...", cit., pág. 572. También citada por SCHECHTER: "The Rule of Reason...", cit., pág. 5; y por HAWK: "La révolution antitrust...", cit., pág. 21.

experiencia en la utilización de la cláusula general, así como los costes de las investigaciones precisas son importantes²⁹. Por ello, "para la simplificación de la aplicación del Derecho [...], en cierto sentido, como contrapunto o complemento"³⁰ de la ponderación de los efectos para la competencia, fueron desarrolladas las prohibiciones *per se*. Estas son "[p]resunciones irrefutables en el sentido del carácter no razonable de determinadas conductas restrictivas de la competencia"³¹, que fueron establecidas mediante la experiencia en la ponderación de casos anteriores:³²

"Existen ciertos acuerdos o prácticas que, por su efecto pernicioso sobre la competencia y por la ausencia de cualquier virtud positiva, se presumen irrefutablemente no razonables y, por ello, ilegales, sin una investigación elaborada de cuál es el daño preciso que han causado o el negocio excluido por su uso. El principio de no razonabilidad *per se* no solamente establece de manera más clara para todos los agentes afectados qué tipo de restricciones infringen la *Sherman Act*, sino que también evita la necesidad de una investigación increíblemente complicada y prolongada sobre los antecedentes de la industria afectada, así como de industrias relacionadas, en un esfuerzo por determinar si una restricción en concreto no ha sido razonable —una investigación que, a menudo, es infructuosa—".³³

²⁹ Véase *As. Arizona vs. Maricopa County Medical Society*, 475 U.S. 343-344 (1982), fragmento reproducido por TOEPKE: "Per se Verbot...", cit., pág. 593. Cfr. WOOD, W. C.: "Costs and benefits of per se rules in antitrust enforcement", 38 *Ant. Bull.* 1993, págs. 887-898, quien cuestiona el efecto economizador de las prohibiciones *per se*.

³⁰ ULMER: "Rule of Reason...", cit., pág. 519.

³¹ KOVAR: "Le droit communautaire...", cit., pág. 239, con cita de *As. Klor's Inc. vs. Broadway-Hale Stores Inc.*, 359 U.S., 207, 211 (1959). Véase también ULMER: "Rule of Reason...", cit., pág. 520.

³² Véase BLACK: "Per Se Rule...", cit., pág. 149, quien insiste en su origen inductivo y en su justificación por razones de economía procesal.

³³ *As. Northern Pacific Railway vs. U.S.*, 356 U.S., 1, 5 (1958), fragmento reproducido por SCHECHTER: "The Rule of Reason...", cit., pág. 6; y por TOEPKE: "Per se Verbot...", cit., pág. 575-576.

Según esta definición, puede considerarse las prohibiciones *per se* como cláusulas que no dejan margen de valoración alguno a los jueces, con lo que vendrían a ser cláusulas "negras" de un catálogo de prohibiciones. Sin embargo, la *Supreme Court* —como reacción a una inclinación desmesurada de la legislación y la jurisprudencia estadounidenses a la aplicación automática³⁴ del catálogo sin tomar en consideración la cláusula general— reiteró la concepción de las prohibiciones *per se* como parámetros orientativos de enjuiciamiento de la ilegalidad *antitrust*:

"Bajo esta regla, el juzgador pondera todas las circunstancias relevantes para decidir si una práctica restrictiva debe ser prohibida por imponer una restricción no razonable sobre la competencia".³⁵

La sentencia reestableció la configuración de la regla de razón como un proceso de descubrimiento y ponderación, de manera que se evitó la petrificación de la *Sec. 1 Sherman Act* en un "*principle of per se irreasonableness*"³⁶. Ello tiene como consecuencia un desarrollo de las prohibiciones *per se* todavía hoy no finalizado, que evolucionan de presunciones irrefutables a refutables; con otras palabras, de cláusulas negras a "grises" o con margen de valoración³⁷. Esta línea evolutiva

³⁴ Véase TOEPKE: "Per se Verbot...", cit., pág. 592, quien habla de un "per se Automatismus". Esta actitud alcanzó su máxima cota en el As. *U.S. vs. Container Corp. of America*, 393 U.S., 333 (1969), tal y como informa SCHECHTER: "The Rule of Reason...", cit., pág. 6.

³⁵ As. *Continental T.V. vs. G.T.E. Sylvania*, cit., fragmento reproducido por KOVAR: "Le droit communautaire...", cit., pág. 239-240. También citado por SCHECHTER: "The Rule of Reason...", cit., pág. 7; por ULMER: "Rule of Reason...", cit., pág. 519; y por TOEPKE: "Per se Verbot...", cit., págs. 578 y 595.

³⁶ Véase As. *Norther Pacific Railway vs. U.S.*, cit., fragmento reproducido por KOVAR: "Le droit communautaire...", cit., pág. 239.

³⁷ Véanse ULMER: "Rule of Reason...", cit., pág. 520; KOVAR: "Le droit communautaire...", cit., pág. 240; HAWK: "La révolution antitrust...", cit., págs. 21-22; y WILS: "'Rule of Reason'...", cit., pág. 26.

persigue evitar el peligro de generalizaciones demasiado amplias introducidas mediante las prohibiciones *per se*. Y, simultáneamente, responde a la necesidad de configuraciones simplificadas de la cláusula general, en definitiva, de disminución de los costes de transacción y, sobre todo, de elevación de la seguridad jurídica. El resultado se desarrolla en forma de las así llamadas "prohibiciones *quick-look per se*" —que pueden traducirse como prohibiciones *per se* de "análisis intensificado"— y la "*quick-look rule of reason*" o "*truncated rule of reason*" —que puede traducirse como regla de razón de "análisis restringido"—³⁸. Por ello se ha considerado, pese a la aparente contraposición de prohibiciones *per se* y regla de razón, "que lo único que siempre ha existido es una regla »*per se perhaps*«, aun cuando ello no fuese reconocido claramente durante cierto tiempo desde la promulgación de la *Sherman Act*, ni tampoco fuese empleada así en la práctica"³⁹. En definitiva, la aproximación básica consiste en que el enjuiciamiento de todas las restricciones queda sometido a la regla de razón, si bien existen restricciones cuya valoración es más evidente y fácil que la de otras. En general, la calificación de una restricción como incurso en una prohibición *per se* no es sino un juicio sobre la ausencia del carácter razonable al que se llega sin necesidad de analizar el mercado relevante y el poder en dicho mercado: se simplifica el análisis y se reducen los costes del litigio mediante la dispensa de la prueba de la

³⁸ Sobre este particular, véanse SCHECHTER: "The Rule of Reason...", cit., págs. 10-12; HAWK: "System Failure...", cit., pág. 979; y HOVENKAMP, H.: "The Areeda-Turner treatise in antitrust analysis", 41 Ant. Bull. 1996, pág. 139; véase también *infra*, epg. XV. 4.

De esta evolución se apercibe MIRANDA SERRANO: "La rule of reason...", cit., pág. 2329, nota 23, quien habla de una "rule of reason 'a vista rápida'"; sin embargo, no establece la debida relación entre la regla de razón y las prohibiciones *per se*.

³⁹ TOEPKE: "Per se Verbot...", cit., pág. 595. Y véase en IBIDEM, pág. 566, fragmento reproducido de *As. National Collegiate Athletic Association vs. Board of Regents of the University of Oklahoma*, 468 U.S. 104 (1984).

En este mismo sentido, véase BLACK: "Per Se Rules...", cit., págs. 152-161, quien, tras afirmar el carácter complejo de la relación entre la regla de razón y las prohibiciones *per se*, puesto que no se trata de dos "métodos exhaustivos y mutuamente excluyentes", sino que constituyen un continuo, intenta explicar la relación que, desde una perspectiva ontológica, existe entre ambos "métodos".

delimitación del mercado relevante y del poder de mercado, así como por el rechazo de cualquier justificación económica o empresarial.⁴⁰

Así, es posible contraponer simétricamente las ventajas y los inconvenientes de cada una de estas técnicas legislativas. Las prohibiciones *per se* contribuyen a la eficiencia en la aplicación y efectiva implantación de la prohibición de conductas colusorias, aportan mayor seguridad, claridad y simplicidad a la valoración de dichas conductas, fomentan el carácter predecible de tal valoración y reducen el riesgo de arbitrariedad, irracionalidad, error o abuso; no obstante, la subsunción de determinada conducta en el abanico de prohibiciones *per se* no está exenta de dificultades, a la vez que éstas tienden a incrementar su complejidad, por el juego de las excepciones. Por su parte, el recurso a la regla de razón permite una valoración individualizada de las conductas en cuestión, promueve la eficiencia económica en mayor medida que el recurso a las prohibiciones *per se*, desincentiva conductas que se ubican en la zona gris de la aplicación de dichas prohibiciones, a la par que evita los costes de formular y reajustar las prohibiciones *per se* a las nuevas condiciones económicas.⁴¹

Finalmente, como resultado del intento de configuración de la regla de razón sobre la diferenciación entre las llamadas restricciones de la competencia directas e indirectas o mediatas⁴² en la fase preclásica, la regla de razón encuentra su expresión en las restricciones accesorias (*ancillary restraints*)⁴³. Se trata de cláusulas accesorias y, además,

⁴⁰ Véanse HOVENKAMP: "The Areeda-Turner...", cit., pág. 839; y HAWK: "System Failure...", cit., pág. 988.

⁴¹ Véase BLACK: "Per Se Rules...", cit., págs. 151-152.

⁴² Véanse ULMER: "Rule of Reason...", cit., pág. 519; y SCHECHTER: "The Rule of Reason...", cit., págs. 3-4.

⁴³ Véase ULMER: "Rule of Reason...", cit., pág. 519. Véase también KOVAR: "Le droit communautaire...", cit., pág. 237.

necesarias e indispensables para que el contrato cumpla su función⁴⁴; más concretamente, éstas se han definido como "aquellas restricciones de la competencia que [...] son necesarias para no poner en peligro la consecución del objetivo principal del contrato, que es neutral considerado desde la competencia"⁴⁵. Sin embargo, esta percepción de las restricciones accesorias en el Derecho *antitrust* estadounidense no es exacta, ya que:

"[s]i (un contrato) restringe la competencia de manera incidental o indirecta, mientras que su objetivo principal y efecto predominante es el de reforzar el comercio e incrementar el tráfico económico de aquellos que operan en el mercado, en ese caso no se trata de un contrato [...] restrictivo del comercio en el sentido auténtico de esta Ley y no queda sujeto a denuncia".⁴⁶

La legalidad del objetivo principal del contrato depende de la valoración *antitrust* que de las circunstancias concretas concurrentes se realice; dicho objetivo principal no es en todo caso "neutro" para el Derecho de defensa de la competencia, de manera que no queda a salvo de la prohibición por su inmanencia al acuerdo⁴⁷. Tanto esta forma de la regla

⁴⁴ Véanse MIRANDA SERRANO: "La rule of reason...", cit., pág. 2327; y FRITZSCHE: "«Notwendige» Wettbewerbsbeschränkungen...", cit., pág. 42.

⁴⁵ ULMER: "Rule of Reason...", cit., pág. 519, con cita, en nota 21, de *As. U.S. vs. Addyston Pipe & Steel Co.*, 85 F. 271 (6th Cir 1898); confirmada por la *Supreme Court* en 175 U.S. 211 (1899). Mas concretamente, la *Supreme Court* afirmó que "una restricción contractual es lícita cuando la cláusula que la contiene es simplemente accesorio en relación al objetivo principal del contrato que es en si mismo lícito y cuando es necesaria para garantizar el acreedor de la obligación el goce de los frutos legítimos del contrato o para protegerlo contra un uso injusto de esos frutos por la otra parte" —traducción tomada de MIRANDA SERRANO: "La rule of reason...", cit., pág. 2327; para una redacción en inglés, véase SCHECHTER: "The Rule of Reason...", cit., pág. 4—.

⁴⁶ Tal y como se formula en *As. Whitwall vs. Continental Tobacco Co.*, 125 F. 459 (8. Th. Circ. 1903), fragmento reproducido por SCHECHTER: "The Rule of Reason...", cit., pág. 4; y por KOVAR: "Le droit communautaire...", cit., pág. 238.

⁴⁷ Véase HAWK: "La révolution antitrust...", cit., pág. 26-27; y véase también *infra*, epg. XVI. 6.

de razón, como sus otras modalidades, es utilizada hoy en día especialmente para la valoración de acuerdos verticales que no tengan por objeto o efecto una restricción de la competencia de precios.⁴⁸

La anterior configuración, tal y como ha sido expuesta en este epígrafe, proporciona a la regla de razón una apariencia característica, conformada por distintas manifestaciones consecuencia de la propia evolución de la regla de razón. Pero ésta no puede ser percibida simplemente como un instrumental técnico-jurídico. Es necesario considerarla como criterio utilizado para valorar las restricciones que tienen su causa en conductas colusorias.

⁴⁸ Véase HAWK: "La révolution antitrust...", cit., pág. 24; e IDEM: "System Failure...", cit., págs. 978-979; véase también LUGARD: "Vertical Restraints...", cit., págs. 174-175.

No obstante, parece que el enjuiciamiento de las restricciones de la competencia de precios en el marco de los acuerdos de distribución comercial evoluciona de su calificación como una restricción prohibida *per se* a se objeto de ponderación mediante la regla de razón. En este sentido, y en cuanto a la fijación de precios máximos, véanse KORAH, V.: "The Future of Vertical Restraints under E.C. Competition Law", ECLR 1998 (8), pág. 509, nota 21; y TOBÍO RIVAS, A. M., y GINER PARREÑO, C. A.: "Estados Unidos. Cláusula de fijación de precios máximos de reventa. Cambio de orientación en la jurisprudencia: rechaza la aplicación de la *per se rule*, para sujetar las mismas a la *rule of reason*", Notas de actualidad: Competencia, Propiedad Industrial e Intelectual, RDN 1998 (90), págs. 105-108, donde se alude y se comenta, respectivamente, la Sent. de la *Supreme Court* en el As. *State Oil Co. vs. Kahn et al.*, 118 U.S., 275 (1997). A este respecto, en el contexto comunitario europeo y español, véase *infra*, epgs. XIII. 3. B. b. y XVII. 2.

XV. 3. La regla de razón como criterio de enjuiciamiento de las restricciones verticales

Como arriba se ha expuesto, la "regla" determina la necesidad de "ponderar". Pero, ¿conforme a qué "razón", a qué estándares —expresivamente, cuál es "*the reason of the Rule of Reason*"—? En primer lugar, debe constatarse como, en opinión mayoritaria —representada por las Escuelas de Chicago y Harvard—, se entiende que la cláusula general de la regla de razón constituye una pura ponderación de competencia económica: ésta limita los efectos que deben ser tenidos en cuenta exclusivamente al ámbito de la competencia económica.

En una visión simplificada, pueden identificarse tres escuelas de Derecho *antitrust* en los EE. UU.: la Escuela de Columbia, la Escuela de Harvard y la Escuela de Chicago. La primera y la última representan los extremos del espectro. La Escuela de Columbia defiende que el Derecho *antitrust* debe tomar en consideración objetivos relevantes de naturaleza no económica —así, por ejemplo, lealtad, libertad de elección, protección de los consumidores y de las PYME, dispersión del poder económico, redistribución de la renta, promoción de políticas sociales e industriales en materia de empleo, horarios laborales, etc.⁴⁹—. De otra parte, la Escuela de Chicago entiende que el objetivo exclusivo del Derecho *antitrust* debe ser la promoción de la eficiencia económica, de la competencia tal y como se define económicamente⁵⁰. Entre ambas se

⁴⁹ Véase BLACK: "Per Se Rules...", cit., pág. 148. Es más, se argumenta que si la eficiencia considerada desde la teoría de los precios constituye la única meta del Derecho *antitrust*, ello conduce a su autoeliminación. Sin embargo, "no hay razón para que el economista, como ciudadano, no deba decidir que el Derecho *antitrust*, con todas sus presumibles ineficiencias, merece el coste que genera", ya que mediante el mismo se protegen valores igualmente respetables y dignos de tutela, como son la descentralización del poder de decisión, la dispersión del poder y un estandar más elevado de la moral de los negocios (véase DEWEY, D.: "Economist and antitrust: the circular road", 35 Ant. Bull. 1990, pág. 369).

⁵⁰ Como muestra de esta postura contraria a la tutela de objetivos ajenos a la eficiencia

encuentra la Escuela de Harvard, que si bien entiende que, en principio, es legítimo que el Derecho *antitrust* atienda a objetivos no económicos, en la práctica, se trata de metas que no pueden administrarse de manera coherente y, si se hace de manera coherente, éstas coinciden con los objetivos puramente económicos.⁵¹

Ciertamente, los planteamientos de las Escuelas de Chicago y Harvard se encuentran, en la actualidad, próximos el uno al otro⁵². No obstante, se aprecian diferencias sensibles entre ambas escuelas. En primer lugar, la Escuela de Harvard tiene en cuenta el hecho de que la determinación de la política de la competencia en una sociedad democrática no siempre da como resultado una norma destinada exclusivamente a la consecución la eficiencia económica, y que dicho resultado no puede ser alterado mediante una aproximación exclusivamente económica a dicha norma. Y, en segundo lugar, la Escuela de Harvard repara en mayor medida en la estructura del mercado que la Escuela de Chicago, que primordialmente atiende a las relaciones precio-coste.⁵³

Es decir, conforme a la posición mayoritaria, no se valoran factores ni

económica mediante el Derecho de defensa de la competencia, debido a los costes de dicha tutela, véase CRAMPTON, P. S.: "Alternative Approaches to Competition Law. Consumer's Surplus, Total Surplus, Total Welfare and Non-Efficiency Goals", WC 1993/1994 (3), págs. 56-58.

⁵¹ Véanse HOVENKAMP: "The Areeda-Turner...", cit., págs. 822-826; y BLACK: "Per Se Rules...", cit., págs. 146-148. Para una síntesis desde la perspectiva de las teorías de la organización industrial aplicadas a la política de la competencia, véase SOUTY, F.: *La politique de la concurrence aux États-Unis*, Col. Que sais-je?, PUF, Paris, 1995, págs. 98-126, quien completa el cuadro aludiendo a la Escuela evolucionista o Industrialista y a la Escuela nihilista o de la "destrucción creativa".

⁵² Cfr. con la situación a finales de los años setenta descrita por POSNER, R. A.: "The Chicago School of Antitrust Analysis", 127 U.P.A.L.Rev. 1979, págs. 925-948, si bien ya entonces se apreciaba un movimiento de convergencia entre ambas escuelas; véase también KIRCHNER, C.: "'Ökonomische Analyse des Rechts' und Recht der Wettbewerbsbeschränkungen (antitrust law and economics). Die amerikanischen Diskussion und Folgerungen für das deutsche Recht", ZHR 1980 (144), págs. 570-583.

⁵³ Véanse HOVENKAMP: "The Areeda-Turner...", cit., págs. 822-826; y FURSE, M.: "The Role of Competition Policy: A Survey", ECLR 1996 (4), págs. 253-254.

efectos de las conductas consideradas extraños a ésta:⁵⁴

"En cualquier caso, el objeto del análisis es enjuiciar el significado competitivo de la restricción: no se trata de decidir si determinada política que favorece la competencia lo hace en interés público o en interés de los miembros de determinada industria".⁵⁵

En segundo lugar, para poder calificar una conducta de restricción de la competencia justificada, razonable, la ponderación de sus efectos debe arrojar un resultado positivo. Y "positivo" significa, según esta opinión mayoritaria —y al margen de la aproximación no uniforme al concepto de eficiencia que es posible detectar⁵⁶—, asignación eficiente de los recursos (*allocative efficiency*): deben alcanzarse ganancias macroeconómicas⁵⁷ en la asignación de los

⁵⁴ Véase ULMER: "Rule of Reason...", cit., pág. 519. Véase también SCHECHTER: "The Rule of Reason...", cit., pág. 8; KOVAR: "Le droit communautaire...", cit., pág. 240. Cfr. STELZER, I. M.: "Private Anti-Trust Enforcement in the United States", ECLR 1984, págs. 294-297.

⁵⁵ As. *National Society of Professional Engineers vs. U.S.*, 435 U.S. 677 (1978), fragmento reproducido por SCHECHTER: "The Rule of Reason...", cit., pág. 8; y por KOVAR: "Le droit communautaire...", cit., pág. 240.

⁵⁶ No existe una aproximación uniforme al concepto de eficiencia económica, dado que ésta se puede definir en términos de excedente de los consumidores (*consumers' surplus*), excedente de los productores (*producers' surplus*) y excedente total (*total surplus*) —a esta última noción debe asociarse la de bienestar total (*total welfare*)—. La noción de "bienestar del consumidor" (*consumer welfare*) se emplea, unas veces, como sinónima de excedente de los consumidores y, otras veces, como sinónima de excedente total. Y, aunque las diferencias entre dichos términos no son radicales, no se puede afirmar que se trate de criterios intercambiables, porque las consecuencias de adoptar uno u otro parámetro para definir la eficiencia económica no son idénticas: el criterio del excedente total no atribuye relevancia alguna a los efectos redistributivos, mientras que el criterio del excedente de los consumidores ignora los efectos sobre el excedente de los productores (véase CRAMPTON: "Alternative Approaches...", cit., págs. 58-63 y 85-86).

⁵⁷ Cfr. MIRANDA SERRANO: "La rule of reason...", cit., págs. 2325-2326, nota 18, quien afirma que se atiende a la "eficiencia macroeconómica". Pero ni el AED en general, ni el aplicado al Derecho de defensa de la competencia en particular, persiguen la "eficiencia macroeconómica". Al contrario, se atiende a la eficiencia microeconómica, a las ganancias o pérdidas microeconómicas. Lo que es objeto de análisis es el comportamiento de los agentes económicos individuales, de las empresas, en el mercado. De ahí que el análisis sea

microeconómico, a diferencia del análisis macroeconómico, que estudia el comportamiento económico de sectores completos del sistema económico (véase AA. VV.: *Gabler Wirtschaftslexikon*, 13.^a ed., completamente reelaborada, Gabler, Wiesbaden, 1992, voces «Makroökonomik» y «Mikroökonomik»). No se debe confundir, pues, tal objeto de análisis con el carácter predominantemente particular o general del interés en juego. El hecho de que la normativa sobre defensa de la competencia persiga en mayor medida la satisfacción del interés general, el buen funcionamiento del mercado, no permite afirmar que se persiga la "eficiencia macroeconómica": la eficiencia microeconómica es el medio para satisfacer el interés general (en este mismo orden de ideas, cfr. también FONT GALÁN: "Legitimación constitucional...", cit, págs. 1332-1333). Por la misma razón, y aunque pueda parecer intuitivamente acertado, tampoco es exacto entender que la LDC persigue "objetivos [...] de carácter macroeconómico", mientras que la LCD "primordialmente tiene objetivos microeconómicos", como afirma COSTAS COMESAÑA, J.: "Los acuerdos de menor importancia en la Ley de defensa de la competencia", ADI 1993 (XV), pág. 164; IDEM: "La nueva regulación de las medidas limitativas de la competencia: El Real Decreto-Ley 7/1996", RGD 1997 (632), pág. 5686; e IDEM: *Los cárteles de crisis...*, cit., pág. 65.

La relación entre el Derecho de defensa de la competencia y el Derecho de la competencia desleal no debe establecerse en dichos términos. La normativa de defensa de la competencia persigue el mantenimiento de un grado suficiente de competencia en el mercado —de ahí lo acertado de su denominación como "Derecho de *defensa* de la competencia"—. Esto es, a este sector normativo le preocupa el impacto que en el sistema económico tienen las estructuras organizativas de las relaciones interempresariales. Por su parte, la normativa de competencia desleal está igualmente preocupada por el impacto en el sistema económico pero del comportamiento de las unidades empresariales. De forma gráfica, esta relación podría expresarse con la idea de cantidad frente a calidad de la competencia, respectivamente. Esta diferencia de perspectiva no debe conducir a pensar que la norma de competencia desleal no se encuentra en conexión con el interés general, o que tiene una menor trascendencia para el interés general que la normativa de defensa de la competencia. En este sentido, TRONCOSO Y REIGADA, M.: "El marco normativo de los ilícitos desleales de relevancia antitrust (Reflexiones en torno al art. 7 LDC)", en: *Homenaje a Menéndez*, cit., t. I, pág. 1035, recalca la unidad de objeto de protección de ambas normativas, cual es la competencia económica. En efecto, tan importante es para el mercado la presencia de una cantidad suficiente de competencia como que ésta sea de calidad. No es cierto que la LCD satisfaga única o predominantemente el interés particular: su art. 4 exige que el acto de competencia desleal produzca o pueda producir "efectos sustanciales en el mercado español". El ilícito concurrencial es "una modalidad característica del 'abuso insitucional', consistenten en la *utilización disfuncional y relevante* —en la perspectiva del mercado— del derecho a la libre actividad económica" (PAZ-ARES RODRÍGUEZ, C.: "El ilícito concurrencial: de la dogmática monopolista a la política antitrust [un ensayo sobre el Derecho alemán de la competencia desleal]", RDM 1981 [159], pág. 144; la cursiva es nuestra); abuso que puede incluso llegar a afectar el grado de competencia, con lo que puede constituir un ilícito *antitrust* —así, en Derecho español, *ex* art. 7 LDC, que supone la recepción de los criterios de lealtad en el régimen *antitrust* y, a su vez, permite el control por la Administración de las conductas desleales de mayor incidencia (véase MASSAGUER FUENTES, J.: "Voz «Competencia desleal [D.º Mercantil]»", en: *Enciclopedia Jurídica Básica*, cit., vol. I, pág. 1174). No se debe confundir el método analítico con los objetivos perseguidos.

factores de producción dentro del conjunto de la economía⁵⁸. Como escribiera el Juez BLACK:

"La *Sherman Act* se diseñó como carta comprensiva de la libertad económica con el objetivo de preservar la competencia libre y sin trabas como regla del comercio. Esta descansa sobre la premisa de que la libre interacción de las fuerzas competitivas permitirá alcanzar la mejor asignación de nuestros recursos económicos, los precios más bajos, la mayor calidad y el mayor progreso material, al mismo tiempo que se genera un entorno que preserva nuestras instituciones democráticas, políticas y sociales".⁵⁹

Por ello, para determinar mediante la regla de razón la existencia de una restricción de la competencia, se debe realizar un análisis económico en términos de eficiencia en la asignación de los recursos de los efectos sobre la competencia de las correspondientes conductas. En concreto, el análisis económico de las restricciones verticales ha influido de manera profunda en la actitud adoptada en su tratamiento jurídico: se ha adoptado una actitud positiva, una suerte de "principio de legalidad *per se*" de las restricciones verticales no relativas a los precios en las que las empresas participantes carecen de poder de mercado significativo. E incluso allí donde existe un poder de mercado significativo, la presencia de argumentos de negocio procompetitivos o legítimos pueden conducir a la permisión de la restricción⁶⁰. Todo ello responde al principio rector de la política de competencia estadounidense: "sólo la competencia es económicamente eficiente" –con otras palabras, la divisa es: "por la

⁵⁸ Véase POSNER: *Economic...*, cit., pág. 13; y AREEDA/KAPLOW: *Antitrust Analysis...*, cit., págs. 56-58. Véanse también HAWK: "La révolution antitrust...", cit., pág. 9 y sigs.; y WILLIMSKY, S. M.: "The Concept(s) of Competition", ECLR 1997 (1), pág. 55.

⁵⁹ As. *Northern Pacific Railway Co. vs. U.S.*, cit., 356, fragmento reproducido por TOEPKE: "Per se Verbot...", cit., pág. 568; y por FERNÁNDEZ-NOVOA: "Un hito en la historia...", cit., pág. 98.

⁶⁰ Véase HAWK: "System Failure...", cit., págs. 976-977. Al respecto, véase también *supra*, epg. XIII. 4.

competencia a la eficiencia"⁶¹—.

XV. 4. La regla de razón en la dinámica procesal

Para el buen fin de las reflexiones posteriores, se estima necesario abordar brevemente determinados puntos del marco procesal de la *Sec. 1 Sherman Act*⁶² —expresivamente, "*the Rule of Reason* in action"—. La efectiva implantación del Derecho de defensa de la competencia federal en los EE. UU. tiene lugar básicamente por medio de decisiones en procesos ante los tribunales federales. La naturaleza administrativa de la práctica de la Comisión Federal de Comercio constituye una excepción.

La Comisión Federal de Comercio (*Federal Trade Commission*, también conocida por sus siglas, FTC) es una de las dos agencias federales competentes en materia *antitrust*. Esta agencia fue establecida por el poder legislativo y constituye una autoridad administrativa independiente de carácter jurisdiccional. La Comisión Federal de Comercio está legitimada para perseguir las vulneraciones de la *Sec. 1 Sherman Act* de

⁶¹ KOVAR: "Le droit communautaire...", cit., pág. 240; y WILS: "Rule of Reason'...", cit., pág. 23, respectivamente. Nótese que, si bien que ambos autores emplean el término "*efficacité*" en lugar del término "*efficiency*", en atención al contexto, éste debe ser traducido como "eficiencia" y no como "eficacia".

Para un resumen de las críticas a esta concepción y las nuevas tendencias en la política de competencia en los EE. UU., cfr. HAWK: "La révolution antitrust...", cit., págs. 9-16; y WILS: "Rule of Reason'...", cit., págs. 27-33. Véase también, a modo de ejemplo de quiebra del principio de legalidad *per se* de las restricciones verticales, GINER PARREÑO, C. A.: "Estados Unidos. Sentencia del Tribunal Supremo. *Good-Bye Mr. Adam Smith? Au revoir laissez-faire, laissez-passer?*", RDN 1992 (27), págs. 50-56; IDEM: *Distribución y libre competencia...*, cit., págs. 188-204; e IDEM: "Estados Unidos. Sentencias. Las repercusiones de la sentencia del Tribunal Supremo en el asunto «Kodak» en los Tribunales inferiores norteamericanos", RDN 1994 (48), págs. 56-60.

⁶² Para el resto de las cuestiones procedimentales, véase BODOFF, J.: "Competition Policies of the US and the EEC: an Overview", ECLR 1984, págs. 58-61; AREEDA/KAPLOW: *Antitrust Analysis...*, cit., pág. 62 y sigs; y SOUTY: *La politique de la concurrence aux États-Unis*, cit., págs. 41 y sigs. Entre nosotros, pese a que el centro de atención radica en las relaciones entre el Derecho federal y estatal de defensa de la competencia, véase CASES: *Derecho Administrativo de la defensa...*, cit., pág. 450 y sigs.

conformidad con lo dispuesto en la *Sec. 5* de la *Clayton Act* (1914)⁶³. Y en virtud de tal norma puede emitir requerimientos de cesación y de desistimiento (*cease-and-desist-orders*) de las conductas colusorias.⁶⁴

Tanto la Comisión arriba mencionada como la División *Antitrust* del Departamento de Justicia están activamente legitimadas para perseguir las vulneraciones de la *Sec. 1 Sherman Act*.

La División *Antitrust* del Departamento de Justicia (*Antitrust Division of the Department of Justice*, también conocida como "*the Division*" o por las siglas del Departamento, DOJ) es la otra agencia federal competente en materia *antitrust*. A diferencia de la Comisión Federal de Comercio, ésta es una emanación del poder ejecutivo, más concretamente del Fiscal General (*Attorney General*) de los EE. UU. Además de ejercer las acciones civiles derivadas de la vulneración de la *Sec. 1 Sherman Act*, donde concurre con la Comisión Federal de Comercio, la División *Antitrust* del Departamento de Justicia es asimismo el órgano exclusivamente competente para proceder cuando la conducta se haga acreedora de una sanción penal (*criminal punishment*).⁶⁵

Pero en los EE. UU. no se enjuician las restricciones verticales en el marco de un procedimiento administrativo o cuasi administrativo, sino en un proceso civil —muy raramente dan lugar a un proceso penal—. Es decir, la vulneración de la prohibición de conductas colusorias se establece en el contexto de un litigio ante los tribunales civiles (*litigative context*)⁶⁶, que se caracteriza por el protagonismo, tanto de los econo-

⁶³ Ley cit.

⁶⁴ Véanse SOUTY: *La politique de la concurrence aux États-Unis*, cit., pág. 53, e *infra*, epg. XVI. 4.

⁶⁵ Véanse AREEDA/KAPLOW: *Antitrust Analysis...*, cit., pág. 63; y SOUTY: *La politique de la concurrence aux États-Unis*, cit., pág. 43 y sigs.

⁶⁶ Véase BODOFF: "Competition Policies...", cit., pág. 58. Así, existen cuatro tipos de procedimientos en el Derecho *antitrust* estadounidense: investigaciones preliminares,

mistas de ambas agencias, como por la amplia participación voluntaria de los agentes privados que son parte en el proceso⁶⁷. Porque, en efecto, el gran motor del precepto es el particular demandante, en especial, el competidor demandante: las demandas promovidas por los particulares "son un componente esencial de la efectiva implantación del Derecho *antitrust* en el sistema estadounidense"⁶⁸. Por ello, tan esencial en el precepto como la regla de razón es la acción de daños y perjuicios por el triple (*treble damages action*)⁶⁹: el derecho de cualquier sujeto que haya sido perjudicado en su actividad económica por otros sujetos mediante una vulneración de las leyes *antitrust* para reclamar el resarcimiento del triple de los daños sufridos más los honorarios de los abogados y las costas procesales⁷⁰. La introducción de esta acción fue consecuencia de la concepción jeffersoniana del empresariado –"*big is bad*"–. Esta es objeto de fuertes críticas: la utilización automática de las prohibiciones *per se* condujo a declarar prohibidos comportamientos eficientes⁷¹ o a alcanzar transacciones desproporcionadas entre los litigantes. Es decir, de este modo se protegen más frecuentemente intereses individuales que intereses generales⁷². Por otra parte, la cuantificación del resarcimiento genera importantes dificultades⁷³. Sin embargo, son los demandantes

procesos civiles, penales y en materia de concentración (véase SOUTY: *La politique de la concurrence aux États-Unis*, cit., pág. 55 y sigs.).⁶⁶12

⁶⁷ Véase SOUTY: *La politique de la concurrence aux États-Unis*, cit., págs. 55 y 57.

⁶⁸ HOVENKAMP: "The Areeda-Turner...", cit., pág. 829.

⁶⁹ En la actualidad, según la *Sec. 4 Clayton Act* (1914), cit.; pero ya según la *Sec. 7 Sherman Act* en su versión primigenia; véase STELZER: "Private Anti-Trust...", cit., pág. 285.

⁷⁰ Véanse TOEPKE: "Per se Verbot...", cit., pág. 573; y STELZER: "Private Anti-Trust...", cit., pág. 285.

⁷¹ Véase TOEPKE: "Per Se Verbot...", cit., págs. 573-574, quien habla por ello de la "época dorada del Derecho *antitrust*", que alcanzó su punto álgido en los años cincuenta.

⁷² En este sentido, STIGLITZ: *Microeconomía*, cit., pág. 412-413, señala el posible recurso a la acción como estrategia competitiva.

⁷³ Véase STELZER: "Private Anti-Trust...", cit., pág. 290-291.

particulares los agentes más importantes de la aplicación de la *Sec. 1 Sherman Act*. Y, de hecho, la acción de daños y perjuicios por el triple ofrece también ventajas, que posibilitan la realización, no sólo de metas sociales y políticas, sino también económicas. De una parte produce el efecto de la atomización del poder económico y contribuye a la lealtad del sistema económico; al mismo tiempo, permite perseguir vulneraciones que son consideradas como no significativas por los órganos administrativos competentes, ya sea por razones cualitativas o cuantitativas⁷⁴; por otra parte, eleva los costes de la vulneración, genera un incentivo para que las partes perjudicadas demanden y —junto con la admisión del pacto de *cuota litis*— facilita medios financieros para que los demandantes, especialmente aquellos que no disponen de los recursos económicos precisos, sean representados por abogados expertos en la materia.⁷⁵

Finalmente, entre otras consecuencias de la naturaleza contradictoria (*adversarial nature*) —propia de un proceso civil, donde impera el principio de justicia rogada— del modo de efectiva implantación de la prohibición, aparece en primer plano la configuración del proceso como un procedimiento de descubrimiento⁷⁶, y la consiguiente necesidad de probar la existencia de una restricción de la

⁷⁴ Argumento que por razón de la influencia política de los cárteles y las empresas dominantes es también traído a colación por STIGLITZ: *Microeconomía*, cit., pág. 412, junto con el de que son los particulares perjudicados quienes en mejores condiciones están de detectar las conductas prohibidas, si bien el aprovechamiento de esta última ventaja no presupone necesariamente el ejercicio de una acción privada.

En este mismo sentido, SOUTY: *La politique de la concurrence aux États-Unis*, cit., págs. 47-48, informa del proceder selectivo de la División *Antitrust* del Departamento de Justicia, que ha desembocado en la concentración de su actividad en el ejercicio de las acciones penales y el abandono del ejercicio de las acciones civiles —especialmente, la persecución de las restricciones verticales—, proceder que obedece, sencillamente, a recortes presupuestarios.

⁷⁵ Véase STELZER: "Private Anti-Trust...", cit., págs. 287-290 y 292-293.

⁷⁶ Véanse BODOFF: "Competition Policies...", cit., pág. 60; y HAWK: "System Failure...", cit., págs. 978-979.

competencia. Por ello, es interesante señalar cómo distribuye la regla de razón la carga de la prueba entre las partes en el proceso. Para posibilitar el análisis arriba referido, las partes tiene que aportar las pruebas que deben fundamentar la ponderación a favor o en contra del carácter razonable de las correspondientes conductas. Así, ni las relaciones de mercado, ni la posición del demandado o los demandados en el mercado, ni el conjunto de las consecuencias económicas de las concretas vulneraciones de la competencia tienen, sin excepción, relevancia alguna, cuando las conductas denunciadas han sido subsumidas dentro de una de las categorías de actuación consideradas prohibidas *per se*⁷⁷. Distintamente sucede cuando se acude a la cláusula general: no basta con que el demandante subsuma el comportamiento objeto de la demanda en una categoría de actuación concreta. Por el contrario, los demandantes tienen que probar tanto la posición en el mercado de los demandados como las consecuencias predominantemente negativas para la competencia de las conductas a ponderar. El recurso a las prohibiciones *per se* de análisis intensificado o a la regla de razón de análisis restringido supone una solución intermedia. Por este medio, y en atención a determinados efectos negativos para la competencia, se califica la conducta como restricción "simple" de la competencia (*naked restraint of trade*). De ser así, los demandantes no deben aportar prueba de la posición en el mercado de los demandados. De este modo tiene lugar una inversión de la carga de prueba en el proceso: son los demandados los que tienen que probar los efectos positivos para la competencia de las conductas que les son imputadas, para neutralizar suficientemente sus efectos negativos. Sólo cuando la conducta se califica de restricción "no simple" de la competencia, los demandantes tienen que realizar el análisis de mercado necesario para demostrar la posición en el mismo de los demandados.⁷⁸

⁷⁷ TOEPKE: "Per se Verbot...", cit., pág. 574.

⁷⁸ Véanse SCHECHTER: "The Rule of Reason...", cit., págs. 11-12; HAWK: "La révolution antitrust...", cit., págs. 22-24; WILS: "'Rule of Reason'...", cit., pág. 26; y GINER

XVI. ¿UNA REGLA DE RAZON EN EL DERECHO COMUNITARIO DE LA COMPETENCIA?

Como ya se ha dado noticia, esta cuestión, planteada en el marco del art. 85 TCE, ocupa a la doctrina, principalmente a la europea, desde hace casi cuarenta años. En el transcurso de todo este tiempo se han sostenido diversas concepciones, que hablan a favor y en contra de la existencia de una regla de razón en el Derecho comunitario de la competencia. Pero es difícil resumir dichas opiniones, porque éstas toman en consideración distintos momentos evolutivos de la problemática, y oscilan entre la aplicación realizada por la Comisión CE y/o sólo por el TJCE y, en su caso, el TPI, así como entre la aplicación posible y la deseable del art. 85 TCE en atención a su espacio normativo. Además, emplean el concepto "regla de razón" de una manera aproximativa y, por lo tanto, imprecisa, muy frecuentemente sin alcanzar al final un pronunciamiento claro.⁷⁹

PARREÑO, C. A.: "Artículo 1 de la Ley de Defensa de la Competencia y *Rule of Reason* (el caso 'ICI Paints España, S.A.')" , RDN 1993 (33), pág. 12.

⁷⁹ En este mismo sentido, véase WILS: "'Rule of Reason'...", cit., pág. 48 y sigs.

XVI. 1. Planteamiento de la cuestión

La primera dificultad que se suscita resulta de la misma formulación del interrogante a resolver, porque la cuestión arriba planteada puede entenderse de dos maneras distintas. De una parte, ésta puede interpretarse en el sentido de si en el Derecho comunitario de la competencia existe una regla de razón en sentido estricto; es decir, una regla de razón que reúne todos los elementos arriba sintetizados de la regla de razón estadounidense. Por otra parte, también puede entenderse con el alcance de si en el Derecho comunitario de la competencia se ha desarrollado o se está desarrollando una regla de razón en sentido lato, específicamente comunitaria ("*EG-spezifische »rule of reason«*")⁸⁰; es decir, sí que tiene lugar una flexibilización que despliega efectos similares a la regla de razón estadounidense, pero que no se corresponde con todos sus elementos.

La respuesta a dicho interrogante, así reformulado en estas dos subcuestiones, requiere una tarea previa, que se presenta fundamental para su adecuado tratamiento. Es preciso, en primer lugar, realizar un análisis de los aspectos relevantes del contexto del art. 85 TCE. Y, en segundo lugar, profundizar en la configuración, tanto del efecto sensible, como del mecanismo de la exención, en el marco de la prohibición comunitaria de conductas colusorias.

⁸⁰ REICH: *Europäisches Verbraucherrecht...*, cit., núm. 77, pág. 179.

XVI. 2. Contexto del artículo 85 TCE

Para analizar el contexto del art. 85 TCE se van a diferenciar tres grupos de aspectos: los económico-constitucionales y político-económicos, los relativos a la distribución de competencias en la materia, y los regulativos y procedimentales.

XVI. 2. A. Aspectos económico-constitucionales y político-económicos

En este epígrafe van a tratarse las dos cuestiones básicas que, desde la perspectiva enunciada en el mismo, cabe plantear a cualquier régimen regulador de la competencia económica: qué modelo económico constituye la base para el análisis aplicado, y cuál es, si existe, la combinación de otros objetivos distintos de la eficiencia que persigue salvaguardar el modelo económico, incorporada, junto a éste, a la política de la competencia.⁸¹

La sec. 1.^a, cap. 1.º, tít. V, TCE constituye el marco de Derecho de defensa de la competencia originario o primario en el que la CE ha de desarrollar su acción para la consecución de "un régimen que garantice que la competencia no será falseada en el mercado interior" (art. 3.g] TCE). Cabe pues, en principio, entender que ello supone el fomento de la eficiencia del sistema económico. Para lo cual, el Derecho comunitario de la competencia —al igual que sucede en el del estadounidense—, podría recurrir al AED o, cuando menos, habría de recurrir al análisis (micro)económico a la hora de fundamentar la aplicación de la norma de defensa de la competencia.

⁸¹ Véase FURSE: "The Role of Competiton...., cit., pág. 250.

Al respecto, con carácter general y en cuanto al régimen estadounidense, respectivamente, véase *supra*, epgs. XIII. 4. y XV. 3.

Ya se avanzó que el AED presenta una diferente connotación cuando su objeto es este sector normativo: el análisis económico del Derecho de la competencia sigue siendo, en principio, el "viejo AED", en el que los economistas buscan explicar el comportamiento de mercados explícitos; pero, además, el "viejo AED" es distinto en sus pretensiones al "nuevo AED", pues no busca sustituir el razonamiento jurídico, sino completarlo. En realidad, se trata, en mayor medida, de un análisis económico destinado a respaldar un juicio jurídico⁸². Por ello, en adelante, y para evitar confusiones, se aludirá con la expresión "AED" al "nuevo AED", mientras que para referirse al "viejo AED" se hablará, simplemente, de "análisis económico".

Pues bien, en primer lugar debe constatarse como, hasta la fecha y al margen de las aportaciones procedentes del ámbito académico, no se recurre al AED en la práctica forense relativa al objeto de estudio: ni la normativa europea se formula conforme a esta metodología, ni las resoluciones judiciales o las decisiones de la Comisión CE recurren a la misma en sus pronunciamientos; es decir, el AED no es el método aplicativo del Derecho comunitario de defensa de la competencia. Pero, en segundo lugar, debe igualmente reseñarse el deficiente sustrato económico-analítico de la práctica forense comunitaria en esta materia: resulta difícil desentrañar la *ratio* económica implícita en la normativa y, sobre todo, en las disposiciones, resoluciones y decisiones emanadas de los órganos comunitarios competentes en la materia. Existe, en definitiva, un claro déficit de análisis económico.⁸³

Por lo que afecta al art. 85 TCE, podría pensarse que dos son los

⁸² Al respecto, véase *supra*, epg. II.

⁸³ Dicho déficit ha sido reiteradamente puesto de manifiesto. Como botón de muestra de las críticas que ello ha venido suscitando a lo largo de las últimas dos décadas, véanse SCHECHTER: "Rule of Reason...", cit., págs. 17-19; PATHAK, A. S.: "Vertical Restraints in EEC Competition Law", LIEI 1988 (2), págs. 15-57; y BERGH, R. V. D.: "Modern Industrial Organisation versus Old-fashioned European Competition Law", ECLR 1996 (2), págs. 75-87.

factores determinantes de la escasa y asistemática presencia de un análisis económico, que, además, en muchas ocasiones, responde a criterios desconcertantes: de una parte, la concepción de la competencia económica como "libertad comercial" o "libertad económica" y, de otra, el formalismo jurídico predominante. Con la expresión "formalismo jurídico" (*legal formalisms*) se alude al recurso al parámetro contractual —tanto clausular como tipológicamente considerado—, a la "forma del acuerdo", a la hora de evaluar la incidencia de las restricciones verticales en la libre competencia. Las críticas en este sentido⁸⁴ son asumidas por la Comisión CE⁸⁵. No obstante, dicho formalismo —que afecta al 85 TCE en su conjunto, aunque sea especialmente grave en el caso de los reglamentos de exención por categorías⁸⁶—, más que ser causa, es consecuencia de la carencia de análisis económico. Y en cuanto al primero de los factores, éste resulta ser meramente aparente. No es cierto que el Derecho comunitario europeo conciba la competencia económica como "libertad económica" de los operadores en el mercado⁸⁷. Ciertamente, no existe una aproximación uniforme al concepto de "competencia económica"⁸⁸, si bien parece claro que el Derecho comunitario no defiende un modelo de competencia perfecta, sino de competencia suficiente (*workable competition, funktionsfähiger Wettbewerb*), entendida como la respuesta a la pregunta de qué condiciones deben de cumplirse para que la competencia económica

⁸⁴ Por todos, véanse KORAH, V.: "From legal form toward economic efficiency—article 85(1) of the EEC treaty in contrast to U.S. antitrust", 35 *Ant. Bull.* 1990, en especial, pág. 1020 y sigs.; y HAWK: "System Failure...", cit., pág. 984-985. Cfr. FRITZSCHE: "«Notwendige» Wettbewerbsbeschränkungen...", cit., págs. 41-42.

⁸⁵ Véase LiV RV, núm. 37, 2.º guión, pág. xi, y núm. 249, pág. 83.

⁸⁶ Al respecto, véase *infra*, epgs. XVI. 4. B. y XVI. 6.

⁸⁷ Cfr. HAWK: "System Failure...", cit., págs. 973 y 977-978; y RILEY, A. J.: "Vertical Restraints: A Revolution?", *ECLR* 1998 (8), pág. 483.

⁸⁸ Sobre las nociones de competencia económica, véanse, por todos, EMMERICH: *Kartellrecht*, cit., 6.ª ed., pág. 1 y sigs.; WILLINSKY: "The Concept(s)...", cit., págs. 54-55; y BLACK: "Per Se Rules...", cit., p. 146.

desempeñe sus funciones —especialmente su función directiva o de ordenación⁸⁹— de una manera óptima y pueda dar lugar realmente a los mejores resultados posibles⁹⁰. Precisamente por ello no puede afirmarse que el Derecho comunitario no haya evolucionado hacia una concepción superadora de esta visión primigenia, en la que el comportamiento de las empresas sea el único criterio determinante de la aplicación de la prohibición de conductas colusorias⁹¹. Tal criterio transita hacia un segundo plano, siendo hoy preponderantes los efectos sobre la estructura del mercado de dichas conductas⁹². La afirmación de la asunción por el Derecho comunitario de la doctrina de la libertad económica descansa en la contemplación aislada del apdo. 1 del art. 85 TCE, especialmente en su aplicación por la Comisión CE. Pero ésta no se sostiene si se considera el art. 85 TCE en su totalidad. Y es que la amplitud del ámbito objetivo de aplicación del apdo. 1 del art. 85 TCE no responde a una percepción de la competencia económica como "libertad económica", sino que obedece, tanto en su origen como en su mantenimiento —algo más atenuado en la actualidad—, a motivos ligados

⁸⁹ Véase EMMERICH: *Kartellrecht*, cit., 6.^a ed., pág. 3-6, quien añade a la función de ordenación una función redistributiva, una función impulsiva del progreso técnico y una serie de funciones político-sociales. Pero, en efecto, la competencia económica es, en primera línea, y desde una aproximación jurídica, "un principio político-institucional para la organización y ordenación del mercado, para el desarrollo de actividad económica y para el establecimiento de relaciones económicas en su seno" (MASSAGUER FUENTES, J.: "Aproximación sistemática general al Derecho de la competencia y de los bienes inmateriales", RGD 1990 [544-545], pág. 246).

⁹⁰ Sobre la noción de competencia suficiente y su valor referencial para el Derecho comunitario de la competencia, véanse EMMERICH: *Kartellrecht*, cit., 6.^a ed., págs. 10-12; y, especialmente, SCHWINTOWSKI, H.-P.: "Konzept, Funktion und Entwicklung des deutschen und europäischen Wettbewerbsrechts", ZVglRWiss 1993 (92), págs. 46-47 y 51-52.

⁹¹ De hecho, en los primeros momentos, la protección de la libertad comercial constituyó el objetivo fundamental en la aplicación de la *Sec. 1 Sherman Act* a las obligaciones de aprovisionamiento exclusivo en un acuerdo de distribución (véase GINER PARREÑO: *Distribución y libre competencia...*, cit., págs. 222-224).

⁹² Véase FERNÁNDEZ DE LA GÁNDARA/CALVO: *Derecho Mercantil Internacional*, cit., pág. 351. Véase también *supra*, epg. XIII. 1.

a la distribución de competencias en la materia: la Comisión CE tiene competencia exclusiva para la efectiva implantación del apdo. 3 del art. 85 TCE, ámbito competencial al que reconduce, mediante una interpretación amplia del apdo. 1, la ponderación de los efectos sobre la estructura del mercado de las conductas sometidas a examen⁹³; ésta considera que aglutinar dicha ponderación en el apdo. 3 es positivo, pues ello hace posible una "*evaluación económica completa de las ventajas de los acuerdos y de su impacto sobre la estructura de la competencia y la situación de los consumidores*".⁹⁴

Prueba de esta evolución es la consideración del mercado afectado a la hora de enjuiciar la incidencia en la libre competencia de las restricciones verticales, como pone de relieve la Comunicación de la Comisión relativa a la definición de mercado de referencia a efectos de la normativa comunitaria en materia de competencia (97/C 372/06)⁹⁵ (en adelante, Comunicación sobre mercado relevante⁹⁶ de 1997).

De hecho, esta Comunicación se enmarca en un amplio proyecto de modernización del Derecho comunitario de la competencia acometido por la Comisión CE, a la par que se busca elevar el grado de transparen-

⁹³ Véase HIRSCH/BUKERT: *Gleiss/Hirsch Kommentar...*, cit., núm. 115, pág. 89; KORAH: "From legal form...", cit., pág. 1016; y FRITZSCHE: "«Notwendige» Wettbewerbsbeschränkungen...", cit., págs. 32 y 48. De hecho, tanto HAWK: "System Failure...", cit., pág. 980, como RILEY: "Vertical Restraints...", cit., pág. 483, identifican el efecto expansor de esta aproximación, pero no llegan a afirmar que dicho efecto es, en realidad, la causa de tal aproximación.

Al respecto, véase *infra*, epg. XVI. 2. B.

⁹⁴ LiV RV, núm. 25, pág. viii —la cursiva es del original—.

⁹⁵ DOCE núm. C 372/5, de 9.12.1997.

⁹⁶ Pese a que la Comisión CE emplee la terminología "mercado de referencia", en lo sucesivo, se opta por utilizar la ya acuñada en lengua castellana, cual es la de "mercado relevante"; de igual modo proceden TOBÍO RIVAS: "Libro Verde...", cit., pág. 1035; y BELLO MARTÍN-CRESPO, M. P.: "La definición del mercado relevante en la aplicación de las normas de competencia. Análisis de la Comunicación de la Comisión", GJCE 1997 (Bol. 129), págs. 5-12.

cia de este sector normativo⁹⁷. La Comunicación sobre mercado relevante de 1997 no se limita a sintetizar y simplificar la práctica presente de la Comisión CE y de los Tribunales comunitarios, sino que introduce en la misma ciertas modificaciones que denotan tal modernización.⁹⁸

Así, a la hora de definir el mercado relevante debe procederse a delimitar, a su vez, el mercado de producto y el mercado geográfico –relativizados, en cierta medida, por el mercado temporal–, para lo cual la Comisión CE basa su análisis en la intercambiabilidad desde la demanda⁹⁹, si bien, en determinadas circunstancias, no se excluye la consideración de la intercambiabilidad desde la oferta, así como de la competencia potencial. Es decir, en general, el mercado relevante resulta de la determinación de aquellos productos o servicios que el consumidor considera intercambiables en un espacio geográfico dado, sobre todo, en términos de utilización y de precio¹⁰⁰. Esta definición del mercado relevante se acompaña de una exposición de los elementos de

⁹⁷ Véase núms. 4-5 Comunicación sobre mercado relevante de 1997; COMISIÓN DE LA COMUNIDAD EUROPEA: *XXVII Informe sobre la política de competencia (1997)* (publicado en relación con el "*Informe General sobre la actividad de la Unión Europea*") SEC(98)363 final, Bruselas-Luxemburgo, 1998, págs. 12, 14 y 22; y BAKER, S., y WU, L.: "Applying the Market Definition Guidelines of the European Commission", ECLR 1998 (5), págs. 273-274 y 280.

⁹⁸ Véanse BISHOP, B.: "The Modernisation of DGIV", ECLR 1997 (8), pág. 481; y GARCÍA GALLARDO, R.: "Noticias – Unión Europea", RDN 1998 (89), pág. 31; cfr. núm. 1 Comunicación sobre mercado relevante de 1997; y COMISIÓN CE: *XXVII Informe...*, cit., pág. 14, donde no se alude a las modificaciones introducidas.

El primero de los artículos arriba citados, al igual que parte de de los que se citarán relativos a la Comunicación sobre mercado relevante de 1997, se refiere, en puridad, a la Propuesta de esta Comunicación, cuya última versión data de 14 de abril de 1997 (versión inglesa obtenida a fecha 15 de octubre de 1997 en: <http://europa.eu.int/comm/dg04>, 11 págs.); no obstante, entre dicha propuesta y la versión final no se aprecian diferencias sustanciales.

⁹⁹ Nada cabe objetar cuando el objeto de valoración son restricciones verticales originadas por acuerdos de distribución comercial en sentido restringido, pues este es el mismo criterio aplicado para delimitar los canales de distribución comercial (véase *supra*, epg. V. 2.).

¹⁰⁰ Véanse núms. 7-24 Comunicación sobre mercado relevante de 1997; COMISIÓN CE: *XXVII Informe...*, cit., págs. 14 y 23; y BELLO MARTÍN-CRESPO: "La definición...", cit., págs. 8-10.

apreciación utilizados para proceder a la misma¹⁰¹, de los criterios para el cálculo de las cuotas de mercado, donde básicamente se atiende al volumen de ventas de las empresas¹⁰², y de una serie de consideraciones adicionales.¹⁰³

Mención especial merece la adopción por parte de la Comisión CE de la prueba de origen estadounidense denominada "SSNIP" (*small but significant and non-transitory increase in prices*) para delimitar el mercado relevante, más concretamente, a la hora de establecer la intercambiabilidad desde la demanda. Según esta prueba, el mercado relevante está formado por el mínimo conjunto de productos para los cuales un hipotético monopolista permanente encontraría factible y beneficioso proceder a un leve incremento de precios, aunque fuese significativo y no transitorio, cuyo umbral se ha fijado entre un 5 % y un 10 %¹⁰⁴. Ello supone el abandono de otros criterios como la similitud de características o de intenciones de uso de los productos, su intercambiabilidad funcional, la existencia de consumidores cautivos o de homogeneidad de cuotas de mercado en diferentes países para una misma empresa, métodos no exentos de crítica. Sin embargo, la prueba SSNIP tampoco está libre de inconvenientes, sobre todo cuando se enjuician supuestos distintos de concentraciones empresariales, debido a la dificultad de determinar el precio sobre el que aplicar el incremento porcentual —es lo que se denomina la "mentira de celofán" (*cellophane fallacy*)—, y a las complicaciones que plantea el tratamiento de la

¹⁰¹ Véanse núms. 25-52 Comunicación sobre mercado relevante de 1997; COMISIÓN CE: *XXVII Informe...*, cit., pág. 23; y BELLO MARTÍN-CRESPO: "La definición...", cit., págs. 10-12.

¹⁰² Véase núms. 53-55 Comunicación sobre mercado relevante de 1997.

¹⁰³ Dichas consideraciones se refieren a la aplicación de esta Comunicación al art. 86 TCE y a los efectos de las cadenas de sustitución; véase núms. 56-58 Comunicación sobre mercado relevante de 1997.

¹⁰⁴ Véanse núms. 15-19 Comunicación sobre mercado relevante de 1997; FURSE, M.: "Market Definition – The Draft Commission Notice", *ECLR* 1997 (6), pág. 379; DESAI, K. S.: "The European Commission's Draft Notice on Market Definition: a Brief Guide to Economics", *ECLR* 1997 (7), pág. 473-474; BISHOP: "The Modernisation...", cit., pág. 481; GARCÍA GALLARDO: "Noticias – Unión Europea", cit., pág. 31; y BELLO MARTÍN-CRESPO: "La definición...", cit., págs. 10-11.

intercambiabilidad desde la oferta.¹⁰⁵

Ahora bien, esta Comunicación permite, no obstante, confirmar que el significado del mercado relevante, y con ello, del análisis económico, en la valoración de las restricciones verticales, es, hoy por hoy, todavía reducido. Pese a que se insista, repetidamente, en su importancia¹⁰⁶, se afirma que "también *puede ser necesario* definir el concepto de mercado a efectos de la aplicación del artículo 85 del Tratado para determinar, por ejemplo, si se produce una restricción apreciable de la competencia o si se cumplen las condiciones de la letra b) del apartado 3 del artículo 85 para la concesión de una (*sic.*) excepción a la aplicación del apartado 1 del mismo artículo" (núm. 11 Comunicación sobre mercado relevante de 1997)¹⁰⁷; es decir, en primer lugar, puede ser innecesario realizar un análisis económico a la hora de aplicar el art. 85 TCE y, en segundo lugar, éste queda circunscrito a la verificación del segundo requisito negativo del apdo. 3 —eliminación sustancial de la competencia— y, en el ámbito del apdo. 1, a la determinación del carácter sensible de la conducta enjuiciada. Como puede comprobarse, y pese a que existen visos de una importante evolución al respecto —consistente en la consideración del poder de mercado a la hora de valorar las restricciones verticales—¹⁰⁸, el ámbito del análisis económico es aquí todavía muy reducido.

¹⁰⁵ Véase FURSE: "Market Definition...", cit., pág. 379-380; DESAI: "The European Commission's...", cit., págs. 474-475; BISHOP: "The Modernisation...", cit., págs. 482-483; GARCÍA GALLARDO: "Noticias – Unión Europea", cit., pág. 31; y BAKER/WU: "Applying the Market...", cit., págs. 276-277. Para la situación anterior a la Comunicación sobre mercado relevante de 1997 véase también CROWTHER, P.: "Product Market Definition in E.C. Competition Law: The Compatibility of Legal and Economic Approaches", JBL 1996, 177-198.

¹⁰⁶ Véanse núms. 1-2 Comunicación sobre mercado relevante de 1997; y COMISIÓN CE: XXVII Informe..., cit., págs. 14 y 22-23.

¹⁰⁷ La cursiva es nuestra.

¹⁰⁸ Al respecto, véanse *supra*, epg. XIII. 4., e *infra*, epg. XVII.

Así pues, ninguno de los factores anteriormente apuntados justifican la postergación del AED como método aplicativo del Derecho comunitario de defensa de la competencia, ni el papel, hasta el momento presente, no predominante del análisis económico a la hora de tratar la materia. Lo primero obedece, de una parte, a la inseguridad jurídica y a los altos costes de implantación que supondría la asunción del AED¹⁰⁹. Pero, de otra parte, y al igual que la carencia de análisis económico, ello guarda relación con el verdadero peso específico, en su consideración como criterio material, de la eficiencia económica en el conjunto de los fines que persigue el Derecho comunitario de defensa de la competencia. De modo que un estudio de este último realizado únicamente desde el AED, o que sólo atendiese al resultado del análisis económico realizado, daría lugar a un resultado extraño, a una aplicación de la normativa europea fuera de contexto. Así, se ha afirmado que "[l]a eficiencia no es, [...] el único, ni el más importante de los objetivos" de la política comunitaria de la competencia, pues a éste deben sumarse la integración del Mercado Único, la salvaguarda de la lealtad y la protección de los intereses de los trabajadores y de los consumidores y usuarios¹¹⁰, en definitiva, los objetivos específica y explícitamente perseguidos por otras políticas comunitarias. Es preciso, pues, centrarse a continuación en el estudio de los fines del Derecho comunitario de defensa de la competencia distintos del de la eficiencia, para lo que se distinguirá entre el objetivo de la integración, de una parte, y las políticas comunitarias distintas de la de la competencia, de otra.¹¹¹

¹⁰⁹ Véase LiV RV, núm. 86, pág. 31. Al respecto, véase *infra*, epg. XVII. 2.

¹¹⁰ KORAH: "From legal form...", cit., pág. 1010; y véase también IBIDEM, pág. 1014. Cfr. GIESEKE, F.: "Parallelimporte und EU-Wettbewerbspolitik", WuW 1995 (4), págs. 284-289, quien únicamente considera los efectos sobre la eficiencia de las limitaciones a las prohibiciones de las importaciones paralelas, sin tener en cuenta su repercusión sobre el objetivo de la integración.

¹¹¹ En cuanto a la salvaguarda de la lealtad, ciertamente, la carencia de un Derecho comunitario específico y completo de la competencia desleal puede influir en cierta medida en el Derecho de defensa de la competencia; en este sentido puede interpretarse, por ejemplo, la necesidad de proceder a una aplicación no discriminatoria de la normativa,

De entre todos estos intereses o fines básicos, el de la integración del Mercado Unico es especialmente relevante. En efecto, dicha acción, la consecución de un régimen que garantice la competencia, persigue el establecimiento de un "mercado común" (art. 2 TCE). Ambos, acción y fin, existen ya desde la constitución de la CE (véase arts. 2 y 3.f] TCEE). De todo ello se deduce que, desde los mismos orígenes del Derecho comunitario, la política de la competencia, y de este modo también la competencia no falseada, no es un objetivo sino una herramienta en las manos de la CE: "[l]a política de la competencia comparte el objetivo comunitario de consolidación del Mercado Unico y desempeña una función determinante en este proceso, sobre todo al favorecer la apertura de mercados"¹¹². Sin tener en cuenta el fin de la integración del Mercado Unico no se puede entender la configuración de este medio –art. 85 TCE– ni su desarrollo¹¹³. Dicho objetivo caracteriza la política comunitaria de la competencia; la libre competencia no es un fin en si mismo, sino un medio para un fin complejo: "contrariamente a (*sic.*) los que ocurre con la política de competencia de cada uno de los Estados miembros y la de nuestros socios comerciales, la política de competencia comunitaria no solo tiene que tener en cuenta la necesidad de un sistema de competencia leal, sino que tiene que cumplir

como indica EHLERMANN, C.-D.: "Politique actuelle de la Commission en matière de concurrence", RMCUE 1993 (371), pág. 701.

¹¹² COMISIÓN CE: *XXVII Informe...*, cit., pág. 25. En este mismo sentido se expresaba EHLERMANN: "Politique actuelle...", cit., pág. 700: "El papel tradicional de la política de la competencia, de la política 'antitrust', es fundamental para asegurar una verdadera apertura de los mercados".

¹¹³ En LiV RV, núm. 30, pág. ix, la Comisión CE manifiesta que: "siempre debe tenerse presente que la Comisión es el único organismo de tutela de la competencia del mundo que pretende lograr la integración de mercados, además del mantenimiento de un sistema de sana competencia". Incluso podría afirmarse que, para la Comisión CE, la integración ha sido, hasta ahora, más importante que la eficiencia y la lealtad competitiva (véase IBIDEM, núm. 118, pág. 41); en este sentido se pronuncia, al menos, por lo que a una primera etapa (desde su constitución hasta el año 1973) se refiere, GERBER, D. J.: "The Transformation of European Community Law?", 35 Har.Int.L.J. 1994, págs. 102-103 y 114.

asimismo el objetivo de la integración del mercado".¹¹⁴

Ello da lugar a una tensión principal entre eficiencia e integración como criterios determinantes de la política comunitaria de la competencia, tensión que tiene su reflejo en el tratamiento del que en el Derecho comunitario es objeto el comercio paralelo. En efecto, la libertad de realizar comercio paralelo constituye el elemento fundamental de la política –especialmente, de la Comisión CE– destinada a asegurar que los acuerdos de distribución tengan un efecto integrador del Mercado Unico y no un efecto compartimentador.¹¹⁵

Y es que la línea conductora fundamental en la política de competencia comunitaria ha sido el aprovechamiento de las restricciones verticales –mejor dicho, de las limitaciones en la imposición de estas restricciones– para la consecución del objetivo de la integración del Mercado Unico: "[p]ara combatir este 'aislamiento' (refiriéndose a la compartimentación del Mercado Unico), la Comisión ha confiado en la aplicación de mecanismos tales como el 'comercio paralelo' y el arbi-

¹¹⁴ LiV RV, núm. 1, pág. 1. A idéntica conclusión llega VICIANO PASTOR: "Importadores paralelos...", cit., págs. 8522 y 8558, al estudiar la Dec. de la Comisión CE 92/154/CEE de 4.12.1991, As. *Eco-System*, DOCE núm. L 66/1, de 11.3.1992, en la que ésta hace una interpretación extensiva de la noción de "intermediario" a los efectos del art. 3.11 Rgto. CEE 123/85, lo que permite incluir a intermediarios profesionales, para así, potenciar el comercio paralelo; interpretación que fue confirmada por el TPI en su Sent. de 12.4.1993, As. T-9/92 *Peugeot II*, Rec. 1993, pág. II-493 y sigs. Es más, dicho intermediario puede ser, simultáneamente, un vendedor no autorizado de productos idénticos a los que intermedia pero procedentes de importaciones paralelas, tal y como ha aclarado el TJCE en su Sent. de 15.2.1996, As. C-309/94 *Nissan France*, Rec. 1996, pág. I-677 y sigs. Esta previsión se mantiene, con idéntico alcance, en el art. 3.11 Rgto. CE 1475/95.

Cfr. por exceso FRITZSCHE: "«Notwendige» Wettbewerbsbeschränkungen...", cit., págs. 37-38, quien afirma que el efecto positivo para la competencia económica (*wettbewerbseröffende oder -fördernde Wirkung*) consiste en la apertura de mercados (*Markterschließung*) y viene a identificar la integración del Mercado Unico como el único fin del Derecho comunitario de defensa de la competencia; es más, llega a equiparar la regla de razón –mejor dicho, la razón de la regla– con el efecto de apertura de mercados (véase IBIDEM, pág. 51).

¹¹⁵ Véase PEEPERKORN, L.: "Commission adopts Green Paper on Vertical restraints in EU competition policy", CPNews 1996 (2-3), pág. 10.

traje". Es más, la Comisión CE no está dispuesta a renunciar a dicha herramienta: "el comercio paralelo y el arbitraje siguen siendo cuestiones importantes, teniendo en cuenta que la distribución minorista aun sigue llevándose a cabo fundamentalmente a escala nacional, y que el abastecimiento de productos se efectúa en términos nacionales". En definitiva, "[l]a Comisión ha insistido siempre *en la libertad de los intermediarios para reaccionar ante las diferencias de precios entre Estados miembros* y llevar a cabo un *comercio paralelo* como fundamento de su política de garantizar que los acuerdos de distribución suponen una integración del mercado y no tienen un efecto de compartimentación".¹¹⁶

Ante el hecho de que el Mercado Unico todavía no ha sido completado¹¹⁷, la Comisión CE insiste en la asunción de la integración como objetivo de la política comunitaria de la competencia, y la consiguiente protección del comercio paralelo: en cualquier caso, se considera y se considerará prohibida *per se* cualquier restricción que proporcione una protección territorial absoluta a los distribuidores en exclusiva.¹¹⁸

Sin embargo, la propia Comisión CE se percata de que el comercio paralelo encuentra obstáculos que hacen que la política de la competencia seguida en el ámbito de las restricciones verticales no dé los frutos para la integración que se esperaban.¹¹⁹

¹¹⁶ LiV RV, núm. 28, pág. 10, núm. 39, pág. 14 y núm. 9, pág. iii, respectivamente –la cursiva es del original–.

¹¹⁷ Véase LiV RV, núm. 35, pág. x; ésta es una aseveración, al menos, en parte cierta, pues no en todos los sectores en los que es posible descomponer el Mercado Unico se ha producido su realización.

¹¹⁸ Véase LiV RV, núm. 21, pág. vi, núm. 23, pág. viii, y núm. 39, pág. xii.

¹¹⁹ Véase LiV RV, núm. 36, págs. x-xi; y núms. 236-243, págs. 79-82. De esta problemática y de su trascendencia se hacen también eco ROHARDT, K. P.: "Grünbuch über vertikaler Beschränkungen des Wettbewerbs - Diskussion frei?", WuW 1997 (4), pág. 475; y, sobre todo, RILEY: "Vertical Restraints...", cit., págs. 486-487.

No obstante, esta actitud tuitiva del comercio paralelo ya había sido objeto de

Si se atiende al factor precio, podría defenderse que la competitividad de determinado canal de distribución puede medirse atendiendo al margen que éste deja al desarrollo de la función económica de distribución comercial¹²⁰: cuanto más competitivo sea el canal, menor cabida tendrán el arbitraje y la especulación. Lo que quiere decir, referido únicamente al plano espacial —es decir, el arbitraje— y traducido en términos de integración del Mercado Unico, que cuanto más competitivo es un canal de distribución, menor es el margen que deja al comercio paralelo.

Ahora bien, en la medida en que las restricciones verticales que contienen los contratos de distribución comercial provocan compartimentaciones del Mercado Unico que permiten a los productores mantener diferencias de precios para un mismo producto, puede asumirse que un canal transfronterizo de distribución organizado mediante contratos de distribución no es competitivo, lo que va a generar un importante comercio paralelo. Por lo tanto, basta con imponer, en el grado oportuno, la permisión del comercio paralelo para que se produzca el arbitraje.

Sin embargo, y pese a proceder de tal modo y a que las diferencias de precios persisten¹²¹, no sucede así. "Aunque ya se venía reconociendo que la aplicación del comercio paralelo se ve obstaculizada por medidas públicas (divisas, sistemas fiscales, normas técnicas y trámites administrativos diferentes), medidas privadas (acuerdos de no abastecimiento transfronterizo) y aspectos sociales (diferentes lenguas y culturas, y distintas preferencias de los consumido-

críticas por su falta de relación con la realidad del Mercado Unico, por su falta de efectividad en pos del objetivo de la integración; en este sentido, véanse GYLSEN, L.: "Vertical Restraints in the Distribution Process: Strength and Weakness of the Free Rider Rationale under ECC Competition Law", CMLRev 1984 (21), págs. 648 y sigs.; y BAEL, I. V.: "Heretical Reflections on the Basic Dogma of EEC Antitrust: Single Market Integration", RSDIC 1980 (10), pág. 39 y sigs.

¹²⁰ Véase *supra*, epg. IV. 1.

¹²¹ Véase LiV RV, núm. 236, pág. 79.

res), ahora se ha demostrado que *incluso en los casos en que, teóricamente, el comercio paralelo es posible*, la naturaleza intrínseca de los modernos sistemas de distribución puede reducir el ámbito de aplicación de este mecanismo".¹²²

No es pues de extrañar que, ante esta constatación, la Comisión CE esté muy preocupada¹²³ y bastante desorientada¹²⁴, pues la cuestión es de la máxima importancia, ya que "[h]abida cuenta de los cambios que se han producido en la distribución desde el punto de vista estructural y organizativo, la libertad de los intermediarios para llevar a cabo un comercio paralelo ya no basta para garantizar en todos los casos el efecto positivo de las restricciones verticales sobre la competencia y la integración del mercado".¹²⁵

¿Cuáles son esos "cambios" en los canales de distribución que obstaculizan el efecto positivo de las restricciones verticales para la integración del Mercado Único? La inoperancia de la política de la competencia consistente en la permisión del comercio paralelo obedece a un cúmulo de causas, de las que merecen destacarse las alteraciones en la estructura de la distribución mayorista, que desembocan en la creciente desaparición de mercados intermedios, y el incentivo que para la fidelidad del comercio minorista integrado suponen los buenos

¹²² LiV RV, núm. 45, pág. 16 –la cursiva es nuestra–.

¹²³ Así, cuando en: LiV RV, núm. 52, pág. 19, la Comisión CE dice que "[l]a principal implicación de estos cambios en la política de competencia comunitaria sobre las restricciones verticales es que los modernos sistemas de distribución pueden hacer irreversible el aislamiento de los mercados nacionales, dado que la distribución minorista aún tiene una orientación nacional. Este fenómeno puede tener implicaciones muy importantes sobre los objetivos de integración de mercado de la UE".

¹²⁴ Véase LiV RV, núm. 9, pág. iii, donde ésta solicita encarecidamente "recibir comentarios y datos sobre este punto y sobre sus repercusiones en las alternativas"; véase también, IBIDEM, núm. 53, pág. 19: ¡la Comisión CE carece de datos sobre la situación real de los canales de distribución!

¹²⁵ LiV RV, pág. iii, núm. 9.

resultados de los sistemas, habida cuenta del moderno marketing de relaciones y de la tecnología que lo hace posible.

Así, (A) en relación con la distribución mayorista, los canales de distribución basados en contratos de distribución eliminan mercados intermedios. Si esto es así, se reduce el margen para el "efecto positivo" (para la integración) de las restricciones verticales, pues no existen ni los espacios donde debería tener lugar el comercio paralelo, ni los intermediarios especializados que deberían realizar el arbitraje. Y, en efecto, se aprecia una "reducción general del número de distribuidores nacionales independientes o de mayoristas tradicionales"¹²⁶. Este efecto se enmarca en la tendencia a la concentración en ambos extremos de la cadena de suministro y las reestructuraciones en el escalón mayorista –especialización–.¹²⁷

(B) En cuanto a la distribución minorista, su beneficio radica en alcanzar ventas altas y costes bajos. Por lo tanto, en la gestión minorista son factores fundamentales el marketing (incremento de las ventas) y la estructura de costes (reducción de costes). Los modernos canales de distribución permiten a los minoristas alcanzar estos objetivos. (a) Por lo que al incremento de las ventas se refiere, cada vez tiene mayor importancia el valor añadido al producto por la distribución. En efecto, incluso en la distribución minorista se observa una tendencia a que el sector añada cada vez más valor a los productos o servicios que distribuye¹²⁸. El precio ya no es el dato decisivo, ni para los consumidores, ni –por lo tanto, en una concepción de marketing orientada a la satisfacción de la demanda– para los distribuidores. O, cuando menos, no es ya el único o el más decisivo con diferencia: el precio es "uno más" de los factores que componen el marketing-mix. De ello cabe deducir que (i) cuando el valor añadido es muy elevado, la diferencia de precio es secundaria y no estimula el arbitraje, pues el

¹²⁶ LiV RV, núm. 44, pág. 45.

¹²⁷ Véase *supra*, epg. IV. 6. B.

¹²⁸ LiV RV, núm. 28, pág. 10.

consumidor no busca un producto "incompleto", aunque lo obtenga a menor precio; o, lo que es lo mismo; (ii) recurrir a las diferencias de precios, cuando éstas obedecen al valor añadido que es suprimido, no es atractivo, porque supone devaluar el producto mismo. (b) En relación con la reducción de los costes¹²⁹, para alcanzar este objetivos es necesario maximizar los beneficios del poder adquisitivo. Ello se consigue incidiendo en la escala y a la eficiencia. (i) La escala está relacionada con el volumen de productos vendidos en una misma gama, el crecimiento de las ventas a través del desarrollo interno, la adquisición o la colaboración. Así, la amplitud de la gama de productos y el número de marcas almacenadas hace que el volumen de ventas se concentre o se disperse sobre las líneas o marcas, lo que, a su vez, hace ganar o perder poder adquisitivo. (ii) La eficiencia está relacionada con la toma de decisiones, la centralización y la coordinación de las adquisiciones. Así, si el minorista adquiere el producto fuera del canal está enviando información perturbadora al gestor del mismo (mensaje: "mis distribuidores necesitan menos"), lo que, una vez que se agote la fuente de producto paralelo, puede conducir a retrasos en la reposición de existencias (por la aplicación de las estrategias de *just-in-time* y de las tecnologías de información).¹³⁰

En consecuencia, "[d]esde la perspectiva de la política de competencia, es importante reconocer que esta eficiencia puede perderse si el minorista se lanza al comercio paralelo o recurre a otras fuentes fuera de la cadena de suministro normal. Aunque los precios de adquisición son importantes, ningún minorista los analiza aislándolos de los costes de transporte, almacenamiento y administración y del impacto del abastecimiento sobre la eficiencia de la cadena de suministro"¹³¹. En efecto, "[a]unque el precio sigue siendo un factor significativo, se ha incrementado la importancia relativa de la certidumbre y la eficiencia del suministro. Al sopesar la posibilidad de lanzarse al comercio

¹²⁹ Véase LiV RV, núm. 33, págs. 11-12.

¹³⁰ Ejemplo de LiV RV, núm. 45, pág. 16. Al respecto, véase también *supra*, epg. VI. 2.

¹³¹ LiV RV, núm. 33, págs. 11-12.

paralelo, el mayorista o minorista integrado en una cadena de suministro eficaz no sólo deberá plantearse consideraciones financieras de tipo inmediato, tales como el transporte, el almacenamiento, el capital y los costes administrativos, sino consideraciones a corto y medio plazo que tengan en cuenta el impacto que puede tener la operación en la cadena de suministro. Por ejemplo, las ventajas financieras (*sic.*) inmediata que obtenidas mediante una o varias operaciones de comercio paralelo, pueden desaparecer si el mayorista o minorista tiene que volver posteriormente al canal original de suministro (por ejemplo un importador o fabricante nacional) y experimenta retrasos en la reposición de existencias".¹³²

En definitiva, y, señaladamente, en lo que se refiere al comercio minorista, al disminuir el protagonismo del factor precio —por la importancia tanto del valor añadido como de la estructura de costes—, disminuye el del arbitraje, que precisamente descansa en el atractivo de las diferencias de precios. Tal efecto se percibe tanto en agentes económicos pertenecientes al canal de distribución, como en importadores paralelos (*free riders*); estos últimos, dado el grado de control de la distribución del producto alcanzado por el líder del canal, tienen un acceso no significativo, esporádico e irregular al producto, lo que desincentiva su actividad.¹³³

A este cuadro de situación, propio del paradigma de la integración vertical descentente, habría que sumar otros factores, como el creciente protagonismo de los distribuidores en lugar de los productores en la dirección de los canales —obviamente, no van a usar del arbitraje contra ellos mismos—; en esta misma dinámica se insertan

¹³² LiV RV, núm. 45, pág. 16.

¹³³ Por ello debe de adoptarse una actitud crítica frente la expectativa de la Comisión CE, consistente en que la consecución de la Unión Económica y Monetaria, con la definitiva introducción del Euro y el incremento de la transparencia de precios que ello implica, vaya a facilitar y desarrollar el comercio intracomunitario, y, en particular, el comercio paralelo entre los canales de distribución (véase COMISIÓN CE: *XXVII Informe...*, cit., pág. 6).

las políticas marquistas de los productores y distribuidores.¹³⁴

¿Qué sucede? ¿Se ha sido demasiado permisivo en la aplicación de los arts. 85 y sigs. TCE? Parece que no, más bien al contrario, si se compara con otras políticas de la competencia, señaladamente con la estadounidense. Pero debe admitirse que el efecto positivo para la integración de los acuerdos de distribución es limitado. Y es dudoso que el mantenimiento, e incluso el incremento, del actual margen tutelado de comercio paralelo contribuya a potenciar dicho efecto positivo.¹³⁵

Ciertamente, la Comisión CE pone de manifiesto que el velar por la subsistencia de un cierto grado de competencia *intrabrand* es insuficiente, que "ya no basta, para garantizar en todos los casos el efecto positivo de las restricciones verticales sobre la competencia y la integración del mercado"¹³⁶. Sin embargo, ello no lleva a abandonar la persecución del objetivo de la integración por la vía que ofrece el Derecho de defensa de la competencia. Por lo tanto, y si bien puede constatar una evolución regresiva de la protección de la competencia *intrabrand* –tendencia que va a verse acentuada merced a la consideración del poder de mercado a la hora de valorar las restricciones verticales, lo que implica la potenciación de la competencia *interbrand* e intertipo en detrimento de la competencia *intrabrand*–, no cabe poner en duda su relevancia para el Derecho comunitario, tanto en el pasado como de cara a un futuro próximo.

Pero no solo el objetivo de la integración del Mercado Unico está

¹³⁴ Véase *supra*, epg. VI. 1. A.

Finalmente, la Comisión CE apunta, pero muy tímidamente, el temor de los distribuidores a sufrir represalias o el fracaso de los grupos transfronterizos de compras (véase LiV RV, núm. 236, pág. 79).

¹³⁵ Véase LiV RV, núm. 236, pág. 79.

¹³⁶ Véase LiV RV, núm. 9, pág. 3.

muy presente en la política comunitaria de la competencia. También lo están los "nuevos fines" de la CE. Así, las acciones destinadas al establecimiento de la Unión Económica y Monetaria, de una política económica común, deben llevarse a cabo "de conformidad con el respeto al principio de una economía de mercado abierta y de libre competencia" (art. 3A.1 TCE). La Unión Económica y Monetaria en curso debe apoyar "la política económica general de la Comunidad, de conformidad con los principios de una economía de mercado abierta y de libre competencia" (art. 3A.2 TCE).¹³⁷

Sin embargo, la cuestión candente que suscitó la reforma del TCEE por el TUE, y que no ha sido expresamente resuelta por el Tratado de Amsterdam¹³⁸, fue y sigue siendo el significado para el Derecho de la competencia de las nuevas políticas de una CE que avanza hacia una UE. Así, con Maastricht, dicha cuestión se suscita especialmente con relación a la política industrial, recogida en el art. 3.1) TCE, precepto que ha sido desarrollado por el art. 130 TCE. Y con Amsterdam se va a dar idéntica situación cuando entre en vigor el nuevo tít. VI bis, que introduce en el TCE la política de empleo como política comunitaria.

En cuanto al Derecho vigente, de una parte, el TUE dejó inalteradas las disposiciones de la sec. 1.ª, cap. 1.º, tít. V, TCEE. De otra parte, sin embargo, no puede desconocerse la dimensión que tiene la

¹³⁷ La Comisión CE anuncia que va a mantener una actitud vigilante durante todo el proceso de la Unión Económica y Monetaria (COMISIÓN CE: *XXVII Informe...*, cit., págs. 5-6), si bien parece que ello va a repercutir en mayor medida, tanto en el control de las concentraciones empresariales, como, y sobre todo, en el de las ayudas públicas.

¹³⁸ Tratado por el que se modifican el Tratado de la Unión Europea, los Tratados constitutivos de las Comunidades Europeas y determinados actos conexos, firmado el 2 de octubre de 1997 en Amsterdam (97/C 340/01) (DOCE núm. C 340/1, de 10.11.1997); véase también UNIÓN EUROPEA: *Tratado de Amsterdam*, Oficina de Publicaciones Oficiales de las Comunidades Europeas, Luxemburgo, 1997.

introducción del art. 130 TCE para la política de la competencia¹³⁹. Es cierto que la CE practica política industrial en sus diversas formas desde hace tiempo¹⁴⁰, especialmente en apoyo de las PYME¹⁴¹, preocupación que en la actualidad sigue plenamente vigente¹⁴². A ello debe sumarse la realización de políticas sectoriales¹⁴³. Y es que, para la Comisión CE, "la política de la competencia es parte de la política económica en general, lo que incluye estrategias de política industrial"¹⁴⁴. Se podría

¹³⁹ Véase OBERENDER, P., y OKRUCH, S.: "Gegenwärtige Probleme und zukünftige Perspektiven der europäischen Wettbewerbspolitik", WuW 1994 (6), pág. 516.

¹⁴⁰ Así, en el año 1992, CARDOSO E CUHNA: "Mercado Unico...", cit., pág. 5, refiriéndose al sector de la distribución comercial, reconocía abiertamente que, dentro de la consecución de los objetivos de su modernización e internacionalización, como la Comisión CE había "multiplicado las iniciativas en materia de cooperación transnacional, cooperación imprescindible para la modernización y la internacionalización del sector. Ya sea desde el punto de vista de la transferencia de innovación tecnológica, de la investigación, del desarrollo regional, de la cooperación entre empresas y de la información de los empresarios".

¹⁴¹ El concepto de PYME es el objeto de la Recomendación de la Comisión, de 3 de abril de 1996, sobre la definición de pequeñas y medianas empresas (96/280/CE) (DOCE núm. L 107/4, de 30.4.96), cuyo propósito es precisamente el de superar la diversidad de delimitaciones del concepto hasta entonces existente en el Derecho comunitario; respecto de la confusa situación anterior a la Recomendación, véase USERO MILLÁN, J. C.: "El apoyo de la Unión Europea a la Pequeña y Mediana Empresa", en: BERNAD ALVAREZ DE EULATE: *Academia Europea...*, cit., págs. 364-365.

¹⁴² En este sentido, y sobre el carácter constante de la posición mantenida por la Comisión CE, se pronuncia USERO MILLÁN: "El apoyo de la Unión Europea...", cit., pág. 373.

En la actualidad, la Comisión CE continúa buscando facilitar la cooperación entre ellas para "mantener la competitividad en el Mercado Unico", para lo que es determinante la regulación de las restricciones verticales y de los acuerdos de cooperación entre PYME (véase LiV Comercio, ob. cit., pág. 17, cuadro). Así, en el LiV Comercio, cit., se hace especial referencia a la importación del LiV RV, y a la cooperación entre PYME en redes de compra y de venta en común; la política de la competencia se considera una pieza más de las "actuaciones de ámbito comunitario relacionadas con el comercio" (véanse LiV Comercio, anexo D, letra b, y núms. 23-26, pág. 9; y LiV RV, núm. 183, pág. 63, y núm. 303, pág. 95).

¹⁴³ Buena muestra de ello son el Rgto. CE 1475/95 y su antecesor, el Rgto. CEE 123/85, en el ámbito de la industria automovilística; al respecto, véase *infra*, epg. XVI. 4. C.

¹⁴⁴ WOLF: "Die Erwartungen...", cit., pág. 2.

pensar, que con el anclaje de metas de política industrial en el TCE —como ya sucediera con la política de investigación y tecnología en el AUE— "se viene a legitimar *a posteriori* competencias fácticas de la Comunidad"¹⁴⁵. Pero el establecimiento de la competencia material de la CE para "el fortalecimiento de la competitividad de la industria de la Comunidad" en el art. 3.1) TCE, no sólo ha venido a "legalizar" una competencia material ejercida de hecho, sino que la política industrial ha alcanzado "rango cuasiconstitucional": de este modo, los principios de garantía de la competencia económica y de fortalecimiento de la competitividad de la industria se sitúan con el mismo rango el uno junto al otro¹⁴⁶. Así, el art. 130.3 TCE, que contiene una "cláusula de interrelación" (*Querschnittklausel*)¹⁴⁷, establece la obligación de la CE de alcanzar los objetivos de política industrial mediante las restantes políticas comunitarias, lo que incluye la de la competencia. Dicho de otra manera, ya no existe —si es que alguna vez existió— relación jerárquica alguna entre política de la competencia y política industrial; no se puede predicar la primacía de libre competencia sobre otros objetivos "más propios" de otras políticas de la CE, en una suerte de relación "regla general-excepciones".¹⁴⁸

No obstante, de todo lo anterior no puede deducirse que, en tal caso, "el fortalecimiento de la competitividad no debe ser alcanzado

¹⁴⁵ OBERENDER/OKRUCH: "Gegenwärtige Probleme...", cit., pág. 517. Véase también GERBER: "The Transformation...", cit., pág. 126, quien habla de "adición formal de nuevas competencias".

¹⁴⁶ Véase IMMENGA, U.: "Wettbewerbspolitik contra Industriepolitik nach Maastricht", EuZW 1994 (1), pág. 16; este autor mantiene idénticas posiciones a las expresadas en este artículo en: IDEM: "Líneas de desarrollo y características del Derecho Europeo de la Competencia", RDM 1997 (225), págs. 1111-1118.

¹⁴⁷ Véase DREHER, M.: "Der Rang des Wettbewerbs im europäischen Gemeinschaftsrecht", WuW 1998 (7 y 8), pág. 661.

¹⁴⁸ Cfr. MÜLLER-GRAFF, P.-C.: "Die wettbewerbsverfaßte Marktwirtschaft als gemeineuropäisches Verfassungsprinzip?", EuR 1997 (4), págs. 441-444; y DREHER: "Der Rang...", cit., págs. 656 y sigs.

mediante una competencia falseada", sino por otros medios distintos; ni es de recibo cuestionarse "si bajo estas condiciones todavía puede hablarse de una decisión de sistema de los tratados europeos a favor de un modelo de economía de mercado"¹⁴⁹. Esta toma de postura refleja una concepción radical y maniquea del sistema de economía de mercado, en el que la competencia no puede "estar sometida" a otros objetivos¹⁵⁰. ¿Son la política de la competencia y la política industrial dos acciones incompatibles en un sistema de economía de mercado? ¿Por qué han de constituir la política de la competencia y la política industrial dos vías completamente separadas? ¿Por qué no se reacciona con la misma energía cuando se trata de la tensión entre integración y competencia económica –acaso el objetivo de la integración del Mercado Unico no distorsiona del mismo modo una "constitución económica de economía de mercado"¹⁵¹? Muy al contrario, el fortalecimiento de la competitividad de la industria comunitaria se realizará, como ya sucedía antes de Maastricht, *no sólo* con una competencia no falseada, *sino también* mediante una política industrial. En efecto, "en la aplicación de la prohibición establecida en el artículo 85.1 del TCE, ha de atenderse a la conexión de la misma con el conjunto del sistema normativo comunitario, tanto en lo que respecta específicamente a la política de la competencia como al resto de las políticas comunitarias. Justamente, la conjunción y armonización de una y otras políticas, imprimen a las normas sobre la competencia un carácter meramente instrumental con respecto a la consecución de los objetivos del Tratado.

¹⁴⁹ IMMENGA: "Wettbewerbspolitik...", cit., pág. 17; en este mismo sentido, MÜLLER-GRAFF: "Die wettbewerbsverfaßte...", cit., pág. 444.

¹⁵⁰ IMMENGA: "Líneas de desarrollo...", cit., pág. 1117; en este mismo sentido, véase SCHMIDT, I.: "Europäische Industriepolitik - ein Widerspruch zur Wettbewerbsordnung?", WuW 1995 (12), págs. 971 y sigs., quien entiende que la política industrial supone un peligro cierto para la existencia de un sistema de libre competencia; postura que este autor mantiene en: SCHMIDT, I., y SCHMIDT, A.: *Europäische Wettbewerbspolitik*, WiSO Kurzlehrbücher, Col. Volkswirtschaft, Vahlen, München, 1997, págs. 120-122.

¹⁵¹ Cfr. IMMENGA: "Wettbewerbspolitik...", cit., pág. 15.

En consecuencia, el alcance de dicha aplicación y el grado de sensibilidad en la apreciación de las condiciones que la fundamentan, deberán estar en función de la mayor o menor idoneidad de la mencionada prohibición para la realización de esos objetivos"¹⁵². Por lo tanto, en la que ha venido a ser la postura uniformemente mantenida por la Comisión CE, la interacción (*interaction*) y no la contraposición ni la subordinación es la relación a la que están abocadas ambas acciones, de manera que la política de la competencia constituya uno de los instrumentos centrales de la política industrial de la Comisión CE y que una política de competencia eficaz (*efficace*) sea la *conditio sine qua non* de esa política industrial¹⁵³. "La lucha contra los acuerdos restrictivos [...], que ponen en peligro la unidad del Mercado Unico o la eficacia (*Funktionsfähigkeit*) del sistema de competencia, se proseguirá con firmeza".¹⁵⁴

No debería perderse de vista que la eficacia se predica de la política

¹⁵² BOTANA: "Los actos anticompetitivos...", cit. pág. 64.

¹⁵³ Véase EHLERMANN: "Politique actuelle...", cit., pág. 699, quien fuera Director General de la Competencia. Esta misma postura fue la que coetáneamente defendió el anterior Comisario de la Competencia (véase BRITAN, L.: "Competition Policy in the European Community: What's New in the Old World?", WC 1991 [4], pág. 5 y sigs.; cfr. SCHMIDT: "Europäische Industriepolitik...", cit., pág. 984), y es la que mantiene el actual Comisario (véase MIERT, K. v.: "The role of competition policy today", CPNews 1994 [1-3], pág. 3; e IDEM: "Die Wettbewerbspolitik der neuen Kommission", WuW 1995 [7 y 8], pág. 524 —este mismo artículo se publicó, con idéntico título, en: CPNews 1995 [5-1], págs. 1-6—).

Esta interrelación se puede apreciar ya desde el advenimiento de la crisis energética de 1973, que obligó a la Comisión CE a tomar en consideración objetivos más propios de otras políticas —aunque, según el texto del TCEE, todavía fuesen estatales— en la aplicación del Derecho de defensa de la competencia (véase GERBER: "The Transformation...", cit., pág. 119)

En este mismo sentido se pronuncian otras Direcciones Generales de la Comisión CE. Así, véase MICOSI, S.: "Nouvelles Orientations de la Politique Industrielle dans l'Union Européenne", RMCUE 1996 (398), págs. 163-164; y MOUSSIS, N.: "Une politique industrielle sous-jacente à d'autres politiques communautaires", RMCUE 1996 (398), págs. 203-204.

¹⁵⁴ EHLERMANN, C.-D.: "Der Beitrag der Wettbewerbspolitik zum Europäischen Binnenmarkt", WuW 1992 (1), pág. 10.

y del sistema, no de la competencia económica misma. Y tampoco se debe confundir eficacia con eficiencia (*Leistungsfähigkeit*), de manera que la anterior afirmación pudiera ser entendida como simple traslación de la idea de una "competencia suficiente". En este sentido habría que matizar dicha expresión cuando el TJCE lo utiliza, tal vez de forma involuntaria, en un mal uso del lenguaje¹⁵⁵, en su sentencia en el As. *Metro I*: como el grado de competencia necesario para asegurar el respeto de las exigencias básicas de los objetivos del TCE, es especial, la creación de un Mercado Unico en el que se alcancen condiciones similares a las de los mercados nacionales¹⁵⁶. Lo que sí puede deducirse de ello es una funcionalización eficiente (*leistungsfähige Funktionalisierung*) de la regulación de la competencia, de como ésta es concebida como medio y como contexto para la consecución de metas de política industrial.¹⁵⁷

La exposición precedente vendría a explicar de que se ha tratado y de que se trata en el juego de las relaciones entre las distintas políticas de la CE, de manera que lo único que posibilitó Maastricht —además de legitimar una serie de actuaciones comunitarias que nadie venía cuestionando hasta ese momento— es, por decirlo gráficamente, que, a partir de entonces, la CE y los Estados miembros "jugasen con las cartas descubiertas". Esta situación genera el efecto de que el desarrollo

¹⁵⁵ La pluralidad de idiomas, que, por otra parte, no es sino reflejo de la propia pluralidad de la UE, genera no pocas dificultades a la hora de conformar los materiales normativos comunitarios; en general, véase WEIR, T.: "Die Sprachen des europäischen Rechts. Eine skeptische Betrachtung", ZEuP 1995 (3), págs. 368-374; en relación con la jurisprudencia comunitaria en especial, véase EVELING, U.: "Die Zukunft der europäischen Gerichtsbarkeit in einer erweiterten Europäischen Union", EuR 1998 (4), págs. 402-403.

¹⁵⁶ Sent. del TJCE cit.; en su versión inglesa: "*The requirement contained in Articles 3 and 85 of the EEC Treaty that competition shall not be distorted implies the existence on the market of workable competition, that is to say the degree of competition necessary to ensure the observance of the basic requirements and attainment of the objectives of the Treaty, in particular the creation of a single market achieving conditions similar to those of a domestic market*". Cfr. con la noción de competencia suficiente dada *supra*, en este mismo epígrafe.

¹⁵⁷ En este mismo sentido, véase FURSE: "The Role of Competition...", cit., págs. 255-256.

económico-constitucional y político-económico de la CE conduzca hacia una "politización en lugar de hacia una juridificación" del Derecho de la competencia comunitario. Y lacónicamente se advierte que "los criterios materiales hasta ahora vinculantes para la aplicación del Derecho [...] se difuminan"¹⁵⁸. Pero, ¿es que han sido alguna vez diáfanos? Si la respuesta fuese afirmativa, este discurso sería superfluo. No cabe duda de que la seguridad jurídica constituye un principio general del Derecho comunitario de defensa de la competencia¹⁵⁹. Pero, en primer lugar, el respeto a este principio exige una cierta dosis de flexibilidad en el caso de Derecho económico en general, por la propia naturaleza de la materia¹⁶⁰. Y, en segundo lugar, no puede afirmarse que tal principio resulta desatendido por el hecho de que la realidad normativa no responda a determinados prejuicios: en los tratados comunitarios europeos existe un modelo de economía de mercado, pero ya no puede defenderse que se trate de un modelo ordoliberal. Aunque, en abstracto, pueda ser discutible si determinadas causas de justificación de las restricciones de la competencia, como el criterio del interés superior de la colectividad, deben ser ponderadas como ventajas frente a los inconvenientes de la restricción¹⁶¹, es un hecho que la CE gira hacia una constitución económica de economía social de mercado. En el ámbito de la política de la competencia, ello conduce tanto a una interacción con la política industrial, como al mantenimiento e, incluso,

¹⁵⁸ IMMENGA: "Wettbewerbspolitik...", cit., pág. 17; en este mismo sentido, insiste en la necesidad de abandonar esta "concepción político-dinámica" (*politisch-dynamische Konzeption*) del Derecho, por la inseguridad jurídica que ello genera, RITTNER, F.: "Das europäische Kartellrecht. Einer kritische Bestandsaufnahme", JZ 1996 (8), págs. 383-384; e IDEM: "Wieviel Europa braucht Europa?", EuR 1998 (1), págs. 11 y 18.

¹⁵⁹ Véase, por todos, BASEDOW, J.: "Rechtssicherheit im europäischen Wirtschaftsrecht – Ein allgemeiner Rechtsgrundsatz im Lichte der wettbewerbsrechtlichen Rechtsprechung", ZEuP 1996 (4), págs. 570-586.

¹⁶⁰ Al respecto, véase *infra*, epg. XVIII. 1.

¹⁶¹ En este sentido, véanse BARTLING, H.: "Schlußfolgerungen aus Entwicklungstendenzen der Wettbewerbstheorie für die Wettbewerbspolitik", WuW 1993 (1), págs. 25-26; y TOBÍO RIVAS: "Libro Verde...", cit., pág. 1054.

a una elevación de los poderes de ordenación de los órganos comunitarios —en especial, de la Comisión CE—.

Es en este contexto donde hay que situar la discusión sobre la conveniencia de crear una agencia independiente de control de la normativa comunitaria de competencia, una "Oficina Europea de Defensa de la Competencia" (*Europäische Kartellamt*), inspirada en el modelo que brinda la Oficina Federal Alemana de Defensa de la Competencia (*Bundeskartellamt*)¹⁶². Sin embargo, esta propuesta alemana no tuvo acogida en el TUE. Y tampoco la ha tenido con ocasión de la aprobación del Tratado de Amsterdam. Al contrario, la posición de la Comisión CE ha salido reforzada¹⁶³. De modo que pudiera ser que "la Comunidad no esté todavía madura para una Oficina Europea independiente de Defensa de la Competencia"¹⁶⁴. Pero no parece que sea ésta la razón de su abandono, sino que, en realidad, no es

¹⁶² Tengase, no obstante, en cuenta, que la misma va referida especialmente al ámbito del control de concentraciones empresariales; véase GROGER/JANICKI: "Weiterentwicklung...", cit., págs. 997-998.

A favor de la creación tal agencia independiente se han pronunciado expresamente IMMENGA: "Líneas de desarrollo...", cit., págs. 1116-1118; SCHMIDT: "Europäische Industriepolitik...", cit., pág. 985; SELIGER, B.: "Ein unabhängiges Kartellamt für Europa – ordnungs- und wettbewerbspolitische Aspekte", WuW 1997 (11), págs. 878-881; DREHER: "Der Rang...", cit., págs. 665-666; y WOLF, últimamente en: "Die Erwartungen...", cit., pág. 1. Cfr. BISHOP, B., y BISHOP, S.: "Reforming Competition Policy: Bundeskartellamt – Model or Muddle?", ECLR 1996 (4), págs. 207-209, quienes, sin negar la necesidad de crear una agencia independiente, entienden que el modelo alemán no es válido para la UE, y proponen seguir el que brinda la propia *Merger Task Force* comunitaria.

¹⁶³ Al respecto, véanse MARTÍNEZ LAGE, S.: "El Tratado de Amsterdam y las reglas de competencia", GJCE 1997 (Bol. 125), pág. 2; y COMISIÓN CE: *XXVII Informe...*, cit., págs. 11. Véase también MIERT, K. v.: "La Conférence Intergouvernementale et la politique communautaire de la concurrence", CPNews 1997 (2-3), págs. 1-2.

¹⁶⁴ EHLERMANN: "Der Beitrag...", cit., pág. 20. Con más amplitud, IDEM: "Zukünftige Entwicklungen des Europäischen Wettbewerbsrecht", EuZW 1994 (21), págs. 650-653; e IDEM: "Reflections on a European Cartel Office", CMLRev 1995 (32), págs. 471-486. No obstante, considera "ya maduro el momento", para establecer "una Comisión Europea de Monopolios (*Europäische Monopolkommission*) siguiendo el ejemplo de la Comisión de Monopolios alemana" (véase EHLERMANN: "Zukünftige Entwicklungen...", cit., pág. 653; e IDEM: "Reflections on a European...", cit., págs. 485-486).

deseable una agencia independiente, no es deseable la "despolitización" que con la misma se busca¹⁶⁵. Dicho de otra manera, ello no sería consecuente con la deseada interacción entre la política de la competencia y la política industrial y las otras políticas comunitarias. La Comisión CE no padece ningún "conflicto de identidad"¹⁶⁶, sino que acusa la gran dificultad que plantea el deficiente carácter "justiciable" (*justiziabel*) —entendido como posibilidad de control del mismo mediante el propio ordenamiento, lo que, en definitiva, se traduce en seguridad jurídica¹⁶⁷— de sus tareas.

Idéntica problemática plantea la próxima introducción de la política comunitaria de empleo en el TCE por obra del Tratado de Amsterdam. Tras añadirse en el art. B TUE a los objetivos de la UE el de "promover [...] un alto nivel de empleo", el nuevo art. 3.1.i) TCE establece la competencia material para "el fomento de la coordinación entre las políticas en materia de empleo de los Estados miembros, con vistas a aumentar su eficacia mediante el desarrollo de una estrategia coordinada de empleo". Esta competencia se desarrolla en los nuevos arts. 109 N a 109 S TCE. Y en el art. 109 P.2 TCE se establece también una cláusula de interrelación, pues "al formular y aplicar las políticas y medidas comunitarias deberá tenerse en cuenta el objetivo de un alto nivel de empleo"¹⁶⁸. De hecho, la Comisión CE ya se prepara para contribuir, desde la política de la competencia, "al éxito de una política

¹⁶⁵ Véase MIERT, K. v.: "The proposal for a European competition agency", CPNews 1996 (2-2), págs. 1-4; y RILEY, A. J.: "The European Cartel Office: A Guardian Without Weapons?", ECLR 1997 (1), págs. 15-16.

¹⁶⁶ Cfr. HAUSCHKA, C. E.: "Zielkonflikte zwischen Unternehmenskontrolle und Wirtschaftsförderung in den wettbewerbspolitischen Programmaussagen der EG-Kommission", WuW 1990 (3), pág. 216.

¹⁶⁷ Sobre la noción de "carácter justiciable", véase BEHRENS, P.: "Die Wirtschaftsverfassung der europäischen Gemeinschaft", en: AA. VV., BRÜGGEMEIER, G. (edr.): *Verfassungen für ein ziviles Europa*, Col. ZERP, vol. 20, Nomos, Baden-Baden, 1994, pág. 89.

¹⁶⁸ UNIÓN EUROPEA: *Tratado de Amsterdam*, cit.

global por el empleo", pues "la política de la competencia resulta ser, qué duda cabe, una de las políticas esenciales para ganar la batalla del empleo en Europa". Concretamente, ésta expresa su convicción de que "respetar del *diálogo social*, que, más allá de las exigencias humanas, responde también a una *nueva concepción de la eficacia económica*".¹⁶⁹

Por contra, la modificación del art. 129 A TCE por el Tratado de Amsterdam no va a provocar un cambio de entidad en la configuración de la política comunitaria de la competencia, pese a que su nuevo apdo. 2 incorpore una cláusula de interrelación¹⁷⁰. Como tampoco lo provocó en su día la introducción por el TUE del citado precepto, por el que se venía dar carta de naturaleza comunitaria a la política de protección de los consumidores. Esto es así, porque dicho objetivo se encuentra ya expresamente contemplado en el apdo. 3 del art. 85 TCE.¹⁷¹

En resumen, el siguiente pasaje del LiV RV define muy bien cual es la "razón" del Derecho comunitario de la competencia: "[e]l interés básico de la Comisión consiste en fomentar y preservar unos mercados integrados y competitivos en la Comunidad Europea y aplicar una política de competencia eficiente y efectiva, con el fin de velar por los intereses de los consumidores y reforzar la competitividad de la industria, prestando especial atención a las PYME"¹⁷², lo que hace que "el concepto de competencia que defiende y maneja el legislador comuni-

¹⁶⁹ COMISIÓN CE: *XXVII Informe...*, cit., págs. 6-7 —las cursivas son nuestras—; así, se afirma que "asociar a los trabajadores de las empresas a las decisiones estratégicas de este tipo (refiriéndose a las reestructuraciones empresariales) favorece la competitividad".

¹⁷⁰ Véase UNIÓN EUROPEA: *Tratado de Amsterdam*, cit.

¹⁷¹ Y ello, sin perjuicio de que el concepto de "usuario" recogido en la prohibición de conductas colusorias pueda ser más amplio que el de "consumidor" del art. 129 A TCE; al respecto, véase, por todos, TOBÍO RIVAS: *La autorización de medidas...*, cit., pág. 197 y sigs.; y, REICH: *Europäisches Verbraucherrecht...*, cit., especialmente, núm. 63 y sigs., pág. 161 y sigs.

¹⁷² Véase LiV RV, núm. 271, pág. 89.

tario es un concepto funcional, relativo, flexible y dinámico"¹⁷³; un concepto que podría calificarse de "competencia suficiente y (socialmente) sostenible". Esta acumulación de objetivos no es contraria al pensamiento constitucional-económico, que se basa en el convencimiento de que también el ejercicio del poder económico debe estar sometido a reglas de Derecho. Estas son las reglas que integran el objeto de la constitución económica en sentido material¹⁷⁴. El problema no radica en que este giro en la voluntad política provoque la desintegración de la constitución económica comunitaria. Sino en que ello lanza un desafío: partiendo de una determinada declaración de voluntad —es decir, una declaración del siguiente tenor: la regulación de la competencia comunitaria, y más concretamente, el art. 85 TCE, ha de coordinar un sistema de competencia no falseado con objetivos de integración y (ahora, abiertamente) de política industrial, y de otras políticas presentes y futuras, como es el caso de la de empleo—, debe conseguirse que las reglas de Derecho que concretan el ejercicio del poder económico por agentes privados y públicos y su control, sean adecuadas para alcanzar los objetivos perseguidos, protejan los intereses en juego y den seguridad jurídica a los operadores económicos.

Este desafío, sumado a la pérdida de peso específico del objetivo de la integración del Mercado Unico —aunque dicha merma, al menos, por lo que a las restricciones verticales se refiere, tiene un menor alcance del que se le atribuye, y obedece en mayor medida a la práctica inoperancia de las mismas como herramienta integrativa, y no a la consecución del objetivo mismo—, se ha calificado como "crisis de identidad" del Derecho comunitario de defensa de la competencia. Para redefinir su misión, éste ha avanzado, de una parte, en el tratamiento del impacto de los operadores públicos sobre la competencia económica. Y, de otra parte, se ve en la necesidad de evolucionar hacia una configuración más

¹⁷³ BOTANA: "Los actos anticompetitivos...", cit., pág. 64.

¹⁷⁴ Véase BEHRENS: "Die Wirtschaftsverfassung...", cit., pág. 76. Entre nosotros, véanse, por todos, DUQUE DOMÍNGUEZ: "Constitución económica y Derecho mercantil", cit., pág. 70 y sigs.; y MENÉNDEZ: *Constitución, sistema económico...*, cit., pág. 5 y sigs.

convencional, en el que la eficiencia económica tenga un mayor peso específico, pero sin poder obviar la necesidad de atender otros objetivos concurrentes. El Derecho comunitario de la competencia se encuentra inmerso en esta dinámica, en esta tensión entre una política de la competencia de fin único y una política de la competencia de fin complejo, que es la que sirve de motor de su transformación. Y ello es lo que está provocando una menor juridificación y una mayor politización del Derecho de la competencia¹⁷⁵. Los esfuerzos de los juristas tienen que ir dirigidos a sedimentar esta evolución, esto es, a incrementar la juridificación, pero incorporando al Derecho el fin complejo por el que el TCE se ha decidido.

En la consecución de este resultado, además de la provisión de elementos de juicio suficientes para poder ponderar los intereses en juego en función de los objetivos perseguidos, así como de reglas para efectuar dicha ponderación, están llamados a desempeñar un importante papel los aspectos relativos a la distribución de competencias, así como regulativos y procedimentales del contexto del art. 85 TCE, de los que a continuación se pasa a tratar.

XVI. 2. B. Aspectos relativos a la distribución de competencias

El punto de partida teórico es que el art. 85 TCE opta por un sistema de control *a priori* de las restricciones verticales, para lo que sigue la técnica de la prohibición con reserva de autorización: su apdo. 1 establece una prohibición absoluta de restricciones de la competencia perseguidas y/u originadas por conductas colusorias, mientras que su apdo. 3 prevé la posibilidad, concurriendo los requisitos allí enunciados, de declarar exenciones a dicha prohibición. La exención, que puede concederse, bien para un acuerdo determinado —en cuyo caso se habla de exención individual o singular, y precisa la previa notificación del acuerdo—, bien para grupos de acuerdos —en tal caso se habla de

¹⁷⁵ Véase GERBER: "The Transformation...", cit., págs. 143-147.

exención por categorías, y opera sin necesidad de notificación del acuerdo—, tiene efectos "constitutivos", y no meramente "declarativos": las conductas que corresponden al supuesto de hecho del apdo. 1 están prohibidas hasta que son declaradas exentas conforme al apdo. 3 del art. 85 TCE¹⁷⁶. En principio, cabe pensar que tal opción refleja una valoración *a priori* desfavorable de las restricciones verticales de la competencia.

Sin embargo, en la práctica no se sigue exactamente este modelo teórico. De una parte, el apdo. 1 no constituye una prohibición absoluta¹⁷⁷. De otra parte, es cuestionable si una de las modalidades de exención, concretamente, la exención por categorías, puede ser entendida como manifestación de la reserva de autorización.¹⁷⁸

Pero esta configuración bisecucional de la prohibición de conductas colusorias no plantea únicamente cuestiones de índole

¹⁷⁶ Véanse HIRSCH/BUKERT: *Gleiss/Hirsch Kommentar...*, cit., núm. 1779, pág. 682; y FERNÁNDEZ DE LA GÁNDARA/CALVO: *Derecho Mercantil Internacional*, cit., pág. 329.

Esto es, el apdo. 3 del art. 85 TCE no constituye una excepción legal, lo que tendría como consecuencia la exclusión de las conductas por él amparadas, que es lo que sucede en el caso del art. 2.1 LDC.

Por lo demás, la Ley española opta por un sistema de control básicamente similar al comunitario —con la salvedad de que en el Derecho español no cabe la posibilidad de solicitar la declaración negativa (véase Res. del TDC de 30-4-1997, Exte. r 206/97, As. CEFASA, Bol. Eco. ICE 1997 [2547], págs. 60-62)—.

Pero tal sistema no constituye la regla general en el contexto de la UE. Los sistemas de control adoptados por los Estados miembros en sus respectivos Derechos nacionales varían, tanto en cuanto al recurso a un sistema de control *a priori* o *a posteriori* —en este último caso no se establece una prohibición absoluta, sino un control de los abusos—, como a la obligación de notificación y el alcance de la misma; al respecto, véanse LiV RV, núms. 209-211, págs. 72-73; y COMISIÓN DE LA COMUNIDAD EUROPEA: *Surveys of the Member States' powers to investigate and sanction violations of national competition laws*, Oficina de Publicaciones Oficiales de las Comunidades Europeas, Luxemburgo, 1996, págs. 5, 9 y 21-29; sobre los distintos sistemas teóricos de control, véase TOBÍO RIVAS: *La autorización de medidas...*, cit., págs. 37-43.

¹⁷⁷ Véase *infra*, epgs. XVI. 5. y XVI. 6.

¹⁷⁸ Véase *infra*, epg. XVI. 4. A.

técnico-jurídica. Además de éstas y de una sobrecarga de trabajo¹⁷⁹, tal configuración genera una escisión de la competencia ejecutiva en materia de defensa de la competencia, en tanto que la estructura del art. 85 TCE, en relación con los arts. 88 y 89 TCE, y 9, apdos. 1 y 3, Rgto. CEE 17/62 —que, en realidad, es una norma de atribución competencial, y no una norma meramente procedimental—, determinan una especial distribución de competencias para su efectiva implantación. Básicamente se establece una atribución concurrente a la Comisión CE y los órganos de los Estados miembros de competencias ejecutivas en la efectiva implantación del apdo. 1 del art. 85 TCE: merced a ser directamente aplicable, los tribunales¹⁸⁰ y, siempre que así lo prevea el propio Derecho nacional¹⁸¹, las autoridades de los Estados miembros,

¹⁷⁹ Véase *infra*, epg. XVI. 2. C.

¹⁸⁰ En el caso español, y pese a las Sents. del TS de 18-5-1985 (RAJ 1985, 2397) y de 30-12-1993 (RAJ 1993, 9902), resulta discutido y discutible si la jurisdicción ordinaria, en especial, los tribunales civiles, pueden aplicar directamente el art. 85.1 TCE o, si por el contrario, es preciso el planteamiento de una cuestión previa ante el TDC; duda que se extiende a la aplicación del propio art. 1 LDC. Al respecto, véase, contrarios a la actuación inmediata de los tribunales civiles, MARTÍNEZ LAGE, S.: "El efecto directo de los artículos 85 y 86 del TCE en Derecho español (I) (STS de 30.12.93)", GJCE 1994 (Bol. 94), págs. 1-3; IDEM: "El efecto directo de los artículos 85 y 86 del TCE en Derecho español (II) (STS de 30.12.93)", GJCE 1994 (Bol. 95), págs. 1-3; BAÑO LEÓN: *Potestades administrativas...*, cit., págs. 265 y sigs.; y SORIANO GARCÍA: *Derecho Público de la Competencia*, cit., págs. 332-333 y 520 y sigs.; favorables a su actuación inmediata, el propio MARTÍNEZ LAGE, S.: "La aplicación del Derecho de la Competencia por los tribunales ordinarios", GJCE 1994 (Bol. 97), págs. 1-3; y COSTAS COMESAÑA: *Los cárteles de crisis...*, cit., págs. 85 y sigs. Se trata de una cuestión que, de *lege ferenda*, convendría clarificar (véase MARTÍNEZ LAGE: S.: "¿Nueva reforma de la Ley de Defensa de la Competencia?", GJCE 1997 [Bol. 122], pág. 3). Pero, en cualquier caso, lo que parece un hecho es la muy escasa efectiva implantación del Derecho comunitario de la competencia por parte de los tribunales civiles (véase MARTÍNEZ LAGE, S.: "La aplicación del Derecho comunitario de la Competencia por las autoridades nacionales", GJCE [Bol. 85], pág. 2). Y, cuando se ha procedido a ello, el órgano jurisdiccional ha entendido que no se encuentra vinculado por un pronunciamiento anterior sobre el asunto por parte del TDC, porque, al fin y al cabo, éste no deja de ser de naturaleza administrativa (véase Sent. de la Audiencia Provincial de Zaragoza [Sec. 2.^a] de 21-6-1993, de la que se da noticia en: RDN 1994 [51], pág. 43).

¹⁸¹ En España, la autoridad competente para implantar efectivamente el art. 85.1 TCE es el TDC, mientras que la instrucción de tales expedientes es encargada al Servicio de Defensa de la Competencia; actividades de instrucción y resolución que se rigen por las reglas procedimentales del Derecho nacional (véase arts. 1.1, 3 y 9 del Real Decreto

son competentes para hacer cumplir la prohibición, en tanto en cuanto la Comisión CE no haya iniciado un procedimiento —igualmente pasa a ser competencia de la Comisión CE en el momento en el que, por acuerdo formal, abre el procedimiento—. Por contra, la Comisión CE tiene competencias decisorias exclusivas para la declaración de exenciones individuales con base en el apdo. 3 del art. 85 TCE. Y de conformidad con lo dispuesto en los arts. 87.1¹⁸² y 155.4 TCE, el Consejo ha habilitado a la Comisión CE para declarar exentas determinadas categorías de acuerdos. De esta atribución de competencias hace uso la Comisión CE mediante la promulgación de numerosos reglamentos de exención por categorías.¹⁸³

También el TJCE y, desde 1989, el TPI conocen de asuntos de

295/1998, de 27 de febrero, relativo a la aplicación en España de las reglas europeas de competencia [BOE de 7-3]; al respecto, véase MARTÍNEZ LAGE, S.: "La aplicación concurrente del Derecho de la competencia por la Comisión Europea y por las autoridades nacionales", GJCE 1998 [Bd. 130], págs. 3-4).

Sin embargo, hay autoridades nacionales que, por razón de su propio Derecho, no son competentes para aplicar el art. 85 TCE; concretamente, los de Austria, Dinamarca, Finlandia, Irlanda, Luxemburgo y el Reino Unido (véase COMISIÓN DE LA COMUNIDAD EUROPEA: "Application of Articles 85-86 in the Member States", obtenido a fecha 25 de diciembre de 1998 en: <http://europa.eu.int/comm/dg04>, 3 págs.).

¹⁸² De las modificaciones que van a ser introducidas por el Tratado de Amsterdam en la sec. 1.ª, cap. 1.º, tít. V, TCE (véase UNIÓN EUROPEA: *Tratado de Amsterdam*, cit.), interesa aludir aquí a la nueva redacción de la que es objeto el apdo. 1 del art. 87 TCE, donde simplemente se suprime la regla de la unanimidad en el Consejo para la adopción de reglamentos o directivas en la materia. Esto implica que la posición de la Comisión CE no se ve alterada. Pero tampoco hay una decisión absoluta en favor del protagonismo de la institución comunitaria en la materia: llama igualmente la atención la no derogación o modificación del art. 88 TCE, lo que permite poner en duda su carácter meramente transitorio, pudiendo ser de alguna relevancia si se llegase a modificar el Rgto. CEE 17/62.

¹⁸³ Véanse KAMBUROGLOU, P.: "EWG-Wettbewerbspolitik und Subsidiarität", WuW 1993 (4), págs. 280-281; y BEUTLER, B., BIEBER, R., PIPKORN, J. y STREIL, J.: *Die Europäische Union. Rechtsordnung und Politik*, 4.ª ed., reelaborada, Nomos, Baden-Baden, 1993, págs. 352-353; véanse también CASES: *Derecho Administrativo de la Defensa...*, cit., pág. 74 y sigs.; y ORTIZ BLANCO, L.: *El Procedimiento en Derecho de la Competencia Comunitario*, vol. I (El marco institucional y la organización del Procedimiento. Incoación e instrucción de los Procedimientos), Col. Cuadernos de Estudios Europeos, Civitas/Fundación Empresa-Universidad, Madrid, 1994, pág. 33 y sigs.

Derecho de la competencia en los que es de aplicación el art. 85 TCE. Ello sucede en dos clases de procedimientos. En unos casos se trata de vías directas de recurso, es decir, de recursos que son planteados directamente por los particulares ante el órgano judicial contra la Comisión CE. Para ello, en la actualidad, es competente el TPI —el TJCE actúa sólo como tribunal de revisión frente al TPI (art. 168 A TCE)—. En este caso se trata sobre todo de recursos de nulidad presentados por empresas contra decisiones que la Comisión CE ha adoptado contra ellas en razón al art. 85 TCE (véase art. 173 TCE). Igualmente se engloban aquí los recursos por omisión presentados por empresas competidoras, cuando la Comisión CE ha rechazado proceder contra presuntas vulneraciones de la prohibición de conductas colusorias (art. 175 TCE). En otros casos se trata del planteamiento por tribunales nacionales de cuestiones prejudiciales sobre de la validez o/y la interpretación del Derecho comunitario (art. 177 TCE), para lo que es competente el TJCE.¹⁸⁴

A la vista de todo lo anterior, puede ya afirmarse que la Comisión CE aglutina las funciones de legislador y administrador de la prohibición comunitaria de conductas colusorias¹⁸⁵: el Rgto. CEE 17/62 creó

¹⁸⁴ Véanse EVERLING, U.: "Zur Wettbewerbskonzeption in der neueren Rechtsprechung des Gerichtshofs der Europäischen Gemeinschaften", WuW 1990 (12), págs. 997-999; BEUTLER/BIEBER/PIPKORN/STREIL: *Die Europäische Union...*, cit., págs. 146-152; SEDEMUND, J., y HEINEMANN, K.: "Rechtsschutz im Gemeinschaftsrecht", DB 1995 (14), págs. 713-720; e IDEM: "Rechtsschutzdefizite in der EG", DB 1995 (23), págs. 1161-1167. En especial, a propósito de los recursos de vía directa, véase ORTIZ BLANCO: *El Procedimiento...*, cit., vol. I, págs. 67-70, y vol. II (Los Procedimientos en particular. Procedimientos de infracción. Procedimientos de declaración negativa y de exención individual. Procedimientos especiales), pág. 190 y sigs.; y, a propósito del recurso de revisión ante el TJCE, véase WÄGENBAUR, B.: "Die Prüfungskompetenz des EuGH im Rechtsmittelverfahren", EuZW 1995 (7), págs. 199-203.

¹⁸⁵ Véanse GOYDER: *EC Competition Law*, cit., pág. 124 y sigs.; WILKS, S.: "The Metamorphosis of European Competition Policy", en: AA. VV., SNYDER, F. (edr.): *European Community Law*, vol. II, Col. The International Library of Essays in Law & Legal Theory, Dartmouth, Aldershot/Hong-Kong/Singapore/Sydney, 1993, pág. 290, quien habla de una "institución reguladora de dirección política" (*a regulatory body of policy-makers*); y BRENT, R.: "The Binding of Leviathan?—The Changing Role of the

"un sistema de Derecho de la competencia en el que los poderes de efectiva implantación y dirección política se concentran en la Comisión, ignorándose el papel de los sistemas legales nacionales"¹⁸⁶. Y esta planteamiento básico no ha variado, por lo que al papel de la Comisión CE se refiere. Y ello, pese a que al hilo de la discusión sobre el principio de subsidiariedad (art. 3B TCE)¹⁸⁷, se ha planteado la cuestión de la descentralización de la competencia comunitaria en materia de Derecho de defensa de la competencia. Con base en este principio se vienen sosteniendo dos posturas: bien dejar en manos de los tribunales nacionales la implantación del art. 85 TCE, bien transferir la competencia a las autoridades nacionales en aquellos asuntos que tengan su mayor incidencia en el territorio de un solo Estado miembro, mientras que la Comisión CE únicamente debería actuar en aquellos casos que resultasen de significativo interés comunitario¹⁸⁸. Por lo tanto, y no obstante las dos opciones teóricas, el significado práctico de este principio para las reglas de defensa de la competencia debe permanecer, en cualquier caso, en el ámbito "procedimental"; esto es, el principio de subsidiariedad únicamente puede alcanzar, pura y simplemente, la más estricta efectiva implantación del Derecho de la competencia, sin que puedan tener lugar desarrollos ni legislativos ni jurisprudenciales en la materia por parte de los órganos nacionales¹⁸⁹. Como así ha sucedido.

European Commission in Competition Cases", ICLQ 1995, págs. 278-279.

¹⁸⁶ GERBER: "The Transformation...", cit., pág. 105.

¹⁸⁷ Sobre el principio de subsidiariedad, con carácter general, véase FERNÁNDEZ ESTEBAN, M. L.: *El principio de subsidiariedad en el ordenamiento europeo*, Col. Estudios, McGraw-Hill, Madrid, 1996.

¹⁸⁸ Véase GROGER, T., y JANICKI, T.: "Weiterentwicklung des Europäischen Wettbewerbsrechts", WuW 1992 (12), págs. 995-996. Véanse también WOLF, D.: "Zum Verhältnis von europäischem und deutschem Wettbewerbsrecht", EuZW 1994 (8), pág. 235; y WOLF, D., y FINK, R.: "Mit der Verordnung Nr.17 ins nächste Jahrtausend?", WuW 1994 (4), págs. 291-292.

¹⁸⁹ Véanse KAMBUROGLOU: "EWG-Wettbewerbspolitik...", cit., págs. 281-283; OBERENDER/OKRUCH: "Gegenwärtige Probleme...", cit., pág. 518; ROBLES MARTÍN-LABORDA, A.: "El principio de subsidiariedad en la aplicación de los arts. 85 y 86 del Tratado CEE", RDN 1993 (37), págs. 21-22; EHLERMANN, C.-D.: "Ist die Verordnung

Tal descentralización no constituye, sin embargo, un fenómeno aislado¹⁹⁰. Al mismo no es ajeno un movimiento de convergencia de los Derechos nacionales de defensa de la competencia hacia el Derecho comunitario. Es decir, se aprecia una tendencia simultánea hacia la descentralización procedimental del Derecho comunitario de la competencia y hacia la armonización sustantiva de los Derechos nacionales de la competencia al Derecho comunitario¹⁹¹. A la que hay que sumar una

Nr.17 noch zeitgemäß?", WuW 1993 (12), págs. 997-999; y MÖSCHEL, W.: "Susidiaritätsprinzip und europäisches Kartellrecht", NJW 1995 (5), págs. 281-282. Cfr. WOLF: "Zum Verhältnis...", cit., pág. 235; y WOLF/FINK: "Mit der Verordnung...", cit., pág. 291.

¹⁹⁰ En este mismo orden de ideas, véase RODGER, B. J., y WYLIE, S. R.: "Taking the Community Interest Line: Decentralisation and Subsidiarity in Competition Law Enforcement", ECLR 1997 (8), págs. 485 y sigs; véase también MARTÍNEZ LAGE, S.: "La aplicación del Derecho de la competencia en un conexto *federal*", GJCE 1996 (Bol. 111), págs. 1-3.

¹⁹¹ Esta última constituye una tendencia general, que si bien puede apreciarse desde hace tiempo atrás (véanse DREHER, M.: "Kartellrechtsvielfalt oder Kartellrechtseinheit in Europa? Harmonisierungsbedarf und Harmonisierungsgrenzen für nationale Kartellrechte", AG 1993 [10], págs. 437-448; y SCHWINTOWSKI: "Konzept, Funktion..., cit., pág. 55), ha sido puesta claramente de manifiesto en los últimos años por las reformas de las legislaciones nacionales (véanse COMISIÓN CE: *Survey of [...] National Laws...*, cit., págs. 14-15; ULLRICH, H.: "Harmonisation within the European Union", ECLR 1996 [3], págs. 178-184; y BAUDENBACHER, C., y BEESER, S.: "Gesamteuropäische Konvergenzentwicklungen im Kartellrecht", WuW 1997 [9], págs. 681-691). Significativamente, de aquéllas con mayor tradición, como fue el caso, en 1986, del Derecho francés (véase *supra*, epg. IX. 3.) o recientemente, del Derecho alemán y británico. No obstante, en el primer caso de los últimos enunciados, y pese a que uno de los motivos de la Sexta Reforma de la GWB era su alineamiento con el Derecho comunitario, el resultado final ha sido de menor alcance al esperado (véase *supra*, epg. IX. 4.). Por contra, el Derecho británico se ha aproximado decididamente al Derecho comunitario por medio de la *Competition Act 1998 (HMSO, Acts of Parliament 1998, chapter 41)* —aprobada por *Royal Assent* el 9 de noviembre de 1998, y que terminará de entrar completamente en vigor el 1 de marzo de 2000—; si bien tal aproximación no ha quedado exenta de críticas, entre otras razones, por lo que se refiere al tratamiento de las restricciones verticales —críticas similares a las que en Alemania frenaron el alcance de la reforma a este respecto— (véanse, sobre los inicios de los trabajos de reforma, FURSE, M.: "The Role of EC Law in UK Reform Proposals", ECLR 1996 [2], págs. 134-137; y ROBERSTON, A.: "The Reform of UK Competition Law - Again?", ECLR 1996 [4], págs. 210-218; todavía sobre el proyecto, en sus diferentes fases de tramitación, SHOLES, J., ET AL.: "The U.K. Draft Competition Bill: Comments Based on Observations of the Competition Law Association", ECLR 1998 [1], págs. 32-45; BISHOP, B.: "Antitrust Enforcement and the Rule of Law", ECLR 1998 [1], págs. 1-3; FURSE, M.: "The Competition Bill—a competition law that can compete", JBL 1998, págs. 168-180; JANSEN,

tercera tendencia hacia lo que podría denominarse "devaluación" de los Derechos nacionales de la competencia. Esta es fruto, más que de la amplitud con la que se viene delimitando el elemento de la afectación del comercio intracomunitario de la prohibición de conductas colusorias¹⁹², de las cada vez más frecuentes relecturas de las reglas que determinan las relaciones entre el Derecho comunitario y los Derechos nacionales de la competencia, y que tienden a ampliar el ámbito de aplicación del principio de barrera única frente al de doble barrera establecido en los As. *Walt Wilhelm* y *Guerlain*¹⁹³. Tales movimientos de descentralización, convergencia y devaluación, que podrían reunirse bajo el término "cooperación", obedecen a múltiples razones, de entre las que destacan la necesidad de ofrecer a las empresas que operan en el Mercado Unico las ventajas de un sistema de control de "ventanilla única" (*one-stop-shop*), tanto en sus aspectos sustantivos —se busca evitar el sometimiento a normativas divergentes, así como la adopción de decisiones contradictorias— como procedimentales —especialmente, se persigue simplificar las gestiones administrativas, fomentar la

H.: "Die Reform des britischen Wettbewerbsrechts", WuW 1998 [3], págs. 233-244; BARR, F.: "Has the U.K. Gone European: Is the European Approach of the Competition Bill More than an Illusion?", ECLR 1998 [3], págs. 139-144; y DAVIS, G.: "Editorial – Vom Formalzum Auswirkungsprinzip – das neue englische Wettbewerbsrecht", EuZW 1998 [22], pág. 673).

¹⁹² Cfr. RODGER/WYLIE: "Taking the Community...", cit., pág. 489; al respecto, véase *infra*, epg. XVI. 3. B.

¹⁹³ Sents. del TJCE de 13.2.1969, As. 14/68, Slg. 1969, pág. 1 y sigs., y de 10.7.1980, As. 258/78 + 1-3/79, Slg. 1980, pág. 2327 y sigs., respectivamente.

Sobre este particular, véase FERNÁNDEZ DE LA GÁNDARA/CALVO: *Derecho Mercantil Internacional*, cit., págs. 317-323; y CASES: *Derecho administrativo...*, cit., págs. 60-72. Véanse también WALZ, R.: "Rethinking Walt Wilhelm, or the Supremacy of Community Competition Law over National Law", ELRev 1996 (21), págs. 449-464; BRINKER, I.: "Ansätze für eine EG-konforme Auslegung des nationalen Kartellrechts", WuW 1996 (7 y 8), págs. 549-558; SCHWARZE, J.: "Die Auswirkungen des Vorrangs des Gemeinschaftsrechts auf das deutsche Kartell- und Wettbewerbsrecht. Anmerkungen zu den Konsequenzen der jüngsten Judikatur des EuGH für die deutsche Rechtsprechung und Gesetzgebung", JZ 1996 (2), págs. 57-64 (este último artículo fue objeto de crítica en: KOPPFELS, U. v.: "Erwiderung auf Schwarze, Die Auswirkung des Vorrangs des Gemeinschaftsrechts auf das deutsche Kartell- und Wettbewerbsrecht, JZ 1996, 57 ff.", JZ 1996 [14], págs. 715-716; crítica a la que sigue la réplica de SCHWARZE). Cfr. JUNG, C. H. A.: *Subsidiarität im Recht der Wettbewerbsbeschränkungen. Die Aktionsmöglichkeiten nationaler Kartellbehörden in der Europäischen Union*, C. F. Müller, Heidelberg, 1995.

economía procesal y minorar el recurso al *forum shopping*¹⁹⁴; pero, sobre todo, permitir una descarga de trabajo suficiente a la Comisión CE¹⁹⁵. Ahora bien, y de cara al futuro, todo lo anterior permite cuestionar el sentido de la existencia de Derechos nacionales de defensa de la competencia, en una evolución que, parece, va a desembocar en su desaparición¹⁹⁶, cuando, paradójicamente, éstos van alcanzando un cierto grado de madurez.

Efectivamente, puede constatarse como la descentralización de la competencia comunitaria en la materia ha permanecido en el ámbito de la efectiva implantación del Derecho de defensa de la competencia. De modo que, en el contexto del art. 85 TCE, puede distinguirse entre un efecto sensible que puede denominarse "sustantivo" y un efecto sensible que puede calificarse de "procedimental": a diferencia del efecto sensible sustantivo, que sirve para limitar el ámbito de las prohibiciones comunitarias de conductas colusorias y abuso de posición de dominio¹⁹⁷, el efecto sensible procedimental es el criterio sobre el que descansa la descentralización del ejercicio de los poderes de decisión por parte de la Comisión CE. Ello resulta de lo dispuesto en los núms. 13-15 de la Comunicación de la Comisión relativa a la cooperación entre la Comisión y los órganos jurisdiccionales nacionales para la aplicación de los artículos 85 y 86 del Tratado (93/C 39/05) (en adelante, Comunicación sobre cooperación con Tribunales de 1993) y 33-36 de la Comunicación de la Comisión relativa a la cooperación

¹⁹⁴ Véanse COMISIÓN CE: *XXVII Informe...*, cit., págs. 13 y 21-22; ULLRICH: "Harmonisation...", cit., pág. 184; CHARBONNIER, V.: "Vertikale Absprachen im europäischen und internationalen Kartellrecht", *DZW* 1996 (7), pág. 271; y BERGH/CAME-SACA: "Die 6. GWB-Novelle...", cit., págs. 1148-1151.

¹⁹⁵ La actual carga de trabajo ya justifica por si sola la descentralización, pero a ésta hay que sumar la que se cierne sobre la Comisión CE a consecuencia de la ampliación hacia el Este de la UE; véase COMISIÓN CE: *XXVII Informe...*, cit., págs. 8-9.

¹⁹⁶ Cfr. MARTÍNEZ LAGE: "La aplicación del Derecho de la competencia en un contexto *federal*", cit., págs. 1-2.

¹⁹⁷ Véase *infra*, epg. XVI. 3.

entre la Comisión y las autoridades de los Estados miembros en el ámbito de la competencia para la tramitación de los asuntos a los que sean de aplicación los artículos 85 y 86 del Tratado (97/C 313/03) (en adelante, Comunicación sobre cooperación con Autoridades de 1997).¹⁹⁸

¹⁹⁸ DOCE núm. C 39/6, de 13.2.1993, y C 313/3, de 15.10.1997, respectivamente. La Comunicación sobre cooperación con Autoridades de 1997 se enmarca en el amplio proyecto de modernización del Derecho comunitario de la competencia (COMISIÓN CE: *XXVII Informe...*, cit., pág. 12), y viene a completar la Comunicación sobre cooperación con Tribunales de 1993 (núm. 3, pár. 2.º, Comunicación sobre cooperación con Autoridades de 1997; y COMISIÓN CE: *XXVII Informe...*, cit., pág. 21).

Sobre ambos aspectos de la cooperación, véanse SHAW, J.: "Competition complainants: a comprehensive system of remedies?", *ELRev* 1993 (5), pág. 427 y sigs.; VESTERDORF, B.: "Complaints concerning Infringements of Competition Law within the Context of European Community Law", *CMLRev* 1994 (31), pág. 77 y sigs.; KERSE, C. S.: "The complainant in Competition Cases: A Progress Report", *CMLRev* 1997 (34), pág. 213 y sigs.; y STEINDORFF, E.: "Aufgaben und Zuständigkeiten im europäischen Kartellverfahren. Zugleich zum Anspruch auf Beteiligung am Vertrieb und zum Verbraucherschutz", *ZHR* 1998 (162), págs. 290 y sigs.

En relación con la Comunicación sobre cooperación con Tribunales de 1993, puede consultarse MARTÍNEZ LAGE, S.: "La aplicación del Derecho Comunitario de la Competencia por los Tribunales nacionales", *GJCEE* 1993 (Bol. 82), pág. 1 y sigs.; WAELBROECK, M.: "La aplicación de los artículos 85 y 86 del Tratado CEE por las autoridades y por las jurisdicciones de los Estados miembros", en: AA. VV., RODRÍGUEZ IGLESIAS, G. C., y LIÑÁN NOGUERAS, D. J. (dir.): *El Derecho comunitario europeo y su aplicación judicial*, Civitas, Madrid, 1993, pág. 863 y sigs.; y BAEL, I. V.: "Editorial - The Role of the National Courts", *ECLR* 1994 (1), pág. 3 y sigs.; CUMMING, G.: "Automec and Asia France v Commission", *ECLR* 1994 (1), pág. 32 y sigs.; METZLAFF, K.: "Aufgabenteilung und Zusammenarbeit zwischen EG-Kommission und nationalen Gerichten im Kartellrecht", *EWS* 1994 (11), pág. 373 y sigs.; ESSER-WELLIÉ, M.: "Die Anwendung der Artikel 85 und 86 EG-Vertrag durch nationale Gerichte", *WuW* 1995 (6), pág. 457 y sigs.; y EBENROTH, C. T., y BIRK, A.: "Die Rechtsfolgen des Art. 85 EG-Vertrag und ihre Anwendung durch die nationalen Gerichte", *EWS* 1996 (11), suplemento núm. 2, 18 págs.

A propósito de la Comunicación sobre cooperación con Autoridades de 1997, véanse PASCUAL Y VICENTE, J.: "Cooperación entre la Comisión Europea y las autoridades nacionales de competencia en materia de prácticas colusorias y abusivas", *GJCE* 1997 (Bol. 126), pág. 5 y sigs.; MARSDEN, P. B.: "Introducing Member State Enforcement of European Competition Law: A Competition Policy Approach to 'Antitrust Federalism'", *ECLR* 1997 (4), pág. 234 y sigs.; MARTÍNEZ LAGE: "La aplicación concurrente...", cit., pág. 1 y sigs.; MAITLAND-WALKER, J. H.: "Commission Notice on Co-operation between National Competition Authorities and the Commission in handling cases falling within the scope of Articles 85 and 86 of the EC Treaty", *ECLR* 1998 (2), pág. 124 y sigs.; y COMISIÓN CE: *XXVII Informe...*, cit., págs. 12-14 y 21-22. Sobre el Anteproyecto de Comunicación de la Comisión relativa a la cooperación entre la Comisión y las autoridades de competencia de los Estados miembros para la tramitación de los asuntos relacionados con los artículos 85 y

Partiendo de los conceptos clave "interés comunitario suficiente" o "especial interés para la Comunidad" y "prioridades", la Comisión CE interpreta en estas Comunicaciones la jurisprudencia del TJCE y del TPI, especialmente, por lo que aquí interesa, los pronunciamientos del TPI en los As. *Automec II* y *Benim*¹⁹⁹. El efecto sensible procedimental es requisito para que la Comisión CE proceda en relación con determinado asunto. No obstante, debe advertirse que la delimitación de este requisito varía de una Comunicación a la otra.

Ello no obedece, sin embargo, a la distinta consideración de la naturaleza de la cooperación en ambos casos. Para la Comisión CE, la cooperación con los órganos jurisdiccionales nacionales no se plantea exactamente en los mismos términos que con las autoridades nacionales de la competencia. En el primer caso, la función que desarrollan los primeros —"protección de los derechos subjetivos de los particulares en sus relaciones recíprocas"— es distinta de la asumida por la Comisión CE —"supervisión y control en materia de competencia en aras del interés público"—, por lo que, *a priori*, no existe, entre ambos, una verdadera concurrencia. Pero no sucede lo mismo respecto de los segundos, con quienes se da una coincidencia de funciones²⁰⁰. Ello se traduce en que, frente a los tribunales nacionales, la falta de efecto sensible procedimental actúa como justificación de la inactividad de la Comisión CE, mientras que, frente a las autoridades nacionales, la presencia de efecto sensible procedimental constituye la excepción a la regla general

86 del Tratado CE (DOCE núm. C 262/5, de 10.9.1996), véanse ZINSMEISTER, U.: "Die Anwendung der Artikel 85 und 86 EG-Vertrag durch nationalen Behörden", WuW 1997 (1), pág. 5 y sigs.; y WESSELING, R.: "The Commission Notices on Decentralisation of E.C. Antitrust Law: In for a Penny, Not for a Pound", ECLR 1997 (2), pág. 94 y sigs. Pese a ser anterior al este Anteproyecto, también tiene interés BOS, P.-V.: "Towards a Clear Distribution of Competence between EC and National Competition Authorities", ECLR 1995 (7), pág. 410 y sigs; véase también MARTÍNEZ LAGE, S.: "La aplicación del Derecho comunitario de la competencia por las autoridades nacionales", cit., pág. 1 y sigs.

¹⁹⁹ Sents. del TPI de 18.9.1992, As. T-24/90, Rec. 1992, pág. II-2223 y sigs., y de 24.1.1995, As. T-114/92, Rec. 1995, pág. II-147 y sigs.

²⁰⁰ Véase núm. 3 Comunicación sobre cooperación con Autoridades de 1997.

de descentralización de la competencia ejecutiva, y justifica la actividad de la Comisión CE²⁰¹. Así, las autoridades nacionales son principalmente competentes para proceder en caso de denuncia²⁰² si, cumulativamente, se trata de un asunto cuyas repercusiones se centran en su territorio, y, en un primer análisis, no cabe declarar una exención conforme apdo. 3 del art. 85 TCE; no obstante, la Comisión CE se reserva la competencia en asuntos de "interés comunitario real".²⁰³

En el supuesto de la cooperación con los tribunales, un caso es procedimentalmente sensible cuando, bien éste tiene, en opinión de la Comisión CE, un significado político, económico o jurídico especial para la CE, bien cuando los afectados no pueden recibir en un procedimiento ante los tribunales y las autoridades nacionales una protección adecuada de sus derechos²⁰⁴. Pese a la apariencia inicial, este segundo criterio también juega en el caso de la cooperación con las autoridades²⁰⁵. Sorprendentemente, la discrepancia se encuentra en el primer criterio: se mantiene el parámetro jurídico, pero el político desaparece —salvo que por tal se pueda entender la cautela introducida respecto de la aplicación del art. 90 TCE—, y el económico no basta por si solo, a menos que por su envergadura suponga un obstáculo a la integración.²⁰⁶

²⁰¹ Cfr. núms. 13 Comunicación sobre cooperación con Tribunales de 1993 y 23-25 Comunicación sobre cooperación con Autoridades de 1997.

²⁰² Es decir, no ha lugar a la implantación descentralizada si el procedimiento es iniciado de oficio por la Comisión CE, ni cuando se trata de una solicitud de exención o de su revocación (véase núms. 37-47 Comunicación sobre cooperación con Autoridades de 1997).

²⁰³ Véase núms. 26, párr. 2.º, 27-28 y 33-36 Comunicación sobre cooperación con Autoridades de 1997.

²⁰⁴ Véanse núms. 14-15 Comunicación sobre cooperación con Tribunales de 1993.

²⁰⁵ Cfr. núms. 33-36 y véase núm. 45 Comunicación sobre cooperación con Autoridades de 1997.

²⁰⁶ Véase núms. 33-36 Comunicación sobre cooperación con Autoridades de 1997.

Ahora bien, en cualquier caso, lo que se busca es una pura descentralización procedimental, que debe servir, tanto para la aceleración del proceso de decisión, como para la mejora de la protección de los particulares. La aplicación, la dirección normativa del art. 85 TCE queda bajo el control de los órganos comunitarios. De una parte, como mecanismo de carácter jurisdiccional, la Comisión CE siempre puede hacer valer el interés comunitario de un asunto para iniciar un procedimiento²⁰⁷. De otra, se intenta asegurar la interpretación e implantación uniforme del art. 85 TCE.

El art. 85 TCE ha de aplicarse por los órganos nacionales conforme a la jurisprudencia del TJCE y del TPI, así como la "práctica [...] en materia de decisiones"²⁰⁸ de la Comisión CE. Y en el caso de las autoridades todavía se va más allá: en asuntos que caen en el ámbito de aplicación del art. 85 TCE, pero en los que, por no ser las autoridades nacionales competentes para aplicar el Derecho comunitario, apliquen la legislación nacional, deben de hacerlo de manera que alcancen un resultado similar al que se hubiese alcanzado de aplicar el Derecho comunitario.²⁰⁹

Y en esta dinámica se encuadra la limitación a la descentralización de la que es objeto el apdo. 3 del art. 85: el órgano nacional puede, conforme al apdo. 3 y a la vista de la jurisprudencia del TJCE y del TCE, así como de la práctica decisional de la Comisión CE, entender que no cabe declarar exenta determinada conducta, pero la Comisión CE mantiene la

²⁰⁷ Cuyo ejercicio se facilita mediante la imposición a las autoridades nacionales de obligaciones de información: las autoridades nacionales han de informar a la Comisión CE si el asunto reviste especial interés comunitario, lo que puede desembocar en la suspensión de la actuación de la autoridad nacional o en una consulta formal a la Comisión CE (véase núms. 48-63 Comunicación sobre cooperación con Autoridades de 1997).

²⁰⁸ Terminología empleada en el núm. 21 Comunicación sobre cooperación con Tribunales de 1993, que engloba la práctica decisional tanto en el caso de exenciones individuales como por categorías.

²⁰⁹ Véase núms. 10 y 16 Comunicación sobre cooperación con Autoridades de 1997.

competencia exclusiva para declarar las exenciones.²¹⁰

En definitiva, en las Comunicaciones sobre cooperación con Tribunales de 1993 y con Autoridades de 1997, la Comisión CE se limita, a recalcar la distribución de competencias existente²¹¹, para así, invitar, tanto a los órganos nacionales como a las empresas, a que se traduzca en resultados prácticos.²¹²

Este reparto de competencias materiales entre los Estados miembros, la Comisión CE, el TJCE y el TPI pone de manifiesto tres notas esenciales. Por una parte, que las competencias de aplicación se hallan concentradas en los órganos comunitarios. Históricamente, esta opción de política jurídica se viene justificando por el aseguramiento de la uniforme aplicación del Derecho de la competencia comunitario. Y todavía hoy se justifica, pues existe un riesgo cierto de aplicación divergente por parte de los tribunales y las autoridades nacionales, como lo demuestra el hecho de que los órganos nacionales competentes, pese a la convergencia sustantiva de las legislaciones nacionales de la competencia hacia el Derecho comunitario, realicen una aplicación divergente de normas de idéntico tenor a las comunitarias; y es que los

²¹⁰ Finalmente, cabe la posibilidad de plantear, en cualquier momento, una cuestión prejudicial al TJCE sobre el caso o reclamar el auxilio de la Comisión CE; véanse núms. 17-32 Comunicación sobre cooperación con Tribunales de 1993, y núm. 5 Comunicación sobre cooperación con Autoridades de 1997.

²¹¹ De ahí que BRENT: "The Binding...", cit., pág. 274, discuta, en alusión a la relación entre la Comisión CE y los tribunales nacionales, que tal "descentralización" sea expresión del principio de subsidiaridad; por otra parte, es significativo que la afirmación, recogida en el núm. 1, párr. 2.º, del Anteproyecto a la Comunicación sobre cooperación con Autoridades de 1997 (documento cit.), de que el reparto de tareas entre la Comisión CE y las autoridades nacionales correspondía al espíritu del art. 3B TCE, no haya trascendido a la versión final (cfr. núm. 2 Comunicación sobre cooperación con Autoridades de 1997).

²¹² Amén de hacer de la cooperación un verdadero principio político, superador de la mera eficacia económica, que está llamado a desempeñar una "función federadora" (véase COMISIÓN CE: *XXVII Informe...*, cit., pág. 9); al respecto, véase MARSDEN: "Inducing Member States...", cit., pág. 237, quien habla de una "concurrencia 'suficiente'" ("*workable*" *concurrency*).

criterios aplicativos que se encuentran tras el tenor literal no son plenamente coincidentes²¹³. Sin embargo, tal concentración nunca existió en cuanto a las competencias de efectiva implantación, aunque *de facto* así haya venido sucediendo. Por otra parte, que, de entre los órganos comunitarios, la Comisión CE ostenta una posición de liderazgo –se llega a decir que como "árbitro creíble e imparcial"²¹⁴– en la política de aplicación del Derecho de la competencia comunitario. Así, aunque las autoridades nacionales de los Estados miembros colaboren en la aplicación que la Comisión CE hace del art. 85 TCE, especialmente, a través del Comité Consultivo, en ningún caso pueden condicionar vinculadamente las decisiones que emita el órgano comunitario (véase art. 10 Rgto. CEE 17/62)²¹⁵. Por su parte, el TJCE y el TPI, en el marco procedimental de los arts. 173 y 175 TCE, "únicamente" actúan como instancia de control frente a la Comisión CE. Ambos tribunales se entienden a sí mismos como "instancia de control de la política practi-

²¹³ En cuanto a su justificación histórica, véase, por todos, SCHECHTER: "Rule of Reason...", cit., pág. 14; KORAH: "From legal form...", cit., pág. 1015. Por lo que a su justificación actual se refiere, véanse DREHER: "Kartellrechtsvielfalt...", cit., págs. 443-444; ULLRICH: "Harmonisation...", cit., pág. 181; MÖSCHEL: "Subsidiaritätsprinzip...", cit., pág. 283; IDEM: "Reform des europäischen...", cit., pág. 250; y BAUDENBACHER/BEESE: "Gesamteuropäische...", cit., pág. 640. Cfr. GERBER: "The Transformation...", cit., págs. 141-143.

El Comisario D. KAREL VAN MIERT se expresaba en estos términos con ocasión de una de las reuniones de trabajo que dió lugar al LiV RV: "La Comisión no está preparada en este momento para abandonar su competencia exclusiva en la concesión de exenciones conforme al art. 85.3 TCE. La razón es que una de las condiciones previas necesarias todavía no se cumple: las reglas de los Estados miembros, así como las ideas generales detrás de éstas y la manera de aplicarlas, deben de estar lo suficientemente próximas a las reglas comunitarias" (LAUDATI, L. L.: "The First European Competition Forum: Vertical Restraints", CPNews 1995 [1-6], pág. 7).

Para un ejemplo de discrepancia, concretamente en el caso italiano, donde incluso el art. 1.3 *L. n. 297/90* exige que el Derecho nacional se interprete de conformidad con el Derecho comunitario, véase HEIMLER, A.: "National Priorities, National Law and European Law: The Italian Experience", ECLR 1998 (6), pág. 315 y sigs.

²¹⁴ EHLERMANN: "Politique actuelle...", cit., pág. 701.

²¹⁵ Véase EVERLING, U.: "Die Mitwirkung nationaler Behörde in der EG-Wettbewerbspraxis", WuW 1993 (9), págs. 719-720.

cada por la Comisión", pero ellos mismos no quieren hacer política²¹⁶, al contrario que la Comisión CE. Y, en tercer lugar, que la protección de los particulares constituye una tarea de segundo orden para ese "árbitro" que es la Comisión CE, tal y como lo confirman los motivos y los criterios de reparto de las competencias de efectiva implantación aclarados en las Comunicaciones sobre cooperación con Tribunales de 1993 y con Autoridades de 1997.²¹⁷

Realmente, es cuestionable en qué medida las Comunicaciones sobre cooperación con Tribunales de 1993 y con Autoridades de 1997 aligerarán la sobrecarga de trabajo de la Comisión CE. De hecho, parece que no están dando el resultado esperado²¹⁸. En ello puede influir la situación de los tribunales y las autoridades nacionales, que es diversa, como lo es su formación y experiencia en estos asuntos²¹⁹. Pero la verdadera clave del pronosticable limitado efecto descentralizador radica, en mayor medida, en el mantenimiento por parte de la Comisión CE de la competencia exclusiva para declarar exenciones. Este monopolio, en su actual extensión, tiene dos efectos negativos muy importantes. De una parte, la desincentivación de los órganos nacionales para decidir en aplicación de la prohibición comunitaria de conductas colusorias, pues su ámbito decisional resulta incompleto: los órganos

²¹⁶ EVERLING: "Zur Wettbewerbskonzeption...", cit., pág. 999, pero sólo en relación con el TJCE. Sin embargo, el autor es de la opinión de que, "[l]a problemática fundamental de la intensidad de control [...] existe igualmente para el Tribunal de Primera Instancia". Al respecto, véase *infra*, epg. XVI. 2. C.

²¹⁷ La Comisión CE entiende que el sistema, en su conjunto, ofrece suficientes posibilidades de defensa a los particulares, tarea que, además, está principalmente encomendada a los órganos jurisdiccionales nacionales (véanse LiV RV, núm. 182, págs. 62-63; núm. 4 Comunicación sobre cooperación con Tribunales de 1993; y núm. 3, párr. 2.º Comunicación sobre cooperación con Autoridades de 1997).

²¹⁸ Véase WESSELING, R.: "Subsidiarity in Community Antitrust Law: Setting the Right Agenda", *ELRev* 1998 (1), págs. 35-57.

²¹⁹ Peligro del que se advierte en: "Editorial Comments - Subsidiarity in EC competition law enforcement", *CMLRev* 1995 (32), pág. 3.

nacionales son reacios a hacer cumplir la prohibición cuando no puede decretar la excepción. Y, de otra parte, la desincentivación de los particulares para acudir a los órganos nacionales, sabedores de que éstos no pueden conceder una exención²²⁰. Sin embargo, la Comisión CE insiste en la necesidad de mantener centralizado el impulso director del desarrollo del Derecho comunitario de la competencia, y entiende que renunciar al ejercicio exclusivo de la competencia en el ámbito del apdo. 3 del art. 85 TCE supondría renunciar igualmente a su papel de "autoridad central"²²¹. Pero lo cierto es que no parece que para conservar su *status* sea preciso mantener dicho monopolio sobre el apdo. 3 del art. 85 TCE en toda su extensión²²². Ciertamente, han de adoptarse "decisiones que requieren complejas evaluaciones económicas o que implican la búsqueda de un equilibrio entre la política de la competencia y otras políticas comunitarias, y que pueden tener amplias repercusiones en

²²⁰ Véanse ULLRICH: "Harmonisation...", cit., pág. 180; BRENT: "The Binding...", cit., págs. 274-277; MÖSCHEL: "Susidiaritätsprinzip...", cit., pág. 238; e IDEM: "Reform des europäischen...", cit., pág. 250, donde se añade el inconveniente de la desconfianza que la Comisión CE genera al acaparar la competencia para la declaración de exenciones.

Buena muestra de la actitud reacia de las autoridades nacionales es la de la Oficina Federal Alemana de Defensa de la Competencia, cuyo Presidente, D. DIETER WOLF, desde la entrada en vigor del TUE, viene reclamando con insistencia una más intensa descentralización de la efectiva implantación del Derecho comunitario de la competencia y, especialmente, el final del monopolio de la Comisión CE sobre el apdo. 3 del art. 85 TCE; recientemente, véanse WOLF, D.: "Das Verhältnis des nationalen zum europäischen Recht", Vortrag im Rahmen der 2. Euroforum-Konferenz zum Wettbewerbs- und Kartellrecht vom 22. August 1997 in Düsseldorf, obtenido en: <http://bundeskartellamt.de>, 6 págs.; y KLIMISCH, A., y KREUGER, B.: "Praxis und Perspektiven der dezentralen Anwendungen des EG-Wettbewerbsrechts - Tagungsbericht des BKartA", WuW 1998 (12), págs. 1173-1178.

²²¹ Véase LiV RV, núm. 37, 3.º guión, pág. xi.

²²² En este mismo sentido, véanse KLIMISCH/KRUEGER: "Praxis und Perspektiven...", cit., págs. 1173-1176; "Editorial Comments - Subsidiarity...", cit., págs. 4-5; y WESSELING: "Subsidiarity in Community...", págs. 52-53, aunque respecto de este último autor se discrepa respecto a la solución propuesta, que consiste en conceder un mayor protagonismo a los Derechos nacionales de defensa de la competencia, al hacer del criterio de "interés comunitario suficiente" un mecanismo de delimitación del ámbito de aplicación de las normativa comunitaria. Cfr. EHLERMANN, C.-D.: "Implementation of EC Competition Law by National Anti-Trust Authorities", ECLR 1996 (2), págs. 89-95.

toda la Comunidad"²²³. Sin embargo, a tales efectos bastaría con que dicho monopolio se extendiese a las exenciones por categorías, mientras que en el caso de las exenciones individuales deberían aplicarse los mismos criterios que rigen para la distribución de competencias en relación al apdo. 1 del art. 85 TCE: en asuntos como el anterior parece que estaría justificada la alegación por parte de la Comisión CE de un "interés comunitario suficiente" para recabar su competencia sobre los mismos.

No obstante, es cierto para ello sería necesario definir de manera más precisa la noción de "interés comunitario suficiente", y que, pese a todos los esfuerzos delimitadores, sería necesario conceder un cierto margen de discrecionalidad a la Comisión CE, por lo que su aplicación resulta de difícil control.²²⁴

Pero, sobre todo, y por lo que a los aspectos sustantivos se refiere, ello supone el mantenimiento de una interpretación amplia del apdo. 1 del art. 85 TCE por parte de la Comisión CE y, con ella, de toda la discusión que ello genera, y sobre la que aquí se trata, así como la imposibilidad de que los órganos nacionales realicen una valoración competencial completa.

²²³ LiV RV, núm. 191, pág. 66; en este sentido, véase MÖSCHEL: "Reform des europäischen...", cit., págs. 250-251.

²²⁴ Para dar traslado de la denuncia a una autoridad nacional, la Comisión CE debe motivar la falta de interés comunitario suficiente (núm. 44 Comunicación sobre cooperación con Autoridades de 1997), lo que, *a sensu contrario*, deberá hacer igualmente a la hora de recabar para sí determinado asunto. Ahora bien, dadas las discrepancias antes apuntadas (al respecto, véanse también KERSE: "The Complainant in Competition...", cit., pág. 231 y sigs.; y STEINDORFF: "Aufgaben und Zuständigkeiten...", cit., pág. 299 y sigs.) y, sobre todo, el carácter indeterminado del primero de los criterios que determinan la existencia de interés comunitario suficiente, es cierto que, salvo error formal, va a ser muy difícil que el TPI pueda revocar la competencia de la Comisión CE; en este sentido, véase BRENT: "The Binding...", cit., pág. 272; para un ejemplo reciente, véase ROWE, M.: "Ice Cream: The Saga Continues", ECLR 1998 (7), pág. 479 y sigs.

XVI. 2. C. Aspectos regulativos y procedimentales

De las páginas anteriores resulta la posición de liderazgo de la Comisión CE en la aplicación y efectiva implantación de la prohibición comunitaria de conductas colusorias. Siendo aquélla competente, ello conduce a que su aplicación tenga lugar en el contexto de un procedimiento cuasi administrativo, que muy poco tiene que ver con el marco procesal contradictorio estadounidense²²⁵. Pero, al margen de la naturaleza del procedimiento y de los problemas que se derivan —tanto de sus peculiaridades, como de su incompleta regulación—, especialmente para las garantías de los interesados²²⁶, la Comisión CE desempeña su papel

²²⁵ Sobre el procedimiento en Derecho comunitario de la competencia, véanse, por todos, CASES: *Derecho Administrativo de la Defensa...*, cit., pág. 104 y sigs.; y ORTIZ BLANCO: *El Procedimiento...*, cit., vol. I, pág. 71 y sigs., y vol. II, pág. 17 y sigs. Sobre el marco procesal *antitrust* estadounidense, véase *supra*, epg. XV. 4.

²²⁶ Y ello, pese a la actualización y mejora de la presentación de solicitudes y notificaciones, mediante la aprobación del Reglamento (CE) núm. 3385/94 de la Comisión, de 21 de diciembre de 1994, relativo a la forma, el contenido y demás modalidades de las solicitudes y notificaciones realizadas en aplicación del Reglamento núm. 17 del Consejo (DOCE núm. L 377/28, de 31.12.1994), a los progresos en materia de cálculo de multas y acceso al expediente —a los que se aludirá más adelante—, así como los relativos al derecho de audiencia, que ha sido objeto del reciente Reglamento (CE) núm. 2842/98 de la Comisión, de 22 de diciembre de 1998, relativo a las audiencias en determinados procedimientos en aplicación de los artículos 85 y 86 del Tratado CE (DOCE núm. L 354/18, de 30.12.1998), donde se ha venido a enmarcar la ambivalente actuación del consejero auditor, regulado por la Decisión 94/810/CECA, CE de la Comisión, de 12 de diciembre de 1994, relativa al mandato de los consejeros auditores en los procedimientos de competencia tramitados por la Comisión (DOCE núm. L 330/67, de 21.12.1994); al este último respecto, véanse WOUDE, M. V. D.: "Hearing Officers and EC Antitrust Procedures: The Art of Making Subjective Procedures More Objective", *CMLRev* 1996 (33), págs. 531 y sigs.; y LEVITT, M.: "Commission Hearings and the Role of the Hearing Officer: Suggestions for Reform", *ECLR* 1998 (6), pág. 404 y sigs. Para una visión de conjunto de la problemática procedimental desde la perspectiva de las garantías de los interesados, véanse EHLERMANN, C.-D.: "Developments in Community competition law procedures", *CPNews* 1994 (1-1), pág. 2 y sigs.; IDEM: "The European Administration and the Public Administration of Member States with regard to Competition Law", *ECLR* 1995 (8), págs. 455 y sigs.; WAELBROECK, M.: "Procedimiento y garantías en el Derecho comunitario de la competencia", *GJCE* 1994 (D-22), pág. 7 y sigs.; MONTAG, F.: "The Case for a Radical Reform of the Infringement Procedure under Regulation 17", *ECLR* 1996 (8), pág. 428 y sigs.; BERRENGUER FUSTER, L.: "Los derechos de defensa en los procedimientos en materia de competencia. Derecho español y comunitario", *GJCE* 1997 (D-27), pág. 99 y sigs.; y GARCÍA-VALDECASAS FERNÁNDEZ, R., y GONZÁLEZ DÍAZ, F. E.: "El respeto del derecho

protagonista frente a los destinatarios de la norma de una manera deficiente: la Comisión CE debería tomar decisiones rápidas y previsibles, que generasen la seguridad jurídica adecuada²²⁷. Y, sin embargo, de una parte, proporciona una insuficiente protección jurídica a los afectados —el sistema de control escogido supone, para las empresas, largos periodos de espera, con la consiguiente pérdida de oportunidades de negocio y elevados costes²²⁸—, mientras que, de otra parte, crea una "necesidad de transparencia, previsibilidad y calculabilidad"²²⁹ de la regulación de la competencia comunitaria, que el TJCE y el TPI solamente pueden satisfacer de manera parcial. Tal es así, que incluso se ha llegado a cuestionar si distintos aspectos del procedimiento no vulneran la Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y las Libertades Fundamentales.²³⁰

Estas debilidades procedimentales motivan parte de las críticas de las que es objeto la regulación comunitaria de las restricciones verticales²³¹. Pero de las mismas resultan igualmente importantes puntos de apoyo para la comprensión de determinados aspectos de Derecho sustantivo, en los que a continuación se va profundizar.

de defensa en materia de competencia", Noticias UE 1997 (150), pág. 25 y sigs.

²²⁷ Véase EHLERMANN: "Politique actuelle...", cit., pág. 701.

²²⁸ Véanse LiV RV, núm. 250, pág. 83; y CHARBORNNIER: "Vertikale Absprachen...", cit., pág. 279.

²²⁹ Véase EHLERMANN: "Zukünftige Entwicklungen...", cit., pág. 647.

²³⁰ Convenio firmado en Roma el 4 de noviembre de 1950, a cuyo respeto se compromete la UE (véase art. F TUE); ello afecta especialmente al retraso en la toma de decisiones y, sobre todo, a la acumulación de funciones inspectoras y decisorias por parte de la Comisión CE; al respecto, véanse MELLO, X. A. D.: "Droit de la concurrence et droit de l'homme", RTDE 1993 (4), págs. 601 y sigs.; EHLERMANN: "Developments...", cit., págs. 2-3; IDEM: "The European Administration...", cit., págs. 455-456; WAELBROECK: "Procedimiento y garantías...", cit., pág. 42; y WILS, W. P. J.: "La compatibilité des procédures communautaires en matière de concurrence avec la Convention Européenne des Droits de l'Homme", CDE 1996 (3-4), págs. 329 y sigs.

²³¹ Véase LiV RV, núm. 37, pág. xi, y núm. 185 y sigs., pág. 63 y sigs.

La "crónica infradotación de personal" de la Comisión CE, concretamente de la Dirección General de la Competencia, DG IV, para hacer frente a un sistema de control *a priori* —lo que se traduce, por lo que aquí interesa, en la notificación masiva por parte de las empresas de los acuerdos a los que llegan al objeto de verificar su legalidad o, en su defecto, solicitar la exención de la prohibición—, es la causa de su endémica sobrecarga de trabajo (que se viene identificando con el término inglés "*backlog*")²³². Para la Comisión CE, el mantenimiento de tal sistema de notificaciones tiene su razón de ser en una más fácil recopilación de información²³³. Pero, debido al volumen de las mismas, este sistema ha degenerado en una inflación informativa, en definitiva, en una masificación. Todo ello ha tenido como consecuencia, ya antes de las Comunicaciones sobre cooperación con Tribunales de 1993 y con Autoridades de 1997, una manera de proceder selectiva por parte de la Comisión CE. Un elevado porcentaje de los procedimientos en materia de competencia, que fueron iniciados a instancia de parte —es decir, conforme al art. 2 Rgto. CEE 17/62 (certificación negativa), al art. 3.1 Rgto. CEE 17/62 (denuncia) o al art. 4.1 Rgto. CEE 17/62 (solicitud de exención)—, son cerrados por la Comisión CE tras un largo periodo de espera²³⁴ y cada vez más frecuentemente mediante las denominadas

²³² Véanse BRONETT, G.-K. D.: "Eröffnung und Abschluß von Wettbewerbsverfahren im Anwendungsbereich der VO Nr.17 des Rates", WuW 1989 (6), pág. 461; y EHRICKE, U.: "Die Bindungswirkungen von Negativattesten und Verwaltungsschreiben im Gemeinschaftsrecht", ZHR 1994 (158), pág. 170, con cita de los XV (1985), XVII (1987) y XXI (1991) Informes de Política de Competencia de la Comisión CE, aunque el XXIII (1993) Informe de Política de Competencia se da cuenta de la aceración del procedimiento de decisión (véase "Política de competencia", RDN 1994 [36], pág. 36). Pese a ello, y a las medidas posteriormente adoptadas, la sobrecarga de trabajo permanece: en relación con los arts. 85 y 86 TCE, en el año 1993 había 1219 asuntos pendientes; en el año 1994, 1117 asuntos pendientes; en el año 1995, 1221 asuntos pendientes; en el año 1996, 1280 asuntos pendientes; y en el año 1997, 1262 asuntos pendientes (véase COMISIÓN CE: XXVII Informe..., cit., pág. 41).

²³³ Véase LiV RV, núm. 188, pág. 64.

²³⁴ BRONETT: "Eröffnung und Abschluß...", cit., pág. 461, cuantifica la proporción entre nuevas entradas y decisiones sobre el contenido en aproximadamente 1:10, "si bien con un

"cartas administrativas" (*comfort letters*)²³⁵. Pese a la defensa que de esta actuación²³⁶ hace la Comisión CE²³⁷, su carácter informal y provisional plantea cuestiones todavía no resueltas, especialmente, en cuanto a la seguridad jurídica que ofrece²³⁸. Pero lo que resulta evidente es que esta solución de emergencia –pero que ha venido a

retraso de varios miles de casos sin resolver". No obstante, en relación con aquellos asuntos relativos a los arts. 85 y 86 TCE, dicha proporción ha variado desde el año 1994 hasta el año 1997 –en el año 1997 la relación es prácticamente de 1:1, mientras que durante los años 1994 a 1996 el número de asuntos resueltos supera el de nuevos asuntos, si bien tal "avance" descansa en el generoso recurso al procedimiento informal (véase COMISIÓN CE: XXVII Informe..., cit., pág. 41).

WOLF/FINK: "Mit der Verordnung...", cit., pág. 290, sintetizan los siguientes datos: "Desde la entrada de la solicitud hasta la emisión de una decisión formal transcurren como media 24 meses, y en los casos difíciles el procedimiento se puede extenderse hasta a cuatro años (!). Por esta razón se ha desarrollado un importante exceso de casos pendientes de tramitación, de los que en su mayoría se trata de solicitudes" –de los 1562 procedimientos pendientes a finales del año 1992, 1064 eran solicitudes–.

²³⁵ Véase BRONETT: "Eröffnung und Abschluß...", cit., pág. 462. WOLF/FINK: "Mit der Verordnung...", cit., pág. 289, informan, que de los procedimientos cerrados desde el año 1989 hasta el año 1994, la Comisión CE sólo resolvió 80 casos mediante decisión formal; y si bien parece que el número de decisiones formales aumenta, por lo que a los asuntos resueltos relativos a los arts. 85 y 85 TCE se refiere, éste sigue siendo muy inferior al de los resueltos mediante el procedimiento informal: en el año 1993, 14 asuntos frente a 792; en el año 1994, 33 asuntos frente a 495; en el año 1995, 14 asuntos frente a 403; en el año 1996, 21 asuntos frente a 367; y en el año 1997, 27 asuntos frente a 490 (véase COMISIÓN CE: XXVII Informe..., cit., pág. 40).

²³⁶ Que STEVENS, S.: "The 'Comfort Letter': Old Problems, New Developements", ECLR 1994 (2), pág. 88, califica de "animal administrativo híbrido" (*hybrid administrative animal*).

²³⁷ La Comisión CE entiende que las cartas administrativas solucionan el problema de la masificación de solicitudes, sin generar graves inconvenientes: su falta de seguridad jurídica es relativa, pues es improbable que se retire –su retirada está sometida a las mismas causas que si se tratase de una exención–, supone el compromiso extraoficial por parte de la Comisión CE de adoptar decisión formal, produce un efecto disuasorio frente a terceros, y hasta ahora han sido "respetadas" por los tribunales y las autoridades nacionales (véase LiV RV, núm. 190, pág. 65).

²³⁸ Véanse, entre otros, EHRICKE: "Die Bindungswirkungen...", cit., pág. 174 y sigs.; STEVENS: "The 'Comfort Letter'...", cit., págs. 84-85, SCHÖDEMEIER, M., y WAGNER, A.: "Rechtsschutz gegen Verwaltungsschreiben der EG-Kommission", WuW 1994 (5), pág. 404 y sigs.; KORAH, V.: "Restrictions on Conduct and Enforceability: Automec v Commission II", ECLR 1994 (3), págs. 175-176; y BASEDOW, J.: "Comfort letters – Komfort für wen?", ZEuP 1995 (3), págs. 175-176.

consolidarse— conduce a un aumento de la opacidad, porque en la mayoría de los casos en los que la Comisión CE procede a la emisión de una carta administrativa, ésta no especifica en absoluto o sólo con una extensión muy reducida los hechos en los que funda su decisión²³⁹, mientras que para la interpretación de una calificación conforme al Derecho de la competencia es fundamental la consideración de los hechos que concurren en el caso. Sin embargo, la intransparencia no sólo es reconocible ahí. También en las decisiones formales adoptadas, la Comisión CE escatima a la hora de resumir los supuestos de hecho. Así, se ha puesto de manifiesto que era imposible formular afirmaciones generalizables relativas a la manera de proceder actual del procedimiento de exención sobre la base de la información disponible para la opinión pública en general, y que el significado de la formación paralegal del Derecho dentro de la prohibición comunitaria de conductas colusorias crece constantemente²⁴⁰: así, la consideración del material jurídico no vinculante de la Comisión CE —entre otros, tanto comunicaciones e informes, que son actos *sui generis* no obligatorios²⁴¹, como documentos COM— constituye hoy una tarea ineludible para el asesor experto en esta materia.

La intransparencia de los materiales normativos de Derecho de la competencia obedece a deficiencias generales de la legislación comunitaria²⁴², y a este tránsito de un "Derecho duro" (*hard-law*) —en

²³⁹ Véase EHRICKE: "Die Bindungswirkungen...", cit., págs. 174-175.

²⁴⁰ Véanse JOERGES, C.: "The Administration of Art. 85 (3) EEC Treaty: The Need for Consultation and Information in the Legal Assessment of Selective Distribution Systems", JPC 1994 (7), pág. 287; y WOLF/FINK: "Mit der Verordnung...", cit., págs. 289-290.

²⁴¹ Véase USERO MILLÁN, M. L.: *La información acerca de las normas comunitarias y el papel de los Centros de Documentación Europea, con especial referencia al mundo empresarial, universitario y de la Administración Pública*, Real Instituto de Estudios Europeos, Centro de Documentación Europea de la Universidad de Zaragoza, Cátedra Jean Monnet de Instituciones y Derecho comunitario europeos, Zaragoza, 1996, págs. 28-29.

²⁴² En pos de la transparencia, las instituciones de la UE desarrollan diversas iniciativas, de las que merece ser destacada el proyecto "SLIM", dirigido a la simplificación

forma de reglamentos y decisiones formales— a un "Derecho blando" (*soft-law*) —que adopta la forma de la comunicación y de la carta administrativa—.

Es más, la adopción de decisiones formales por parte de la Comisión CE se restringe en la actualidad la definición de determinada política o valoración de determinadas restricciones²⁴³. De modo que actos que deberían ser de ejecución, de efectiva implantación, constituyen, en realidad, actos legislativos. Dicho tránsito se debe, en parte, a la masificación. Pero también refleja la politización del Derecho comunitario de la competencia. En cualquier caso, lo que parece cierto es que el mismo no viene motivado por la aplicación del principio de subsidiariedad.²⁴⁴

Pero en el caso de los pronunciamientos de la Comisión CE, ello es también en buena medida consecuencia del deber general de secreto (art. 214 TCE) y del mandato específico de secreto profesional en los procedimientos en materia de competencia (art. 20.2 Rgto. CEE 17/62). Realmente, en el procedimiento se trata de una cuestión de proporcionalidad: el criterio decisivo "no es, si los documentos en cuestión contienen 'secretos comerciales', sino si bajo la consideración de todas las circunstancias dadas y con una ponderación de los intereses en juego, es necesario revelar la información en interés de la justicia, y en

legislativa y administrativa, proyecto que tiene su origen en el "Informe del Grupo Molitor" (para las conclusiones de dicho informe, véase COMISIÓN DE LA COMUNIDAD EUROPEA: *Informe del grupo de expertos independientes sobre la simplificación legislativa y administrativa. Resumen y propuestas*, Documento COM(95) 288 final, Bruselas, 21.6.1995; al respecto, véase SCHULTE-BRAUCKS, R.: "Editorial — Das Gemeinschaftsrecht auf dem Prüfstand", *EuZW* 1995 [18], pág. 621). Sobre la mejora de la calidad de la legislación comunitaria, con carácter general, véanse TIMMERMANS, C.: "How Can One Improve the Quality of Community Legislation?", *CMLRev* 1997 (34), págs. 1229-1257; y MÜLLER-GRAFF, P.-C.: "The Quality of European and National Legislation. German Experiences and Initiatives", *EuZW* 1998 (11), págs. 329-331.

²⁴³ Véase LiV RV, núm. 95, págs. 35-36; y núm. 186, págs. 63-64.

²⁴⁴ En este sentido, véase BRENT: "The Binding...", cit., págs. 269-270.

caso afirmativo, en qué forma y a quién"²⁴⁵. Pero el celo de la Comisión CE no sólo perjudica a las empresas —en especial, a las empresas denunciadas— y a otras autoridades de la competencia²⁴⁶, sino también a la opinión pública.²⁴⁷

La Comisión CE ha aclarado cuál es el alcance de su obligación de secreto profesional en la Comunicación de la Comisión relativa a las normas de procedimiento interno para el tratamiento de las solicitudes de acceso al expediente en los supuestos de aplicación de los artículos 85 y 86 del Tratado CE, de los artículos 65 y 66 del Tratado CECA y del Reglamento (CEE) núm. 4064/89 del Consejo (97/C 23/03)²⁴⁸, en la que, no obstante, no se ha contemplado el interés de la opinión pública en el acceso a los expedientes en materia de defensa de la competencia.²⁴⁹

Esta situación contribuye a que el intérprete del Derecho comunitario de la competencia únicamente pueda realizar una subsunción aproximativa, que no posibilita ni la previsibilidad ni la calculabili-

²⁴⁵ JOSHUA, J. M.: "Balancing the Public Interest: Confidentiality, Trade Secret and Disclosure of Evidence in EC Competition Procedures", ECLR 1994 (2), pág. 80.

²⁴⁶ Véanse DOHERTY, B.: "Playing Poker with the Commission: Right of Access to the Commission's File in Competition Cases", ECLR 1994 (1), pág. 8-13; y EHLERMANN, C.-D., y DRIJBER, B. J.: "Legal Protection of Enterprises: Administrative Procedure, in particular Access to Files and Confidentiality", ECLR 1996 (7), págs. 375-383.

²⁴⁷ Véase DOHERTY: "Playing Poker...", cit., pág. 11, quien afirma que "[y]a se puede leer sobre Consten y Grundig, pero el material preciso no será accesible en este siglo".

²⁴⁸ DOCE núm. C 23/3, de 23.1.1997.

²⁴⁹ Sobre esta Comunicación, véanse LEVITT, M.: "Commission Notice on Internal Rules of Procedure for Access to the File", ECLR 1997 (3), págs. 187-190; DEKEYSER, K.: "L'accès au dossier dans les procédures de concurrence", CPNews 1997 (3-1), págs. 6-7; ARMENGOL I GASULL, O.: "La Comisión publica una Comunicación en la que clarifica su práctica administrativa de acceso a los expedientes en materia de competencia", GJCE 1997 (Bol. 121), págs. 17-19; sobre el procedimiento desde esta perspectiva, véase GARCÍA-VALDECASAS/GONZÁLEZ: "El respeto...", cit.; LEVITT, M.: "Access to the File: the Commission's Administrative Procedures in Cases under Article 85 and 86", CMLRev 1997 (6), págs. 1413-1444; y BRONETT, G.-K. D.: "Aktensicht in Wettbewerbsverfahren der Europäischen Kommission", WuW 1997 (5), págs. 383-393.

dad de la solución jurídica. Una situación que hasta ahora no han podido evitar ni el TJCE ni el TPI. Y ello por dos razones: de una parte, la insuficiente consideración de los hechos que conforman el supuesto de hecho del asunto, y, de otra parte, el estilo de las sentencias de los tribunales comunitarios.

En relación con la primera de las razones, el TJCE queda sujeto, como regla general, al supuesto de hecho comunicado por los tribunales nacionales en el auto de planteamiento de la cuestión prejudicial, y son éstos también los que han de efectuar la valoración de los hechos y la subsunción en los conceptos interpretados por el TJCE²⁵⁰. En el caso de las vías directas de recurso contra la Comisión CE no sucede lo mismo, pero el resultado es similar: mientras el TJCE fue competente, el procedimiento no condujo, al margen del poder de revisión ilimitado de las multas impuestas²⁵¹, a un nuevo y completo tratamiento del conjunto de los materiales fácticos y jurídicos. El TJCE "ni [...] (estaba) llamado ni en situación de compensar presuntas deficiencias del procedimientos

²⁵⁰ Véase EVERLING, U.: "Zur richterlichen Kontrolle der Tatsachenfeststellungen und der Beweiswürdigung durch die Kommission in Wettbewerbssachen", WuW 1989 (11), pág. 878.

²⁵¹ En cuanto a las sanciones pecuniarias, la Comisión CE ha aclarado su actuación en las Directrices para el cálculo de las multas impuestas en aplicación del apartado 2 del artículo 15 del Reglamento núm. 17 y del apartado 5 del artículo 65 del Tratado CECA (98/C 9/03) (DOCE núm. C 9/3, de 14.1998), que se suman a la Comunicación de la Comisión relativa a la no imposición de multas o a la reducción de su importe en los asuntos relacionados con acuerdos entre empresas (96/C 207/04) (DOCE núm. C 207/4, de 18.7.1996); véanse, para la situación anterior ambos textos, FURSE, M.: "Article 15(2) of Regulation 17: Fines and Commission's Discretion", ECLR 1995 (2), págs. 110-115; y BAEL, I. V.: "Fining à la Carte: The Lottery of EU Competition Law", ECLR 1995 (4), págs. 237-243; en cuanto a la Comunicación, véanse JORIS, V.: "La communication de la Commission concernant la non-imposition d'amendes ou la réduction de leur montant dans les affaires protant sur des ententes", CPNews 1996 (2-2), págs. 12-14; HORNSBY, S., y HUNTER, J.: "New Incentives for 'Whistle-blowing': will the E.C. Commission's Notice Bear Fruit?", ECLR 1997 (1), págs. 38-41; y WILS, W. P. J.: "The Commission Notice on the Non-Imposition or Reduction of Fines in Cartel Cases: A Legal and Economic Analysis", ELRev 1997 (22), págs. 125-140; y respecto de las Directrices, IDEM: "The Commission's New Method for Calculating Fines in Antitrust Cases", ELRev 1998 (23), págs. 252-263; y COMISIÓN CE: *XXVII Informe...*, cit., págs. 24-25.

ante la Comisión, ni de repetir investigaciones, que la Comisión (hubiese) omitido. El Tribunal de Justicia no es una «superautoridad», una «supercomisión»²⁵². Esta concepción del TJCE como instancia de control originó, de una parte, una revisión muy escasa de la determinación y la valoración de los hechos realizadas por la Comisión CE. De otra parte, ello tuvo como consecuencia la concesión a la Comisión CE de un amplio margen de discrecionalidad técnica en el marco del art. 85.1 TCE, especialmente en relación con el elemento de la restricción de la competencia: la valoración de si un concreto comportamiento en el mercado conducía o iba a conducir a cambios en la competencia económica se abandonó al margen de discrecionalidad del que dispone la Comisión CE, como estimación de un supuesto de hecho económico y complejo. De manera que "[s]i en ello (podía) verse una restricción de la competencia, es algo que el Tribunal de Justicia (debía) decidir por sí mismo como una cuestión de Derecho"²⁵³. Esta distinción es muy significativa: parece como si la subsunción se partiese en dos, como si la Comisión CE fuese competente para realizar la ponderación económica, mientras que el TJCE sólo pudiese confirmar si el resultado de la ponderación vulnera el art. 85 TCE. Esto condujo a una excesiva limitación de la intensidad de control, que desembocó en una especie de aplicación "hipotética" de la prohibición de conductas colusorias por parte del TJCE.²⁵⁴

No obstante, puede afirmarse que esta situación ha variado desde

²⁵² EVERLING: "Zur richterlichen Kontrolle...", cit., pág. 890.

²⁵³ EVERLING: "Zur richterlichen Kontrolle...", cit., pág. 891; véase también KORAH: *An Introductory Guide...*, cit., pág. 284.

²⁵⁴ Cfr. GERBER: "The Transformation...", cit., págs. 98-99, 128-130 y 137, quien sostiene que esta situación es consecuencia de un proceso de pérdida de poder del TJCE frente a la Comisión CE: la (definitiva) consecución del Mercado Unico ha provocado un incremento del peso específico de los criterios de enjuiciamiento resultantes del análisis económico y de las otras políticas comunitarias, de manera que el TJCE no ha tenido más remedio, por falta de pericia, que renunciar a su esfera de poder en favor de la Comisión CE.

la creación del TPI, y ello aunque el TPI haya asumido tanto la posición como la función del TJCE en los asuntos de competencia. Esto es, pese a seguir siendo una mera instancia de control²⁵⁵, se ha aumentado la intensidad del mismo²⁵⁶. Desde su creación, el TPI ha demostrado constantemente que quería realizar por sí mismo un examen detallado de los hechos²⁵⁷, como refleja el estilo de sus sentencias, en comparación con el las del TJCE.

En efecto, las sentencias del TPI introducen el supuesto de hecho pormenorizadamente en los fundamentos de Derecho, y distinguen entre "manifestaciones de las partes" y "valoración del tribunal". Por contra, en las sentencias del TJCE, la fundamentación relativa al supuesto de hecho se ha considerado apodícticamente corta; de manera que, más que tratarse de constataciones propias, se está ante una justificación del resultado de la fundamentación existente. No obstante, con el transcurso del tiempo se ha mejorado la formulación y se ha incrementado el detalle de las fundamentaciones. Tal vez por ello, la jurisprudencia del TJCE dé la impresión de que, en ella, "la justificación propia del fallo de la sentencia [...] hoy como ayer a menudo [consta] de afirmaciones y constataciones, más que de argumentos convincentes". Así, se recrimina a la práctica del TJCE que no considera habitualmente las circunstancias del caso concreto, de los supuestos de hecho, que no practica una

²⁵⁵ Véanse EVELING: "Die Zukunft...", cit., pág. 414; y BRENT: "The Binding...", cit., págs 256-263 y 277-278. Y tal posición no parece que vaya a alterarse, en el sentido de convertirse el TPI en una instancia decisonal, quedando limitado el cometido de la Comisión CE a la actuación investigadora (véase, en este sentido, la propuesta de MONTAG: "The Case for a Radical...", cit., págs. 435-436).

²⁵⁶ Efecto que puede incrementarse si prospera la propuesta, que hasta el momento presente venía siendo rechazada, de crear salas especializadas en Derecho de defensa de la competencia (véase EVELING: "Die Zukunft...", cit., págs. 402 y 417).

²⁵⁷ Véanse DOHERTY: "Playing poker...", cit., pág. 14; BLAISE, J.-B.: "Editorial - Quelques remarques sur l'activité du Tribunal de première instance dans le domaine de la concurrence", *EuZW* 1996 (8), pág. 225; EVELING: "Die Zukunft...", cit., págs. 399 y 414; y KORAH: *An Introductrory Guide...*, cit., pág. 284. Cfr. GERBER: "The Transformation...", cit., págs. 129-130.

correcta diferenciación de los precedentes.²⁵⁸

El contexto del art. 85 TCE pone de relieve un entorno complejo y con entidad propia, en el que deben concretarse los conceptos jurídicos indeterminados que contiene la disposición frente a su homóloga estadounidense. Pero las diferencias entre ambas normas no radican exclusivamente ahí: ya el propio tenor del art. 85 TCE denota uno de los dos componentes, la exención, en el que, junto al efecto sensible (sustantivo), la prohibición de conductas colusorias comunitaria diverge de la estadounidense. A continuación, procede tratar de cada uno de estos dos componentes.

²⁵⁸ Véase EVERLING, U.: "Zur Begründung der Urteile des Gerichtshofs der Europäischen Gemeinschaften", EuR 1994 (2), págs. 137-140. La diferenciación del precedente (*distinguishing of precedents*) lleva, en el sistema legal inglés, a descartar la aplicación de cierto precedente judicial por concurrir hechos que hacen que ambos supuestos —el precedente y el presente— no sean idénticos; al respecto, véase WARD, R.: *Walker & Walker's English Legal System*, 8.^a ed., Butterworths, London/Edinburgh/Dublin, 1998, págs. 62 y sigs., en especial, pág. 71.

XVI. 3. Efecto sensible y regla de razón

Ni la anterior exposición de la regla de razón en el Derecho *antitrust* estadounidense ni los trabajos doctrinales publicados al respecto tratan del efecto sensible²⁵⁹. Antes de explicar el acierto de esta manera de proceder, debe aclararse a qué acepción del concepto "efecto sensible" se quiere aludir ahora. Como ya se ha expuesto, en el marco del Derecho comunitario de la competencia puede distinguirse entre un efecto sensible "sustantivo" y uno "procedimental"²⁶⁰. En las páginas que siguen —y si no se indica lo contrario— se toma en consideración el primero. De otra parte, en el marco del efecto sensible sustantivo, en un primer momento se distinguió entre un efecto sensible "cuantitativo" y otro "cualitativo". La última de las clases —el efecto sensible cualitativo— se utilizó como expresión alternativa al efecto sensible sustantivo para aludir a las primeras manifestaciones de una regla de razón en el marco del art. 85.1 TCE²⁶¹. Aquí también se empleará como contrapunto al efecto sensible sustantivo, pero para distinguir entre su determinación cuantitativa y no cuantitativa.²⁶²

²⁵⁹ Cfr. ULMER: "Rule of Reason...", cit., pág. 520. El autor no trata el efecto sensible en la exposición que hace de la regla de razón estadounidense, pero lo considera como una "influencia" de la regla de razón sobre la "limitación de la prohibición de conductas colusorias" en el Derecho comunitario. No obstante, las similares consecuencias a las que llevan tanto el efecto sensible como la regla de razón en el marco del art. 85.1 TCE no implican que el efecto sensible deba ser entendido como una manifestación de la regla de razón.

²⁶⁰ Véase *supra*, epg. XVI. 2. B.

²⁶¹ De ello informa ULMER: "Rule of Reason...", cit., pág. 522, con cita de GRABITZ-KOCH en: *Kommentar zum EGW-Vertrag*, 1983, art. 85, núm. 105; y SCHLUEP: *Der Alleinvertriebsvertrag - Markstein der EWG-Kartellpolitik*, 1966, pág. 155.

²⁶² Véase *infra*, epg. XVI. 3. B.

XVI. 3. A. Regla "de minimis" y efecto sensible

La falta de efecto sensible, en el marco del art. 85 TCE, tiene como consecuencia jurídica –al igual que una ponderación de resultado neto positivo sobre la competencia económica realizada mediante la regla de razón, en el marco de la *Sec. 1 Sherman Act*– "negar la aplicabilidad de la prohibición de conductas colusorias"²⁶³, y ello se alcanza, al igual que sucede en la norma estadounidense, mediante una reducción del supuesto de hecho determinado en el apdo. 1. Pese a ello, al tratar de la regla de razón en el Derecho *antitrust* estadounidense no se aborda la cuestión del efecto sensible, ya que, en dicha regulación, la regla *de minimis* no es requisito sustantivo con entidad propia del supuesto de hecho de prohibición de conductas colusorias determinado en la *Sec. 1 Sherman Act*. La delimitación del mercado relevante y la determinación de la posición en ese mercado de las empresas implicadas –es decir, el análisis de la situación de poder de mercado– constituye un dato necesario para realizar la ponderación de los efectos positivos y negativos sobre la competencia económica. Y es en el marco de esta ponderación cuando ha de considerarse la entidad de la conducta enjuicada. Así, la ausencia de poder de mercado en las empresas generadoras de una restricción vertical no relativa a los precios desencadena el juego de la presunción de legalidad de la misma²⁶⁴. Pero la calificación de una conducta como restricción de la competencia no tiene sistemáticamente como presupuesto, como requisito previo, el que los implicados tengan una posición de poder, una posición "sensible" en el mercado²⁶⁵. Efectivamente, en el marco del art. 85.1 TCE, las cosas son de otra manera. El efecto sensible se ha constituido en requisito de fondo inmanente y necesario del supuesto de hecho de la prohibición de

²⁶³ EMMERICH: *Kartellrecht*, cit., 6.^a ed., pág. 67.

²⁶⁴ Véase *supra*, epg. XV. 3.

²⁶⁵ HAWK: "La révolution antitrust...", cit., pág. 27.

conductas colusorias –se ha llegado a afirmar que "sin ningún fundamento en el Tratado"²⁶⁶, pues, efectivamente, el tenor literal del art. 85.1 TCE guarda silencio al respecto—. Además, no sólo atañe al elemento de la restricción de la competencia, sino también y primeramente, al criterio de aplicación real de la prohibición, a la cláusula de afectación del comercio interestatal.

Este último elemento del supuesto de hecho de la prohibición de conductas colusorias no es exclusivamente comunitario, pero sí que presenta una entidad distinta a la que tiene en el Derecho *antitrust* estadounidense. En efecto, el tenor literal de la *Sec. 1 Sherman Act* prohíbe las restricciones de competencia que restrinja el comercio "entre los distintos Estados" (*among the several States*)²⁶⁷. Pero en este caso se trata más de una cuestión de competencia judicial, de jurisdicción, que de aplicabilidad de la prohibición de conductas colusorias. De otra parte, si bien este elemento presupone un efecto sensible, mejor dicho, una "afectación no insustancial" del comercio interestatal, se entiende que ésta concurre, prácticamente, siempre que exista una relación entre la conducta y el comercio interestatal.²⁶⁸

Si esto es así, procede, entonces, preguntarse, si verdaderamente el efecto sensible comunitario constituye un criterio que encuentra su fundamento en la tutela del concepto de competencia económica suficiente²⁶⁹. Para ello se va a prestar especial atención a su desarrollo en el seno de la cláusula del comercio interestatal.

²⁶⁶ EMMERICH: *Kartellrecht*, cit., 6.ª ed., pág. 514; cfr. IBIDEM, 7.ª ed., págs. 508-509, donde ya no se afirma la falta de fundamento en el TCE.

²⁶⁷ Véase *supra*, epg. XV.

²⁶⁸ Véanse AREEDA/KAPLOW: *Antitrust Analysis...*, cit., págs. 150-152; y CASES: *Derecho Administrativo de la Defensa...*, cit., págs. 466-499.

²⁶⁹ Así, FERNÁNDEZ DE LA GÁNDARA/CALVO: *Derecho Mercantil Internacional*, cit., pág. 294, entienden que el efecto sensible sustantivo "no es más que una secuela del concepto de competencia efectiva asumida [...] por el Derecho europeo de la competencia".

XVI. 3. B. *El carácter extracompetencial del efecto sensible*

La cláusula del comercio interestatal delimita el ámbito de aplicación objetivo —y mediatamente el espacial— de la prohibición de conductas colusorias²⁷⁰. Así, el art. 85 TCE no es aplicable cuando las conductas en cuestión no sean adecuadas para producir la afectación del comercio interestatal —o, más precisamente, "intracomunitario"²⁷¹—. La sistemática del art. 85.1 TCE configura este elemento como un requisito cumulativo al de la restricción de la competencia. Pero, además, da la impresión de que se trate de un elemento "precompetitivo" de la prohibición: es como si la valoración de la afectación del comercio intracomunitario debiese tener lugar antes de la determinación de la existencia de una restricción de la competencia e independientemente de ello. No obstante, y tratándose de una prohibición de conductas colusorias, ¿no debería ser previamente calificada la conducta en cuestión como restricción de la competencia? Para responder a esta cuestión, debe comenzarse por diferenciar el planteamiento del TJCE y del TPI, por un lado, del de la Comisión CE, por otro.

Según la interpretación primigenia realizada por el TJCE, para que conforme al art. 85.1 TCE una conducta pueda afectar el comercio intracomunitario, debe tener repercusiones sensibles. La "adecuación" exigida presupone el efecto sensible de la conducta, que procura una entidad suficiente a la afectación del comercio en relación con el mercado relevante. Tal proporción se deja medir cuantitativamente: por regla general, depende de la cuota de mercado de las empresas implicadas en el acuerdo. Por ello se caracteriza al efecto sensible como "cuantitativo". No obstante, el efecto sensible no es un valor absoluto,

²⁷⁰ Véase FERNÁNDEZ DE LA GÁNDARA/CALVO: *Derecho Mercantil Internacional*, cit., págs. 288-297.

²⁷¹ Expresión utilizada en la Sent. del TJCE de 1.2.1978, As. 19/77 *Miller*, Slg. 1978, pág. 131 y sigs., pág. 149.

ya que la posición en el mercado se ha de valorar bajo la consideración de la estructura del mismo²⁷²: un acuerdo, que "atendiendo a la debilidad de los implicados en el mercado de los productos en cuestión sólo afecta de manera insignificante" a la libre circulación, no cae bajo la prohibición del art. 85.1 TCE²⁷³. Es más, los datos resultantes del análisis de mercado han de considerarse junto con la totalidad del contexto económico y jurídico en el que el acuerdo se sitúa.²⁷⁴

Este carácter relativo del efecto sensible cuantitativo es especialmente evidente cuando se trata de evaluar la afectación del comercio intracomunitario por redes paralelas de acuerdos de distribución, como el TJCE puso de relieve en el As. *Delimitis*²⁷⁵. En esta sentencia se concretó el significado de la "teoría del haz de acuerdos" (*Bündeltheorie*), avanzada en el As. *Brasserie de Haecht*²⁷⁶: cuando, en el mercado en cuestión, los competidores recurren a acuerdos idénticos o similares para organizar sus canales de distribución, es necesario considerar el "efecto acumulado"²⁷⁷ que generan

²⁷² Véanse Sent. del TJCE en As. *Société Technique Minière*, cit., págs. 303-304; Sent. del TJCE de 9.7.1969, As. 5/69 *Völk*, Slg. 1969, pág. 295 y sigs., pág. 302; Sent. del TJCE de 6.5.1971, As. 1/71 *Cadillon*, Slg. 1971, pág. 351 y sigs., pág. 356; Sent. del TJCE de 26.11.1975, As. 73/74 *Papiers Peints*, Slg. 1975, pág. 1491 y sigs., págs. 1514-1515; Sent. del TJCE en As. *Miller*, cit., pág. 149; Sent. del TJCE de 16.6.1981, As. 126/80 *Salonia*, Slg. 1981, pág. 1563 y sigs., págs. 1578-1579; Sent. del TJCE en As. *AEG*, cit., pág. 3201; Sent. del TJCE en As. *Hasselblad*, cit., págs. 901-902; Sent. del TJCE en As. *Verband der Sachversicherer e. V. vs. Comisión*, cit., págs. 458-459.

²⁷³ Véase REICH: *Europäisches Verbraucherrecht...*, cit., núm. 75, pág. 177, con cita de la Sent. del TJCE en el As. *Ciments et Bétons vs. Krepen*, cit., págs. 4183-4184.

²⁷⁴ Véase Sent. del TJCE de 12.12.1967, As. 23/67 *Brasserie de Haecht*, Slg. 1967, pág. 525 y sigs.

²⁷⁵ Sent. del TJCE cit.

²⁷⁶ Sent. del TJCE cit.

²⁷⁷ El TJCE recurre a la expresión "efecto acumulativo" (véase Sent. en el As. *Delimitis*, cit., pág. I-984); la expresión escogida —por entenderse que expresa mejor la idea a la que se refiere—, "efecto acumulado" de redes paralelas de acuerdos", es la utilizada en los núms. 18 y 20.b) de la Comunicación de la Comisión relativa a los acuerdos de menor importancia no contemplados en el apartado 1 del artículo 85 del Tratado (97/C 372/04)

dichos acuerdos para poder determinar si existe una afectación sensible del comercio interestatal. De este modo se establece que el efecto acumulado de redes paralelas de acuerdos constituye un instrumento de determinación del efecto sensible. Y que, además, la mera existencia de redes paralelas de acuerdos no justifica la constatación de una compartimentación prohibida del mercado relevante. Se exige el efecto sensible del haz de acuerdos.²⁷⁸

Tales postulados se ha visto reafirmados por los pronunciamientos del TPI en los As. *Langnese-Iglo* y *Schöller*²⁷⁹, que, de este modo, frustra el intento por parte de la Comisión CE de llevar al apdo. 3 del art. 85 TCE la evaluación del efecto acumulado. En las decisiones recurridas, la Comisión CE aplica los criterios establecidos en su entonces vigente Comunicación de 3 de septiembre de 1986, relativa a los acuerdos de menor importancia no contemplados en el apartado 1 del artículo 85 del Tratado (86/C 231/02)²⁸⁰ (en adelante, Comunicación sobre AMI de 1986) para determinar el efecto sensible de los acuerdos enjuiciados, pese a que se trata de un supuesto donde se da el efecto acumulado, y traslada conscientemente la evaluación del mismo al ámbito de la exención²⁸¹. Pues bien, el TPI niega el valor

(DOCE núm. C 372/13, de 9.12.1997; en adelante, Comunicación sobre AMI de 1997).

²⁷⁸ Sent. del TJCE en As. *Delimitis*, cit., pág. I-984.

²⁷⁹ Véase Sents. del TPI de 8.6.1995, respectivamente, As. T-7/93, Rec. 1995, pág. II-1533 y sigs.; y As. T-9/93, Rec. 1995, pág. II-1611 y sigs.

²⁸⁰ DOCE núm. C 231/2, de 12.9.1986, modificada posteriormente por la Comunicación de la Comisión relativa a la actualización de la Comunicación de 1986 sobre acuerdos de menor importancia (94/C 368/06) (DOCE núm. C 360/20, de 23.12.1994).

²⁸¹ Véase Decs. de la Comisión CE 93/406/CEE de 23.12.1992, As. *Langnese-Iglo*, DOCE núm. L 183/19, de 26.7.1993, págs. 30 y 33-36; y 93/405/CEE de 23.12.1993, As. *Schöller*, DOCE núm. L 183/1, de 26.7.1993, págs. 11-12 y 14-17. En este sentido, véanse VELTROP, J. D.: "Tying and Exclusive Purchasing Agreements under EC Competition Law", CMLRev 1994 (31), págs. 563-567; KORAH, V.: "Exclusive Purchasing Obligations: Mars v Langnese and Schöller", ECLR 1994 (3), págs. 173-175; IDEM: "The Future...", cit., pág. 507; y HAWK: "System Failure...", cit., págs. 982-983.

De hecho, la única consecuencia que para la Comisión CE tuvieron los pronun-

absoluto de los criterios fijados en la Comunicación sobre AMI de 1986, y obliga a realizar el "examen de doble fase" que exige el TJCE en el As. *Delimitis*.²⁸²

En este examen de doble fase, en primer lugar, se ha de verificar si habida cuenta del conjunto de acuerdos similares celebrados en el mercado relevante y de los restantes elementos del contexto económico y jurídico, resulta que los acuerdos en cuestión tienen como "efecto acumulativo" cerrar el acceso de nuevos competidores a ese mercado; si esta primera fase arroja un resultado positivo, entonces debe evaluarse en qué medida contribuye el acuerdo controvertido al "efecto acumulativo" producido por el conjunto de estos contratos en su contexto económico y jurídico: si éste contribuye de manera significativa, entonces queda prohibido por el apdo. 1 del art. 85 TCE²⁸³. Así, del contexto económico, en la primera fase, el TJCE indicó que para

ciamientos del TJCE sobre la relación entre el efecto sensible y el efecto acumulado de las redes paralelas de acuerdos de distribución compra en exclusiva de cerveza en el As. *Delimitis*, Sent. cit., fue la elaboración de la Comunicación por la que se modificaba la Comunicación a los Reglamentos (CEE) núm. 1983/83 y (CEE) 1984/83 relativos a la aplicación del apartado 3 del artículo 85 del Tratado a categorías de acuerdos de distribución exclusiva y de compra en exclusiva (92/C 121/02) (DOCE núm. C 121/2, de 13.5.1992), que, en realidad, adapta los criterios establecidos en la Comunicación sobre AMI de 1986 a los contratos de compra en exclusiva de cerveza que entran en el ámbito de aplicación del Rgto. CEE 1984/83.

Finalmente, no debe perderse de vista, que estas decisiones no son ajenas a un acción de política industrial sectorial de la Comisión CE, con ocasión de la entrada en el mercado europeo del helado de impulso del grupo estadounidense *Mars*; acción que ha tenido sus ramificaciones nacionales (véanse MAITLAND-WALKER, J.: "Editorial - Ice-Cream Wars: An Honourable Peace or the Beginning of a Greater Conflict?", ECLR 1995 (8), págs. 451-453; y BISSOCOLI, E.: "Exclusive Purchasing Obligations: The Italian Chapter of the Ice Cream Distribution Saga", ECLR 1998 (8), pág. 520-529).

²⁸² Sent. del TJCE cit. Véase Sents. del TPI en As. *Langnese-Iglo*, cit., pág. II-1573; y en As. *Schöller*, cit., pág. II-1643. Al respecto, véanse CUMMING, G.: "Langnese-Iglo GmbH and Distribution Agreement", JBL 1996, pág. 512; PHEASANT, J., y WESTON, D.: "Vertical Restraints, Foreclosure and Article 85: Developing an Analytical Framework", ECLR 1997 (5), pág. 327; y BISSOCOLI: "Exclusive Purchasing Obligations...", cit., pág. 522.

²⁸³ Véase Sent. del TJCE en As. *Delimitis*, cit., págs. I-986 a I-987; y Sents. del TPI en As. *Langnese-Iglo*, cit., pág. II-1573, y *Schöller*, cit., pág. II-1643.

evaluar el nivel de compartimentación del mercado era necesario tener en cuenta el número de los acuerdos de suministro en exclusiva de cerveza y el volumen de negocio que estos suponían, su duración, la posibilidad de adquirir puntos de venta ya establecidos o de abrir nuevos puntos de venta, la estructura del mercado y el grado de fidelización alcanzado por las marcas; para desarrollar la segunda fase, el TJCE remitió al análisis de la posición de las partes en el mercado, con especial consideración del número de puntos de venta, y de la duración de los acuerdos de suministro en exclusiva²⁸⁴. Por su parte, el TPI añadió a la primera fase la consideración del hecho de que la exclusividad no sólo se extendía a los productos (helados de impulso), sino también a los frigoríficos para su venta, a los descuentos concedidos a los detallistas que respetasen la exclusiva, el bajo nivel de ventas de los detallistas, que obliga a los productores a tener acceso a un elevado número de los mismos para obtener rentabilidad, y la destacada posición en el mercado de las empresas implicadas.²⁸⁵

Los criterios de evaluación arriba sintetizados constituyen un considerable sustrato de argumentos propios de un análisis económico. Pero ello no da respuesta al interrogante del carácter precompetitivo de la cláusula de afectación del comercio intracomunitario y, con ello, del efecto sensible vinculado a la misma. No obstante, los pronunciamientos del TJCE y del TPI en estas sentencias pueden ser de ayuda, para responder al mismo. Así, el TJCE afirma que:

"el efecto acumulativo producido por varios acuerdos similares es un elemento entre otros que permiten saber *si mediante una* posible

²⁸⁴ Véase Sent. del TJCE en As. *Delimitis*, cit., págs. I-985 a 987; véanse también PHEASANT/WESTON: "Vertical Restraints...", cit., pág. 325-326; y BISSCOLI: "Exclusive Purchasing Obligations...", cit., pág. 521.

²⁸⁵ Véase Sents. del TPI en As. *Langnese-Iglo*, cit., págs. II-1574 a 1576; y en As. *Schöller*, cit., págs. II-1644 a 1646.

*alteración del juego de la competencia, el comercio entre los Estados miembros puede resultar afectado".*²⁸⁶

En este fragmento, el TJCE da la impresión de corregir la sistemática del art. 85.1 TCE, de manera que sólo si existe una restricción de la competencia se toma en consideración la afectación del comercio. Pero después no pasa a ocuparse de si los acuerdos en cuestión constituyen una restricción de la competencia. Ni se realiza una ponderación de los efectos de competencia positivos y negativos, ni se califica los acuerdos como restricciones de la competencia. El TJCE sólo se preocupa de si tales acuerdos dificultan el acceso al mercado, pero no para determinar la existencia de una restricción vertical de efecto excluyente²⁸⁷, sino para constatar la afectación del comercio intracomunitario. Lo que aquí se considera es la libre circulación intracomunitaria: el componente de "competencia económica" sólo interesa en la medida en que determina el efecto sensible de la compartimentación del Mercado Unico. De ahí que se haya llegado a afirmar que el efecto sensible sustantivo "pudiera constituir el vehículo doctrinal para un análisis económico pleno" en el apdo. 1 del art. 85 TCE²⁸⁸, pero sin identificarlo con la regla de razón en sentido estricto.

Esta manera de proceder podría explicarse acudiendo al marco procedimental. Dentro del procedimiento de cuestión prejudicial, no se preguntó al TJCE sobre la existencia de una restricción de la competencia, sino únicamente sobre la afectación del comercio²⁸⁹. Pero idéntico planteamiento se observa en los As. *Langnese-Iglo* y *Schöller*²⁹⁰, donde

²⁸⁶ Sent. del TJCE en As. *Delimitis*, cit., pág. I-984 –la cursiva es del nuestra–.

²⁸⁷ Véase *supra*, epg. XIII. 3. C.

²⁸⁸ HAWK: "System Failure...", cit., pág. 980.

²⁸⁹ Véase Sent. del TJCE en As. *Delimitis*, cit., pág. I-980.

²⁹⁰ Sents. del TPI cits., págs. II-1571 y 1576, y II-1641 y 1646, respectivamente.

el TPI no se pronuncia en el marco del art. 177 TCE, sino en el del recurso directo de nulidad (art. 173 TCE). Es más, en ambas sentencias se trata del efecto acumulado bajo la rúbrica de los "efectos del los contratos de suministro en exclusiva sobre la competencia"²⁹¹. ¿Quiere esto decir que en la jurisprudencia comunitaria se ha producido un reubicación sistémica del efecto sensible, que pasa a tratarse principalmente en el marco del elemento de la restricción de la competencia? Esto es dudoso. Así, el TJCE afirmaba que "[s]i bien los acuerdos de este tipo no tienen por objeto restringir la *competencia*, en el sentido del apartado 1 del artículo 85, no obstante, es preciso verificar, si no tienen por efecto impedirla, restringirla o falsear su juego"²⁹², para ocuparse después directa y únicamente de la afectación del comercio. Más probable parece que, a la hora de evaluar el efecto sensible, comercio intracomunitario y competencia económica sean, para los tribunales comunitarios, conceptos intercambiables: ora en el marco del primero, ora en el de la segunda, se trata de lo mismo, de los efectos sobre la integración; en el As. *Langnese-Iglo*, se plantean ambas cuestiones por separado, pero la *ratio decidenda* que lleva a afirmar su concurrencia es idéntica: las consecuencias del efecto acumulado hacen que el acceso al mercado quede afectado de manera sensible²⁹³. Seguramente, el deslizamiento sistémico que puede detectarse en las sentencias del TPI, obedezca al considerable sustrato económico del test de doble fase; como tampoco será ajeno a la pugna mantenida con la Comisión CE: lo importante es que, bien en conexión con la afectación del comercio intracomunitario, bien con la competencia económica, queda claro que el examen de las relaciones entre el efecto sensible y el efecto acumulado debe efectuarse en el apdo. 1 del art. 85 TCE. Ahora bien, ¿quiere esto decir que cualquier conducta empresarial que pudiera

²⁹¹ Véase Sents. del TPI en As. *Langnese-Iglo*, cit., pág. II-1565 y sigs.; y en As. *Schöller*, cit., pág. II-1637 y sigs.

²⁹² Sent. del TJCE en As. *Delimitis*, cit., pág. I-984 —la cursiva es nuestra—.

²⁹³ Véase Sent. del TPI cit., pág. II-1576.

compartimentar el Mercado Unico es *per se* una restricción de la competencia?

No lo parece. Pero, a la hora de realizar el examen del efecto sensible, sea en el marco de la afectación del comercio, sea en el de la restricción de la competencia, da la impresión de que basta la presunción de restricción de la competencia. En la evaluación del efecto sensible se consideran factores y efectos que también tienen un significado para la competencia económica. Pero no "interesa" si realmente se da una restricción de la misma. Esto es así, porque este requisito de la prohibición de conductas colusorias se encuentra ligado al objetivo de la integración, al que sirve el Derecho comunitario de la competencia. De este modo se evita que una conducta que tiene la capacidad de compartimentar el mercado, escape al efecto útil de la prohibición. La doctrina del efecto útil ha provocado una ampliación del ámbito de aplicación del art. 85 TCE, tanto en el sentido de abarcar casos con supuestos de hecho "nacionales" —si atendemos al ámbito espacial afectado por las conductas en cuestión y a la nacionalidad de las empresas implicadas—, pero que podían ser adecuados para causar una compartimentación dentro del Mercado Unico²⁹⁴, como en el sentido de abarcar acuerdos de nula o muy reducida incidencia en la

²⁹⁴ Véase REICH: *Europäisches Verbraucherrecht...*, cit., núm. 75, pág. 178. Es más, como también señala TOBÍO RIVAS: "Libro Verde...", cit., págs. 1035-1036, dentro de la explicación relativa a los elementos de apreciación utilizados para la definición de los mercados relevantes, la Comisión CE manifiesta abiertamente que la integración del Mercado Unico puede desembocar en una delimitación más amplia del mercado geográfico relevante de la que en principio correspondería (véase núms. 10 y 32 Comunicación sobre mercado relevante de 1997); e igualmente puede influir en su delimitación temporal (véase núm. 12 Comunicación sobre mercado relevante de 1997).

A este respecto, en relación a la Sent. del TJCE en el As. *Verband der Sachversicherer e.V. vs. Comisión*, cit., se objetó que de ese modo el comercio interestatal se convertía en una terminología "subjetiva", porque el carácter transnacional del servicio se determinaba en base al carácter transnacional de la empresa (BLAISE, J.-B.: "Droit de la concurrence", RTDE 1987 [23], pág. 689). Ello es impreciso, porque se trataba de una cuestión de compartimentación del mercado. Y no se debe perder de vista, que se trataba del mercado de los seguros, que entonces se encontraba altamente compartimentado.

competencia económica. Para contrarrestar tal ampliación se incorpora a la prohibición de conductas colusorias el efecto sensible, que limita su ámbito de aplicación, evitando el que podría denominarse "efecto inútil" de la prohibición comunitaria como herramienta de formación del Mercado Único.

La visión de la Comisión CE aporta nuevos argumentos a la discusión. De una parte, según los núms. 2 y 3 de la anteriormente vigente Comunicación sobre AMI de 1986, no estaba claro ("o") si el efecto sensible se refiere al elemento de la afectación del comercio y al de la restricción de la competencia por separado o conjuntamente. Los "efectos sobre las relaciones en el mercado" —que constituyen el criterio decisivo— pueden ser relevantes para la determinación de ambos elementos. ¿Se ha de examinar el efecto sensible por partida doble? ¿Es la afectación del comercio, también en la concepción de la Comisión CE, un elemento que se puede determinar independientemente de la constatación de una restricción de la competencia? Los pronunciamientos del TJCE en el As. *NSO*²⁹⁵ permiten dar una respuesta afirmativa. Claramente, ello resulta en la actualidad del núm. 2 Comunicación sobre AMI de 1997²⁹⁶. Parece, pues, que para la Comisión CE el efecto sensible es un parámetro que se refiere tanto al comercio intracomunitario como a la restricción de la competencia, y que, en el primer caso, se puede determinar previa e independientemente de la efectiva existen-

²⁹⁵ Sent. del TJCE de 10.12.1985, As. 260/82, Slg. 1985, pág. 3812 y sigs., págs. 3824-3825 y 3827.

²⁹⁶ Sobre esta Comunicación, véanse RATING, S.: "Die Kommission sachlägt eine neue Bagatellbekanntmachung vor", CPNews 1997 (3-1), pág. 8 y sigs.; BARR, F.: "The New Commission Notice on Agreements of Minor Importance: Is Appreciability a Useful Measure?", ECLR 1997 (4), pág. 207 y sigs.; GARCÍA CACHAFEIRO, F.: "La nueva Comunicación de la Comisión Europea sobre los acuerdos de menor importancia", ADI 1997 (XVIII), pág. 1023 y sigs.; COMISIÓN CE: *XXVII Informe...*, cit., págs. 8 y sigs.; y JESTAED, T., y BERGAU, T.: "Die neue Bagatellbekanntmachung der Kommission", WuW 1998 (2), pág. 119 y sigs.

cia de un restricción de la competencia.²⁹⁷

Por otra parte, el núm. 3 Comunicación sobre AMI de 1997, al igual que se establecía en los núms. 3 y 5 Comunicación sobre AMI de 1986, permite entender claramente que la definición cuantitativa del efecto sensible dada por la Comisión CE no tiene ningún significado definitivo²⁹⁸; esto es, constituye una presunción. Acuerdos que superen los valores-umbral explicitados pueden carecer de efecto sensible; y acuerdos que están cubiertos por la Comunicación sobre AMI de 1997 pueden tener efecto sensible. En el primer caso, la ausencia de efecto sensible resulta de la valoración de las repercusiones: pese a superarse la cuota de mercado máxima establecida, el acuerdo carece de efecto sensible. En el segundo, la Comunicación sobre AMI de 1997 no indica qué circunstancias desencadenan el efecto sensible, a diferencia de lo que sucedía en la Comunicación sobre AMI de 1986, donde al menos se indicaba que ello se producía "sobre la base de circunstancias excepcionales". Pero nada impide que se tengan en consideración circunstancias no cuantitativas. De este modo, en el segundo caso se introduciría una suerte de efecto sensible "cualitativo"²⁹⁹: tal sería el caso de los supuestos de "efecto sensible *per se*" introducidos en la Comunicación sobre AMI de 1997, y sobre los que se volverá más adelante. Pero, ¿qué fundamento tienen las circunstancias que, en estos casos, y contra lo que

²⁹⁷ En este mismo sentido, véase LiV RV, núm. 21, inicio, pág. vi.

Cfr. núms. 3 y 4 de la Comunicación de la Comisión sobre la revisión de su Comunicación, de 3 de septiembre de 1986, relativa a los acuerdos de menor importancia no contemplados en el apartado 1 del artículo 85 del Tratado CE (97/C 29/03) (DOCE núm. C 29/3, de 30.1.1997), que posteriormente daría lugar a la Comunicación sobre AMI de 1997, y donde la Comisión CE intentó asignar el efecto sensible al elemento de la restricción de la competencia.

²⁹⁸ Véanse RATING: "Die Kommission schlägt...", cit., pág. 9; BARR: "The New Commission...", cit., pág. 208; y, con mayor detalle, JESTAED/BERGAU: "Die neue Bagatellbekanntmachung...", cit., págs. 123-133.

²⁹⁹ Cfr. el alcance que a esta distinción confiere, en el marco de la normativa española, COSTAS COMESAÑA: "La nueva regulación...", cit., págs. 5685-5686; e IDEM: *Los cárteles de crisis...*, cit., págs. 64-65.

es regla general, determinan, respectivamente, la ausencia y, sobre todo, la presencia de efecto sensible? ¿Se trata de circunstancias puramente atinentes a la competencia económica?

No necesariamente. Una comparación con la Comunicación de la Comisión de 19 de diciembre de 1977, relativa a los acuerdos de menor importancia no contemplados en el apartado 1 del artículo 85 del Tratado³⁰⁰ (en adelante, Comunicación sobre AMI de 1977) –anterior versión de la Comunicación sobre AMI de 1986– denota significativas líneas de desarrollo en la concepción de la Comisión CE. Según los párrs. 2.º y 3.º, núm. I, Comunicación sobre AMI de 1977 ("y"), el efecto sensible debía referirse simultáneamente al elemento de la afectación del comercio y al de la restricción de competencia. En el núm. I-3.º Comunicación sobre AMI de 1977 también se declaraba que el efecto sensible determinado por la Comisión CE no tenía ningún significado definitivo, aunque sólo para el caso de los acuerdos que, pese a haber superado los valores-umbral explicitados, no tuviesen efecto sensible. Sin embargo, no se recogía el efecto sensible "cualitativo".

³⁰⁰ ABIEG núm. C 313/3, de 29.12.1977; DOCE ed. especial en español 8/vol. 2, pág. 56.

La versión anterior de esta Comunicación, y primera de la serie de comunicaciones sobre acuerdos de menor importancia, es la Comunicación de la Comisión, de 27 de mayo de 1970, relativa a los acuerdos de menor importancia no previstos en el apartado 1 del artículo 85 del Tratado (ABIEG núm. C 64/1, de 2.6.1970; DOCE ed. especial en español 8/vol. 1, pág. 162).

Para una reseña histórica de las comunicaciones de la Comisión CE a este respecto, véase GARCÍA CACHAFEIRO: "La nueva Comunicación...", cit., págs. 1024-1025.

De ello puede deducirse que, a la vez que se intenta acrecentar la separación entre afectación del comercio y restricción de la competencia, el efecto sensible es entendido, también por la Comisión CE, como un criterio extracompetencial, como criterio que permite hacer un uso razonable de la cláusula de afectación del comercio intracomunitario. Pero el carácter extracompetencial del efecto sensible no radica solamente ahí. Para la Comisión CE, el efecto sensible constituye una doble herramienta: de política industrial y de política de efectiva implantación de la prohibición establecida en el art. 85 TCE.

En efecto, en primer lugar, puede sostenerse que la Comisión CE contempla el efecto sensible como una herramienta de la política industrial. Según el núm. 1 Comunicación sobre AMI de 1986, ésta pertenece a una serie de comunicaciones que tienen por objeto "facilitar la cooperación de las pequeñas y medianas empresas" –en el núm. I-1.º Comunicación sobre AMI de 1977, ¡el objetivo era "fomentar" esta cooperación!–. Y, de hecho, uno de los criterios a los que se recurría en ambas Comunicaciones a la hora de delimitar cuantitativamente el efecto sensible –núms. 7, 2.º guión, Comunicación sobre AMI de 1986 y II.-1.º, 2.º guión, Comunicación sobre AMI de 1977– era el del volumen de negocio, en definitiva, el del tamaño, de la totalidad de las empresas partícipes en el acuerdo en cuestión; criterio que tenía carácter cumulativo, y no alternativo, al de la cuota de mercado, por lo que la condición de PYME constituía un requisito *de facto* indispensable para poder beneficiarse de ambas Comunicaciones³⁰¹. Aparentemente, este componente habría desaparecido en la nueva Comunicación sobre AMI de 1997: en su núm. 1, no se alude expresamente a las PYME, sino que se quiere "facilitar la cooperación entre empresas" en general; y, de hecho, el único criterio al que se acude para determinar la existencia o

³⁰¹ En este mismo sentido, JESTAED/BERGAU: "Die neue Bagatellbekanntmachung...", cit., pág. 120.

inexistencia de efecto sensible es la cuota de mercado (véase núm. 9 Comunicación sobre AMI de 1997). De manera que se habría eliminado esa discriminación tradicional entre grandes empresas y PYME³⁰². Sin embargo, no ha sucedido así, puesto que se mantiene, y hasta se ha hecho más evidente, el carácter de herramienta de política industrial del efecto sensible³⁰³: en el núm. 19 Comunicación sobre AMI de 1997, la Comisión CE entiende que un acuerdo entre PYME "rara vez" va a tener efecto sensible; pero que, aún en ese caso, el asunto carece de "interés comunitario suficiente", incluso si se rebasan los umbrales de cuota de mercado establecidos con carácter general –si bien la Comisión CE se reserva la posibilidad de intervenir, cuando estos acuerdos obstaculicen de manera significativa la competencia en parte sustancial del mercado relevante (véase núm. 20.a] Comunicación sobre AMI de 1997)–. Es decir, ya no se recurre únicamente al efecto sensible sustantivo, sino también al procedimental en apoyo de las PYME³⁰⁴. En segundo lugar, y enlazando con lo anterior, también se puede postular que, para la Comisión CE, el efecto sensible es una cuestión de la política de buena administración de los recursos destinados a la efectiva implantación del Derecho comunitario de la competencia. De este modo, la Comisión CE intenta emplear la experiencia adquirida, para conseguir una eficiente utilización de los recursos administrativos de los que dispone –como en el caso del efecto sensible "procedimental"–³⁰⁵. Así, no sólo se aprecia una mayor relación entre el efecto sensible sustantivo y el procedimental, sino también una evolución decreciente del efecto sensible sustantivo cuantitativo, que ha conducido a una

³⁰² Así lo entiende BARR: "The New Commission...", cit., pág. 209.

³⁰³ Evolución que GARCÍA CACHAFEIRO: "La nueva Comunicación...", cit., pág. 1029, califica de "paradoja".

³⁰⁴ Expresamente en este sentido, véase COMISIÓN CE: *XXVII Informe...*, cit., págs. 13 y 20-21.

³⁰⁵ Véanse, reiteradamente, COMISIÓN CE: *XXVII Informe...*, cit., págs. 8, 13 y 20; y GARCÍA CACHAFEIRO: "La nueva Comunicación...", cit., pág. 1023.

exclusión de acuerdos cada vez mayor del ámbito de aplicación del apdo. 1 del art. 85 TCE.

Así, en el año 1977, la cuota de mercado se fijó en el 5 %, y el volumen de negocio en 50 millones de ECU; en 1986 se elevó el volumen de negocio a 200 millones de ECU; en 1994, a 300 millones de ECU; y, en 1997, se eleva la cuota de mercado para los acuerdos verticales al 10 % (véanse sec. II de las Comunicaciones sobre AMI de 1997, 1986 y 1977). Finalmente, en cuanto al criterio del volumen de negocio, "reconvertido" en la Comunicación sobre AMI de 1997, es difícil saber si se ha producido una evolución creciente o decreciente del efecto sensible. El art. 1 de Anexo de la Recomendación de 3 de abril de 1996 sobre la definición de PYME³⁰⁶, que es donde se acude para delimitar el concepto, establece como criterios definitivos —además del número de empleados (hasta 250) y de su independencia—, un volumen de negocio de 40 millones de ECU o un balance general anual de 27 millones de ECU. De modo que, además de la diferencia que puede suponer acudir al balance, el efecto precursor de la cooperación entre PYMES dependerá, en última instancia, del número de PYME implicadas en el acuerdo. Lo que sí es cierto es que esta delimitación únicamente permite recurrir a tal ventaja competitiva de política industrial a verdaderas PYME.

Finalmente, este desarrollo indica otra nota que se puede considerar también característica del efecto sensible, tanto sustantivo como procedimental: su relación inversa con el grado de penetración de la regulación de la competencia como parámetro de comportamiento de sus destinatarios —las empresas y, en el contexto comunitario, los Estados miembros—.

³⁰⁶ Recomendación de la Comisión CE cit.

No obstante, y simultáneamente, ha de ponerse de relieve que, a partir de la Comunicación sobre AMI de 1997 –y el refuerzo que supone la Comunicación sobre mercado relevante de 1997, a la que expresamente se remite el núm. 16 Comunicación sobre AMI de 1997–, el efecto sensible está presidido por una mayor racionalidad económica³⁰⁷, lo que aproxima su configuración a la resultante del análisis económico. Ello no se debe únicamente al abandono del volumen de negocio como criterio delimitador del efecto sensible sustantivo cuantitativo³⁰⁸, sino también a la distinción entre acuerdos horizontales y verticales a la hora de determinar las cuotas de mercado máximas³⁰⁹, y al establecimiento de ciertos supuestos de una suerte de

³⁰⁷ En este mismo sentido, véanse BARR: "The New Commission...", cit., págs. 211-212; y ROHARDT: "Grünbuch...", cit., pág. 479. De hecho, esta Comunicación se enmarca asimismo el ya aludido proyecto de modernización del Derecho comunitario de defensa de la competencia (véase COMISIÓN CE: *XXVII Informe...*, cit., pág. 12; dato sobre el que llaman la atención JESTAEDT/BERGAU: "Die neue Bagatellbekanntmachung...", cit., pág. 119). En efecto, de los principales cambios acaecidos merced a la Comunicación sobre AMI de 1997 se daba ya cuenta en el contexto de las opciones del LiV RV, (véase IBIDEM, núm. 280, pág. 90), como recuerdan BARR: "The New Commission...", cit., págs. 211-212; GARCÍA CACHAFEIRO: "La nueva Comunicación...", cit., págs. 1026-1027; y ROHARDT: "Grünbuch...", cit., pág. 479.

³⁰⁸ Cambio que la Comisión CE introduce por convicción propia y a la vista de la jurisprudencia comunitaria (véase RATING: "Die Kommission schlägt...", cit., pág. 9), pero también por el deseo de incrementar la transparencia. No obstante, tanto la determinación de las cuotas de mercado, como la previa tarea de delimitación del mercado relevante, no están exentas de dificultades a la hora de ser llevadas a la práctica; al respecto, véanse BARR: "The New Commission...", cit., págs. 209-210; GARCÍA CACHAFEIRO: "La nueva Comunicación...", cit., pág. 1029; y "Editorial - Competition, the Commission and Some Constitutional Questions of More than Minor Importance", *ELRev* 1998 (1), págs. 2, donde, además, se cuestiona la suficiencia, tanto de la Comunicación sobre AMI de 1997, como de la Comunicación sobre mercado relevante de 1997, como instrumentos regulativos para introducir cambios de tal entidad. Sobre esta cuestión se volverá *supra*, epg. XVII. 2.

³⁰⁹ El núm. 9 Comunicación sobre AMI de 1997 recurre al criterio delimitador de la "fase de la actividad económica" (producción-comercialización). A las dudas que suscita la aplicación de este criterio (al respecto, véase *supra*, epg. XIII. 1., con la salvedad de que la noción de "nivel del canal de distribución" no coincide exactamente con la de "fase de la actividad económica", pues dentro de una misma fase puede haber distintos niveles), debe sumarse la confusión que introduce la noción de empresa vinculada establecida en el núm. 12 Comunicación sobre AMI de 1997 (en este sentido, véase BARR: "The New

"efecto sensible *per se*" –concretamente, para los acuerdos verticales, fijación de precios de reventa y protección territorial (véase núm. 11.b) Comunicación sobre AMI de 1997)–, que vienen a coincidir con las prohibiciones *per se* de restricciones verticales de la competencia –aunque con exceso, por lo que a la protección territorial se refiere, pues abarca también la relativa; lo cual supone que tales supuestos deben dilucidarse en el apdo. 3 del art. 85 TCE–³¹⁰. Finalmente, la Comisión CE saca las debidas consecuencias de los pronunciamientos del TPI en los As. *Langnese-Iglo* y *Schöller*³¹¹, al establecer la consideración separada y no generalizable del efecto acumulado de redes paralelas de acuerdos: esto no quiere decir que no quepa apreciar la ausencia del efecto sensible cuando se produce el efecto acumulado, pero si éste concurre, es preciso realizar una valoración individualizada del asunto, incluso en el supuesto de que las empresas implicadas sean PYME (véase núms. 18 y 20.b) Comunicación sobre AMI de 1997).

Tras el análisis de los planteamientos, tanto del TJCE y del TPI, como de la Comisión CE, puede concluirse que el efecto sensible introducido en el art. 85 TCE tiene un carácter extracompetencial. De una

Commission..., cit., 210).

³¹⁰ Véase *supra*, epg. XII. 3. Al respecto, véase JESTAED/BERGAU: "Die neue Bagatellbekanntmachung...", cit., pág. 122. Cfr. BARR: "The New Commission...", cit., pág. 210; y GARCÍA CACHAFEIRO: "La nueva Comunicación...", cit., pág. 1029, quienes entienden que se trata de "una nueva categoría de restricciones *per se*". La coincidencia arriba indicada es señalada igualmente por TOBÍO RIVAS: "Libro Verde...", cit., pág. 1035; pero da la impresión de que la autora confunde estos supuestos de "efecto sensible *per se*" con los verdaderos supuestos de "prohibición *per se*": si se atiende al carácter presuntivo del efecto sensible sustantivo definido en la Comunicación sobre AMI de 1997, la identificación de un supuesto de "efecto sensible *per se*" conduce, en última instancia, a la inaplicación de esta Comunicación; pero ello no quiere decir que necesariamente vayan a tener efecto sensible, aunque normalmente sea el caso –así, por ejemplo, cuando concurra el efecto acumulado, como se indica más adelante–; pero, además, ha de tratarse de una restricción no susceptible de autorización –así, en el caso de las restricciones territoriales relativas estamos ante un supuesto de efecto sensible *per se*, pero no de prohibición *per se*–.

³¹¹ Sents. del TPI cits.

parte ha de conceptuarse, primordialmente en relación con la afectación del comercio, aunque también con la competencia económica, como una especie de "doctrina del efecto inútil". En tal contexto supone una corrección a la funcionalización institucional de la política de la competencia como herramienta de la integración del Mercado Unico. Por otra parte, y en la concepción de la Comisión CE, ha de considerarse, además, en primer lugar, como una medida de política industrial, ya que, no sólo tiene como consecuencia, sino que persigue el fomento de las PYME, al facilitarles llegar a acuerdos que las grandes empresas no pueden celebrar. Supone un falseamiento institucional de la competencia. O, mejor dicho, pone de relieve que una competencia no falseada no es una meta absoluta del Mercado Unico, en tanto que aquélla también persigue metas de política industrial. Y, en segundo lugar, como expresión del principio de oportunidad en la administración de la efectiva implantación de la prohibición comunitaria de conductas colusorias.

XVI. 3. C. Los acuerdos de menor importancia en el Derecho español

Mención aparte, aunque sea en forma de breve reseña, merece el tratamiento que los acuerdos de menor importancia reciben en el Derecho español de defensa de la competencia.

Hasta la entrada en vigor del Real Decreto-Ley 7/1996, de 7 de junio, sobre medidas urgentes de carácter fiscal y de fomento y liberalización de la competencia³¹², el art. 1 LDC —de modo similar al art. 85.1 TCE—, establecía una prohibición absoluta de conductas colusorias, cuyo tenor literal no aludía al efecto sensible de las mismas como elemento de la prohibición. Sin embargo, a diferencia de lo sucedido en la esfera comunitaria, el TDC entendió que los acuerdos carentes de efecto sensible debían, en su caso, ser autorizados, pero que, por tal motivo, éstos no resultaban excluidos del ámbito de la prohibición de conductas colusorias³¹³. En efecto, y también a diferencia de lo que sucede en el Derecho comunitario, en el Derecho español existía la posibilidad de autorizar aquellos acuerdos que careciesen de efecto sensible según el art. 3.2.d) LDC —y ello, tanto mediante una autorización singular (art. 4 LCD) como por un reglamento de exención por categorías (art. 5.2 LDC)—³¹⁴. En definitiva, el efecto sensible sustantivo únicamente era susceptible de ser apreciado en el marco de la exención.³¹⁵

³¹² BOE de 8-6; corr. err. BOE 18-6.

³¹³ Véase Res. del TDC de 30-1-1990, Exte. 18/90 As. *Wilkhahn*, Bol. Eco. ICE 1990 (2269), págs. 651-653.

³¹⁴ Véanse COSTAS COMESAÑA: "Los acuerdos de menor importancia...", cit., págs. 155-157; y MIRANDA SERRANO: "La rule of reason...", cit., pág. 2322, nota 15.

³¹⁵ La postura del TDC obedecía, seguramente, a razones de política de administración de la prohibición de conductas colusorias, al entener que todavía no era el momento oportuno para introducir tal relajación en la misma, en consideración al déficit español en cultura de competencia; no obstante, ello contrasta con la opción legislativa adoptada en cuanto a los reglamentos de exención por categorías, que igualmente es objeto de breve

Dicha solución no quedó exenta de críticas. Se entendía que una interpretación teleológica del art. 1 LDC debería conducir a la introducción en la disposición del requisito del efecto sensible –no obstante, en relación con el elemento de la restricción de la competencia, pues la prohibición española no requiere la afectación del comercio "intraestatal", no contiene un elemento parangonable al de la afectación del comercio intracomunitario—. Dicha reducción teleológica se justificaba porque los acuerdos de menor importancia no ponen en peligro el bien jurídico protegido, que es una competencia suficiente.³¹⁶

El art. 15.1 del mencionado R.D.-Ley, tras una corrección de errores de dudoso recibo³¹⁷, introduce un apdo. 3 en el art. 1 LDC del siguiente tenor:

"Los órganos de defensa de la competencia *podrán decidir no perseguir* las conductas que, por su escasa importancia, no sean capaces de afectar de manera significativa a la competencia. En tales casos, el Servicio de Defensa de la Competencia podrá *inadmitir* las denuncias y el Tribunal de Defensa de la Competencia podrá *sobreseer* los expedientes".³¹⁸

Al mismo tiempo se mantiene vigente el art. 3.2.d) LDC. Si se retienen las consideraciones vertidas en relación con el efecto sensible en el

mención *infra*, epg. XVI. 4. D.

³¹⁶ Véase COSTAS COMESAÑA: "Los acuerdos de menor importancia...", cit., págs. 160-163, críticas que mantiene en IDEM: "La nueva regulación...", cit., págs. 5681-5683; y en IDEM: *Los cárteles de crisis...*, cit., págs. 59-61; véase también TOBÍO RIVAS, A. M.: "Las exenciones por categorías en el Derecho español de la competencia: el RD 157/1992", RDN 1992 (3), pág. 24.

³¹⁷ Véase ALONSO SOTO, R.: "La modificación de la Ley...", cit., pág. 2; y COSTAS COMESAÑA: "La nueva regulación...", cit., págs. 5680 y 5690.

³¹⁸ Las cursivas son nuestras.

ámbito comunitario, la interpretación del precepto lleva a afirmar que la modificación operada en el art. 1 LDC es, fundamentalmente, expresión del principio de oportunidad en la actuación de los órganos especializados en la defensa de la competencia a la hora de implantar efectivamente la prohibición de conductas colusorias. Esto es, tal y como se ha configurado tras la reforma de la LDC, no cabe entender que el efecto sensible previsto en el art. 1.3 LDC constituya efecto sensible sustantivo, ni cuantitativo ni cualitativo, esto es, un requisito de fondo de la prohibición, sino que se trata de un efecto sensible procedimental³¹⁹. De manera que la apreciación del efecto sensible sustantivo continúa circunscrita a la exención: la inadmisión de la denuncia por parte del Servicio de Defensa de la Competencia, pero también el sobreseimiento del expediente por parte del TDC —donde no hay un pronunciamiento sobre el fondo— carecen de efecto excluyente de las conductas denunciadas del ámbito de aplicación del art. 1 LDC.³²⁰

³¹⁹ En este sentido, véase ALONSO SOTO: "La modificación de la Ley...", cit., pág. 2; y COMENGE PUIG, M.: "Comentario a las modificaciones de la Ley de Defensa de la Competencia introducidas por el RD-Ley 7/96", Bol. Eco. ICE 1998 (2580), pág. 20.

Cfr. COSTAS COMESAÑA: "La nueva regulación...", cit., pág. 5690-5699 y 5713; e IDEM: *Los cárteles de crisis...*, cit., págs. 69-80, quien, mediante una interpretación "correctora", persigue hacer de lo dispuesto en el art. 1.3 LDC un supuesto de efecto sensible sustantivo; seguramente, tal empeño responde a la voluntad del autor de fomentar la aplicación de la prohibición española de conductas colusorias conforme a una regla de razón (véanse IDEM: "La nueva regulación...", cit., pág. 5964; e IDEM: *Los cárteles de crisis...*, cit., pág. 75); pero no parece que tal solución, inspirada en la comunitaria, y a la vista de lo arriba expuesto, apoyase la introducción de una regla de razón.

³²⁰ Cuestión distinta, y que presenta una gran incertidumbre, es determinar qué consecuencias se derivan de tal situación normativa; véase ALONSO SOTO: "La modificación de la Ley...", cit., págs. 2-3; COSTAS COMESAÑA: "La nueva regulación...", cit., págs. 5694-5699; e IDEM: *Los cárteles de crisis...*, cit., págs. 74-80. Pero ello no se debe únicamente a la reforma efectuada, sino, y sobre todo, a la falta de claridad en cuanto a la competencia de los tribunales civiles en aplicación de la LDC y en cuanto a los efectos de tales pronunciamientos; al respecto, véase *supra*, epg. XVI. 2. B.

XVI. 4. Exención y regla de razón

Al contrario que en la *Sec. 1 Sherman Act*, que aparentemente adopta el sistema de la prohibición absoluta de conductas colusorias, el art. 85 TCE prevé, en su apdo. 3, la posibilidad de declarar exentos, ya individualmente, ya por categorías, los acuerdos que vulneren la prohibición de conductas colusorias establecida en su apdo. 1, y que, según el apdo. 2, serían nulos³²¹. Sin embargo, la *Sec. 1 Sherman Act* no constituye, considerada sustantivamente, ninguna prohibición absoluta: la regla de razón —como método de flexibilización— sirve para compensar su rigidez³²², sin necesidad de acudir al mecanismo técnico-jurídico de la exención.

Así, los llamados "acuerdos de consentimiento" (*consent decrees*) no pueden ser calificados de exenciones: se trata de acuerdos transaccionales entre la División *Antitrust* del Departamento de Justicia y los demandados, pero que no tienen por qué reflejar la situación del Derecho vigente. De otra parte, la Comisión Federal de Comercio está habilitada para emitir los requerimientos de cesación y desistimiento, que, sin embargo, únicamente persiguen la prevención de acciones contrarias a la ley.³²³

Los redactores del TCEE se inclinaron, desde el punto de vista técnico-jurídico, por un sistema de protección de la competencia que expresamente posibilita *ab initio* una relajación, es decir, una

³²¹ Véase *supra*, epg. XVI. 2. B.

³²² Véase *supra*, epígrafe XV. 1. "Regla de razón como método de aplicación de la prohibición de conductas colusorias".

³²³ Véanse AREEDA/KAPLOW: *Antitrust Analysis...*, cit., págs. 72-83; y SOUTY: *La politique de la concurrence aux États-Unis*, cit., págs. 53 y 60.; véase también *supra*, epg. XV. 4.

flexibilización de la prohibición de conductas colusorias. De otra parte, el ejercicio de la competencia de exención se erige, en el modelo teórico, en el vehículo para concretar los límites de la prohibición de conductas colusorias y, con ello, aclarar la situación de Derecho. De ahí su relevancia, en principio, desde la perspectiva de la dirección normativa de la prohibición comunitario de conductas colusorias³²⁴. A continuación se entra a analizar el resultado de su desarrollo desde estos dos puntos de vista³²⁵. A tales efectos, y con carácter previo, conviene hacer una serie de precisiones sobre la naturaleza jurídica de las exenciones singulares y por categorías.

XVI. 4. A. Exención singular y por categorías

Desde el punto de vista técnico-jurídico, una prohibición absoluta se puede relativizar mediante una excepción legal o por medio de una reserva de autorización. El mecanismo de la exención se conecta con el principio de prohibición con reserva de autorización, propio de un sistema de control *a priori* de las restricciones de la competencia³²⁶. Pero resulta "equivoco y desacertado" entender la materialización del apdo. 3 del art. 85 TCE, en su conjunto, como el ejercicio de una reserva de autorización. Esta caracterización solamente es acertada para las exenciones individuales³²⁷, mientras que en el caso de las exenciones por categorías, se trata, en realidad, de "excepciones legales

³²⁴ En este sentido, véase KORAH: *An Introductory Guide...*, cit., pág. 272.

³²⁵ Esto es, interesa aquí el funcionamiento del mecanismo que constituye la exención prevista en el apdo. 3 del art. 85 TCE en relación con la seguridad jurídica y la flexibilidad. De ahí que no se proceda a un análisis detallado de la aplicación de los requisitos que determinan la concesión de la exención, tarea que ha sido ya realizada entre nosotros por TOBÍO RIVAS: *La autorización de medidas...*, cit., pág. 91 y sigs.

³²⁶ Véase *supra*, epg. XVI. 2. B.

³²⁷ Y ello, con la matización que supone el uso restringido que, *de facto*, se hace de las exenciones individuales, y que aproxima su carácter, como el del resto de las decisiones formales, al de actos legislativos (véase *supra*, epg. XVI. 2. C.).

limitadas" a la prohibición del art. 85.1 TCE³²⁸. Tienen una naturaleza mixta, pues si bien representan una solución a un problema de administración de la efectiva implantación de la prohibición establecida en el art. 85 TCE, cual es el de la masificación, son, por otra parte, normas jurídicas, Derecho comunitario secundario³²⁹. Es decir, se trata de reglamentos, que son vinculantes en todos sus extremos y de aplicación directa en cualquier Estado miembro (art. 189 TCE). Pero, además, las restricciones de la competencia que caen dentro de las categorías reguladas no exigen ni solicitud alguna ni la correspondiente decisión de la Comisión CE para "ser declaradas" exentas. Esto es, provocan una alteración del control *a priori* en favor de un control *a posteriori* —con las ventajas que ello implica para las empresas—, que se ejerce mediante la retirada de la exención. En definitiva, la exención por categorías despliega sus efectos *ope legis ex* reglamento. De ahí que pueda afirmarse que los reglamentos de exención por categorías constituyen "excepciones legales abstractas a una prohibición legal"³³⁰. Pero la cuestión de su caracterización no queda de este modo completamente resuelta: determinados reglamentos de exención por categorías introducen el así denominado "procedimiento de no oposición"³³¹, con el que se posibilita el ejercicio de una reserva de autorización dentro de la no-excepción legal abstracta a la prohibición³³². En estos casos se

³²⁸ Véase AXSTER, O.: "Das »Alles-oder-Nichts-Prinzip« der EG-Gruppenfreistellungsverordnungen", WuW 1994 (7 y 8), pág. 616.

³²⁹ Véanse MÖSCHEL: "Subsidiaritätsprinzip...", cit., págs. 283-284; e IDEM: "Reform des europäischen...", cit., pág. 251.

³³⁰ AXSTER: "Das »Alles-oder-Nichts-Prinzip«..., cit., pág. 616. Véase también TOBÍO RIVAS: *La autorización de medidas...*, cit., pág. 61.

³³¹ Así, los Rgtos. CEE 417/85, 418/85, 4087/88 y los Rgtos. CE 1475/95 y 240/96; también los Rgtos. CEE 2348/84 y 556/89; para una exposición general de este procedimiento, véase ORTIZ BLANCO: *El Procedimiento...*, cit., t. II, pág. 163 y sigs.

³³² Véase MARTINEK, M., y HABERMEIER, S.: "Das Chaos der EU-Gruppenfreistellungsverordnungen. Analyse, Kritik und Verbesserungsvorschläge", ZHR 1994 (158), págs. 125-128. Véase también AXSTER: "Das »Alles-oder-Nichts-Prinzip«..., cit., pág. 621.

podría calificar los reglamentos de exención como excepciones legales de una prohibición de conductas colusorias provistas, a su vez, de una reserva de autorización de efecto expansivo de la excepción.

Por otra parte, debe advertirse que los reglamentos de exención, en ocasiones, invaden el ámbito reservado al apdo. 1 del art. 85 TCE. Así sucede, por ejemplo, en el art. 3 del Rgto. CEE 4087/88, donde se recoge un listado de "obligaciones normalmente no restrictivas", es decir, que no entran en el ámbito de aplicación del apdo. 1, y no de restricciones declaradas exentas. Y aunque ello se haga con la finalidad de declararlas exentas, caso de resultar prohibidas por el apdo. 1 (véase cdo. 11 Rgto. CEE 4087/88), conduce, cuando menos, a cierta confusión.³³³

Sin embargo, la distorsionante naturaleza jurídica de la exención no sería tan fuertemente criticada³³⁴, si ésta, especialmente en su fórmula colectiva, cumpliera sus cometidos. En principio, los reglamentos de exención por categorías elevan la seguridad jurídica; y, como el mecanismo de la exención en general, su aplicación flexible está garantizada por la posibilidad de ser retirada³³⁵. Pero, en la práctica, esto no es así. Al contrario, puede afirmarse que los reglamentos de exención por categorías han sufrido un "desarrollo defectuoso"³³⁶, cuyos rasgos relevantes pasan a ser tratados a continuación.³³⁷

³³³ Como apunta LUGARD: "Vertical Restraints...", cit., pág. 173.

³³⁴ Véase AXSTER: "Das »Alles-oder-Nichts-Prinzip«..., cit., págs. 618-622.

³³⁵ Véase LiV RV, núms. 190 y 187, pág. 64.

³³⁶ MARTINEK/HABERMEIER: "Das Chaos...", cit., pág. 112.

³³⁷ Sobre los problemas específicamente planteados por las exenciones individuales, véase *supra*, epígrafe XVI. 2. C. "Aspectos procedimentales".

XVI. 4. B. Déficit de seguridad jurídica y flexibilidad en los reglamentos de exención por categorías

La recaracterización de la exención, especialmente cuando el poder que ésta supone se ejerce mediante la emisión de reglamentos, explica su importante significado para el incremento de la seguridad jurídica y de la flexibilidad en el marco de la prohibición comunitaria de conductas colusorias. Así, y sin perjuicio de reconocerse que en el tratamiento por esta vía de los acuerdos de distribución comercial se hallaba en un primer plano la solución del problema de la masificación, también se ha afirmado que mediante los reglamentos de exención por categorías "se superó considerablemente la inseguridad jurídica existente en los primeros años de la política de la competencia comunitaria"³³⁸. Sin embargo, es dudoso que la situación de Derecho resulte de este modo realmente más segura. En contra de esta idea hablan unos reglamentos de exención por categorías que conducen a la intransparencia de la regulación comunitaria de la competencia: "las empresas y sus asesores, a causa de la carencia de principios rectores coincidentes, tienen que dedicar siempre más tiempo y esfuerzos para ponerse de acuerdo prácticamente de alguna manera con un sistema de normas intrincado e intransparente"³³⁹. Ello se pone manifiesto en los reglamentos de exención por categorías, tanto por la repetición de reglas con el mismo contenido, como por la solución discordante de tareas de ordenación de la misma clase, y que desemboca en un elevado grado de formalismo jurídico.³⁴⁰

³³⁸ EHLERMANN: "Der Beitrag...", cit., págs. 8 y 11. Sobre el "problema de la masificación", véase *supra*, epg. XVI. 2. C.

³³⁹ MARTINEK/HABERMEIER: "Das Chaos...", cit., pág. 113.

³⁴⁰ Véanse al respecto MARTINEK/HABERMEIER: "Das Chaos...", cit., págs. 114-123; KORAH: *An Introductory Guide...*, cit., págs. 277-280; y LUGARD: "Vertical Restraints...", cit., pág. 173. Véase también *supra*, epg. XVI. 2. A.

Pero la técnica de regulación no sólo es defectuosa, sino que también es inadecuada, porque además de originar un déficit de seguridad jurídica, provoca también un déficit de flexibilidad. De una parte, se produce el que se ha venido a denominar "efecto de encorsetamiento" o de "camisa de fuerza" (*Zwangsjackeneffekt; strait-jacket-effect*): en el contexto de la materia aquí estudiada, únicamente aquellos acuerdos de distribución comercial que coinciden estrictamente con los tipos delimitadores del ámbito de aplicación de los reglamentos de exención pueden beneficiarse de los mismos, por lo que, habida cuenta de sus ventajas, y pese a su restringido ámbito de aplicación, los operadores económicos tienden a adaptar sus acuerdos a dichos tipos, mermándose *de facto* la libertad de las empresas para regular contractualmente sus canales de distribución³⁴¹. De otra parte, y ya en relación con un tipo determinado de acuerdo, en este caso, las exenciones por categorías dejan un muy escaso margen de configuración del tipo, pues los reglamentos "se leen en parte ya como modelos (intrincadamente organizados) de contrato preformulado". Es más, se trata de modelos sobrerregulados, ya que "[puede] observarse una inclinación de la Comisión a incluir también en la regulación cláusulas contractuales que son neutras desde el punto de vista de la competencia"³⁴². Al margen del formalismo jurídico al que contribuye, la técnica escogida por la Comisión CE de listas de cláusulas contractuales plantea el problema de las cláusulas que persiguen o/y originan restricciones de la competencia de las denominadas "excedentes" (*überschießend*): "hablamos de aquellas reglas contractuales, que ni están comprendidas en el catálogo de las

³⁴¹ Véanse CHARBONNIER: "Vertikale Absprachen...", cit., pág. 271; KORAH: *An Introductory Guide...*, cit., pág. 279; ACKERMANN, T.: "Die Zukunft vertikaler Vertriebsvereinbarungen im EG-Kartellrecht. Anmerkungen zum Grünbuch der Kommission", *EuZW* 1997 (9), págs. 271-272; LUGARD: *Vertical Restraints...*, cit., pág. 173; FUENTES NUÑEZ: "El futuro de la distribución...", cit., pág. 2; y TOBÍO RIVAS: "Libro Verde...", cit., pág. 1034; por su parte, la Comisión CE se hace eco de esta crítica (véase LiV RV, núm. 251, pág. 83).

³⁴² MARTINEK/HABERMEIER: "Das Chaos...", cit., pág. 133; véanse también IBIDEM, pág. 131; y PEEPERKORN: "Commission adopts...", cit., pág. 11.

cláusulas restrictivas de la competencia que son expresamente declaradas exentas, ni se pueden clasificar como no objetables desde el punto de vista del Derecho de la competencia"³⁴³. Pero mayor gravedad presenta el caso de las "cláusulas menores" ("*Minusklauseln*"), es decir, de aquellas cláusulas que, pese a ser menos restrictivas que las expresamente permitidas, no quedan cubiertas por la exención por no coincidir exactamente con las enunciadas en la lista blanca³⁴⁴. En ambos casos, y dado que los reglamentos de exención por categorías se configuran siguiendo el "principio de todo-o-nada" ("*Alles-oder-Nichts-Prinzip*"), dichas cláusulas tienen como consecuencia que el contrato en cuestión no quede cubierto por el reglamento de exención por categorías tan sólo por la existencia de una cláusula no calificada desde el Derecho de la competencia³⁴⁵. De esta manera se congela la ponderación, se consigue rigidez en lugar de flexibilidad³⁴⁶. Finalmente, y al margen de lo anecdótico de los casos en los que se procede a retirar una exención por categorías³⁴⁷, el procedimiento de no oposición se ha revelado como

³⁴³ MARTINEK/HABERMEIER: "Das Chaos...", cit., pág. 128; véase también LUGARD: "Vertical Restraints...", cit., pág. 173.

³⁴⁴ Problema que se ha detectado en la aplicación de los Rgts. CEE 1983/83 y 1984/83; al respecto, véase KIRCHHOFF, W.: "Die Beurteilung von Bezugsverträgen nach europäischem Kartellrecht", WuW 1995 (5), págs. 363-364; véase también ACKERMANN: "Die Zukunft...", cit., pág. 272; y LUGARD: "Vertical Restraints...", cit., pág. 173.

³⁴⁵ AXSTER: "Das »Alles-oder-Nichts-Prinzip«...", cit., págs. 621; véanse también CHARBONNIER: "Vertikale Absprachen...", cit., pág. 271; ACKERMANN: "Die Zukunft...", cit., pág. 272; y FUENTES NUÑEZ: "El futuro de la distribución...", cit., pág. 2; por su parte, la Comisión CE se hace eco de esta crítica (véase LiV RV, núms. 250 y 252, pág. 83).

A la vista de ello puede defenderse el carácter contrario al sistema de este principio, cuando se trata del ejercicio de la competencia de exención en la forma de un reglamento de exención por categorías (así, AXSTER: "Das »Alles-oder-Nichts-Prinzip«...", cit., págs. 621-622). Pero, ciertamente, los fundamentos que proporcionan tanto el TCE como el Rgto. CEE 19/65 permiten argumentar a favor y en contra de su conformidad al sistema de exención establecido.

³⁴⁶ Para un ejemplo de la rigidez que introducen en el mecanismo de la exención por categorías la combinación del efecto de camisa de fuerza y el principio de todo-o-nada, véase, en el ámbito de los acuerdos de franquicia, ADAMS, J. N.: "Opinión - The E.C.'s Green Paper on Vertical Restraints: Franchising", EIPR 1998 (1), págs. 1-3.

³⁴⁷ En este sentido, véase RILEY: "Vertical Restraints...", cit., pág. 487; por su parte, la

una solución inadecuada, tanto por razones sustantivas como procedimentales.³⁴⁸

La Comisión CE es consciente de este desarrollo defectuoso e intenta aportar nuevas soluciones, tanto regulativas como procedimentales. A esta última vertiente puede asociarse la introducción en el Rgto. CE 1475/95 del arbitraje como medida para disminuir el volumen de litigios —y de las consiguientes denuncias y solicitudes— provocados por los desacuerdos entre las partes relativos a la ejecución y terminación de los acuerdos de distribución en el sector.

En el sector automovilístico, se reconducen al arbitraje las disputas relativas a los objetivos de ventas, los niveles de disponibilidad de existencias y de vehículos de demostración, así como las atinentes a la rescisión contractual unilateral, ya sea por causas económicas, ya sea por incumplimiento de obligaciones fundamentales (véanse núms. 3-5 del art. 4.1 y art. 5.3 Rgto. CE 1475/95).³⁴⁹

En cuanto a las soluciones de índole regulativa, circunscritas al marco

Comisión CE se hace eco de la crítica consistente en la aplicación no supervisada que de los reglamentos de exención tiene lugar en la práctica (véase LiV RV, núm. 248, pág. 82).

³⁴⁸ La propia Comisión CE constata como el procedimiento de no oposición de los reglamentos de exención por categorías no está dando los frutos que de él se esperaban: en el año 1995, únicamente se recurrió al mismo en dos ocasiones en el marco del Rgto. CEE 4087/88 (véase LiV RV, núm. 103, págs. 37-38). Pese a que, teóricamente, este procedimiento sería el sistema que permite obtener mayor seguridad en el menor plazo de tiempo posible y con un mínimo de trámites administrativos (véase IBIDEM, núm. 190, pág. 65), en la práctica, adolece de operatividad, principalmente debido a que no constituyen una solución adecuada para el tratamiento de un elevado número de casos (véase IBIDEM, cit., núm. 39, 5.º guión, pág. xii, y núm. 278, pág. 90); efectivamente, producen una "remasificación" del sistema de control. Al respecto, véanse también AXSTER: "Das »Alles-oder-Nichts-Prinzip«..., cit., págs. 621-622; y MARTINEK/HABERMEIER: "Das Chaos..., cit., pág. 128.

³⁴⁹ Al respecto, véase RUIZ-BEATO BRAVO, J.: "Las fórmulas arbitrales del Reglamento (CE) núm. 1475/95 de la Comisión, sobre distribución y servicio de venta y postventa de vehículos automóviles", RDN 1996 (73), págs. 6-12; y CREUS CARRERAS: *La distribución de automóviles...*, cit., págs. 155-162.

de la flexibilización, merece mencionarse la permisión de las cláusulas menores en los arts. 1.5 y 2.3 Rgto. CE 240/96. Sin embargo, no se ha resuelto el problema de las cláusulas excedentes. El principio de "todo-o-nada" no ha sido eliminado, y los intentos de relajación del mismo son de dudosa efectividad, dada su complejidad y la inseguridad que generan, si se atiende a lo dispuesto en el art. 6 Rgto. CE 1475/95 y a la aplicación que del mismo se ha hecho.

En el art. 6 Rgto. CEE 1475/95 se asume la deficiencia que supone la "tendencia hacia la uniformización". En el se establece el principio de "todo-o-nada" (véase art. 6.1.3 y 6.2 Rgto. CE 1475/95). Pero, tras barajarse distintas alternativas, se intenta su relajación sobre la base de la distinción entre "cláusulas negras" y "conductas negras". En el caso de las segundas, que se dan cuando una parte contratante se comporta de manera contraria a lo permitido por el reglamento, la pérdida del beneficio de la exención —y la consiguiente sanción pecuniaria— afecta únicamente a dicha parte contratante y, además, únicamente a aquellas restricciones —y, en la medida que corresponda, a aquellas cláusulas— que benefician a la parte infractora y para el área geográfica en la que tienen efectos contrarios a la competencia; finalmente, una vez que dichas prácticas cesan, el beneficio de la exención se restaura (véase art. 6.2., 2.º inciso, y 6.3 Rgto. CE 1475/95). Este sistema tan complejo, que recuerda a un sistema de control de condiciones generales, supone una complicada mezcla de exención de las cláusulas de los acuerdos y control de las conductas en aplicación de dichas cláusulas, genera un gran inseguridad, como se ha puesto de relieve con ocasión de la Dec. de la Comisión CE en el As. *VW/Audi*.³⁵⁰

³⁵⁰ Al respecto, véase BACH, A.: "Die Zukunft des selektiven Vertrehs in der EG. Zur Novellierung der Gruppenfreistellungsverordnung für den Kfz.-Vertrieb", WuW 1995 (1), págs. 12 y 19-21; GROVES, P. J.: "Whatevershebringswesing: DG IV Rebukes the Car Industry", ECLR 1995 (2), pág. 102; CREUZIG, J.: "Die neue Gruppenfreistellungsverordnung für Vertriebs- und Kundendienstvereinbarungen im Kfz-Bereich. Bemerkungen zur Anwendung der Verordnung (EG) Nr. 1475/95 in der Praxis", EuZW 1995 (21), pág. 730; IDEM: "Vertrieb von Kraftfahrzeugen. Zum Leitfaden der Kommission vom Oktober 1995", EuZW 1996 (7), págs. 198-199; PFEFFER, J.: "Vertragshändlerverträge in der Automobilbranche nach der neuen Gruppenfreistellungsverordnung", NJW 1996 (11), pág. 682; ACKERMANN: "Die Zukunft...", cit., pág. 272; y LUGARD: "Vertical

Pero este déficit de seguridad jurídica y flexibilidad es no sólo consecuencia de una técnica de regulación deficiente. La toma en consideración de otros elementos del defectuoso desarrollo de los reglamentos de exención por categorías pone de manifiesto que éstos constituyen algo más que simples "ajustes" al apdo 1. del art. 85 TCE.

XVI. 4. C. El carácter supracompetencial de la exención

Nuevos puntos de apoyo surgen cuando se considera la relación entre los distintos reglamentos de exención. La delimitación de su ámbito de aplicación plantea dificultades. Y "[l]a razón más importante para ello [...] radica en una técnica de regulación intrincada, que aglutina simultáneamente diversos niveles de entendimiento". En efecto, sobre esta base se distinguen tres clases de reglamentos de exención por categorías³⁵¹: aquéllos que conectan directamente con las cláusulas elegidas por las partes (reglamentos de exención por categorías "instrumentales")³⁵²; aquéllos que son de aplicación cuando las partes buscan alcanzar un determinado objetivo con sus acuerdos (reglamentos de exención por categorías "funcionales")³⁵³; y aquéllos que prevén reglas especiales para determinados sectores económicos (reglamentos de exención por categorías "sectoriales" - *branchenspezifisch*)³⁵⁴. Esta

Restraints..., cit., pág. 173.

Respecto de la Dec. de la Comisión CE 98/273/CE de 28.1.1998, As. *VW/Audi*, DOCE núm. L 124/60, de 25.4.1998, véanse CREUZIG, J.: "Zum Fortbestand des selektiven und exklusiven Vertriebssystems der VW AG nach der Kartellentscheidung der Kommission", *EuZW* 1998 (10), págs. 293-298; y BAYREUTHER, F.: "Absoluter Gebietsschutz und qualitativ-selektiver Vertrieb im Kfz-Handel. Zur Kommissionssentscheidung vom 28.1.1998 (IV/35.733 -VW gegen VW/Audi)", *WuW* 1998 (9), págs. 820-830.

³⁵¹ MARTINEK/HABERMEIER: "Das Chaos...", cit., pág. 135.

³⁵² Los Rgtos. CEE 1983/83, 1984/83, 4087/88 y el Rgto. CE 240/96 constituyen ejemplos de esta clase de reglamentos de exención por categorías.

³⁵³ Ejemplos de esta clase de reglamentos de exención por categorías son los Rgtos. CEE 417/85 y 418/85.

³⁵⁴ Las normas especiales que para la distribución en el mercado de la cerveza y la

diferente técnica causa, no sólo múltiples solapamientos relativos al supuesto de hecho y funcionales entre los distintos reglamentos de exención por categorías, sino también importantes dificultades aplicativas, cuando está permitida la utilización paralela de distintos reglamentos.³⁵⁵

Si se consideran estos datos y los arriba sintetizados, puede preguntarse si este desarrollo defectuoso debe atribuirse al descuido del legislador comunitario. Y cuando se sabe quién es el legislador, cómo éste defiende su competencia exclusiva para la declaración de exenciones³⁵⁶, y cómo éste entiende la política de la competencia³⁵⁷, puede sostenerse que este desarrollo defectuoso es, en realidad, en la medida que es así querido por la Comisión CE, un "desarrollo con efectos secundarios". La Comisión CE busca alcanzar objetivos de integración y de otras políticas distintas de las de competencia —sobre todo, de política industrial—, no sólo mediante el efecto sensible, sino también a través de las decisiones de exención individual y, en especial, mediante los reglamentos de exención por categorías. La emisión de reglamentos de exención por categorías programáticos y funcionales —que, por ejemplo, fomentan acuerdos de investigación y desarrollo o acuerdos de especialización— denota un importante componente de política industrial. Lo mismo sucede con los reglamentos de exención por

gasolina se establecen en el Rgto. CEE 1984/83 y, sobre todo, el Rgto. CE 1475/95, constituyen ejemplos de este clase de reglamentos de exención por categorías. Así, en este último caso, resulta evidente que dicha norma forma parte de una política sectorial comunitaria que tiene como objeto la industria automovilística (sobre dicha política sectorial, véase BANGEMANN, M.: "La politique de l'Union dans le secteur automobile", RMCUE 1997 [409], págs. 359-375). Ello explica que el Rgto. CE 1475/95 haya quedado excluido de la reforma de la regulación de las restricciones verticales (véase LiV RV, núm. 6, pág. 2).

³⁵⁵ MARTINEK/HABERMEIER: "Das Chaos...", cit., págs. 136-147; y véase HAWK: "System Failure...", cit., pág. 985.

³⁵⁶ Véase *infra*, epg. XVI. 2. B.

³⁵⁷ Véase *infra*, epg. XVI. 2. A.

categorías sectoriales sobrerregulados, que disciplinan sectores económicos —por ejemplo, transporte aéreo o automóviles— que están atravesando una crisis o una reconversión: dicha sobrerregulación obedece a la persecución de objetivos desligados de la eficiencia económica³⁵⁸. Por otra parte, ello ha tenido como consecuencia un desarrollo fragmentario del Derecho de la competencia comunitario, en tanto que no se puede aprehender como una regulación universal, aplicable a cualquier clase de actividad económica. Tampoco los reglamentos de exención por categorías instrumentales escapan a tal caracterización: la propia delimitación de su ámbito de aplicación puede constituir una medida de política industrial³⁵⁹. En definitiva, la exención se puede concebir por ello como "supracompetencial", en tanto que —si bien en el marco del elemento de la restricción de la competencia— está doblemente funcionalizada —por la integración del Mercado Unico y por las otras política comunitarias—. A esta misma afirmación permite llegar el estudio individualizado de los requisitos para la obtención de la exención.³⁶⁰

³⁵⁸ Véase BACH: "Die Zukunft...", cit., pág. 11.

³⁵⁹ Así, por ejemplo, los arts. 3.b), 2.º incisos, Rgtos. CEE 1983/83 y 1984/83, abarcan acuerdos no recíprocos entre competidores, pero únicamente cuando una de las empresas implicadas es una PYME (véase también cdos. 10 Rgtos. CEE 1983/83 y 1984/83); la Comisión CE se propone mantener esta excepción (véase LiV RV, núm. 277, pág. 89).

³⁶⁰ Así, TOBÍO RIVAS: *La autorización de medidas...*, cit., detecta: en el marco del primer requisito positivo del art. 85.3 TCE, las ventajas de las medidas, la toma en consideración por la Comisión CE de ventajas sociales y culturales (véase IBIDEM, págs. 121-126); en el ámbito del segundo requisito positivo, los beneficios para los usuarios, la ponderación de beneficios especiales, que tienen igualmente naturaleza social (véase IBIDEM, págs. 242-245 y 250-253); del mismo modo se aprecian estos componentes "acompetenciales" en los factores que influyen en la determinación del carácter indispensable de la medida, dentro del primer requisito negativo (véase IBIDEM, págs. 286-292); y, finalmente, también en el contexto de segundo requisito negativo, a la hora de determinar la posibilidad de eliminar competencia económica, se atiende a indicios ajenos a la misma (véase IBIDEM, págs. 394-404).

XVI. 4. D. Situación de los reglamentos de exención por categorías en el Derecho español

En el sistema legal español, a todos estos problemas deben sumarse las dudas que plantean la vigencia y aplicabilidad de los reglamentos de exención por categorías en materia de acuerdos de distribución comercial, a raíz de los cambios acaecidos en el ámbito comunitario hasta la actualidad, y que contrastan con la inmovilidad de la normativa estatal.

En efecto, el art. 1 del R.D. 157/1992, en aplicación del art. 5.1.a) LDC, hizo exenciones por categorías "españolas", en desarrollo de la LDC, de todos los reglamentos de exención por categorías dictados por la Comisión CE en aplicación del art. 85.3 TCE que estaban vigentes en el ámbito europeo en el momento de la promulgación del reiterado R.D. 157/1992³⁶¹. Al margen de las fundadas críticas que esta opción de política legislativa ha suscitado –debidas, principalmente, al mimetismo que implica dicha opción frente a la diversidad de objetivos que, en principio, están llamados a perseguir el Derecho comunitario y los Derechos nacionales de defensa de la competencia–³⁶², ésta plantea una importante cuestión, que parece haber pasado desapercibida. El R.D. 157/1992 no ha sido modificado desde su promulgación, con lo que la legislación española en la materia, habida cuenta de los cambios acaecidos en el ámbito europeo, ya no es un calco exacto de la legislación comunitaria.

³⁶¹ Solución por la que han optado también Austria y Suecia, si bien, en este último caso, el legislador ha procedido a adaptar los reglamentos comunitarios de exención a las características del mercado sueco (véase COMISIÓN CE: *Survey of [...] National Laws...*, cit., págs. 11-13).

³⁶² Al respecto, véanse MASSAGUER: "El enjuiciamiento antitrust...", cit., pág. 6; MARTÍNEZ LAGE, S.: "Exenciones por categoría en el Derecho español: un alivio", GJCE 1992 (Bol. 71), págs. 1-4; RUIZ PÉRIS, J. I.: "Observaciones respecto a los Reglamentos nacionales de exención por categorías en el Derecho de la competencia español", RGD 1992 (576), págs. 8367-8371; VICIANO PASTOR: "Importadores paralelos...", cit., págs. 8560-8562; y, reiteradamente, VICENT CHULIÁ: *Introducción...*, cit., 10.^a ed., pág. 497.

En el ámbito del Derecho comunitario, y con referencia a la situación existente en el momento de la promulgación del R.D. 157/1992, se han producido las siguientes modificaciones: (a) en materia de acuerdos de distribución, los Rgts. CEE 1893/83 y 1984/83 han sido prorrogados hasta el 31 de diciembre de 1999 por el Rgto. CE 1582/97, como ya se ha dado noticia; en esta fecha expira asimismo el Rgto. CEE 4087/88; (b) en materia de distribución en el sector del automóvil, el R.D. 157/1992 todavía remite al Rgto. CEE 123/85, que es el que ha venido a derogar, en el ámbito comunitario, el Rgto. CE 1475/95; y (c) en materia de transferencia de tecnología, el R.D. 157/1992 igualmente se remite los Rgts. CEE 2349/84 y 556/89, que, en el ámbito comunitario, han sido derogados por el Rgto. CE 240/96.

Eso no quiere decir que ni el Rgto. CE 1475/95, ni el Rgto. CE 240/96 sean de aplicación "en España"; mejor dicho, a aquellos acuerdos en sendas materias que entren en su ámbito de aplicación, y tengan por objeto o produzcan restricciones de la competencia que afecten además al mercado español. Lo serán, si el acuerdo tiene dimensión comunitaria; es decir, es susceptible de afectar el comercio intracomunitario. En este caso, han de aplicarse los Rgts. CE 1475/95 y 240/96. Y si procede su aplicación, ya no procede —como Derecho nacional y si es que siguen vigentes— la del Rgto. CEE 123/85, de una parte, ni de los Rgts. CEE 2349/84 y 556/89, por otra, pues en este supuesto, al existir un "pronunciamiento positivo" de la Comisión CE, cual es una autorización —en este caso, por categorías, pero igualmente sucedería si fuese singular—, no rige la teoría de la doble barrera, sino que el Derecho comunitario es de aplicación preferente y además excluyente del Derecho de los Estados miembros.³⁶³

Si el acuerdo no tuviese dimensión comunitaria, entonces es

³⁶³ Véase *supra*, epg. XVI. 2. B.; a propósito del alcance de la expresión "comercio intracomunitario", véase también *supra*, epg. XVI. 3.

cuando cabría plantearse, en principio, la aplicación como Derecho nacional de los Rgtos. CEE 123/85, 2349/84 y 556/89. Ahora bien, existen serias dudas acerca de si los mencionados reglamentos de exención por categorías siguen vigentes como reglamentos españoles. Situación que igualmente afecta a los Rgtos. CEE 1983/83 y 1984/83. Aquí se plantea una relevante cuestión: ¿se trasladan automáticamente las derogaciones y otras modificaciones que afectan a los reglamentos de exención por categorías en el ámbito comunitario al ámbito estatal?

Las remisiones contenidas en el art. 1.1 R.D. 157/1992 son remisiones íntegras a los reglamentos de exención entonces vigentes, y tal y como entonces estaban vigentes, lo que incluye también su periodo de validez. Por lo tanto, los reglamentos de exención por categorías tienen una "fecha de caducidad", un periodo de vigencia limitado.

Así, considerados en su redacción vigente a fecha 20 de marzo de 1992 –que es cuando el R.D. 157/1992 entró en vigor–, resultaría que los Rgtos. CEE 1983/83, 1984/83, 2349/84 y 123/85 habrían dejado de estar en vigor, sin que hubiese reglamento de exención por categorías español aplicable a estas categoría de acuerdos. Mientras que los Rgtos. CEE 4087/88 y 556/89 seguirían vigentes y serían de aplicación como reglamentos de exención por categorías españoles.

En efecto, el art. 14 Rgto. CEE 123/85 establece un límite de vigencia hasta 1 de junio de 1995. Por su parte, conforme a su art. 14, el Rgto. CEE 2349/84 expiró el 31 de diciembre de 1994³⁶⁴. E idéntica situación se da en el caso de los Rgtos. CEE 1983/83 y 1984/83, que

³⁶⁴ En el ámbito comunitario, no obstante, fue prorrogado, primero por el Rgto. (CE) 70/95 de la Comisión, de 17 de enero de 1995 (DOCE núm. L 12/13, de 18.1.1995), hasta el 30 de junio de 1995; en segundo lugar, por el Reglamento (CE) 2131/95 de la Comisión, de 7 de septiembre de 1995 (DOCE núm. L 214/6, de 8.9.1995), hasta el 31 de diciembre de 1995; y finalmente, de una manera un tanto *sui generis*, por el art. 11.2 Rgto. CE 240/96, hasta el 31 de marzo de 1996. Sin embargo, estas prórrogas no producen efectos en el Derecho español, pues son posteriores al 20 de marzo de 1992.

según sus arts. 10 y 19, respectivamente, expiraron el 31 de diciembre de 1997.³⁶⁵

Por otra parte, el Rgto. CEE 556/89, conforme a su art. 12, expirará el 31 de diciembre de 1999³⁶⁶, en idéntica fecha que el Rgto. CEE 4087/88, según establece su art. 9.

Pues bien, esta interpretación de cuál es la situación actual en el Derecho español de los reglamentos de exención por categorías no se corresponde con la que ha realizado el TDC, que ha tenido ocasión de pronunciarse sobre esta cuestión al resolver el As. *La Casera*³⁶⁷. En este caso, la mencionada empresa solicita la autorización singular de dos tipos de acuerdos, uno de distribución exclusiva de producto terminado y otro de franquicia industrial y distribución exclusiva. Pero primeramente ha de plantearse si cabe entender que dichos acuerdos están ya amparados por una exención por categorías. El TDC entiende que, en efecto, el primero de ellos no plantea problemas, pues se ajusta al supuesto contemplado en el Rgto. CEE 1983/83 –reglamento que está vigente en el momento en que se solicita la autorización³⁶⁸–. Pero el segundo parece no resultar autorizado por ninguno de los reglamentos de exención por categorías listados en el art. 1 R.D. 157/1992³⁶⁹. Sin

³⁶⁵ Al igual que sucede en el caso anterior, la prórroga operada por el Reglamento (CE) 1582/97 de la Comisión, de 30 de julio de 1997, cit., que prorroga el periodo de validez de ambos hasta el 31 de diciembre de 1999, no produce efectos en el ámbito nacional, pues es posterior a la fecha de entrada en vigor del R.D. 157/1992.

³⁶⁶ Sin embargo, en el ámbito comunitario quedó sin efectos desde el 1 de abril de 1996, conforme a lo dispuesto en el art. 11.1 Rgto. CE 240/96.

³⁶⁷ Res. del TDC de 23-5-1996, Exte. A 177/96, Bol. Eco. ICE 1996 (2505), págs. 60-61.

³⁶⁸ Cuestión distinta es que el periodo de validez que aquí se sostiene que tiene el Rgto. CEE 1983/83 sea tan breve que casi "no merece la pena" amparar el acuerdo en el mismo.

³⁶⁹ Especialmente, por el Rgto. CEE 2394/84, aunque esto es dudoso, pues el TDC no entra a considerar si encajaría en el Rgto. CEE 556/89; cfr. fdto. 4.º de la Res. del TDC en As. *La Casera*, cit.

embargo, sí que resultaría autorizado, de poderse aplicar, por el Rgto. CE 240/96 —que ha venido a derogar, en el ámbito comunitario, a los Rgtos. CEE 2349/84 y 556/89, y que es más permisivo que sus antecesores—. Se suscita pues el problema de qué sucede con los acuerdos que cumplen las condiciones previstas en los reglamentos de exención por categorías comunitarios que sustituyen (en el ámbito comunitario) a los incluidos en el R.D. 157/1992: ¿gozan de la exención por categorías nacional garantizada por los reglamentos de exención por categorías anteriormente vigentes (en el ámbito comunitario)?

La respuesta a esta cuestión ha de buscarse en el uso que en el R.D. 157/1992 se hace de la técnica remisoria. No se discute que esta remisión no es a la normativa comunitaria que en cada momento esté vigente en el ámbito comunitario; es decir, se procedió "a la recepción de los Reglamentos concretos vigentes en el momento de la aprobación del R.D."; por lo tanto, tal y como estaban entonces³⁷⁰. En definitiva, se trata de una remisión estática.

Así las cosas, el TDC pone de manifiesto que no se arbitró un mecanismo para que los reglamentos de exención por categorías españoles "perdieran su vigencia por el mero paso del tiempo o por su modificación por las instituciones comunitarias".³⁷¹

Aquí se plantean dos cuestiones distintas: la vigencia y las modificaciones; más precisamente, la pérdida de vigencia por el mero transcurso del tiempo y las derogaciones u otras modificaciones, como es el caso de las prórrogas, por obra de modificaciones operadas en los reglamentos. En primer lugar, el carácter estático de la remisión no justifica que los reglamentos de exención por categorías españoles no

³⁷⁰ Véase fdto. 3.1 de la Res. del TDC en As. *La Casera*, cit.

³⁷¹ Fdto. 3.1 de la Res. del TDC en As. *La Casera*, cit.

pierdan su vigencia por el paso del tiempo. Tan reglamento de exención son los preceptos que establecen el ámbito de aplicación o qué cláusulas se permiten y cuáles no, como aquellos otros en los que se determina su plazo de vigencia; preceptos que no fueron excluidos al proceder a la "recepción" —término que utiliza el TDC, si bien, parece que sería preferible hablar de "inclusión"— de los reglamentos de exención por categorías en el Derecho español. Cabe pues opinar que dichos preceptos despliegan todos sus efectos en el ordenamiento español. El simple hecho de la recepción estática de los reglamentos de exención por categorías comunitarios en el Derecho español no hace que su duración pase a ser indefinida —expresado gráficamente, no "congela" los reglamentos de exención—. Es más, parece que el TDC acoge esta postura, cuando dice que el Rgto. CEE 2349/84 "ha perdido su vigencia al transcurrir el plazo de su validez".³⁷²

Y, en segundo lugar, se plantea la cuestión de si los reglamentos de exención por categorías españoles pierden o no su vigencia por su derogación o modificación de sus homónimos por las instituciones comunitarias. Aquí es donde el TDC es manifiestamente incoherente. Con anterioridad se ha afirmado que los reglamentos no se ven afectados por dichas alteraciones. Y, sin embargo, la derogación operada en el ámbito comunitario sí que afecta a la vigencia del Rgto. CEE 556/89, del que se afirma, para el Derecho español, que "ha sido derogado antes del término de su vigencia". No tiene sentido que, de una parte, el Rgto. CE 240/96 sí que produzca efectos derogatorios en el Derecho español, pero, de otra parte, no venga a sustituir a los reglamentos de exención por categorías que viene a derogar.³⁷³

³⁷² Fdto. 3.3 de la Res. del TDC en As. *La Casera*, cit.

No obstante, no se sabe si se refiere al periodo de validez inicialmente establecido en el art. 14 Rgto. CEE 2349/84 (31 de diciembre de 1994), o al que fue finalmente válido en el ámbito comunitario (31 de marzo de 1996), pues el pronunciamiento del TDC es de fecha posterior a ambos momentos.

³⁷³ Cfr. fdtos. 3.3 y 4 de la Res. del TDC en As. *La Casera*, cit.

En el fondo de esta incoherencia late un mal entendimiento de la doctrina comunitaria del efecto útil, que empaña todo el razonamiento del TDC. El hecho de que el TDC autorice o deje de autorizar el acuerdo en cuestión, y de autorizarlo, lo haga conforme a un reglamento de exención por categorías que ha sido derogado en el ámbito comunitario, es algo que no le interesa al Derecho comunitario, al menos, tal y como hoy en día se coordinan los ámbitos de aplicación de éste y de los Derechos nacionales. Simplemente, el asunto no tiene dimensión comunitaria. Por lo tanto, su autorización o su prohibición para nada contribuye o deja de contribuir a los fines que persigue el TCE. Además, la divergencia entre el Derecho comunitario y el nacional de defensa de la competencia es posible; y si el ordenamiento comunitario entendiese que en tal divergencia existe una merma su efecto útil, éste tiene mecanismos suficientes como para reaccionar *ex art. 5 TCE* en relación con *art. 85 TCE*.

Así, el TDC formula la hipótesis de que el acuerdo de franquicia industrial y distribución exclusiva fuese subsumible y quedase autorizado por el Rgto. CEE 556/89, pero no resultase autorizado conforme al Rgto. CE 240/96. Hipótesis que se plantea pero no se comprueba; y que, en verdad, parece poco probable, pues el Rgto. CE 240/96 es, a priori, más permisivo que el Rgto. CEE 556/89. Lo llamativo es que ni siquiera entra a comprobar tal posibilidad porque "esta solución (autorizar conforme al Rgto. CEE 556/89) constituye un sinsentido y perjudica el efecto útil perseguido por el Derecho comunitario derivado"³⁷⁴. En primer lugar, no es un "sinsentido": las divergencias entre los reglamentos de exención por categorías comunitarios y los españoles son perfectamente posibles. Pero, además, no se adivina cómo se hubiese perjudicado el logro del efecto útil, cuando, de una parte, lo que se aplica es Derecho español y, además, el asunto no tiene dimensión comunitaria. En realidad, lo que parece que

³⁷⁴ Fdto. 4 de la Res. del TDC en *As. La Casera*, cit.

aquí se planteaba, si bien no se dice expresamente, es que el acuerdo en cuestión sí que resultaba exento de aplicarse el Rgto. CE 240/96, pero no de aplicarse el Rgto. CEE 556/89. Ante razonamientos como éste cabe preguntarse hasta qué punto tiene sentido tener un Derecho de defensa de la competencia propio.

Sí que son de mayor recibo los argumentos que descansan en la seguridad jurídica y, sobre todo, en la protección del tráfico mercantil, más precisamente, en los intereses de las empresas que operan, tanto en el mercado español, como en el Mercado Unico: para nada beneficia la competencia económica el sometimiento a dos regímenes distintos sobre la misma materia de las empresas que operan en nuestro mercado³⁷⁵. Pero, si se quiere evitar, se precisa la intervención modificativa del R.D. 157/1992 por parte del Gobierno. En cualquier caso, la solución que da el TDC no es de recibo. Lo coherente sería lo siguiente: debe entenderse derogado el Rgto. CEE 2348/84 desde el 31 de diciembre de 1994; ha de entenderse que sigue vigente el Rgto. CEE 556/89; debe comprobarse si este último puede aplicarse al acuerdo de franquicia industrial y distribución exclusiva, y si éste resulta exento; si no se le puede aplicar o, pudiéndose, éste no resulta exento, puede procederse a la concesión de una autorización singular —que es la solución a la que finalmente se llega, pero por el camino equivocado—. Y, en este momento, el TDC puede atender a los argumentos que estime pertinentes, siempre que sean consecuentes con el art. 3.1 LDC; es decir, aunque no tiene obligación de proceder así, puede "aplicar los criterios contenidos en los Reglamentos comunitarios vigentes".³⁷⁶

Realmente, lo que el TDC viene a decir es que, mientras no se restablezca la absoluta similitud entre la legislación comunitaria y la

³⁷⁵ Véase fdto. 3.2 de la Res. del TDC en As. *La Casera*, cit.; al respecto, véase *supra*, epg. XVI. 2. B.

³⁷⁶ Fdto. 8 de la Res. del TDC en As. *La Casera*, cit.

española en la material, ésta va a conceder por vía de autorización singular lo que en el ámbito comunitario es de aplicación por la vía de la exención por categorías; es más, no se va a sancionar con multas a los operadores que en acuerdos sin dimensión comunitaria cumplan los requisitos de los reglamentos de exención por categorías vigentes en el ámbito comunitario.³⁷⁷

Pero, en cualquier caso, debe de solicitarse la autorización singular. Pues de nada valdría dicha argumentación si se alega la nulidad de determinada cláusula por vulnerar el art. 1 LDC, y la parte demandada se ampara en un reglamento de exención por categorías comunitario que no está vigente como Derecho español.

La consideración de los distintos aspectos del contexto del art. 85 TCE y el análisis del efecto sensible y la exención, permiten desarrollar las subcuestiones inicialmente formuladas, que se responden, en parte, mediante el estudio de la relación entre el efecto sensible y la regla de razón y, en parte, mediante el análisis de la relación entre la exención y la regla de razón, tal y como estos tres elementos se configuran en el contexto de la prohibición comunitaria de conductas colusorias.

³⁷⁷ Véase fdto. 8 de la Res. del TDC en As. *La Casera*, cit.

XVI. 5. ¿Una regla de razón en sentido estricto?

A la vista de la síntesis de la regla de razón en su sistema de origen y de las anteriores reflexiones, puede afirmarse, en primer lugar, que, hasta el momento presente, la reducción que se produce en el marco del apdo. 1 del art. 85 TCE no puede ser entendida como una regla de razón en sentido estricto. Aunque la discutida regla de razón cumple la función propia de un método de flexibilización, con la consecuencia de que "ya no es necesaria una exención especial por la Comisión conforme al apdo. 3"³⁷⁸, y a la par se deja describir como un método de descubrimiento, en tanto que sirve para la concreción y el desarrollo del supuesto de hecho de la prohibición de conductas colusorias, ésta no es *the rule*, no es "la" regla. Es decir, cuando menos, no es aceptada plenamente, no es el único parámetro de aplicación de la prohibición europea de conductas colusorias.

No es el único, porque el art. 85.1 TCE no prohíbe cualquier restricción de la competencia, sino solo aquella que es idónea para afectar el comercio —o la competencia— entre los Estados miembros. La eliminación de conductas empresariales, especialmente privadas, que pudiesen poner en peligro la integración del Mercado Unico constituye el principal fundamento del Derecho comunitario de la competencia³⁷⁹. Así, el efecto sensible produce ya una reducción del supuesto de hecho de la prohibición, que se determina independientemente de la comprobación de una efectiva restricción de la competencia: basta su presunción³⁸⁰. Ello es consecuencia de una instrumentalización de la

³⁷⁸ REICH: *Europäisches Verbraucherrecht...*, cit., núm. 77, pág. 180.

³⁷⁹ Véase HAWK: "La révolution antitrust...", cit., pág. 7; véase también *supra*, epg. XVI. 2. A.

³⁸⁰ Véase *supra*, epg. XVI. 3. B.

prohibición de conductas colusorias querida y expresada en el tenor literal del art. 85.1 TCE. Más aún, podría sostenerse que lo que el art. 85.1 TCE prohíbe son las afectaciones del comercio intracomunitario que son causadas por presuntas restricciones de la competencia.

Solo así sería posible entender como "[u]na cláusula en un contrato de distribución en exclusiva, por la que el fabricante se obliga frente al distribuidor en exclusiva a dar garantía sobre sus productos tras la venta a los consumidores, y por la que el no concede la garantía a los clientes de los comerciantes paralelos, no es compatible con el apartado 1 del artículo 85 del Tratado de la CEE, *en la medida que* la restricción de la competencia, que de esta manera *se puede producir*, afecte al comercio entre los Estados miembros"³⁸¹.

La prohibición europea de conductas colusorias establece como requisito de fondo un efecto sensible sustantivo de naturaleza extracompetencial, que con carácter previo reduce el espacio de ponderación de los efectos sobre la competencia económica propio de una regla de razón en sentido estricto. Ahora bien, cabe plantearse si al menos se está ante una regla de razón en sentido lato, esto es ante una aceptación parcial de la regla de razón en sentido estricto.

³⁸¹ Sent. del TJCE de 10.12.1985, As. 31/85 *ETA*, Slg. 1985, pág. 3933 y sigs., pág. 3944 –las cursivas son nuestras–.

XVI. 6. ¿Una regla de razón específicamente comunitaria?

La configuración del art. 85 TCE transmite la idea de que, ya desde su constitución, la UE considera la competencia perfecta como un ejemplo a seguir puramente ideal. Así, los requisitos para la exención de su apdo. 3 pueden percibirse como elementos que deben permitir la consecución de una competencia suficiente o efectiva. Esta opción de política jurídica justifica proceder a una interpretación amplia de la prohibición de conductas colusorias determinada en el apdo. 1, pues la ponderación de los efectos competenciales positivos y negativos sólo estaba "prevista" en el seno del apdo. 3³⁸². Realmente, cuando se considera el tenor literal de la disposición, da la impresión de que esta concepción es teóricamente correcta. Pero el hecho de que se plantee la discusión sobre la existencia de la regla de razón en el apdo. 1 del art. 85 TCE pone de relieve la relajación de la división arriba trazada entre éste y el apdo. 3: la ponderación de los efectos sobre la competencia económica no tiene lugar exclusivamente en el ámbito de la exención.³⁸³

Sin embargo, resulta difícil responder a la pregunta de si se da un reconocimiento parcial de la regla de razón en sentido estricto en aquellos casos, en los que una restricción de la competencia, pese a sus efectos sensibles —es decir, no se consideran ahora las consecuencias del deslizamiento del efecto sensible al elemento de la restricción de la competencia ni el incremento de su aparato analítico económico³⁸⁴—, tiene efectos notoriamente positivos³⁸⁵. Más precisamente, si en estos

³⁸² Véanse, entre otros, STEINDORFF: "Article 85, Para. 3: No Case...", cit., pág. 126; con matices, IDEM: "Article 85 and the Rule of Reason", cit., pág. 646.

³⁸³ Véase HIRSCH/BUKERT: *Gleiss/Hirsch Kommentar...*, cit., núm. 7781, pág. 682.

³⁸⁴ Al respecto, véanse *supra*, epg. XVI. 3. B., e *infra*, epg. XVII. 2.

³⁸⁵ Véase ULMER: "Rule of Reason...", cit., pág. 524.

casos se decide exclusivamente en razón del resultado de la ponderación de los efectos sobre la competencia económica; con otras palabras, si "acuerdos parcialmente restrictivos de la competencia (por ejemplo, restricciones de la competencia *intrabrand*) [únicamente] por razón de impulsos positivos sobre la competencia (por ejemplo, fomento de la competencia *interbrand*) no incurren en la prohibición de conductas colusorias"³⁸⁶. Como ejemplo de tal reconocimiento de la regla de razón en sentido lato se aducen principalmente las sentencias del TJCE en los *As. Metro I, Nugesser, Pronuptia y Metro II*.³⁸⁷

Se ha afirmado que, en estos asuntos, se trata "solamente de unos pocos grupos de casos especiales, que son difícilmente generalizables"³⁸⁸. Ciertamente, la relajación del supuesto de hecho de la prohibición de conductas colusorias con ocasión de la calificación de contratos con agentes comerciales³⁸⁹, de contratos de compraventa y de arrendamiento de empresas, y de acuerdos de distribución y de licencia de derechos de propiedad industrial e intelectual³⁹⁰ ha sido objeto de una progresiva introducción. Pero ello no quiere decir que no se deje generalizar una aproximación-regla de razón. El art. 85.1 TCE ha evolucionado de ser una "cláusula jurisdiccional" (*jurisdictional clause*), cuya función sería simplemente la de determinar la aplicación de la prohibición y el consiguiente poder de dirección normativa de la Comisión CE, a una "cláusula de determinación" (*assessment clause*),

³⁸⁶ WELTRICH: *Franchising...*, cit., pág. 159 –la cursiva es nuestra–.

³⁸⁷ Sents. del TJCE cit.

³⁸⁸ EMMERICH: *Kartellrecht*, cit., 6.^a ed, pág. 538; cfr. IBIDEM, 7.^a ed., págs. 534-535, donde ya no afirma el carácter excepcional de la regla de razón, pese a mostrarse contrario a la misma.

³⁸⁹ No obstante, téngase en cuenta que, en este supuesto, la relajación se encuentra en vías de revisión; al respecto, véase *supra*, epg. X. 4.

³⁹⁰ Véase EMMERICH: *Kartellrecht*, cit., 7.^a ed., pág. 534-535. Véanse también REICH: *Europäisches Verbraucherrecht...*, cit., núm. 77, pág. 180; y ULMER: "Rule of Reason...", cit., págs. 521-522.

en cuyo seno cabe realizar una ponderación, una valoración *antitrust*³⁹¹. Esta progresión es fruto de una evolución lógica que enlaza con la historia de la política de efectiva implantación del Derecho europeo de la competencia. Los órganos comunitarios se han ocupado durante decenios casi únicamente de estos casos³⁹². Se comenzó por las conductas más claramente contrarias al Derecho de la competencia y se procedió de modo selectivo —*leading case* tras *leading case*—. Allí se "descubrió" y se explicó qué debe significar "restricción de la competencia"; es decir, qué es lo que vulnera el apdo. 1 "y/o" —pues la línea divisoria dista de ser clara— qué es lo que puede, debe o tiene que declararse exento conforme al apdo. 3 del art. 85 TCE. Con otras palabras, se examinó en que medida debían ser controladas determinadas conductas con efectos restrictivos de la competencia. Entonces se puede relajar, es decir, reducir el supuesto de hecho de la prohibición de conductas colusorias. En definitiva, entender que tales conductas, realmente, no están incluidas en el supuesto de hecho. Ello permite emplear de otra manera los medios personales y materiales de los que dispone la UE y descubrir nuevas restricciones de la competencia. En estos casos se aduce, en opinión mayoritaria, como argumentos a favor de la existencia de una regla de razón en sentido lato, tanto la utilización de un instrumental similar al de la regla de razón en sentido estricto —en forma de restricciones accesorias o de cláusula general³⁹³—, como la

³⁹¹ Sobre la distinción entre "*jurisdictional clause*" y "*assessment clause*", véase GOYDER: *EC Competition Law*, cit., pág. 117; y CURZON: *Dictionary of Law*, cit., voces «Assessment» y «Jurisdiction».

³⁹² Véase EHLERMANN: "Zukünftige Entwicklungen...", cit., pág. 648.

³⁹³ Sin embargo, no es unánime, si las restricciones accesorias deben concebirse como expresión de la regla de razón, o si los pronunciamientos del TJCE en el As. *Metro I*, Sent. del TJCE cit., deben concebirse como utilización de las restricciones accesorias o de la cláusula general de la regla de razón; no obstante, aquéllas no dejan de ser una manifestación de la regla de razón (véase *supra*, epg. XV. 2.).

Ahora bien, la noción de "restricción accesoria" no es desconocida para el Derecho comunitario: tanto en los núms. 1 y 3-5 de la Comunicación de la Comisión sobre restricciones accesorias en operaciones de concentración de 1990, cit., como en los núms. 65-66 Comunicación sobre EPC de 1993 —en este último caso, a los efectos del art. 85.1 TCE—,

identificación de una cierta ponderación entre efectos positivos sobre la competencia *interbrand* y efectos negativos sobre la competencia *intra-brand*.³⁹⁴

Pero tales argumentos se desvanecen cuando se profundiza en el análisis de los materiales normativos. Y así, en contra de esa opinión se ha argumentado que, en estos casos, no se emplea regla de razón alguna, sino que se aplica la "teoría de la inmanencia" (*Immanenztheorie*): el TJCE "examina el conjunto del acuerdo *en abstracto*, para determinar si de él resultan ventajas competenciales; si este es el caso, entonces las restricciones y obligaciones quedan fuera del ámbito de aplicación del art. 85(1) TCE, desde el momento que son consideradas como 'inmanentes' o 'inherentes al acuerdo'"³⁹⁵. Y es que, en efecto, la determina-

se delimita el concepto como aquellas restricciones que son inherentes, están directamente vinculadas o subordinadas a la operación y son necesarias para su realización; en tal caso, dichas restricciones deben ser evaluadas conjuntamente con la operación en cuestión.

³⁹⁴ Véanse KOVAR: "Le droit communautaire...", cit., pág. 241 y sigs.; y WELTRICH: *Franchising...*, cit., pág. 157 y sigs., y los autores por ellos citados. Escépticos ROSE: *Bellamy & Child...*, cit., núm. 2-062, pág. 68 y sigs.; y GOYDER: *EC Competition Law*, cit., págs. 117-118.

³⁹⁵ HAWK: "La révolution antitrust...", cit., pág. 24 —la cursiva es nuestra—. En este mismo sentido, a propósito de la Sent. del TJCE en *As. Pronuptia*, cit., se pronuncia KORAH, V.: *Franchising and the EEC Competition Law. Regulation 4087/88*, Col. European Competition Law Monographs, ESC Publishing, Oxford, 1989, págs. 59 y sigs. En su opinión, el método de análisis es *sui generis*: no se trata de la regla de razón, ni unitaria, ni fragmentariamente considerada (a diferencia de los que sucede en la Sent. del TJCE en *As. Nugesser*, cit.), ni de restricciones accesorias (aplicadas por el TJCE en su Sent. en *As. Metro I*, cit.), al menos, tal y como se conocen en el Derecho estadounidense. Así, no se trata de la regla de razón, porque "lejos de hacer un análisis económico unitario de los efectos anticoncurrenciales del contrato, contraponiendo los efectos negativos *intra-brand* a los presupuestos positivos *interbrand*, (el TJCE) basó su decisión en la simple afirmación de que un sistema de franquicia como aquel [...] no podía atentar en si mismo contra la competencia. Afirmando inmediatamente que para que pueda funcionar es necesario que se cumpla una doble condición, por lo que las cláusulas necesarias para que esta doble condición se cumpla no constituyen restricciones de la competencia en el sentido del art. 85 TCEE" (IBIDEM, Pág. 60). Y tampoco se trata de restricciones accesorias, pues "en ningún caso se predica la accesoriedad de las estipulaciones que se consideran que no constituyen restricciones de la competencia en el sentido del art. 85 TCEE, por ser indispensables para el cumplimiento de las dos condiciones que debe darse para que el sistema pueda funcionar" (IBIDEM, pág. 61).

ción y valoración de los hechos es, tal vez, uno de los cometidos más importantes en la utilización de la *Sec. 1 Sherman Act*. Por contra, y pese a su carácter casuístico, el nivel de abstracción de los materiales de Derecho de la competencia comunitarios es elevado. Ello produce los efectos de una "regla de legalidad *per se*", porque el examen no considera realmente el supuesto de hecho concreto³⁹⁶; dicha carencia de análisis económico da lugar, también en el seno del apdo. 1 del art. 85 TCE, a un alto grado de formalismo jurídico. De ahí que el art. 85 TCE no se haya desarrollado como un "Derecho de principios", como un "Derecho privado", sino, en gran medida, como un Derecho administrativo sancionador, esto es, como un Derecho tipificado, formal, rígido, que impide la utilización de la analogía, ya no por su propia naturaleza, sino porque no posibilita el descubrimiento de *ratio decidenda* generalizables. Tal carencia de transparencia es fomentada por un marco procedimental defectuoso, por la técnica regulativa de la Comisión CE, y por las características de los pronunciamientos jurisprudenciales comunitarios, que dificultan averiguar si la relajación que tiene lugar en el marco del art. 85.1 TCE es realmente una regla de razón. El análisis sólo puede ser realizado de una manera aproximativa, casi intuitiva, suponiendo los razonamientos, los criterios que, aparentemente, se esconden tras la norma.

Pero el problema no radica única ni principalmente en la falta de transparencia, sino en la misma esencia de los materiales normativos, que son reflejo de una pluralidad de parámetros heterogéneos de composición compleja: la prohibición comunitaria de conductas colusorias se aplica conforme a complejos de criterios de enjuiciamiento

Sobre la teoría de la inmanencia, véase BAHNTJE, K.: "Wettbewerbsbeschränkung und Wettbewerbsermöglichung", WuW 1993 (10), págs. 828-829. Para un ejemplo paradigmático de aplicación de esta teoría, véase FRITZSCHE: "«Notwendige» Wettbewerbsbeschränkungen...", cit., págs. 41 y 55-58.

³⁹⁶ HAWK: "La révolution antitrust...", cit., pág. 25. Véanse también WILS: "'Rule of Reason'...", cit., págs. 61 y 68; y KORAH: *An Introductory Guide...*, cit., págs. 267-269.

divergentes, cuya coexistencia en el sistema legal viene posibilitada por la distribución de competencias en la materia actualmente vigente.

En efecto, lo que la aproximación-regla de razón pone de relieve, en primera instancia, es la inestabilidad de la separación entre el apdo. 1 y el apdo. 3 del art. 85. La necesidad de una aplicación uniforme de la prohibición de conductas colusorias condujo a una interpretación amplia del apdo. 1 por parte de la Comisión CE, a implantar una suerte de "principio de ilegalidad *per se*"³⁹⁷ que, en un primer momento, fue secundada por el TJCE. De este modo se operaba una inversión de la carga de la prueba, que recae sobre las empresas —en el sentido de que las restricciones verticales se consideran prohibidas salvo que las empresas implicadas demuestren sus efectos positivos—, lo que unido al sistema de notificaciones —que facilita la obtención de información—³⁹⁸, permitía a la Comisión CE dirigir una regulación de la competencia nueva y extraña para los agentes económicos europeos mediante su competencia exclusiva para declarar exenciones. Pero, a causa de la escasez de medios administrativos, tuvo que establecer prioridades³⁹⁹, que han generado un déficit de cumplimiento (*Vollzugsdefizit*). Un déficit que se ha hecho más perceptible, porque la defensa jurídica de los agentes económicos es insuficiente. Mediante la reducción del ámbito de aplicación del apdo. 1 del art. 85 TCE, el TJCE libera a las empresas del "férreo no-control" de la Comisión CE. El origen de la aproximación-regla de razón en el marco del art. 85.1 TCE se encuentra en la tensión entre los ámbitos decisionales del TJCE y TPI, por un lado, y de la Comisión CE, por otro. El TJCE y el TPI intentan flexibilizar el apdo. 1, mientras que la Comisión CE lo hace más rígido, amplía el apdo. 1, para poder decidir en el marco del apdo. 3, que es donde tiene

³⁹⁷ Así lo califica CARLIN, F. M.: "Vertical Restraints: Time for a Change?", ECLR 1996 (5), pág. 287.

³⁹⁸ SCHECHTER: "Rule of Reason...", cit., pág. 13.

³⁹⁹ Véase *supra*, epg. XVI. 2. B.

competencias exclusivas. Tensión a la que se van a sumar los tribunales y las autoridades nacionales a favor de flexibilizar el apdo. 1, si es que éstos aceptan la invitación formulada por la Comisión CE para participar activamente en la efectiva implantación de la prohibición comunitaria de conductas colusorias. De hecho, las cuestiones relativas a la distribución de competencias materiales y al procedimiento juegan un papel significativo en la discusión sobre la utilización de la prohibición europea de conductas colusorias. Así, una parte de las opiniones favorables a una regla de razón —en especial, la que sostienen los autores ingleses— persigue arrastrar sus efectos secundarios "positivos": conseguir más espacio para la autoadministración de los destinatarios de la prohibición de conductas colusorias, en la medida que la aproximación-regla de razón amplía el margen decisional de los particulares en el marco del apdo. 1 y, en caso de conflicto, de los tribunales y las autoridades nacionales.⁴⁰⁰

Pero el gran problema no es que sea difícil obtener una decisión firme de la Comisión CE, sino que el resultado de esa decisión es impredecible e incalculable. Este "desdoblamiento maldito" (*dédoulement maudit*)⁴⁰¹ del art. 85 TCE, que teóricamente reserva lo esencial del análisis según la regla de razón estadounidense a la exención⁴⁰², no debería impedir por ella misma un desarrollo coherente y armónico del art. 85 TCE, si los tribunales comunitarios y la Comisión CE tuviesen la misma comprensión de la política de la competencia. La razón fundamental se encuentra más en que la Comisión CE tiene en cuenta no sólo criterios relativos a la competencia económica y a la

⁴⁰⁰ Véanse, entre otros, FORRESTER/NORALL: "The Laicization...", cit., pág. 17 y sigs.; KON: "Article 85, Para. 3: A Case...", cit., pág. 544; y KORAH: *An Introductory Guide...*, cit., pág. 267. Véase también BAEL: "Editorial - The Role...", cit., pág. 6.

⁴⁰¹ HAWK: "La révolution antitrust...", cit., pág. 24; en IDEM: "System Failure...", cit., pág. 988, se alude a esta misma idea con la bíblica expresión de "pecado original" (*original sin*).

⁴⁰² HAWK: "La révolution antitrust...", cit., págs. 27 y 44.

integración del Mercado Único —que comparte con el TJCE y el TPI—, sino también criterios relativos a la política industrial y otras políticas comunitarias. Y cuando los tribunales comunitarios intentan trazar esta línea conforme a Derecho, no realizan una ponderación exclusivamente competencial, pues ésta está impregnada de los objetivos de la integración⁴⁰³. La Comisión CE politiza, mientras que el TJCE y el TPI intentan juridificar, pero sobre la base de criterios igualmente desconcertantes desde la perspectiva de quienes atienden a la eficiencia en la asignación de recursos como único criterio de aplicación del art. 85 TCE.

Por lo tanto, desde la perspectiva de los criterios de enjuiciamiento de las restricciones de la competencia, cabe concluir que la relajación que tiene lugar en el marco del art. 85.1 TCE tampoco puede entenderse como una regla de razón en sentido lato, esto es, como una aceptación parcial de la regla de razón en sentido estricto. En todo caso, puede hablarse de una "regla de razón específicamente comunitaria". Pero, en relación con el modelo de referencia, la discutida regla de razón está distorsionada, fundamentalmente por objetivos de integración y de otras políticas comunitarias, señaladamente de política industrial. Y también por valores "distributivos", la lealtad y otros valores de naturaleza social y política⁴⁰⁴. Por ello se ha afirmado que es "impensable, que la Comunidad Europea pueda asumir como criterio político exclusivo la teoría de la regulación de la asignación de recursos para la producción"⁴⁰⁵, que constituye el núcleo sustantivo de la prohibición de

⁴⁰³ Véase EVERLING: "Zur Wettbewerbskonzeption...", cit., pág. 1008-1009. En este sentido, por ejemplo, se viene sosteniendo que las fronteras trazadas por el TJCE entre el contrato de franquicia y los sistemas de distribución selectiva están más orientados hacia la integración mediante la apertura de los mercados nacionales que a la mejora de la competencia (HIRSCH/BUKERT: *Gleiss/Hirsch Kommentar...*, cit., pág. 89, núm. 144; también EVERLING: "Zur Wettbewerbskonzeption...", cit., pág. 1001).

⁴⁰⁴ Véanse HAWK: "La révolution antitrust...", cit., pág. 16; y EHLERMANN: "Politique actuelle...", cit., pág. 701.

⁴⁰⁵ HAWK: "La révolution antitrust...", cit., pág. 16. Véase también WILS: "Rule of

conductas colusorias estadounidense. Criterios propios de y extraños a la competencia económica no están separados de una manera clara. Es más, hasta la fecha, los únicos "principios" claros del Derecho comunitario de la competencia se alejan de parámetros única e incluso principalmente fundados en la eficiencia económica.

No obstante, tanto los aspectos sustantivos como regulativos de la situación actual podrían variar en un futuro próximo, merced a la revisión puesta en marcha por la Comisión CE en materia de restricciones verticales, de la que, en cierta medida, constituyen un anticipo las Comunicaciones sobre mercado relevante de 1997 y sobre AMI de 1997. Del contenido de las propuestas de solución fruto de tal revisión y la consiguiente discusión se pasa a tratar a continuación.

Reason'..., cit., págs. 33-35.

XVII. ¿HACIA UNA REGLA DE RAZON EN EL DERECHO COMUNITARIO DE LA COMPETENCIA?

XVII. 1. Tendencias evolutivas en el artículo 85 TCE: el *Libro Verde sobre las restricciones verticales y la política de competencia comunitaria*

Estudiada la situación actual, procede ahora exponer el alcance de las soluciones que la Comisión CE propone en el LiV RV y valorar su capacidad para dar respuesta a las deficiencias y necesidades que han sido detectadas a lo largo de la exposición precedente. Para ello, y tras unas consideraciones generales, se distinguirá entre el contenido del LiV RV, propiamente dicho, y el de la *Comunicación de la Comisión sobre la aplicación de las normas comunitarias de competencia a las restricciones verticales. Seguimiento del Libro Verde sobre las restricciones verticales*⁴⁰⁶ (en adelante Comunicación al LiV RV).

Por lo que a las consideraciones de carácter general se refiere, y al margen de que, dentro del paradigma de referencia escogido, los tipos de acuerdos de distribución estudiados en el LiV RV sean o no todos los que realmente deben considerarse como tales en sentido estricto —especialmente señalada es la ausencia de tratamiento de los contratos de agencia—⁴⁰⁷, todas ellas giran sobre el eje del *handicap* que supone la

⁴⁰⁶ Documento COM(98) 544 final, Bruselas, 30.9.1998.

⁴⁰⁷ Críticamente, SCHROEDER: "The Green Paper...", cit., pág. 431, retitula el LiV RV como "Libro Verde sobre tipos seleccionados de distribución" (*Green Paper on Selected Types of Distribution*); al respecto, véase *supra*, epg. X. 2.

excesiva estrechez del paradigma del que parte este documento de trabajo.⁴⁰⁸

En efecto, la discusión planteada en el LiV RV obvia problemáticas tales como las que plantean la distribución multicanal (*dual distribution*) dentro del fenómeno de la distribución múltiple⁴⁰⁹, y especialmente, el ejercicio que de su poder de compra (*buying power*) hacen los grandes distribuidores⁴¹⁰. En este último caso, la alteración de la relación de poder existente entre productores e intermediarios, debida a la concentración en el sector distributivo europeo⁴¹¹, contrasta con la inadecuación de los instrumentos de control que brinda el Derecho comunitario de la competencia frente a las situaciones de abuso de poder de compra, en especial, y de dependencia económica, en general. Tal inactividad obedece tanto a razones ligadas a la naturaleza y los objetivos del Derecho comunitario de la competencia, como a motivos de índole técnica; así, por ejemplo, a este último respecto, la delimitación del mercado relevante en tales supuestos diverge de la que se viene practicando hasta ahora: el formato comercial, y no el producto, ha de ser el dato sobre el que debe descansar la delimitación del mismo, con lo que el estudio de la competencia intertipo adquiere una importancia hasta ahora extraña para el Derecho comunitario de la competencia;

⁴⁰⁸ Véase *supra*, epg. X. 3.

⁴⁰⁹ Véase *supra*, epg. V. 6. C. a.

Sobre este particular, véase CRUZ, P. D. L.: "Vertical Restraints: U.S. and E.U. Policy – Toward Manufacturer-Retailer Relationships", ECLR 1997 (5), págs. 292 y 295-299.

⁴¹⁰ Véase *supra*, epg. VI. 1. A.

Al respecto, véase SANFILIPPO, L.: "The Retail Sector and Application of Antitrust Rules", ECLR 1997 (8), pág. 492; y VOGEL, L.: "Competition Law and Buying Power: The Case for a New Approach in Europe", ECLR 1998 (1), pág. 4 –versión en alemán de este trabajo en WuW 1998 (12), págs. 1162-1172, con el título "Wettbewerbsrecht und Einkaufsmacht: Es ist Zeit für eine neue Betrachtungsweise" (en adelante, la cita de este trabajo de VOGEL lo será al publicado en ECLR)–.

⁴¹¹ Véase, al respecto, *supra*, epgs. IV. 6. B. b. y VI.

además, debe prestarse especial atención a los efectos sobre la competencia en el mercado en su sentido ascendente.⁴¹²

Por contra, este camino ya ha sido iniciado en sus últimas reformas por los Derechos nacionales de defensa de la competencia, donde se establecen normas para el tratamiento de los abusos de dependencia económica, señaladamente, de aquellos consistentes en el recurso a precios predatorios⁴¹³; así sucede en el Derecho francés, con la reforma del año 1996 de la *Ordonnance n.º 86-1243*, y en Alemania, con la última reforma de la *GWB*⁴¹⁴. En el Derecho español, el tratamiento de dichos abusos puede afrontarse con éxito gracias a la aplicación conjunta del art. 7 LDC, con el art. 17 LCD, para el supuesto de precios predatorios, y con el art. 16 LDC, para otro tipo de abusos de dependencia económica.

En cualquier caso, dicha falta de adaptación no obedece a una ausencia de interés del fenómeno: en ambos supuestos se trata de problemáticas que tienen una repercusión, una dimensión comunitaria, pues, de hecho, afectan negativamente al margen de comercio paralelo que se desea mantener. Ciertamente, los grandes distribuidores han sido, hasta ahora, punta de lanza de la política de la competencia comunitaria –pues han provocado la ruptura de las estrategias de protección territorial absoluta y de mantenimiento de las diferencias de precios de los productores, la relajación de los criterios de admisión en los sistemas de distribución selectiva y, en relación a su vez con el art. 30 TCE, la depuración de la legislación de los Estados miembros en materia de distribución

⁴¹² Véanse SANFILIPPO: "The Retail Sector...", cit., pág. 494; y VOGEL: "Competition Law and Buying Power...", cit., págs. 5-10.

⁴¹³ Sobre esta conducta, véase, entre nosotros, HERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, F.: *Precios predatorios y Derecho antitrust. Estudio comparado de los ordenamientos estadounidense, comunitario y español*, Col. Monografías Jurídicas, Marcial Pons, Madrid, 1998.

⁴¹⁴ Véanse VOGEL/VOGEL: "Die französische Wettbewerbsnovelle...", cit., pág. 597-602; y BARON/KRETSCHMER: "Kontraste - Meinungen...", cit., pág. 653; así como *supra*, epgs. IX. 3. y IX. 4., respectivamente.

comercial minorista—. Sin embargo, su conducta actual es contraria a los objetivos de dicha política, sin que la Comisión CE haya sabido hasta ahora hacer frente a la actuación de estos operadores económicos ni impedir su formación cuando ésta se produce como consecuencia de mecanismos distintos de aquellos que implican un proceso de concentración entre empresas; es decir, cuando se ha recurrido a la integración contractual, mediante acuerdos de distribución en sentido amplio.⁴¹⁵

Por lo tanto, la revisión que el LiV RV abandera, dará lugar, en su caso, a una reforma insuficiente de la regulación aplicable a los acuerdos de distribución comercial: el Derecho comunitario europeo de defensa de la competencia ha de considerar los acuerdos de cooperación para la distribución —que presentan especialidades respecto de los de fabricación o industriales— y los nuevos acuerdos verticales de distribución —fruto, tanto de la integración ascendente, como de la tendencia hacia la cooperación vertical de grupo—, en definitiva, las nuevas relaciones de poder entre productores e intermediarios, si quiere dar respuestas adecuadas a las necesidades normativas de la distribución comercial europea. Este cambio del paradigma de referencia plantea nuevas cuestiones que están insuficientemente estudiadas, a lo que debe sumarse la carencia de datos sobre los actuales canales de distribución comercial que padece la Comisión CE⁴¹⁶. Tales carencias y cambios apoyan la conveniencia de adoptar un concepto más amplio de acuerdos de distribución comercial para su estudio y tratamiento desde el

⁴¹⁵ Véanse SANFILIPPO: "The Retail Sector...", cit., págs. 492-493; y VOGEL: "Competition Law and Buying Power...", cit., págs. 4 y 6-9.

⁴¹⁶ Como la propia Comisión CE reconoce en LiV RV, núm. 53, pág. 19; así, ésta entiende que los resultados de la "investigación" propia preparativa del LiV RV no pueden considerarse representativos, por el carácter absolutamente informal de ésta (véase IBIDEM, núms. 219-221, pág. 75).

No obstante, la Comisión CE prevé poner en marcha una revisión de la política comunitaria de la competencia en materia de cooperación horizontal, sobre la base de los Rgtos. CEE 417/85 y 418/85 (véase COMISIÓN CE: *XXVII Informe...*, cit., págs. 15 y 24); ello permite esperar que, en alguna medida, se aborden las cuestiones que plantean los acuerdos de cooperación para la distribución.

Derecho de defensa de la competencia, como punto de partida para dar satisfacción a los nuevos intereses en juego.

Se ha consolidado el tratamiento de un paradigma, el de la distribución comercial integrada vertical descendente. Con el LiV RV se quiere proceder a relajar el control sobre las restricciones ya conocidas. Pero no basta con ello. Se debe pasar a abordar los nuevos paradigmas, el de la distribución integrada vertical ascendente y el de la distribución integrada horizontal, algo que se encuentra de forma incipiente en el LiV RV, si se atiende a todo lo que la Comisión CE es consciente que ignora y sobre lo que quiere saber. Esta evolución no es sino expresión de la concepción del Derecho de defensa de la competencia como un proceso de descubrimiento.⁴¹⁷

XVII. 2. Propuestas de solución en el Libro Verde

Hecha esta crítica inicial, y circunscribiendo las páginas que siguen al tratamiento de las restricciones verticales que se propone, puede afirmarse que el LiV RV únicamente da una respuesta parcial a la problemática que plantea la aplicación y efectiva implantación del art. 85 TCE a estas restricciones de la competencia, pese al repetido objetivo de la Comisión CE, de hacer del LiV RV una "revisión fundamental de la política aplicada a las restricciones verticales"⁴¹⁸. A tal conclusión se llega si se analizan las denominadas "opciones" del LiV RV⁴¹⁹ y se comparan con las deficiencias y necesidades arriba expuestas.

Previamente al resumen de tales opciones, es necesario advertir de la imposición por parte de la Comisión CE de dos "restricciones" a

⁴¹⁷ A propósito de esta concepción, véase *infra*, epg. XVIII. 1.

⁴¹⁸ LiV RV, núm. 7, pág. 3.

⁴¹⁹ Véase LiV RV, núms. 38-44, y págs. xii-xiv, y núms. 270-301, págs. 89-94.

las posibles medidas de reforma que puedan surgir del debate que busca suscitar el LiV RV. De una parte, únicamente cabe plantear soluciones que sean posibles en el actual marco del art. 85 TCE, y tal y como los tribunales comunitarios lo interpretan: ni cabe excluir la aplicación art. 86 TCE a los acuerdos de distribución en sentido restringido, ni se contempla la posibilidad de una modificación del TCE⁴²⁰. De otra parte, tanto en el caso de las restricciones consistentes en el otorgamiento de protección territorial absoluta, como en el de la imposición de precios de reventa, no ha lugar a plantearse una calificación de estas conductas distinta a la de prohibiciones *per se*; esto es, estas restricciones están prohibidas por el apdo. 1 —es más, se entiende que siempre tienen efecto sensible, independientemente del dato cuantitativo— y es "poco probable" que se beneficien de una exención conforme al apdo. 3 del art. 85 TCE⁴²¹. Dentro de estos límites, la Comisión CE plantea cuatro opciones de actuación. No obstante, éstas no tienen carácter exhaustivo; es más, en realidad, dichas opciones no son únicamente cuatro, sino que dan lugar a un catálogo *numerus apertus*, pues no se excluyen entre sí, e incluso cabe su combinación.⁴²²

Si se respeta el esquema expositivo que sigue la Comisión CE, la

⁴²⁰ Véase LiV RV, núm. 39, guión 1.º, pág. xii, y núm. 273, pág. 89.

⁴²¹ Véase LiV RV, núm. 280, pág. 90., núm. 39, guión 2.º, pág. xii, y núm. 276, pág. 89; no obstante, la propia Comisión CE propone declarar exenta, en el ámbito de los acuerdos de franquicia, la fijación de precios máximos de reventa (véase IBIDEM, núm. 284, guión 3.º, pág. 91). En cuanto al alcance del "efecto sensible *per se*" de estas restricciones, que ya ha tenido acogida en la Comunicación sobre AMI de 1997, véase *supra*, epg. XVI. 3. B.

⁴²² Véanse LiV RV, núm. 38, pág. xii, y núm. 272, pág. 89; TOBÍO RIVAS: "Libro Verde...", cit., pág. 1036; y ROHARDT: "Grünbuch...", cit., pág. 479. La Comisión CE desea fomentar el debate y recibir sugerencias. Parece pues exagerado, en alusión a los límites establecidos por la Comisión CE, afirmar que, en el caso del LiV RV, se trata más bien de un "Libro Blanco" que de un "Libro Verde" —en los primeros, la Comisión CE explica cuál es su política, mientras que los segundos son documentos de discusión— (IBIDEM, cit., pág. 485); otra cosa es que la propuesta en su conjunto, lo que incluye las cuestiones sometidas a debate, sea discutible, cuestión ésta de la que se tratará más adelante.

Opción I consiste en el *mantenimiento del sistema actual*, en no introducir cambio alguno.⁴²³

Con la Opción II se propone elaborar *exenciones por categorías "más amplias"*⁴²⁴. Se trata, fundamentalmente, de mantener el sistema de exenciones por categorías, pero introduciendo ciertas mejoras destinadas a incrementar su flexibilidad. Así, de una parte, se persigue que los reglamentos de exención sean (a) menos restringidos en su ámbito de aplicación; para ello, con carácter general, éstos serían aplicables a aquellos acuerdos celebrados entre más de dos partes, así como por asociaciones de minoristas independientes, que podrían beneficiarse de los reglamentos de exención por categorías siempre que fueran PYME y que la cuota de mercado de dichas asociaciones se mantenga por debajo de un umbral determinado⁴²⁵. Además, en esta misma línea se adoptarían medidas más específicas, referidas a cada uno de los tipos de acuerdos de distribución ya reglamentados, destinadas a ampliar el ámbito de aplicación de los correspondientes reglamentos de exención vigentes —el de distribución exclusiva abarcaría la distribución de servicios y la distribución conjunta de productos y servicios; y el de compra en exclusiva, además de los supuestos anteriores, el suministro parcial y el exclusivo⁴²⁶—. Se entiende que ello contribuiría a reducir en volumen de notificaciones⁴²⁷. Y, de otra parte, se busca que los reglamentos de exención sean (b) menos estrictos en su contenido normativo, esto es, la supresión del principio de "todo-o-nada", algo que, con carácter general, se propone alcanzar mediante la permisión de las cláusulas menores y las excedentes, de manera que la inclusión de

⁴²³ Véase LiV RV, núm. 40, pág. xiii, y núm. 281, pág. 90.

⁴²⁴ Véase LiV RV, núm. 41, pág. xiii; núms. 282-285, págs. 91-92.

⁴²⁵ Véase LiV RV, núm. 283, guión 3.º, y núm. 284, guión 4.º, pág. 91.

⁴²⁶ Véase LiV RV, núm. 284, guiones 1.º y 2.º, pág. 91.

⁴²⁷ Véase LiV RV, núm. 282, pág. 91.

cláusulas prohibidas no implique necesariamente la denegación del beneficio de la exención para el resto del acuerdo⁴²⁸; en esta misma línea se adoptarían igualmente medidas más específicas, referidas a los tipos de acuerdos de distribución ya reglamentados, destinadas a ampliar la cobertura de su respectiva exención –así, para los acuerdos de compra en exclusiva en los sectores de la cerveza y la gasolina⁴²⁹, cuya especialidad se mantiene, y para los acuerdos de franquicia⁴³⁰–. Como consecuencia de ello, se afirma que los reglamentos serían menos "reglamentaristas", intervencionistas o dirigistas, a la vez que ello incrementaría la seguridad jurídica⁴³¹. Finalmente, y (c) para la distribución selectiva, se elaboraría un reglamento de exención por categorías propio, provisto de un sistema arbitral para dirimir los litigios que surjan en relación con la inadmisión en estos sistemas de distribución.⁴³²

La Opción III, por contra, busca la elaboración de *exenciones por categorías "más específicas"*⁴³³. Básicamente, consiste en limitar el ámbito de aplicación de los reglamentos existentes –y del futuro reglamento de exención por categorías para acuerdos de distribución selectiva– por lo que a los sujetos que se pueden beneficiar de éstos y al mercado en el que operan se refiere. Así, se propone limitar el recurso a la exención por categorías si el umbral de cuota de mercado que posee una de las partes en el mercado de referencia es superior al 40 %, y siempre que no existan diferencias de precios considerables en el

⁴²⁸ Véase LiV RV, núm. 283, guiones 1.º y 2.º, pág. 91.

⁴²⁹ Véase LiV RV, núm. 285, pág. 92.

⁴³⁰ Señaladamente, se propone abarcar la imposición del mantenimiento del precio máximo de reventa como excepción al principio general según el cual no cabe declarar exento el mantenimiento de precios de reventa (véase LiV RV, núm. 284, guión 3.º, pág. 91).

⁴³¹ Véase LiV RV, núm. 282, pág. 91.

⁴³² Véase LiV RV, núm. 284, guión 5.º, pág. 91.

⁴³³ Véase LiV RV, núm. 42, pág. xiii, y núms. 286-292, págs. 92-93.

Mercado Unico⁴³⁴. A continuación se afirma que, "por encima de dicho umbral", no se concederán exenciones por categorías, al menos para la prohibición ventas activas ni para los acuerdos de agencia exclusiva, en los que se establezca la prohibición de promocionar productos o servicios competidores⁴³⁵. Lo verdaderamente interesante de esta opción, que es perfectamente combinable con la anterior⁴³⁶, es su justificación: la graduación que supone descansa principalmente en el objetivo de la integración⁴³⁷. Por otra parte, se defiende que el umbral determinado —y al margen de la excepción de la persistencia de la diferencia de precios—, eliminaría el problema de masa de trabajo y la inseguridad jurídica. Finalmente, y para el caso de que sea necesario

⁴³⁴ En cuyo caso, los acuerdos en cuestión quedarían excluidos de la exención por categorías, pese a quedar por debajo de dicho umbral. Además, se establecerían dos especialidades: en la distribución selectiva, el porcentaje sería menor si el mercado tiene estructura oligopolística (véase LiV RV, núm. 288, pág. 92); y se matizaría el porcentaje para los acuerdos de compra en exclusiva en el sector de la cerveza y la gasolina, con referencia a proporciones sobre el consumo total del producto (véase IBIDEM, núm. 292, pág. 93).

⁴³⁵ Véase LiV RV, núm. 287, pág. 92. Parece que debería decirse "por debajo de dicho umbral" (en este mismo sentido, véase ROHARDT: "Grünbuch...", cit., pág. 480). Ciertamente, el cotejo de las versiones inglesa y alemana del LiV RV confirma que no se trata de un error de traducción de la versión castellana. No obstante, parece que tal previsión carece de sentido, pues lo que está por encima del umbral queda ya fuera de la exención por categorías. Este aspecto de la opción es ciertamente confuso. Pero de entenderse en este segundo sentido —esto es, que se quiere decir "por debajo de dicho umbral"—, tal medida supondría un tratamiento más severo de las prohibiciones de ventas activas —que hasta la fecha sí que se declaran exentas por la vía del reglamento de exención (véase *supra*, epg. XIII. 3. A.)—, y, en el caso de los acuerdos de agencia, un cierto reconocimiento de la entidad económica propia de la actividad de promoción desarrollada por el agente, como vehículo para incrementar la competencia *interbrand* (véase *supra*, epg. X. 4.).

⁴³⁶ Véase LiV RV, núm. 289, pág. 92.

⁴³⁷ Así se deduce del razonamiento que subyace en la discriminación que se propone introducir: en el contexto del Mercado Unico y a partir de dicho umbral, se presume que persisten las diferencias de precios y que las restricciones verticales son contrarias a la competencia si las empresas detentan posición de dominio —o también, que tal posición de dominio permite a dichas empresas mantener la compartimentación del Mercado Unico—; en tal caso, se ha de fomentar la competencia *intra-brand* frente a la competencia *inter-brand*, por lo que no cabe recurrir a la exención por categorías, sino, y en todo caso, a la exención individual (véase, además, LiV RV, núm. 286, pág. 92).

recurrir a exenciones individuales, la Comisión CE propone elaborar directrices para su concesión.⁴³⁸

Por último, la Opción IV implica la *reducción del ámbito de aplicación del art. 85.1 TCE*⁴³⁹. Consiste en introducir una presunción rebatible de compatibilidad con el art. 85.1 TCE, una "presunción de declaración negativa", que se daría cuando las partes tuviesen una cuota de mercado inferior al 20 %. No obstante, dicha presunción nunca jugaría si concurre una fijación de precios mínimos de reventa, obstáculos al comercio paralelo o a las ventas pasivas, o si se trata de acuerdos de distribución entre competidores. Para desvirtuar tal presunción, la Comisión CE habría de proceder a un análisis que debería tener en cuenta la estructura del mercado relevante –así, la presunción se desvirtúa si el mercado en cuestión es oligopolístico– y la existencia de barreras de entrada a dicho mercado; pero también el grado de integración en el mercado de referencia –valorado con base en el diferencial de precios que exista entre los Estados miembros y el nivel de penetración de mercado en cada Estado miembro de productos importados de otros Estados miembros–, así como el efecto acumulado de las redes paralelas –por si éste se traduce en un efecto de compartimentación–⁴⁴⁰. Esta opción es compatible con las dos anteriores.

A continuación, para todos aquellos acuerdos situados por encima del umbral del 20 % se ofrecen dos variantes, que, en realidad coinciden

⁴³⁸ Por ejemplo, se indica que no se concederá una exención individual si existe una discriminación significativa de precios en perjuicio de los clientes (véase LiV RV, núm. 291, pág. 93).

⁴³⁹ Véase LiV RV, núms. 43-44, págs. xiii-xiv; núms. 293-301, págs. 93-94.

⁴⁴⁰ Se apunta una consideración especial del efecto acumulado de los sistemas de compra en exclusiva de cerveza y gasolina; pero posteriormente se generaliza; y, en efecto, también es dato muy importante en el caso de los sistemas de distribución selectiva.

con las Opciones II y III⁴⁴¹; y que, además, no son variantes, pues en ellas se trata de una cuestión distinta: donde se incide con las supuestas variantes es en el apdo. 3, y no en el apdo. 1, del art. 85 TCE. En consecuencia, las opciones II, III y IV son perfectamente compatibles.

A modo de cuadro general, y si se atiende al umbral de cuota en el mercado relevante, el sistema diseñado en el LiV RV por la Comisión CE para el tratamiento de las restricciones verticales queda como sigue: hasta el umbral del 20 % de cuota de mercado, y por tratarse de acuerdos verticales presuntamente merecedores de una declaración negativa, se produce su exclusión del supuesto de hecho de la prohibición establecida en el art. 85.1 TCE; si los acuerdos superan el umbral del 20 % o están por debajo del mismo, pero la presunción resulta rebatida, se produce su inclusión en el supuesto de hecho del art. 85.1 TCE, con lo que procede enjuiciar los acuerdos en el marco del art. 85.3 TCE; allí, si tales acuerdos no superan el umbral del 40 % de cuota de mercado, pueden obtener la cobertura de los reglamentos de exención por categorías, que además son más flexibles; pero si superan dicho umbral o no es posible subsumir los acuerdos en alguno de los reglamentos de exención por categorías vigentes, entonces únicamente resta el recurso a la exención individual; y si esta no prospera, ello supondría la prohibición "definitiva" de los acuerdos en cuestión. Dicho cuadro ha de completarse con la alusión al efecto sensible sustantivo, cuestión que debe plantearse previamente a la de la procedencia o improcedencia de la presunción de declaración negativa: hasta un umbral del 10 % de cuota de mercado, y por tratarse de acuerdos verticales de menor importancia, se produce la exclusión del supuesto de hecho del art. 85.1 TCE. Ahora bien, todas las limitaciones cuantitativas del supuesto de hecho de la prohibición, así como las posibilidades de exención, quedan finalmente supeditadas a que la restricción en cuestión no se encuentre prohibida *per se* —así, princi-

⁴⁴¹ Véase LiV RV, núm. 44, pág. xiv; núms. 298-300, pág. 94.

palmente, aquellas que consisten en la imposición del precio de reventa o dan lugar a restricciones territoriales absolutas—.

Hasta aquí alcanza la síntesis de las opciones propuestas por la Comisión CE. Estas, al igual que el resto del LiV RV, han sido objeto de gran atención, tanto por parte de otras instituciones comunitarias, como por parte de los Estados miembros, de las empresas y de la doctrina⁴⁴². Dichas opciones suscitan una serie de reflexiones críticas, tanto específicas a cada una de ellas, como de alcance más general. Pero antes de proceder a su exposición —a la que se dará comienzo por las específicas—, conviene poner de manifiesto las dudas que suscita la procedencia de la calificación como prohibiciones *per se* de las restricciones territoriales absolutas y de la imposición del precio de reventa.

En el primer caso, porque tal prohibición contrasta con su escasa efectividad en pos del objetivo de la integración, que es lo que viene, en definitiva, a justificar tal calificación⁴⁴³; en el segundo caso, por la reconsideración que la imposición de precio de reventa está experimentando en el Derecho de defensa de la competencia, al menos, en cuanto a la fijación de precios de reventa máximos en los acuerdos de distribución comercial en sentido restringido.⁴⁴⁴

⁴⁴² Véanse Comunicación al LiV RV, págs. 8-14; COMISIÓN CE: *XXVII Informe...*, cit., págs. 14-15 y 23-24; y TOBÍO RIVAS: "Libro Verde...", cit., págs. 1052-1053.

⁴⁴³ Véase *supra*, epg. XVI. 2. A.

⁴⁴⁴ Cambio que ha tenido ya reflejo jurisprudencial en el Derecho *antitrust* estadounidense (véase *supra*, epg. XV. 2.); y recuérdese como la propia Comisión CE propone declara exentar esta práctica en los acuerdos de franquicia, incluso por la vía de la exención por categorías (véase LiV RV, núm. 284, guión 3.º, pág. 91). Al respecto, entre nosotros, véase SOLER MASOTA: "Sobre los acuerdos...", cit., págs. 2215-2234; y, más recientemente, IDEM: "¿Hacia un nuevo enjuiciamiento *antitrust* de la fijación de precios? (Comentario a la resolución del Tribunal de Defensa de la Competencia de 14 de octubre de 1997, del Pleno, expediente 380/1996)", RGD 1998 (645), págs. 7655-7675, donde sostiene que es posible declarar exenta esta conducta en aquellos casos en los que actúa como un instrumento de control de los distribuidores que gocen de un monopolio local y cuando se establezca en respaldo de una campaña promocional. Debe distinguirse esta evolución general de la situación especial que se da en el mercado del libro español, pues, de una parte, no se recurre a sistemas de distribución integrada y, de otra parte, a nivel de

Además, procede ya poner de relieve la modestia de la revisión proyectada en el LiV RV: la Opción I no supone alternativa alguna⁴⁴⁵; en cuanto a las Opciones II y III, realmente, tampoco supone una alternativa, sino una manera de mantener el sistema actual⁴⁴⁶. Únicamente en la Opción IV se atisba una verdadera alternativa, si bien tiene, en primera línea, carácter regulativo. Por lo tanto, puede decirse que el LiV RV representa un ajuste de alcance limitado, y no de una "revisión fundamental".⁴⁴⁷

En cuanto a la Opción II, a su favor puede esgrimirse que con ella se conserva uno de los elementos básicos de la política legislativa actual, los reglamentos de exención por categorías, y se intenta corregir sus defectos, mediante el incremento de su flexibilidad⁴⁴⁸. No obstante, y al margen de la mayor o menor vaguedad de la propuesta⁴⁴⁹, pese a la flexibilización, especialmente, al prometido abandono de principio de "todo-o-nada", se mantiene el dirigismo característico de los reglamentos de exención por categorías, al menos en la medida que persiste el

edición, el mercado presenta una estructura oligopolística (véase, al respecto, CARBAJO CASCÓN, F.: "El sistema de precio fijo en la venta de libros desde la perspectiva del Derecho de la competencia", ADI 1997 [XVIII], pág. 939 y sigs., en especial, págs. 951-953).

⁴⁴⁵ Esta "opción" debe ser rechazada, a la vista de las deficiencias y necesidades expuestas a lo largo de este trabajo. Es esta una postura unánime entre los autores, que no la consideran como una opción real; expresamente, entre otros, véanse KELLAWAY, R.: "Vertical Restraints: Which Option?", ECLR 1997 (6), pág. 389; FUENTES NUÑEZ: "El futuro de la distribución...", págs. 7-8; y TOBÍO RIVAS: "Libro Verde...", cit., págs. 1043-1044 y 1047.

⁴⁴⁶ Véase ROHARDT: "Grünbuch...", cit., pág. 479.

⁴⁴⁷ En este sentido, véanse FUENTES NUÑEZ: "El futuro de la distribución...", cit., pág. 8; y RILEY: "Vertical Restraints...", cit., pág. 488.

⁴⁴⁸ Véase KELLAWAY, R.: "Vertical Restraints...", cit., pág. 389.

⁴⁴⁹ En opinión de ROHARDT: "Grünbuch...", cit., pág. 485, los términos en los que se expresa esta opción son demasiado vagos, por lo que, para valorarla correctamente, habría que ver como se concretan, una por una, las propuestas realizadas.

efecto de encorsetamiento, puesto que se sigue delimitando su ámbito de aplicación mediante tipos contractuales, y no mediante restricciones verticales, mediante los efectos de los acuerdos de distribución comercial sobre la competencia⁴⁵⁰. Además, es discutible que ésta opción suponga un incremento de la seguridad jurídica: la flexibilización perseguida descansa también sobre el criterio de la similitud, y no en pocas ocasiones va a ser discutido qué cláusula es similar y cuál no lo es⁴⁵¹. De otra parte, hay autores que califican esta opción de insuficiente, pues la entienden como una renuncia a realizar un análisis económico; en definitiva, no se elimina el carácter de "exención *per se*" de los reglamentos, que no atienden al contexto económico en el que se da la restricción de la competencia declarada exenta⁴⁵². Finalmente, la elaboración de un reglamento de exención por categorías para todos los acuerdos de distribución selectiva debe ser acogida, cuando menos, con escepticismo: en primer lugar, muchas de las cuestiones que plantea la distribución selectiva quedan fuera del ámbito del apdo. 3 del art. 85 TCE y, por lo tanto, en principio, de un reglamento de exención; y, en segundo lugar, el enjuiciamiento de los sistemas de distribución selectiva es difícilmente generalizable, especialmente, por las influencias sectoriales.⁴⁵³

⁴⁵⁰ Véase ACKERMANN: "Die Zukunft...", cit., pág. 275.

⁴⁵¹ En este sentido, véanse FUENTES NUÑEZ: "El futuro de la distribución...", cit., pág. 8; y TOBÍO RIVAS: "Libro Verde...", cit., pág. 1048.

⁴⁵² Véanse ACKERMANN: "Die Zukunft...", cit., págs. 272 y 275; y TOBÍO RIVAS: "Libro Verde...", cit., pág. 1048. En esta misma línea se insertaría el temor de que la mayor amplitud de los reglamentos permita que quede exentas conductas con efectos anticompetitivos (véase KELLAWAY: "Vertical Restraints...", cit., pág. 389).

⁴⁵³ Sobre el particular, igualmente críticos o, cuando menos, escépticos frente a la elaboración de un reglamento de exención por categorías, véanse RATLIFF, J.: "Selective Distribution: Is There a Case for a General Block Exemption or a 'Guidelines' Notice?", ECLR 1996 (5), págs. 299-307; y MURRAY, F., y MACLENNAN, J.: "The Future for Selective Distribution Systems: The CFI Judgements on Luxury Perfume and the Commission Green Paper on Vertical Restraints", ECLR 1997 (4), págs. 230-233. En opinión del primero de los autores citados, en este caso sería preferible la elaboración de unas directrices que, primeramente, deberían explicar cuándo un acuerdo de distribución selectiva infringe la prohibición del art. 85.1 TCE.

En cuanto a la Opción III, ésta presenta el aliciente de promover, presumible, un incremento de la competencia en mercados concentrados; esto fomenta la integración del Mercado Unico⁴⁵⁴. Pese tal aliciente, esta opción presenta serios inconvenientes, principalmente, su discutible operatividad, su insuficiencia y su arbitrariedad; todo lo cual va a generar gran inseguridad jurídica. En cuanto al primer inconveniente, y pese a la Comunicación sobre mercado relevante de 1997, la delimitación del mercado de referencia y su estructura, así como el cálculo de las cuotas de mercado no están exentas de dificultades⁴⁵⁵. Pero a ello debe sumarse, sobre todo, la insuficiencia del dato de la cuota de mercado así como la arbitrariedad que introduce el establecimiento de un porcentaje fijo de cuota de mercado, si lo que pretende determinarse indirectamente por esta vía es si existe o no poder de mercado.

En el contexto del art. 85 TCE, el poder de mercado supone un grado de influencia sobre los precios y la producción inferior a la que posee una empresa dominante en el contexto del art. 86 TCE, aunque suficiente para que los acuerdos entre tales empresas queden sujetos al ámbito de aplicación del art. 85.1 TCE por su clara repercusión sobre la competencia. A la vista de la vaguedad de esta noción, sería precisa una mayor concreción. Pero, al margen de ello, cabe cuestionar que la cuota de mercado sea un indicador válido del poder de mercado. La

⁴⁵⁴ Véase KELLAWAY: "Vertical Restraints...", cit., pág. 390, quien entiende que con su adopción se establecería un incentivo para la entrada de nuevos competidores, o bien para que aquellos competidores ya establecidos, pero de menores dimensiones, se unan de un modo que no pueden hacer las empresas que detentan una posición de poder en el mercado.

⁴⁵⁵ Es discutible si la Comunicación sobre mercado relevante de 1997 es suficientemente operativa; críticos, "Editorial - Competition, the Commission...", cit., pág. 2; y FUENTES NUÑEZ: "El futuro de la distribución...", cit., pág. 9, quien entiende ésta establece sistema muy general para definir el mercado relevante, y no arroja demasiada luz sobre los problemas específicos de las restricciones verticales; en este mismo sentido, si bien circunscritas a la delimitación de las cuotas de mercado, van dirigidas las críticas de TOBÍO RIVAS: "Libro Verde...", cit., págs. 1035 y 1049; al respecto, véase también *supra*, epg. XVI. 2. A.

determinación del poder de mercado requiere un análisis individual, con lo que ello implica en términos de costes, y suponiendo que dicho análisis sea posible. Verdaderamente, un umbral expresado en términos de cuota de mercado es una magnitud más fácilmente determinable. Pero no se puede afirmar que se trata de un buen sustitutivo: la cuota de mercado no es lo mismo que el poder de mercado, de manera que, el porcentaje propuesto no siempre va a indicar una situación de poder de mercado. En caso de recurrir a aquélla, cuando menos, debería atenderse a la estructura del mercado relevante y demás circunstancias —por ejemplo, características de los restantes competidores, competencia intertipo; o del mercado, si se trata de empresas innovadoras (esto es, mercados incipientes) con amplias cuotas de mercado—, para poder determinar la intensidad de la competencia⁴⁵⁶. De hecho, es ésta una opción que ya se planteó durante la elaboración del Rgto. CE 240/96 y que no prosperó por los motivos expuestos.⁴⁵⁷

Además, un defectuoso funcionamiento de esta opción supone una seria amenaza para la Comisión CE, que vería al aumentar considerablemente su carga de trabajo.⁴⁵⁸

La Opción IV es, sin duda, la más interesante. Sin que corresponda a la idea de una regla de razón en sentido estricto, supone

⁴⁵⁶ Véanse, críticos a este respecto, SCHROEDER: "The Green Paper...", cit., pág. 431-433; BAKER/WU: "Applying the Market...", cit., págs. 277-278; KELLAWAY: "Vertical Restraints...", cit., pág. 390; FUENTES NUÑEZ: "El futuro de la distribución...", cit., págs. 8-9; TOBÍO RIVAS: "Libro Verde...", cit., pág. 1049; ROHARDT: "Grünbuch...", cit., págs. 484-485; y ACKERMANN: "Die Zukunft...", cit., pág. 273; RILEY: "Vertical Restraints...", cit., pág. 488 y 491; y KORAH: "The Future...", cit., pág. 510; específicamente referido a los acuerdos de franquicia, ADAMS: "Opinion - The E.C.'s Green Paper...", cit., pág. 3.

⁴⁵⁷ Véase FUENTES NUÑEZ: "El futuro de la distribución...", cit., págs. 8-9; ROHARDT: "Grünbuch...", cit., págs. 484-485; CARLIN: "Vertical Restraints...", cit., pág. 283; y KORAH: "The Future...", cit., pág. 510.

⁴⁵⁸ Véanse ACKERMANN: "Die Zukunft...", cit., pág. 273; y TOBÍO RIVAS: "Libro Verde...", cit., pág. 1049. Dicho riesgo, consistente en un sensible incremento de las notificaciones, no pasa desapercibido a la Comisión CE; sin embargo, ésta parece dispuesta a asumirlo (véase LiV RV, núms. 290-291, pág. 93).

una combinación del mecanismo del efecto sensible sustantivo y del análisis puramente económico. En cierto sentido, recuerda a una regla de razón de análisis restringido⁴⁵⁹. Ciertamente, es la opción que más aproxima el art. 85 TCE a un análisis económico, y puede suponer un vehículo más de transición del efecto sensible al poder de mercado⁴⁶⁰. Pero, tal y como se formula, no puede afirmarse que esta opción represente ya un análisis puramente económico: de una parte, no se discrimina en función del tipo de restricción vertical en cuestión⁴⁶¹; y de otra parte, sobre todo, si se atiende a los criterios establecidos para desvirtuar la presunción, puede apreciarse el solapamiento entre criterios relativos a la competencia económica y criterios vinculados a la determinación del efecto sensible.⁴⁶²

De hecho, esta opción ofrece alicientes y presenta inconvenientes

⁴⁵⁹ No obstante, la Opción IV, ni encarna una regla *de minimis*, ni se trata de un análisis económico en sentido estricto; TOBÍO RIVAS: "Libro Verde...", cit., pág. 1051, opina que "[e]n realidad, más bien parece una Comunicación sobre acuerdos de menor importancia ampliada". Tal naturaleza mixta no deja de generar cierta confusión. Así, hay autores que entienden que esta opción supone la introducción del análisis económico (así, por ejemplo, ROHARDT: "Grünbuch...", cit., pág. 484), mientras que otros afirman que es un supuesto de efecto sensible sustantivo (así, por ejemplo, ACKERMANN: "Die Zukunft...", cit., pág. 273).

⁴⁶⁰ Dicha idea vendría apoyada por la implantación progresiva que de esta opción propone la Comisión CE: primero se elaboraría una Comunicación; y después, "a la luz de la experiencia adquirida", un reglamento de declaración negativa, con lo que se buscaría elevar la seguridad jurídica (véase LiV RV, núm. 294, pág. 93); al respecto, véase también *supra*, epg. XVI. 3. B.; en este mismo sentido se pronuncia RILEY: "Vertical Restraints...", cit., pág. 488, quien habla de "un paso en la dirección correcta".

⁴⁶¹ La Comisión CE busca huir así del "énfasis en la clasificación jurídica de las diferentes formas de distribución", pero al eliminar dicho formalismo tampoco da en establecer una discriminación alternativa (véase LiV RV, núm. 294, pág. 93), aunque ello se mitigue, hasta cierto punto, con la introducción de las restricciones verticales prohibidas *per se*.

⁴⁶² Así, BIRO, Z., y FLETCHER, A.: "The E.C. Green Paper on Vertical Restraints: An Economic Comment", ECLR 1998 (3), págs. 129-138, quienes, en su propuesta alternativa de presunción de declaración negativa, en primer lugar, discriminan en función de las restricciones posibles y, en segundo lugar, recurren únicamente a criterios referentes a la competencia económica.

muy similares a la anterior, en la que no se plantea la presencia de un análisis económico.

Así, su aliciente consiste igualmente en el fomento de la cooperación entre PYME, pues, por debajo del umbral propuesto, éstas tendría total libertad de actuación —salvo en el caso de que incurriesen en una prohibición *per se*—, lo que, a su vez, debería propiciar un incremento de la competencia en mercados concentrados.

En cuanto a los inconvenientes, los que presenta la opción III se ven corregidos, pues el porcentaje establecido, el 20 %, es todavía más problemático que el 40 %⁴⁶³ pero también se ven aumentados, pues es discutible que tal opción sea conforme con el sistema de control de conductas colusorias establecido en el TCE.

A propósito de esta última crítica, en primer lugar, si esta opción se concreta mediante un reglamento, éste no puede ser nunca considerado como un reglamento de exención por categorías, pues no se está operando sobre el apdo. 3, sino sobre el apdo. 1 del art. 85 TCE. Por lo tanto, en cualquier caso, sería preciso un nuevo reglamento habilitante del Consejo *ex* art. 87 TCE, como la propia Comisión CE pone de relieve⁴⁶⁴. Ahora bien, la cuestión no queda así zanjada: puede sostenerse que esta opción es asistémica, que implica, no un desarrollo aplicativo del art. 85 TCE, sino un cambio de sistema, pues se introduce, para una franja de acuerdos, un control *a posteriori*, con lo que no sería posible amparar en el art. 87 TCE tal reglamento y sería preciso, además, modificar el TCE⁴⁶⁵. Sin embargo, tanto el efecto sensible como la discutida regla de razón específicamente comunitarias son asistémicos, y ello no ha impedido su existencia.

⁴⁶³ Véase ROHARDT: "Grünbuch...", cit., pág. 484.

⁴⁶⁴ Véase LiV RV, núm. 297, pág. 94.

⁴⁶⁵ En este sentido, véanse ACKERMANN: "Die Zukunft...", cit., pág. 273; y también ROHARDT: "Grünbuch...", cit., pág. 484.

Hechas estas observaciones de carácter específico a cada una de las opciones, su consideración conjunta lleva, a su vez, a una serie de reflexiones críticas de alcance general. En primer lugar, y al margen de las opciones de política de la competencia que se defiendan, la reforma que resultase de esta discusión debería buscar un incremento de la seguridad jurídica, un adecuado análisis económico, la mejora del procedimiento –de manera que éste sea más rápido y eficaz– y la permisión de los nuevos métodos de distribución –se quiere potenciar la innovación y garantizar la libertad empresarial, lo que pasa principalmente por evitar el dirigismo de los reglamentos de exención por categorías–⁴⁶⁶. Seguridad jurídica y eficacia van constantemente de la mano en el discurso de la Comisión CE. En efecto, la seguridad jurídica y la masificación aparecen ineludiblemente ligadas en la búsqueda de la eficacia del sistema de control de restricciones verticales: la política de competencia debe ser eficaz en su conjunto, considerando el coste de su efectiva implantación, de manera que medidas excesivamente severas pueden justificarse si el coste de su implantación lo compensa⁴⁶⁷. En realidad, se está hablando de generalizar, de establecer criterios de enjuiciamiento que, si bien puede que no sean exactos en todos los casos, sí que lo son en la mayoría, a la par que permiten dotar al Derecho de defensa de la competencia del necesario carácter predecible que como norma jurídica debe serle inherente. Pero las medidas propuestas se quedan en el plano regulativo, cuando, en primer lugar, deberían de ir apoyadas por una redistribución de competencias y por el establecimiento de un procedimiento

⁴⁶⁶ Véanse LUGARD: "Vertical Restraints...", cit., pág. 176; y TOBÍO RIVAS: "Libro Verde...", cit., pág. 1054; véase también LiV RV, núms. 45-46, pág. xv, y núms. 302-304, págs. 95-97, donde se sintetizan, a modo de "sugerencias en relación con las cuestiones que se pueden plantear en las observaciones" por parte de los receptores de LiV RV, las preocupaciones actuales de la Comisión CE.

⁴⁶⁷ Véase LiV RV, núms. 304-305, págs. 95-96.

adecuado⁴⁶⁸. Se trata de aplicar la filosofía del "*second best*" en toda su extensión: la mejor ponderación posible por el órgano más adecuado posible en el mejor procedimiento posible y, porqué no, al menor coste normativo posible.⁴⁶⁹

Pero a estas razones técnico-jurídicas deben sumarse otras de fondo. Puede afirmarse que la propuesta que para el tratamiento *antitrust* de las restricciones verticales de la competencia supone el LiV RV, refleja un cambio de actitud en la Comisión CE: ya no se tiene una opinión predominantemente negativa de las restricciones verticales.

Este cambio puede apreciarse a lo largo de todo el documento y subyace, junto a las razones técnico-jurídicas aludidas, en la motivación última de la revisión emprendida. Así, las opciones reflejan esta posición intermedia: las Opciones II —ampliación de las restricciones exentas en los reglamentos de exención por categorías— y IV —reducción del ámbito de aplicación del art. 85.1 TCE— incrementan el grado de permisibilidad de Derecho comunitario de la competencia.

Se trata de un cambio que ya encuentra manifestaciones en la regulación vigente, como la menor gravedad de las restricciones verticales a la hora de determinar el importe de las multas, y la distinción entre restricciones verticales y horizontales en la Comunicación sobre AMI de 1997, concediendo a las primeras un mayor margen de cuota de mercado, en definitiva, un menor efecto sensible.⁴⁷⁰

⁴⁶⁸ De hecho, en el LiV RV, las cuestiones atinentes, tanto a la distribución de competencias, como al procedimiento, quedan sin resolver, y simplemente se apuntan en el marco de las denominadas preocupaciones "adjetivas": subsidiariedad, autoridad única y descentralización, de una parte, y modificaciones en el procedimiento —especialmente en relación con cartas administrativas de conformidad, procedimientos de no oposición y retirada de exención amparada en reglamento de exención por categorías—, de otra parte (véase LiV RV, núm. 304, pág. 96).

⁴⁶⁹ Véase LiV RV, núm. 305, págs. 96-97; la Comisión CE desea alcanzar el mejor resultado posible con las modificaciones estrictamente necesarias.

⁴⁷⁰ Véanse, respectivamente, núm. 1.A de las Directrices para el cálculo de multas impuestas en aplicación de los arts. 15.2 Rgto. CEE 17/62 y 65.5 Tratado CECA, cit., y

No obstante, dicha opinión no llega a ser predominantemente positiva. De manera que esta nueva mentalidad no va a desembocar, pese a la Opción IV, en un cambio del sistema de control *a priori* a un sistema de control *a posteriori*. Además, da la impresión de que dicho cambio de actitud no obedece tanto a los resultados arrojados por el análisis económico, esto es, al convencimiento del escaso impacto negativo de las restricciones verticales en términos de eficiencia sobre la competencia económica, sino a la esterilidad de los esfuerzos destinados a permitir un cierto grado de comercio paralelo como incentivo de la integración del Mercado Único: el "voto en contra" que supone la Opción III pretende evitar los efectos negativos de las restricciones verticales para la integración⁴⁷¹. En definitiva, parece como si la Comisión CE ya no percibiese excesivo peligro en las restricciones verticales para la competencia económica, pero sí todavía para la integración, y buscarse una medida de equilibrio entre ambos valores.

Esta impresión viene reforzada si se atiende a los instrumentos a los que la Comisión CE recurre para alcanzar los objetivos de técnica legislativa en el marco de su "nueva" percepción de las restricciones verticales. No debe pasar inadvertido como las propuestas de la Comisión CE descansan sobre dos ejes fundamentales, el efecto sensible sustantivo y la exención, especialmente, la exención por categorías. Y si estos mecanismos se ven potenciados, resta muy poco espacio para la aplicación de la regla de razón en sentido estricto⁴⁷². Por otra parte, el recurrir al efecto sensible sustantivo constituye una baza de gran interés

núm. 9 Comunicación sobre AMI de 1997; en este mismo sentido, y en relación al último dato, véanse BARR: "The New Commission...", cit., pág. 211; JESTAED/BERGAU: Die neue Bagatellbekanntmachung..., cit., pág. 120; y TOBÍO RIVAS: "Libro Verde...", cit., pág. 1035.

⁴⁷¹ Véase LiV RV, núm. 286, pág. 92; no en vano, tras la eficacia normativa, la integración constituye la segunda preocupación "sustantiva" de la Comisión CE (véase IBIDEM, núm. 303, pág. 95).

⁴⁷² En este sentido, RILEY: "Vertical restraints...", cit., pág. 488.

para la Comisión CE, pues supone acudir a un dato puramente cuantitativo, es decir, en principio, fácilmente determinable y aplicable, y que va a limitar su volumen de trabajo.

Así, de una parte, se quiere elevar el umbral de cuota de mercado que excluye la aplicación del art. 85.1 TCE, pero también introducir umbrales de cuota de mercado a la hora de la concesión y la retirada de exenciones⁴⁷³. Más concretamente, se quiere usar para: (a) restringir el ámbito de aplicación de los reglamentos de exención por categorías (si la cuota de mercado es mayor que "n %", no cabe aplicar el reglamento de exención por categorías); (b) modalizar la aplicación de los reglamentos de exención (si la cuota de mercado es mayor que "n %", la aplicación del reglamento se somete a un procedimiento de no oposición) (c) orientar en cuanto al riesgo de retirada de la exención por categorías (si la cuota de mercado es menor que "n %", no se corre el riesgo de la retirada de la exención) y (d) restringir el supuesto de hecho de la prohibición del art. 85.1 TCE, en concurrencia con el efecto sensible sustantivo (si la cuota de mercado menor que "n %", no se aplica el 85.1 TCE).⁴⁷⁴

Ciertamente, en la medida que sea factible, esta cuantificación proporciona seguridad jurídica. Ahora bien, de esta manera no se consigue actuar sobre el poder de mercado. Este sustitutivo reconduce la determinación del poder de mercado al mecanismo del efecto sensible sustantivo.

En definitiva, en el LiV RV, la Comisión CE parece aceptar los argumentos procedentes del análisis económico y el impacto de los cambios en la distribución comercial europea; y, sin embargo, no acaba de sacar las debidas consecuencias⁴⁷⁵. Las opciones del LiV RV revelan

⁴⁷³ Véase LiV RV, núm. 39, guión 6.º y 7.º, pág. xii, y núm. 280, pág. 90.

⁴⁷⁴ Véase LiV RV, núm. 303, págs. 95-96.

⁴⁷⁵ Véase RILEY: "Vertical Restraints...", cit., pág. 487.

una adopción sesgada y parcial del análisis económico. Pero lo que sí queda patente es la revalidación del objetivo de la integración como un criterio básico del Derecho comunitario de la competencia; y esto, pese a que puede cuestionarse el efecto positivo para la integración de frenar el alcance de las restricciones verticales⁴⁷⁶. A lo que no se da ninguna respuesta, pese a reiterarse al apoyo a las PYME, es a la compleja cuestión de qué relación debe existir entre la política de la competencia y las restantes políticas de la CE, especialmente con la política industrial y, próximamente, con la política de empleo.

Ante el alcance limitado de la revisión promovida por la Comisión CE, los Estados miembros abogan por una reforma de mayor profundidad, que establezca un nuevo sistema de exenciones o de declaración negativa hasta un determinado umbral de cuota de mercado. Por su parte, las empresas sienten la necesidad del cambio, pero su mayor preocupación es el incremento de la seguridad jurídica⁴⁷⁷. Al hilo de estas peticiones, y en correspondencia con las anteriores críticas, la doctrina han realizado una serie de propuestas alternativas, que pueden ordenarse en dos grupos.

En primer lugar, aquellas propuestas alternativas que respetan el *status quo*, el actual marco normativo, esto es, un sistema de control *a priori* de las conductas colusorias bajo el poder de dirección de la Comisión CE. En este caso, las alternativas que se proponen van enfocadas en dos direcciones. De una parte, hacia un incremento del protagonismo del análisis económico⁴⁷⁸, con lo que se busca la conver-

⁴⁷⁶ Al respecto, véase *supra*, epg. XVI. 2. A.

⁴⁷⁷ Véanse Comunicación al LiV RV, págs. 12-14; y COMISIÓN CE: *XXVII Informe...*, cit., págs. 14-15 y 23-24.

⁴⁷⁸ En este sentido, con anterioridad al LiV RV, véase HAWK: "System Failure...", cit., págs. 986-987; con ocasión del LiV RV, véanse LUGARD: "Vertical Restraints...", cit., pág. 177; KELLAWAY: "Vertical Restraints...", cit., pág. 390; y FUENTES NUÑEZ: "El futuro de la distribución...", cit., pág. 9.

gencia con la actitud del Derecho *antitrust* estadounidense hacia las restricciones verticales⁴⁷⁹, pero siempre que se alcance un equilibrio entre análisis económico y seguridad jurídica.

El ejemplo más repetido, en este sentido, son las Directrices de la Asociación Nacional de Fiscales Generales estadounidenses (*National Association of Attorneys General [NAAG] Guidelines*), cuya última versión es del año 1995⁴⁸⁰. Estas explican cuál es la política de efectiva implantación de los Fiscales Generales en relación con las restricciones verticales. Pero, a diferencia de lo que sucede en la aproximación de la Comisión CE, describen y explican los factores y efectos que son relevantes a la hora de determinar la existencia de una restricción vertical.

Así, estas directrices distinguen, en primer lugar, entre restricciones verticales sobre precios y otras restricciones verticales, y, en segundo lugar, entre restricciones verticales y horizontales. Tras facilitar varios factores que llevan a considerar una restricción como horizontal –por ejemplo, si la imposición del precio proviene de los distribuidores, se considera que la restricción es horizontal y está prohibida *per se*– y explicar las teorías económicas relativas a los efectos de las restricciones verticales y los potenciales efectos de aquellas restric-

⁴⁷⁹ Véase CARLIN: "Vertical Restraints...", cit., pág. 287.

⁴⁸⁰ La primera versión de estas directrices data del año 1985, y surgieron en respuesta a las elaboradas por el Departamento de Justicia, las *Department of Justice (DOJ) Guidelines*, que fueron interpretadas por la Asociación Nacional de Fiscales Generales como un intento de la Administración REAGAN por introducir una política más permisiva en el tratamiento de las restricciones verticales e influir en la aplicación judicial de la normativa *antitrust*. Las directrices del Departamento de Justicia fueron retiradas en 1993, mientras que las de la Asociación Nacional de Fiscales Generales se han mantenido, incluso han sido objeto de una posterior revisión, la vigente, del año 1995 (véase CRUZ: "Vertical restraints...", cit., pág. 293).

Sobre el contexto de estas directrices, véase CASES: *Derecho Administrativo de la Defensa...*, cit., pág. 561 y sigs.; y SOUTY: *La politique de la concurrence aux États-Unis*, cit., pág. 65 y sigs.

ciones verticales que no afectan al precio –las que afectan al precio se entienden prohibidas *per se*–, se facilita una lista de nueve criterios que van a ser tenidos en cuenta a la hora de enjuiciar si una restricción vertical es admisible o no lo es. Pero no se facilita una lista de cláusulas admitidas o prohibidas, al estilo de las contenidas en los reglamentos de exención por categorías. Entre los factores a tener en cuenta están los efectos en la competencia *intrabrand*, el carácter altamente diferenciado del producto o si, por contra, existen productos sustitutivos del mismo, o si el distribuidor promociona dos o más productos competidores en la misma área geográfica. A la hora de determinar si existen barreras de entrada y colusión, se atiende a la estructura del mercado, a la duración de los acuerdos, a la facilidad para entrar y salir del mercado, al grado de concentración y al ámbito de la práctica en cuestión.⁴⁸¹

Tales propuestas de incremento del protagonismo del análisis económico se enmarcan tanto en el ámbito del apdo. 1 como del apdo. 3 del art. 85 TCE. Así, en este último caso, existe una propuesta más concreta, que apuesta por la elaboración de un único reglamento de exención por categorías de carácter general, a imagen de las directrices arriba referidas, aplicable a todos los acuerdos de distribución comercial en sentido restringido.⁴⁸²

Lo cierto es que el incremento del análisis económico en el seno del apdo. 1, si bien animaría a los tribunales y las autoridades nacionales a implantar la prohibición comunitaria de conductas colusorias, implicaría un riesgo cierto de aplicación divergente de la misma⁴⁸³. De ahí que parezca preferible dar vida a esta propuesta en el seno del apdo. 3, lo que se articularía del siguiente modo: se parte de la inadecuación del

⁴⁸¹ Véanse LUGARD: "Vertical Restraints...", pág. 175-; y CRUZ: "Vertical Restraints...", cit., pág. 293.

⁴⁸² Cfr. FUENTES NUÑEZ: "El futuro de la distribución...", cit., pág. 9.

⁴⁸³ Véanse CARLIN: "Vertical restraints...", cit., pág. 287; y *supra*, epg. XVI. 2. B.

Rgto. CEE 19/65, pues éste —al margen de que el espectro de acuerdos por él cubierto es muy limitado— obliga a elaborar reglamentos de exención de categorías por tipos de acuerdos. Es pues necesario modificar este reglamento para que abarque todas las restricciones verticales, superando el formalismo, al abandonar la delimitación del supuesto de hecho a partir de cláusulas contractuales y concentrarse en los efectos reales sobre la competencia de los acuerdos.⁴⁸⁴

Pero las pretensiones en este último sentido van más allá del incremento del protagonismo del análisis económico en el marco de la exención por categorías. Simultáneamente se sugiere suprimir el carácter temporalmente limitado de los reglamentos de exención existentes hasta ahora, que exista una posición de partida permisiva respecto de los acuerdos de distribución comercial, y que se establezca la posibilidad de realizar un control del abuso del margen de actuación conferido por reglamento⁴⁸⁵. Pero esto, de hecho, no es sino establecer solapadamente un sistema de control *a posteriori* —en realidad, se plantea como una opción que abre el camino a un cambio de sistema—. Finalmente, si bien, con menor intensidad, aparecen las propuestas relativas a las mejoras procedimentales, en las que destaca la existencia de opiniones contradictorias sobre la conveniencia de generalizar el procedimiento de no oposición.⁴⁸⁶

En segundo lugar, se encuentran aquellas propuestas alternativas que rompen el *status quo* —es decir, en principio, se trata de opciones que la Comisión CE no está dispuesta a adoptar—. Se observan dos

⁴⁸⁴ Véase LUGARD: "Vertical Restraints...", cit., págs. 174-175 y 177.

⁴⁸⁵ Véase CHARBONNIER: "Vertikale Absprachen...", cit., págs. 272-273.

⁴⁸⁶ Véanse, a favor, FUENTES NUÑEZ: "El futuro de la distribución...", cit., pág. 9; en contra, ROHARDT: "Grünbuch...", pág. 479; incluso la propia Comisión CE, en LiV RV, núm. 39, guión 5.º, pág. xii, y núm. 278, pág. 90, recela de este sistema, pues es consciente de que no dispone de medios suficientes para hacer frente a un elevado número de notificaciones fruto de la generalización de este procedimiento.

propuestas básicas. De una parte, introducir un cambio de filosofía en el sistema de control: pasar de un control *a priori* a un control *a posteriori* —esta es la que se ha denominado "Opción V"⁴⁸⁷—, lo que supone considerar que todos los acuerdos verticales son válidos, salvo las restricciones prohibidas *per se* —es decir, protección territorial absoluta e imposición del precio de reventa—, e introducir un sistema de mera supervisión⁴⁸⁸. No obstante, ello implica modificar el TCE. De ahí que, en su defecto, se postule una redistribución de las competencias en materia de defensa de la competencia entre la Comisión CE y los órganos de los Estados miembros, que ponga fin a la competencia exclusiva de la Comisión CE para aplicar el art. 85.3 TCE; en este caso, es preciso derogar el art. 9.1 Rgto. CEE 17/62.⁴⁸⁹

⁴⁸⁷ ROHARDT: "Grünbuch...", cit., pág. 481.

⁴⁸⁸ Véase también KELLAWAY: "Vertical Restraints...", cit., pág. 390; CARLIN: "Vertical Restraints...", cit., pág. 286; ADAMS: "Opinion - The E.C.'s Green Paper...", cit., pág. 3.

⁴⁸⁹ Véase KELLAWAY: "Vertical Restraints...", cit., pág. 390; LUGARD: "Vertical Restraints...", cit., pág. 177; y FUENTES NUÑEZ: "El futuro de la distribución...", cit., pág. 9.

XVII. 3. Concreción de las opciones del Libro Verde

La respuesta de la Comisión CE a las anteriores críticas y sugerencias se plasma en su Comunicación al LiV RV.

Es necesario hacer dos advertencias a este texto. En primer lugar, que, pese a su título, no se trata de una comunicación, sino de un documento COM. Su denominación en castellano es, probablemente, fruto de la desafortunada traducción de su denominación inglesa, "*Communication*" –téngase en cuenta que, en inglés, el término "comunicación" se traduce por "*Notice*"–, y de la difícil traslación de la expresión "*Follow-Up*" al castellano. No obstante, para evitar confusiones, hubiera sido preferible denominarlo, simplemente, "documento de seguimiento".

En segundo lugar, que su "concurrido" proceso de elaboración, unido a la precipitación de los autores, ha desembocado en un auténtico desconcierto por lo que se refiere a la fuente utilizada en los distintos trabajos: sin que fuese objeto de una publicación formal, la Comunicación al LiV RV ha sido accesible en distintos momentos de su elaboración sin la debida identificación, por lo que es difícil saber a qué versión del mismo se alude por la doctrina; así, parece que han circulado dos borradores anteriores a la versión final, que se entiende que es de la que se dispone en esta exposición, obtenida a fecha 20 de diciembre de 1998 en: <http://europa.eu.int/comm/dg04>.⁴⁹⁰

⁴⁹⁰ Finalmente, ha de advertirse que se cree que no se ha podido tener acceso a todos los anexos a la Comunicación al LiV RV: se han podido consultar las propuestas de modificación de los Rgts. CEE 17/62 y 19/65; no obstante, parece que también existe un borrador del nuevo reglamento de exención por categorías, al que se aludirá más adelante, si bien éste no se encuentra disponible en la página de *internet* de la DG IV, por lo que parece que este último borrador sigue siendo una referencia válida.

Así, NAZERALI, J., y COWAN, D.: "The Commission's Draft Communication on Distribution Agreements – Market Shares are Predictably Back on the Table!", ECLR 1998 (7), pág. 409, parecen recurrir un segundo borrador de la Comunicación al LiV RV; RILEY: "Vertical Restraints...", cit., págs. 483-492, parece referirse también a un segundo borrador

La Comisión CE insiste en que es necesario realizar "un cambio en profundidad", al que ésta entiende que procede mediante las decisiones que adopta en la Comunicación al LiV RV, y que vienen a concretar las opciones del LiV RV⁴⁹¹. Más precisamente, mediante dicho documento, la Comisión CE busca sentar las bases de la "nueva" política de competencia en materia de restricciones verticales, que estará presidida por un "reglamento de exención por categorías de amplia cobertura", que vendrá a sustituir a los Rgtos. CEE 1983/83, 1984/83 y 4087/88, cuya cobertura, no obstante, se niega a un "limitado grupo de restricciones no susceptibles de exención" (*hardcore restraints*), y queda supeditada a un(os) umbral(es) de aplicación, que vendrán determinados por una(s) cuota(s) de mercado límite. Ello no quiere decir que los acuerdos que superen dicho(s) umbral(es) queden sometidos a una suerte de presunción de ilegalidad: se encuentran sujetos al mecanismo de la exención singular y, además, contarán con el apoyo de unas directrices que describirán pormenorizadamente la política a aplicar, así como las causas que motivan la retirada de la exención por categorías. Tal reglamento de exención por categorías de amplia cobertura precisa de la reforma parcial del Rgto. CEE 19/65. Todo ello se acompaña de la propuesta de reforma del art. 4.2 Rgto. CEE 17/62, mediante la que se amplía a todos los acuerdos verticales, tal y como se definen en el texto modificado —"acuerdos o prácticas concertadas que se refieran al suministro o compra de bienes destinados a la reventa o la transformación, así como a la comercialización de servicios, siempre que los celebren dos o más empresas que operen, cada una de ellas, en un plano

de ésta, al igual que KORAH: "The Future...", cit., pág. 507, quien lo data en el mes de mayo de 1998; en la nota 12, la autora se queja de la falta de claridad del *status* de este documento; crítica a la que se suma, ROHARDT, K. P.: "Vertikale Beschränkungen des Wettbewerbs in Europa: Follow-Up zum Grünbuch 1996", WuW 1998 (11), pág. 1050, quien, como informa en la nota 6, alude a dos borradores distintos, además de a un borrador del nuevo reglamento de exención por categorías.

⁴⁹¹ Comunicación al LiV RV, pág. 31; véase también NAZERALI/COWAN: "The Commission's Draft...", cit., pág. 410.

económico diferente"⁴⁹²–, la excepción a la obligación de notificación impuesta en el art. 4.1 Rgto. CEE 17/62. Y esta reforma se cierra con un cuarto "pilar", consistente en el impulso a la descentralización de la efectiva implantación de la prohibición de conductas colusorias, consistente en facultar a las autoridades nacionales para la retirada del beneficio del nuevo reglamento exención único. Se estima que los cambios legislativos necesarios para poner en marcha esta reforma estarán finalizados en el año 2000.⁴⁹³

Esta decisión de sistema se hace eco de la petición consistente en un único reglamento de exención por categorías de carácter general, al que se suman las mejoras agrupadas bajo la Opción II del LiV RV destinadas a potenciar la flexibilidad de los reglamentos de exención por categorías.

Así, se procede a ampliar el ámbito de aplicación, tanto desde la perspectiva objetiva -se abarcan todo tipo de productos (expresamente bienes y servicios, e implícitamente productos mixtos)– como subjetiva –se abarca los acuerdos donde intervengan más de dos partes, siempre que cada una de ellas se opere en un nivel diferente del canal de distribución–. Pero además, desaparecen las medidas específicas: se suprimen la delimitación tipológica y las especialidades relativas a la distribución en el sector de la cerveza y la gasolina⁴⁹⁴ –no sucede otro tanto con las de la distribución en el sector de vehículos automóviles–, y se incluye la distribución selectiva. Todo ello conlleva una importante disminución del efecto de "encorsetamiento".

⁴⁹² Art. 1 de la propuesta de modificación del Rgto. CEE 17/62, anexa a la Comunicación al LiV RV.

⁴⁹³ Véanse Comunicación al LiV RV, págs. 37-39; y PEEPERKORN, L., y WOODS, D.: "Communication of the Commission on the Application of the EC Competition Rules to Vertical Restraints – Follow-Up to the Green Paper on Vertical Restraints", CPNews 1998 (3), pág. 6.

⁴⁹⁴ Aunque dichas especialidades pueden reaparecer en las directrices (véase Comunicación al LiV RV, pág. 37).

Arrastrada por la imparable tendencia a la generalización de la exención por categorías, casi pasa inadvertida una importante novedad con respecto al LiV RV, de consecuencias impredecibles: el futuro reglamento único cubre también la distribución de bienes intermedios, esto es, la distribución industrial, siendo que esta esfera de la distribución comercial fue excluida expresamente del ámbito objetivo del LiV RV y, lo que es más preocupante, justificadamente, pues la política hasta ahora aplicada a las restricciones verticales descansa sobre el paradigma de la distribución de bienes de consumo, de la distribución terminal, que difiere del de la distribución intercalada.⁴⁹⁵

Además, debe ponerse de manifiesto que la delimitación del ámbito de aplicación del futuro reglamento único no está exenta de problemas, especialmente, por lo que se refiere a la exclusión de acuerdos sobre derechos de propiedad industrial⁴⁹⁶. En cualquier caso, el nuevo reglamento único no absorberá al Rgto. CE 240/96.⁴⁹⁷

De otra parte, la presencia del principio de "todo-o-nada" se reduce mediante el único recurso a una lista negra. Ello implica, en principio, la permisión de cláusulas menores. Pero lo que no queda claro es cuál será la suerte de las cláusulas excedentes, pues, en todo caso, se obligará a que se respeten todas las disposiciones de la exención por categorías para poder obtener la cobertura del reglamento de exención único.⁴⁹⁸

⁴⁹⁵ Véase *supra*, epgs. IV. 4. B. y X. 3.

⁴⁹⁶ Véanse Comunicación al LiV RV, págs. 35-36. Críticamente se pronuncia KORAH: "The Future...", cit., pág. 508-510; por ejemplo, la Comisión CE manifiesta que no se favorece la franquicia, para afirmar acto seguido que, no obstante, las restricciones motivadas por los derechos de propiedad industrial seguirán teniendo en cuenta (véase Comunicación al LiV RV, pág. 36).

⁴⁹⁷ Véase Comunicación al LiV RV, pág. 35; tampoco se incluirán los acuerdos a los que se refiere la Comunicación sobre subcontratación de 1978.

⁴⁹⁸ Véase Comunicación al LiV RV, pág. 37; escéptica se muestra KORAH: "The Future...", cit., págs. 508 y 510, por el precedente fracaso de estas medidas en el Rgto. CE 240/96, que terminaron traducándose en un procedimiento de no oposición; crítico se

A este reglamento vienen a sumarse las arriba mencionadas directrices. Todo ello, en lo que aparenta ser una aproximación más decidida al análisis económico del Derecho comunitario de la competencia. En efecto, la Comisión CE predica la necesidad de un enfoque más económico⁴⁹⁹, que se afirma materializar y, de este modo, se da satisfacción a las exigencias de los Estados miembros⁵⁰⁰. Sin embargo, si se considera el conjunto de la propuesta, puede llegarse a una conclusión bien distinta.

En primer lugar, el contenido de la lista negra supone una ampliación del catálogo de prohibiciones *per se*.⁵⁰¹

Así, en la lista se incluyen la imposición de precios de reventa —expresamente se incluyen la imposición de precios máximos y de precios recomendados, que en el LiV RV no constituían supuestos de prohibiciones *per se*—, una serie de restricciones expresamente ligadas a la tutela del comercio paralelo —concretamente, todas las prohibiciones

muestra ROHARDT: "Vertikale Beschränkungen...", cit., pág. 1059.

⁴⁹⁹ Véase Comunicación al LiV RV, págs. 4-6, donde parece observarse un cambio en la postura sostenida por la Comisión CE en el LiV RV respecto de la importancia relativa de la integración: ésta sigue siendo un objetivo de la política de la competencia comunitaria, pero da la impresión de que ya no tiene la trascendencia anterior; se apuesta más por el análisis económico, por los resultados que de éste se derivan.

En esta misma línea, véase IBIDEM, cap. III, págs. 15-23. El contenido de dicho capítulo —que, curiosamente, es prácticamente idéntico al trabajo de PEEPERKORN: "The Economics...", cit., del que ya se ha dado cuenta *supra*, epg. XIII. 4.— no aparece en el LiV RV. De modo que incluso hay una toma de postura económica de la Comisión CE, en la que ésta viene a acoger tesis más próximas a la Escuela de Harvard que a la de Chicago (en este sentido, véase GINER PARREÑO: *Distribución y libre competencia...*, cit., pág. 310; para una síntesis de las tesis de la Escuela de Harvard en materia de restricciones verticales, frente a las tesis de la Escuela de Chicago, véanse HOVENKAMP: "The Areeda-Turner...", cit., págs. 826 y 840-842; y *supra*, epg. XV. 3.).

⁵⁰⁰ Véase ROHARDT: "Vertikale Beschränkungen...", cit., pág. 1051.

⁵⁰¹ Incluso parece que el contenido de la lista negra se ha visto ampliado en relación con los borradores (véase NAZERALI/COWAN: "The Commission's Draft...", cit., pág. 412; y RILEY: "Vertical Restraints...", cit., pág. 489; y KORAH: "The Future...", cit., pág. 509).

o restricciones no sólo de venta o reventa activa, sino también pasiva, "distintas de" la restricción de ventas activas en el territorio de un distribuidor exclusivo o a clientes asignados en exclusiva, la restricción a los miembros de un sistema de distribución selectiva de vender a distribuidores no autorizados, y la restricción al comprador de bienes y/o servicios intermedios de vender estos a otros compradores directos o indirectos del proveedor—, una serie de combinaciones de sistemas de distribución⁵⁰² —de distribución selectiva o exclusiva con suministro en exclusiva (es decir, la prohibición suministros cruzados), de distribución selectiva y exclusiva si incluye prohibición o restricción de venta activa, y de distribución selectiva y asignación de clientes en exclusiva—, así como, finalmente, las restricciones en el mercado post-venta consistentes en la obligación de que el proveedor de un bien intermedio no venda el mismo bien como producto de reparación o sustitución en el mercado posterior independiente.⁵⁰³

Por otra parte, nótese que la formulación de las prohibiciones *per se* expresamente ligadas a la tutela del comercio paralelo se hace, en realidad, en forma de lista blanca ("distintas de"), lo que contribuye a restituir, aunque sea parcialmente, la vigencia del principio de "todo-o-nada".

Ello incrementa la rigidez del sistema⁵⁰⁴. Pero, además, lo verdaderamente relevante es que tales supuestos alejan al reglamento de exención único de criterios de enjuiciamiento propios del análisis económico, en la medida que tales supuestos no sólo buscan fomentar la

⁵⁰² ROHARDT: "Vertikale Beschränkungen...", cit., pág. 1055, entiende que esta delimitación es complicada e insegura.

⁵⁰³ Véase Comunicación al LiV RV, págs. 32-33.

⁵⁰⁴ Conclusión a la que se llega al confrontar el contenido de la lista negra con la exposición realizada *supra*, epg. XIII. 3.; lista que se aleja de la sistemática y del carácter de las Directrices de la Asociación Nacional de Fiscales Generales estadounidenses (sobre éstas, véase *supra*, epg. XVII. 2. En este sentido, véase NAZERALI/COWAN: "The Commission's Draft...", cit., pág. 411. Cfr. Comunicación al LiV RV, pág. 31, donde se dice que esta lista "elimina el efecto de rigidez".

eficiencia económica, sino también "proteger en mayor medida la posibilidad de arbitraje"⁵⁰⁵.

Otro tanto cabe decir del o de los umbrales aplicativos especificados en forma de cuota o cuotas de mercado límites: la Comisión CE insiste en que es la manera de trasladar el criterio del poder de mercado al nuevo reglamento de exención único⁵⁰⁶, pero esta medida responde igual, si no principalmente, al objetivo de la integración y, además, supone una medida de política industrial en apoyo de las PYME⁵⁰⁷. Además, y al margen de su configuración todavía provisional, se trata de un elemento que ha sido objeto de un rechazo generalizado por parte de los destinatarios de la norma, entre otras razones, por las dificultades reales que plantea su aplicación.⁵⁰⁸

En efecto, en este momento se barajan dos opciones: un solo umbral, entre el 25 % y el 35 % de cuota de mercado, lo que simplifica la aplicación del nuevo reglamento, o dos umbrales, que permiten un tratamiento más diferenciado de los acuerdos: el 20 % de cuota de mercado, para las restricciones más perjudiciales —esto es, para todas las formas de exclusividad: suministro en exclusiva, asignación en

⁵⁰⁵ Comunicación al LiV RV, pág. 32.

En este sentido, KORAH: "The Future...", cit., pág. 509, se pregunta si la lista es coherente con el enfoque económico que se predica: ¿y si falta el efecto sensible sustantivo, no va a estar la conducta en cuestión, no sólo exenta, sino fuera del ámbito de aplicación de la prohibición? ¿Se puede hablar de una lista de prohibiciones *per se*?

⁵⁰⁶ Véanse Comunicación al LiV RV, pág. 32, donde se califica los umbrales de "recinto protegido" para los acuerdos que, por su entidad, no pueden restringir la competencia; véanse también PEEPERKORN/WOODS: "Communication of the Commission...", cit., pág. 6; y ROHARDT: "Vertikale Beschränkungen...", cit., pág. 1050.

⁵⁰⁷ Al respecto, véase *supra*, epg. XVII. 2.; en este mismo sentido, KORAH: "The Future...", cit., pág. 508, quien opondrá que, primeramente, se trata de una medida de protección de la competencia *intra-brand*.

⁵⁰⁸ Véase ROHARDT: "Vertikale Beschränkungen...", cit., pág. 1050; es más, pese a ello, se afirma que la Comisión nunca pensó en retirar este elemento (NAZERALI/COWAN: "The Commission's Draft...", cit., pág. 413). En cuanto a las dificultades aplicativas, véase *supra*, epg. XVII. 2.

exclusiva de clientes, prohibiciones de competencia, distribución selectiva sobre criterios cuantitativos y acuerdos vinculados—, y el 40 % de cuota de mercado, para las menos perjudiciales —concretamente, los acuerdos no exclusivos, como la fijación de objetivos mínimos, los de distribución exclusiva y compra en exclusiva, y los celebrados por PYME—. ⁵⁰⁹

Otra cuestión pendiente de resolver es la relativa a la duración de los acuerdos permitida por el reglamento de exención único. ⁵¹⁰

Consciente de las dificultades que plantea la introducción del o de los umbrales, la Comisión CE prevé modificar el Rgto. CE 17/62, "al objeto de no penalizar a las empresas que puedan cometer errores al evaluar su posición de mercado". Pero también existen otras razones, como son la reducción de los litigios artificiales ante los tribunales nacionales y el consiguiente fortalecimiento la ejecutoriedad civil de los contratos, y, de nuevo, la reducción del número de notificaciones ⁵¹¹. Ciertamente, la bondad de la medida no es indiscutible ⁵¹². Pero hay otros dos datos a retener consecuencia de la introducción de la concesión de la exención

⁵⁰⁹ Véase Comunicación al LiV RV, págs. 33-34; véase también RILEY: "Vertical Restraints...", cit., pág. 489; y KORAH: "The Future...", cit., págs. 510-511. Cfr. NAZERALI/COWAN: "The Commission's Draft...", cit., pág. 411, donde se describe un sistema distinto, seguramente, procedente del primer borrador de la Comunicación al LiV RV.

⁵¹⁰ Al respecto, véanse Comunicación al LiV RV, pág. 34; NAZERALI/COWAN: "The Commission's Draft...", cit., pág. 411; RILEY: "Vertical Restraints...", cit., págs. 489-490; KORAH: "The Future...", cit., pág. 511; y ROHARDT: "Vertikale Beschränkungen...", cit., págs. 1054-1055.

⁵¹¹ Véase Comunicación al LiV RV, pág. 38.

⁵¹² Así, NAZERALI/COWAN: "The Commission's Draft...", cit., págs. 410 y 413, dudan que tenga el efecto que se persigue, en cuanto a la reducción del número de notificaciones, a la vista de la inseguridad que genera el nuevo sistema. No obstante, y si se considera la baja intensidad de la verificación por parte de la Comisión CE del cumplimiento de los reglamentos de exención por categorías actualmente vigentes, la reducción del número de notificaciones va a depender, en última instancia, de la intensidad de la cooperación de las autoridades nacionales: si ésta es baja, las empresas optarán por no notificar y asumir el riesgo —bastante reducido— de tal decisión.

con efectos retroactivos: en primer lugar, el abandono del procedimiento de no oposición; y, en segundo lugar, la aproximación del sistema de control a un sistema *a posteriori*, que no deviene en un sistema de control de abusos, pero viene a reducir sensiblemente la intensidad del control.⁵¹³

Retomando el hilo conductor del presunto mayor enfoque económico, otro dato a tener muy en cuenta es el abandono de la Opción IV del LiV RV, que, pese a las dudas de sistemicidad que planteaba, era la más progresista desde este punto de vista y, sobre todo, de cara a un avance hacia la regla de razón en sentido estricto. Al contrario, en la Comunicación al LiV RV se potencia el mecanismo de la exención, en detrimento del efecto sensible sustantivo: el umbral del 20 % posiblemente acabará en el nuevo reglamento de exención único. Es más, no se sabe a ciencia cierta cuál será la suerte del efecto sensible si las medidas previstas llegan a materializarse.⁵¹⁴

A la vista de todo lo anterior, puede seguir sosteniéndose el carácter limitado de la revisión promovida por la Comisión CE. Tras la Comunicación al LiV RV, ésta se mantiene, sobre todo, en el plano regulativo, donde no se ha avanzado, sino que se ha retrocedido, a la vista de la mayor rigidez y, sobre todo, complejidad de la regulación propuesta⁵¹⁵. Pero también se ha retrocedido en los criterios de enjuiciamiento: se sabe cuál es el parecer económico de la Comisión CE, pero eso no se ha traducido en un mayor enfoque económico, sino que se ha venido a reforzar el peso específico del objetivo de la integración del

⁵¹³ En este sentido valora positivamente la medida RILEY: "Vertical Restraints...", cit., págs. 490-491.

⁵¹⁴ En la Comunicación al LiV RV, el efecto sensible sustantivo pasa prácticamente desapercibido: lo único que se dice al respecto es que es posible que sea necesario revisar la Comunicación sobre AMI de 1997 (véase Comunicación al LiV RV, pág. 39).

⁵¹⁵ En este mismo sentido, véase NAZERALI/COWAN: "The Commission's Draft...", cit., pág. 411; y RILEY: "Vertical Restraints...", cit., pág. 491.

Mercado Unico. El reglamento de exención único es una buena idea, pero está mal realizada o, mejor dicho, está realizada con una buena dosis de desconfianza. Esta dinámica no permite esperar una reducción de la amplitud con la que se aplica el apdo. 1 del art. 85 TCE⁵¹⁶, que era, seguramente, el objetivo que perseguían los Estados miembros al solicitar un enfoque más económico. Es más, sigue sin trazarse una delimitación clara entre los apdos. 1 y 3 del art. 85 TCE.

Si se atiende a distintos pasajes del documento —señaladamente, el tratamiento de los acuerdos de distribución selectiva o del efecto acumulado de redes paralelas⁵¹⁷— el reglamento de exención único invade, como hacen sus todavía vigentes antecesores, una zona que no le corresponde, en la que únicamente tiene "efectos preventivos"; y esto es de la máxima importancia, en la medida que la Comisión CE mantenga el monopolio sobre el apdo. 3 del art. 85 TCE.

En cuanto a la distribución de competencias, la Comisión CE mantiene su monopolio sobre el art. 85.3 TCE, y no parece que tal situación vaya a cambiar⁵¹⁸. Y todavía es pronto para evaluar las consecuencias que para la descentralización va a tener la facultad de las autoridades nacionales de retirar la futura exención por categorías; facultad que, en todo caso, queda limitada al mercado nacional correspondiente.⁵¹⁹

Una vez estudiados los rasgos fundamentales de la aplicación

⁵¹⁶ RILEY: "Vertical Restraints...", cit., págs. 483 y 491, aprecia cambios importantes en el sistema de control, pero duda del carácter radical del cambio, principalmente, por el mantenimiento de una interpretación amplia del apdo. 1 del art. 85 TCE.

⁵¹⁷ Véase Comunicación al LiV RV, págs. 6, 27 y 35, y págs. 34-35, respectivamente; a propósito del tratamiento del efecto acumulado, véase NAZERALI/COWAN: "The Commission's Draft...", cit., pág. 412.

⁵¹⁸ Véase KORAH: "The Future...", cit., pág. 512; cfr. ROHARDT: "Vertikale Beschränkungen...", cit., pág. 1058.

⁵¹⁹ Véanse Comunicación al LiV RV, págs. 37-38; y RILEY: "Vertical Restraints...", cit., pág. 490.

hasta ahora vigente de la prohibición comunitaria de conductas colusorias y de las tendencias evolutivas a corto plazo, procede concluir en el capítulo siguiente sobre la existencia y configuración actual de la regla de razón en el art. 85 TCE, así como sobre los argumentos a favor y en contra de la conveniencia de una regla de razón en sentido estricto.

Capítulo Noveno
**Recapitulación (y II): situación actual
y perspectivas de la regla de razón
en el Derecho comunitario europeo**

XVIII. CONCLUSIONES DE LA PARTE TERCERA

**XVIII. 1. Configuración actual de la regla de razón
específicamente comunitaria**

La descripción de la competencia como un "proceso de descubrimiento"¹ —es decir, "como un proceso de permanente información, búsqueda y aprendizaje, que está sujeto a las cambiantes condiciones de

¹ Noción introducida por HAYEK, F. A. v.: "Der Wettbewerb als Entdeckungsverfahren", en: AA. VV.: *Freiburger Studien*, Tübingen, 1969, pág. 249 y sigs. Véase también HOPPMANN, E.: "Zum Schutzobjekt des GWB", en: AA. VV., MESTMÄCKER, E.-J. (edr.): *Wettbewerb als Aufgabe - Nach zehn Jahren Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen*, Wirtschaftsrecht und Wirtschaftspolitik, vol. 7, Bad Homburg v. d. H./Berlin/Zurich, 1968, págs. 61 y sigs. Ambos citados por MESTMÄCKER, E.-J.: *Europäisches Wettbewerbsrecht*, Beck, München, 1974, pág. 169, y por WELTRICH: *Franchising...*, cit., pág. 152.

mercado"²— podría también corresponder a la de su Derecho regulador. Esta concepción refleja una percepción dinámica del concepto —la competencia "no es algo que es, sino que *está siendo continuamente*"³—. Las razones para ello son diversas. De una parte se encuentran en la esencia misma de la competencia económica: su desarrollo nunca puede ser finalizado, "el *antitrust* no se deja generalizar ni una sola vez"⁴. La "relación funcional histórico-económica" entre el Derecho de la competencia y las "exigencias de la organización y de la actividad de un determinado sector de la estructura económica y de la Sociedad"⁵ es tal vez más fluida que en otros sectores del ordenamiento. De modo que la tensión entre las exigencias de los empresarios de la distribución comercial, de sus destinatarios y del interés general, pero también las tesis en constante evolución de la ciencia económica, que intentan explicar dichas exigencias y predecir sus efectos, dan al Derecho de la competencia ese carácter siempre cambiante e inseguro. Este rasgo característico, que puede confirmarse independientemente de la estructura económica y la sociedad afectadas, se ve reforzado por la velocidad de su desarrollo en Europa en comparación con el Derecho *antitrust* estadounidense y con otros sectores del propio Derecho comunitario europeo. Pero el enigma que puede suponer el Derecho comunitario de la competencia ha de reconducirse, sobre todo, a su significado papel en la construcción del Mercado Unico y en la ejecución de las distintas políticas de la UE. Esta instrumentalización querida por el TCE da lugar a una ancha zona gris entre una política de la competencia entendida en sentido estricto y las otras políticas de la UE, lo que, a su vez, por dicha politización, debilita el carácter justiciable de la regulación europea de

² WELTRICH: *Franchising...*, cit., pág. 152.

³ Parafraseando a GIRÓN: *Tendencias actuales...*, cit., pág. 19, quien utiliza esta expresión para referirse al concepto de Derecho mercantil en su conjunto —la cursiva es nuestra—.

⁴ TOEPKE: "Per se Verbot...", cit., pág. 595.

⁵ Véase GIRÓN: *Tendencias actuales...*, cit., págs. 18-19.

la competencia.⁶

Atendiendo a las reflexiones anteriores, se podría sostener que la relajación desarrollada mediante una aproximación-regla de razón del supuesto de hecho de la prohibición comunitaria de conductas colusorias, ha de concebirse, en primera línea, como complemento de la doctrina del efecto útil, en conexión con el efecto sensible sustantivo. Regla de razón y efecto sensible sustantivo son complementarios. En este sentido –en el de los efectos similares en el marco del art. 85.1 TCE– se podrían concebir el efecto sensible sustantivo y la discutida regla de razón como dos elementos que están al mismo nivel. Esta relajación denota la tensión entre efecto útil y "efecto inútil" en el marco de la prohibición comunitaria de conductas colusorias, que está en directa relación con el proceso de formación del Mercado Unico. Pero el efecto sensible también constituye una medida de política industrial y es expresión del principio de oportunidad en la efectiva implantación del Derecho comunitario de la competencia. En segunda línea, en una consideración completa del art. 85 TCE, la aproximación-regla de razón, junto al mecanismo de la exención, revela la tensión existente entre una concepción comunitaria de la política de la competencia "tradicional" y una "nueva", impregnada de inserciones de otras políticas comunitarias, especialmente de política industrial y, en un futuro próximo, de política de empleo. Distintas concepciones, cuya presencia en un mismo sistema legal se produce por obra de la distribución de competencias en la materia entre los órganos comunitarios.

⁶ Véase IMMENGA: "Wettbewerbspolitik contra...", cit., pág. 17. Véanse también BEHRENS: "Die Wirtschaftsverfassung...", cit., pág. 86 y sigs.; y JOERGES, C.: "Legitimationsprobleme des europäischen Wirtschaftsrechts und der Vertrag von Maastrich", en: BRÜGGEMEIER: *Verfassungen...*, cit., págs. 97 y 107-108.

La discusión sobre la actual existencia de una regla de razón en el marco del art. 85.1 TCE no puede obviar este contexto. La querida doble funcionalización del art. 85 TCE impide que pueda tomarse en consideración una regla de razón en sentido estricto como método de aplicación del Derecho comunitario europeo de defensa de la competencia. De una parte, porque tanto el efecto sensible como la exención invaden y reducen el espacio potencial para el enjuiciamiento de las restricciones verticales mediante la regla de razón. De otra parte, porque la misma configuración de la regla de razón específicamente comunitaria en el marco de la restricción de la competencia depende de metas de integración y de otras políticas comunitarias. De modo que incluso cuando cabe acudir a la regla de razón en sentido lato, no pueden extraerse las últimas consecuencias de esta aproximación —que implica un análisis puramente económico—, porque las metas que suponen la integración y las marcadas por las otras políticas comunitarias restringen el espacio para el juego de tal ponderación. Así únicamente existe la posibilidad de una relajación mediante la regla de razón en sentido lato, en tanto que las conductas en cuestión —más precisamente, su impacto en el mercado por ella afectado— sean consideradas insignificantes para el objetivo de la integración o no impliquen un obstáculo de entidad para meta alguna de política industrial u otra política comunitaria. La determinación de este último criterio queda, en gran medida, en manos de la discrecionalidad técnica de la Comisión CE. Esta doble limitación de la regla de razón —en su ámbito de aplicación y de ponderación— constituye la causa de su distorsionante, más que "aceptación parcial"⁷, aceptación aparente en comparación con la regla de razón estadounidense, y permite opinar que la "prohibición de conductas colusorias" no significa lo mismo en el Derecho comunitario

⁷ ULMER: "Rule of Reason...", cit., pág. 524.

y en el Derecho estadounidense, especialmente desde el punto de vista sustantivo, como criterio de enjuiciamiento de las restricciones verticales: la existente regla de razón específicamente comunitaria tiene que tomar en consideración factores y efectos incompetenciales, más concretamente, de integración y de las políticas comunitarias distintas de las de competencia, y compaginarlos con los factores y efectos puramente de competencia económica.

XVIII. 2. Perspectivas: argumentos a favor y en contra de una regla de razón en sentido estricto

Parte de las opiniones recogidas a lo largo del presente trabajo y de las críticas, tanto a la situación actual como las opciones propuestas en el LiV RV, ponen de relieve toda una serie de carencias en la aplicación y efectiva implantación de la prohibición comunitaria de conductas colusorias. Sin embargo, parte de dichas opiniones y críticas tienen su origen en la negación de la idiosincrasia comunitaria, especialmente en comparación con su homóloga estadounidense. En efecto, la introducción de una regla de razón en sentido estricto en el art. 85 TCE no constituye necesariamente la solución óptima ni la mejor solución a los problemas que el precepto plantea. Pero ello no justifica que el LiV RV obvie dicha discusión, cuyo origen se remonta al de la prohibición misma, que perdura desde entonces, y que una y otra vez revive con fuerza⁸. Y esto sucede, porque el objeto de debate no es en sí mismo la existencia y/o la conveniencia de la regla de razón en sentido estricto, sino una serie de cuestiones que, en el contexto europeo, se plantean a propósito de la misma, y que hay que afrontar, si verdaderamente se

⁸ Así es traído a colación por HAWK: "System Failure...", cit., pág. 987; es más, como da cuenta LAUDATI: "The First European Competition Forum...", cit., pág. 8, la discusión sobre la regla de razón se planteó, nuevamente, en los prolegómenos de la elaboración del LiV RV.

quiere avanzar. En la regla de razón en sentido estricto, cada cuál ve la solución a los problemas que le preocupan: fundamentalmente, la introducción de un sistema de control *a posteriori* y el incremento del protagonismo del análisis económico y, con ello, un mayor grado de permisividad, el incremento de la seguridad jurídica, la despolitización, ciertas mejoras procedimentales, etc.

Por lo tanto, pronunciarse sobre los argumentos a favor y en contra de una regla de razón en sentido estricto no está fuera de lugar ni carece de importancia. Dicha discusión contribuye a determinar qué no está prohibido por el art. 85 TCE, qué sí lo está, pero es susceptible de ser declarado exento, y qué está prohibido y no puede ser objeto de exención. Pero ello no constituye únicamente una cuestión sustantiva, pues tal discusión incluye la clarificación de los límites entre el apdo. 1 y el apdo. 3 del art. 85 TCE, división que sigue siendo fundamental, debido a las implicaciones que, en el actual sistema de distribución de competencias, tiene para el "quién" —e, indirectamente, el "cómo"—, a la hora aplicar la prohibición comunitaria de conductas colusorias. A este respecto, y si bien el LiV RV detecta las necesidades presentes, no les da respuestas suficientes.

Es urgente elevar el grado de seguridad jurídica, fomentar la justiciabilidad de la regulación de la competencia comunitaria. De ello depende su credibilidad.

La elevación de la justiciabilidad debería, al mismo tiempo, legitimar, desde el punto de vista de la Constitución económica, la "desprivatización" del Derecho privado nacional —especialmente del Derecho de obligaciones y contratos y de la responsabilidad extracontractual— por medio del Derecho comunitario de la competencia⁹. La penetración de intereses generales comunitarios en los

⁹ Por ejemplo, en relación a las garantías de los fabricantes, véase REICH, N.: "Garantien unter Gemeinschaftsrecht", EuZW 1995 (3), págs. 71-77, en especial, págs. 74-

derechos individuales y garantizados por los sistemas legales nacionales provoca la funcionalización del ejercicio de estos últimos¹⁰. Un proceso que puede ser acelerado por la descentralización de la distribución de las competencias para la efectiva implantación del Derecho de la competencia. La aplicación del Derecho comunitario de la competencia por los órganos nacionales en procesos civiles tiene por objeto garantizar la protección jurídica de los particulares. Pero también significa la realización de los intereses comunitarios mediante acciones privadas.

Pero también depende de ello una adecuada efectiva implantación de la normativa comunitaria. La Comisión CE ha puesto grandes esperanzas en su iniciativa de descentralización. Pero, tal y como se ha concebido, no parece que vaya a dar los frutos deseados. Junto a las mejoras procedimentales, que paulatinamente se van alcanzando, es preciso introducir una diferente distribución de competencias en materia. Si se quiere descentralizar con éxito la efectiva implantación del art. 85 TCE, la Comisión CE debe renunciar parcialmente a su monopolio para la concesión de exenciones. Por las especialidades que presenta el Derecho comunitario de la competencia, debido a su funcionalización, la Comisión CE –bajo la supervisión del TJCE y del TPI– debe de mantener el poder de dirección de su aplicación; especialmente, debe evitarse el riesgo de una aplicación no uniforme del Derecho comunitario de defensa de la competencia y posibilitar su desarrollo armonioso. Ello justifica la competencia exclusiva de la Comisión CE para la elaboración de reglamentos de exención por categorías, pero no para la concesión de exenciones singulares. En este último caso, se comete un exceso de nefastas consecuencias, ya que, a buen seguro, va a frustrar la política de descentralización emprendida. Debería, pues, limitarse, en

76.

¹⁰ Véase GIRÓN TENA: *Tendencias actuales...*, cit., pág. 104 y sigs. Véase también GONDRA: *Derecho mercantil*, cit., pág. 74 y sigs. Véase también STEINDORFF, E.: "Privatrecht und europäischer Binnenmarkt", en: BRÜGGEMEIER: *Verfassungen...*, cit., págs. 134-135.

los términos propuestos, la competencia exclusiva de la Comisión sobre el apdo. 3 del art. 85 TCE, y recurrirse a otros criterios de distribución de competencias para la concesión de exenciones singulares al objeto de garantizar dicho poder, como los apuntados en las Comunicaciones de cooperación con Tribunales de 1993 y con Autoridades de 1997, y que se han agrupado bajo la expresión "efecto sensible procedimental".

Un avance en esta dirección constituye una medida necesaria, pero no es suficiente. Es fundamental aclarar, dentro de lo posible, los criterios de enjuiciamiento de las conductas colusorias. Y ya no sólo para atender a las demandas de las empresas: las medidas de descentralización solo pueden tener éxito si se dan criterios de aplicación claros. La cuestión es cómo alcanzar este resultado.

En una actitud más honesta que la adoptada en la Comunicación al LiV RV, la Comisión CE aclara en el LiV RV el papel que, en su opinión, están llamados a desempeñar el análisis económico y el AED en el Derecho comunitario de defensa de la competencia, en especial, el regulador de las restricciones verticales¹¹. Sólo el análisis individual permite una valoración más o menos exacta¹². Pero no se puede hacer un análisis económico exhaustivo, por dos motivos: por su coste y por la inseguridad jurídica que ello genera. Además, el análisis económico no es el "único factor": la teoría económica sirve para desarrollar una política y unas normas básicas, pero no es determinante. En esta declaración de la Comisión CE se ha querido identificar, más que nada, una manera de amortiguar las críticas de las que es objeto, a causa de las carencias de análisis económico de su fundamentación¹³. No obstante, y

¹¹ Véase LiV RV, núm. 86, pág. 31.

¹² Una aproximación caso por caso se justifica, en mayor medida, si se atiende a las características estructurales de la distribución comercial en la UE, concretamente, a su heterogeneidad (véase *supra*, epg. IV. 6. B. a.).

¹³ Véase TOBÍO RIVAS: "Libro Verde...", cit., pág. 1040.

sin que la observación anterior esté exenta de acierto, no parece que este planteamiento falte a la verdad ni que no sea defendible en el contexto comunitario.

En primer lugar, y con carácter general, es discutible que la remisión de la solución jurídica al análisis económico constituya un medio para elevar seguridad jurídica¹⁴. No debe obviarse que el Derecho *antitrust* es, en primer lugar, Derecho. Al margen de las limitaciones analíticas que en todo caso lleva consigo el análisis económico —especialmente, la simplicidad de sus modelos—¹⁵, la norma económica como norma jurídica es inestable: genera arbitrariedad e inseguridad jurídica. De manera que para que la *rule of reason* sea una *rule of law*¹⁶ hay que formular criterios de enjuiciamiento sintetizados (*summary judgements*) que puedan conformar normas jurídicas.

De este modo, la regla de Derecho propuesta no es estrictamente adecuada, pero la simplificación es necesaria para que la regla sea racional. Es preferible disponer de una regla aproximada susceptible de ser aplicada que de una regla altamente adecuada, pero que los destinatarios o el juzgador no entienden o no saben cómo aplicar. El Derecho *antitrust* es un caso extremo de economía "aplicada", y las limitaciones institucionales en su aplicación son considerables. La mejor regla no es la más adecuada en abstracto, sino la que lleva a resultados más adecuados, habida cuenta de las limitaciones del juzgador que las aplica.

¹⁴ Cfr. FURSE: "The Role of Competition...", cit., pág. 258; y BERGH: "Modern Industrial...", cit., págs. 86-87. Para HAWK, el gran fallo del sistema comunitario es la falta de análisis económico: una aplicación excesivamente amplia del apdo. 1, combinada con un razonamiento incoherente por parte de la Comisión CE y disconforme con TJCE, y un análisis económico inadecuado han generado un grado insoportable de inseguridad jurídica que se intenta reducción mediante el recurso a los reglamentos de exención por categoría, pero estos fracasan por su formalismo jurídico, lo que, en definitiva, cierra el círculo, pues éste se debe a la ausencia de análisis económico (véase HAWK: "System Failure...", cit., pág. 974).

¹⁵ Véase *supra*, epg. II.

¹⁶ Expresión tomada de BLACK: "Per Se Rules...", cit., pág. 152.

La aparente mayor adecuación del puro análisis económico es un espejismo, porque ello confiere a los tribunales una mayor discrecionalidad para determinar los hechos, e invita a un mayor protagonismo del juzgador y a mayores inconsistencias y errores.¹⁷

Esa es la misión de los órganos que determinan la política comunitaria de la competencia, es decir, la Comisión CE, bajo la supervisión del TJCE y del TPI.

Así, podría pensarse que el rechazo del AED radica en constituir éste un instrumento cuya misión exclusiva es contribuir a la eficiencia de los mecanismos del mercado y, dado que éste no es el único objetivo del Derecho comunitario de defensa de la competencia, se produce la exclusión del método. No obstante, no es el único motivo: la sustitución del Derecho por la Economía que opera el AED es causa relevante a la hora de su rechazo.

También es discutible que únicamente el análisis económico posibilite un control *ex ante* de las restricciones verticales. Este viene igualmente permitido por normas jurídicas "claras y transparentes", esto es, que sean predecibles y que delimiten su ámbito de aplicación en relación a los efectos de dichas restricciones, y no al tipo o la cláusula contractual.

Otro argumento aducido a favor del análisis económico es que su incremento contribuiría a eliminación de las perturbaciones ocasionadas por el objetivo de la integración en el art. 85 TCE y a su despolitización, ya que, de este modo, serían valorados únicamente los efectos competenciales. Pero esta virtud, además de relativa, es reprobable desde la perspectiva económico-constitucional, porque el TCE ha configurado el

¹⁷ Véase HOVENKAMP: "The Areeda-Turner...", cit., págs. 820-822; sobre la arbitrariedad del razonamiento económico en especial, véanse OPPETITT: "Droit et économie", cit., pág. 25; y VALLET DE GOYTISOLO: "Derecho y Economía", cit., pág. 5552; en general, véase también *supra*, epg. II.

Derecho comunitario de la competencia como una herramienta doblemente funcionalizada.

Más aún, uno podría preguntarse si la UE está en situación de renunciar al Derecho de la competencia como herramienta para la realización del Mercado Unico y de sus políticas, y si existe un repuesto jurídico para la función del Derecho comunitario de la competencia como mecanismo de control de la actividad política de los órganos comunitarios, especialmente, de la Comisión CE.

De ahí que sea improbable que el Derecho comunitario llegue disponer de una regla de razón en sentido estricto: la integración del Mercado Unico puede que se consiga en un espacio de tiempo relativamente breve¹⁸ –pese a ello, y, sobre todo, pese a la dudosa efectividad de la tutela del comercio paralelo en pos del mismo, no se abandona como objetivo fundamental del Derecho comunitario de la competencia, incluso parece que en la Comunicación al LiV RV se refuerza su peso específico–, pero las metas "más propias" de la política industrial y de las otras políticas comunitarias seguirán siendo perseguidas también por medio del Derecho de la competencia.

En definitiva, los resultados del análisis del mercado relevante solo pueden generar ciertas presunciones o indicios, pero no respuestas, que dependen, además, del contexto jurídico, de otros factores, y no únicamente de las teorías económicas¹⁹. Precisamente, la tarea

¹⁸ No obstante, de momento, tal integración no puede entenderse alcanzada (cfr. ACKERMANN: "Die Zukunft...", cit., pág. 274, quien afirma que la actual política de la competencia no tiene sentido, porque el Mercado Unico ya se ha completado); de hecho, en la actualidad está en marcha un "Plan de Acción para el Mercado Unico"; al respecto, véase VICENTE LÓPEZ, B. F., y GARCÍA-DENECHÉ, J. A.: "Plan de Acción para el mercado interior. Balance del primer año de aplicación", Bol. Eco. ICE 1998 (2579), págs. 9-16. Además, el grado de integración dependerá del sector económico que se considere: el Mercado Unico no es un mercado unitario.

¹⁹ Véanse FURSE: "Market Definition...", cit., pág. 381; BISHOP: "The Modernisation...",

"necesaria e ineludible" es llevar a cabo "un examen profundo de la concepción de la competencia en Europa"²⁰. En tanto que no exista *reason*, no se puede aplicar *rule of reason* alguna. La UE debe definir su propia razón, su propio criterio de enjuiciamiento de las restricciones de la competencia. En dicha tarea, el gran escollo que hay que superar, pero no por elusión, es la relación entre la eficiencia económica y los objetivos más propios de otras políticas, pero que también son objetivos de la política comunitaria de la competencia: determinar cuándo y con qué intensidad –pues realmente se trata de una cuestión de grado– debe ceder la competencia económica ante la integración del Mercado Único y/o, especialmente, ante un objetivo propio de otra política comunitaria. La politización es querida, pero no se resuelve cómo preverla y controlarla. Puede que un enfoque más económico contribuya a incrementar la previsibilidad y justiciabilidad del Derecho de la competencia comunitario –en la medida que el resultado del análisis económico sea predecible y justiciable–, pero hasta cierto punto: el carácter complejo del criterio de enjuiciamiento persistirá, y la coordinación de las metas perseguidas queda abierta.

Un avance en tal dirección vendría de la mano de un reconocimiento de esta realidad, que se tradujese en que, cuando una decisión no obedezca únicamente a razones de eficiencia económica, se manifestase el objetivo que se persigue y por qué se piensa que fomenta tal objetivo. Discrecionalidad no es lo mismo que arbitrariedad. Y, en definitiva, de lo que se trata es de introducir racionalidad en el sistema, que no tiene por qué ser solamente económica.

Lo cierto es que ni en el LiV RV, ni en la Comunicación al LiV RV es posible detectar un avance en la dirección de una regla de razón. De ahí que es muy posible, que la discusión que le acompaña en Europa

cit., pág. 483; y GARCÍA GALLARDO: "Noticias – Unión Europea", cit., pág. 31.

²⁰ Véase OBERENDER/OKRUCH: "Gegenwärtige Probleme...", cit., pág. 520.

vuelva a plantearse. En atención a las consideraciones anteriores, y desde un punto de vista de técnica jurídica, la evolución de la configuración de la prohibición de conductas colusorias hacia la regla de razón, en forma de una cláusula general que respondiese a la complejidad de fines comunitaria, completada con un catálogo de ejemplos, debería facilitar la efectiva implantación de la prohibición de conductas colusorias por los órganos nacionales y conducir a una aplicación del Derecho bajo la dirección uniforme –y no, como hasta ahora, dispar– de los órganos comunitarios. Especial interés presenta, en esta perspectiva instrumental, la regla de razón de análisis restringido, que podría ser adaptada a las necesidades comunitarias.

Lo que es dudoso es que la introducción de la regla de razón en el apdo. 1 del art. 85 TCE pudiese contribuir a separar los criterios de enjuiciamiento estrictamente competenciales de los incompetenciales y, así, hacer realidad la distinción entre un balance competencial, que tendría lugar en el apdo. 1, y un balance económico, que se daría en el apdo. 3. En primer lugar, y "en el mejor de los casos" –esto es, si se produjese un incremento importante del peso específico del análisis económico, de manera que el apdo. 1 le quedase reservado–, a las prohibiciones *per se* fundamentadas en razones de eficiencia –como es el caso de la imposición de precios fijos de venta– habría siempre que añadir aquellas que resulten del objetivo de la integración, como las prohibiciones que recaen sobre las restricciones territoriales²¹. En segundo lugar, y sobre todo, no cabe pensar que, a la vista de la deseada politización del Derecho comunitario de la competencia y del papel que debe asumir la Comisión CE, ésta pueda limitar su actuación a la consideración de criterios incompetenciales (*non-competition policy considerations*) en el ámbito del apdo. 3. Al margen de que los supuestos no van a ser infrecuentes –no se trata de objetivos acompe-

²¹ Véase HAWK: "System Failure...", cit., pág. 988.

tenciales, sino de una política de la competencia distinta²², la consideración separada de los criterios competenciales y incompetenciales es prácticamente imposible. No cabe, pues, esperar, por esta vía, una "pérdida de importancia" del art. 85.3 TCE, que pudiese evitar la renuncia de la Comisión CE al monopolio de la exención.

Y es precisamente esta difícil discriminación operativa la que hace que, a medio o largo plazo, la solución a la problemática comunitaria pase por eliminar el mecanismo de la exención, por cambiar a un sistema de control *a posteriori*. Ahora bien, es falso que la regla de razón implique necesariamente un cambio de sistema de control *a priori* a control *a posteriori*: lo que supone es una reducción de la intensidad de control.²³

Finalmente, y sin perjuicio del valor que tienen los datos provenientes del Derecho *antitrust* estadounidense, las reflexiones sobre la existencia y/o la conveniencia de una regla de razón en el Derecho español de defensa de la competencia deberían tomar en consideración las conclusiones anteriores, habida cuenta de las similitudes entre ambas normas y la convergencia a la están abocadas. Lo cual no obsta, empero, para atender a nuestras singularidades –por ejemplo, las que obedecen a las diferencias entre la Comisión CE y el TDC– y dar solución a nuestras propias deficiencias, que las hay; destacadamente, las que podrían englobarse bajo una problemática relativa a la satisfacción de los intereses particulares mediante la prohibición de conductas

²² Cfr. HAWK: "System Failure...", cit., pág. 988.

²³ Véase HAWK: "System Failure...", cit., pág. 987. Cfr. ROHARDT: "Grünbuch...", págs. 480-484; y ACKERMANN: "Die Zukunft...", cit., pág. 274, quien critica la elusión de la discusión sobre la regla de razón por dos veces: el LiV RV no se plantea "en qué medida una interpretación restrictiva del supuesto de hecho del art. 85.1 TCE permitiría renunciar a los reglamentos de exención por categorías". Una evolución en la dirección de la "Opción V" no se ve ni apoyada, ni obstaculizada por la regla de razón.

colusorias, y que constituye un conjunto de cuestiones que a las que no va a dar respuesta el Derecho comunitario.

Conclusiones finales

Primera. El análisis jurídico de los contratos de distribución comercial precisa una aproximación interdisciplinar, de la mano de la ciencia económico-empresarial, por razón de la novedad del paradigma de referencia subyacente, la moderna distribución comercial, y de su trascendencia para el Derecho.

Segunda. En la actualidad no existe un concepto jurídico unitario de contratos de distribución comercial. En pos de su delimitación, y merced a la opción metodológica hecha, se ha identificado el paradigma de referencia en las relaciones contractuales no societarias destinadas a articular organizadamente los canales de distribución comercial. Del mismo modo, se ha podido constatar que el dato verdaderamente desencadenante de los modernos canales de distribución comercial, que también debe ser el dato relevante para el jurista, es la necesidad del control del canal de distribución.

Ello no es óbice para que, bajo el denominador común de la

integración distributiva —esto es, del control del canal de distribución mediante un sistema contractual— como función económica propia y común sustantivadora del concepto unitario de contratos de distribución comercial, no puedan distinguirse dos acepciones del mismo, por razón de la función que cada una de ellas está llamada a desempeñar.

Tercera. La delimitación del concepto de contratos de distribución comercial en términos de categoría contractual busca superar la aproximación tipológica mediante una aproximación modular, atenta a problemas o *topos*. Al margen de la inadecuación del tipo como referencia normativa, tanto en el Derecho de defensa de la competencia —sector en el que, en el ámbito europeo, existe ya una clara tendencia a la desaparición de esta referencia—, como en el Derecho de obligaciones y contratos, este proceder permite la efectiva coordinación de ambos sectores normativos, que hasta ahora se articula insatisfactoriamente sobre la base del efecto tipificador impropio y limitado del Derecho de defensa de la competencia sobre el de obligaciones y contratos. Ello supone conferir relevancia normativa a la categoría contractual, decisión que, además, viene respaldada por las posibilidades de ampliación modular que ésta ofrece, con lo que se sientan las bases para el tratamiento interdisciplinar y exhaustivo de los contratos de distribución comercial.

Cuarta. En atención al actual grado de desarrollo normativo específico, el concepto restringido de contratos de distribución comercial es el llamado a dar satisfacción a los objetivos perseguidos por la aproximación modular. Cumpliría, pues, una función normativa.

En sentido restringido, contrato de distribución comercial es todo aquel cuya causa-función típica es el articular un canal de distribución

integrada mediante un sistema contractual en el plano vertical y en sentido descendente.

Incluye el contrato de franquicia y, señaladamente, el contrato de agencia. Lo verdaderamente característico de los contratos de distribución en sentido restringido es la integración distributiva vertical y descendente. Esta consiste en la externalización controlada por el productor hacia el intermediario del flujo de persuasión componente de la función transaccional de distribución. Jurídicamente, ello se traduce en la asunción de una obligación de promoción por parte del distribuidor. La asunción de la obligación de transmisión, esto es, de un mayor riesgo empresarial, no tiene relevancia categórica, sino que está llamada a modalizar las consecuencias patrimoniales del régimen extintivo de los contratos de distribución comercial. Ello tiene dos implicaciones:

(a) Debe distinguirse entre riesgo empresarial y dependencia económica. Lo que los contratos de distribución comercial provocan es la disociación de estos dos conceptos, que, para el Derecho, tradicionalmente han ido unidos: la mayor asunción de riesgo puede conllevar un mayor beneficio para el distribuidor; sin embargo, no determina su mayor independencia.

(b) Ha de constatarse la autonomía de la actividad de promoción y su prevalencia sobre la actividad de transmisión. De modo que, frente al esquema propio del Derecho regulador de la distribución comercial tradicional, en el que la actividad de colaboración es auxiliar de la de intercambio, en el de la moderna distribución comercial, ésta resulta ser auxiliar de la actividad de promoción.

Quinta. El tratamiento de los contratos de distribución en sentido restringido en el Derecho de defensa de la competencia —a cuyos efectos puede matizarse la definición anteriormente dada en el sentido de entender por tales todo acuerdo no societario de integración vertical funcionalmente distributivo y potencialmente restrictivo de la competencia, que para cumplir la que es su función económica típica (el establecimiento de una relación distributiva integrada) no recurre principalmente a la cesión de derechos sobre creaciones industriales— tiene un carácter siempre cambiante e inseguro. Pero, en el Derecho comunitario europeo vigente, ello obedece, principalmente, a la instrumentalización consciente del Derecho de defensa de la competencia, lo que le confiere un significado papel en la construcción del Mercado Único y en la ejecución de las distintas políticas de la UE.

La relajación desarrollada mediante una aproximación-regla de razón del supuesto de hecho de la prohibición comunitaria de conductas colusorias, ha de concebirse, en primera línea, como complemento de la doctrina del efecto útil, en conexión con el efecto sensible sustantivo. No obstante, este último constituye también una medida de política industrial y es expresión del principio de oportunidad en la efectiva implantación del Derecho comunitario de la competencia. En segunda línea, en una consideración completa del art. 85 TCE, la aproximación-regla de razón, junto al mecanismo de la exención, revela la tensión existente entre una concepción comunitaria de la política de la competencia "tradicional" y una "nueva", impregnada de inserciones de otras políticas comunitarias. Distintas concepciones, pues, cuya presencia en un mismo sistema legal se produce por obra de la distribución de competencias en la materia entre los órganos comunitarios.

La existente regla de razón específicamente comunitaria tiene que tomar en consideración factores y efectos no competenciales, más concretamente, de integración, y de las políticas comunitarias distintas

de las de competencia, y compaginarlos con los factores y efectos puramente de competencia económica.

Sexta. La doble funcionalización del art. 85 TCE impide que pueda tomarse en consideración una regla de razón en sentido estricto como método de aplicación del Derecho comunitario europeo de defensa de la competencia. De una parte, porque tanto el efecto sensible como la exención invaden y reducen el espacio potencial para el enjuiciamiento de las restricciones verticales mediante la regla de razón. De otra parte, porque la misma configuración de la regla de razón específicamente comunitaria en el marco de la restricción de la competencia depende de metas de integración y de otras políticas comunitarias, dato este último cuya determinación queda, en gran medida, en manos de la discrecionalidad técnica de la Comisión CE.

Por lo tanto, la introducción de una regla de razón en sentido estricto en el art. 85 TCE no constituye necesariamente la solución óptima ni la mejor solución. Pero la discusión que a propósito de la misma tiene lugar en el contexto europeo pone de relieve la existencia de una serie de carencias en la aplicación y efectiva implantación de la prohibición comunitaria de conductas colusorias, que la reforma abanderada por el *Libro Verde sobre las restricciones verticales en la política de competencia comunitaria* no ha venido a resolver. Más allá del plano sustantivo, dicha discusión incluye la clarificación de los límites entre el apdo. 1 y el apdo. 3 del art. 85 TCE, división que sigue siendo fundamental, debido a las implicaciones que ello tiene en el actual sistema de distribución de competencias.

Séptima. El éxito de la iniciativa de descentralización de la efectiva implantación del art. 85 TCE exige la renuncia parcial de la Comisión

CE a su monopolio para la concesión de exenciones. Las especialidades sustantivas del Derecho comunitario justifican la competencia exclusiva de la Comisión CE para la elaboración de reglamentos de exención por categorías, pero no para la concesión de exenciones singulares. En este último caso, debe recurrirse a otros criterios de distribución de competencias, en la línea de los que se han agrupado bajo la expresión "efecto sensible procedimental".

Octava. Además, es fundamental aclarar, dentro de lo posible, los criterios de enjuiciamiento de las conductas colusorias. En pos de este resultado, el papel que están llamados a desempeñar el análisis económico y el AED es limitado. Es discutible que la remisión de la solución jurídica al análisis económico constituya un medio para elevar la seguridad jurídica. Es igualmente discutible que sólo el análisis económico posibilite un control *ex ante* de las restricciones verticales. Y si bien el incremento del protagonismo del análisis económico pudiera contribuir a eliminación de las perturbaciones ocasionadas por el objetivo de la integración en el art. 85 TCE y a su despolitización, tal virtud es reprochable desde la perspectiva económico-constitucional. En definitiva, los resultados del análisis del mercado relevante solo pueden generar ciertas presunciones o indicios, pero no respuestas, que dependen, además, del contexto jurídico, de otros factores, y no únicamente de las teorías económicas

La UE debe definir su propia "razón", su propio criterio de enjuiciamiento de las restricciones de la competencia. La cuestión abierta es la relación entre la eficiencia económica y los objetivos más propios de otras políticas, pero que también son objetivos de la política comunitaria de la competencia.

Novena. La evolución de la configuración de la prohibición de conductas colusorias hacia la regla de razón, en forma de una cláusula general que respondiese a la complejidad de fines comunitaria, completada con un catálogo de ejemplos, debería facilitar la efectiva implantación de la prohibición de conductas colusorias por los órganos nacionales y conducir a una aplicación del Derecho bajo la dirección uniforme —y no, como hasta ahora, dispar— de los órganos comunitarios. Sin embargo, es dudoso es que la introducción de la regla de razón en el apdo. 1 del art. 85 TCE pudiese contribuir a separar los criterios de enjuiciamiento estrictamente competenciales de los no competenciales. Precisamente, esta difícil discriminación operativa hace que, a medio o largo plazo, la solución a la problemática comunitaria pase por eliminar el mecanismo de la exención, para cambiar a un sistema de control *a posteriori*.

Décima. A diferencia del concepto restringido, el concepto amplio de contratos de distribución comercial vendría a cumplir una función prospectiva, tanto en el Derecho de obligaciones y contratos como en el Derecho de defensa de la competencia, al facilitar una visión de conjunto de estas relaciones y un marco para el tratamiento jurídico de la modalidades incipientes y futuras de la actividad distributiva organizada o integrada.

Por tales debe entenderse todo contrato cuya causa-función típica es el articular un canal de distribución integrada mediante un sistema contractual, lo que incluye, además de la integración distributiva vertical en sentido descendente, esta misma, pero en sentido ascendente, la integración horizontal y la cooperación vertical de grupo. Sus características son el carácter duradero de las relaciones contractuales y la situación de dependencia económica que éstas generan.

Decimoprimera. La propuesta de un Derecho de la distribución comercial discurre en la misma dirección que la anterior. Se trataría de un sector que, en cualquier caso, y por lo que a sus contenidos jurídicos se refiere, ha de tener carácter interdisciplinar. Frente a su definición restringida como Derecho de los contratos de distribución comercial, se apuesta por una delimitación amplia como Derecho aglutinador toda la problemática que plantea la moderna distribución comercial, en atención a las necesidades del moderno tráfico distributivo.

Relación de las fuentes legislativas citadas

Normativa comunitaria europea

- Acta Única Europea, firmada el 17 de febrero de 1986 en Luxemburgo (DOCE núm. L 169/1, de 29.6.1987).
- Comunicación de la Comisión relativa a los contratos de representación exclusiva suscritos con agentes comerciales (ABIEG núm. 139, de 24.12.1962, pág. 2921; ed. especial en español 8/vol. 1, pág. 58).
- Comunicación de la Comisión relativa a los acuerdos, decisiones y prácticas concertadas relativos a la cooperación entre empresas (ABIEG núm. C 75/3, de 29.7.1968; DOCE ed. especial en español 8/vol. 1, pág. 117).
- Comunicación de la Comisión, de 27 de mayo de 1970, relativa a los acuerdos de menor importancia no previstos en las disposiciones del apartado 1 del artículo 85 del Tratado (ABIEG núm. C 64/1, de 2.6.1970; DOCE ed. especial en español 8/vol. 1, pág. 162).
- Comunicación de la Comisión, de 19 de diciembre de 1977, relativa a los acuerdos de menor importancia no contemplados en el apartado 1 del artículo 85 del Tratado (ABIEG núm. C 313/3, de 29.12.1977; DOCE ed. especial en español 8/vol. 2, pág. 56).
- Comunicación de la Comisión, de 18 de diciembre de 1978, referente a la consideración de los subcontratos respecto a las disposiciones del apartado 1 del artículo 85 del Tratado (ABIEG núm. C 1/2, de 3.1.1979; DOCE ed. especial en español 8/vol. 1, pág. 63).
- Comunicación de la Comisión relativa a los Reglamentos (CEE) 1983/83 y 1983/84 relativos a la aplicación del apartado 3 del artículo 85 de Tratado a determinadas categorías de acuerdos de distribución exclusiva y de compra en exclusiva (ABIEG núm. C 101/2, de 13.4.1984; DOCE ed. especial en español, 8/vol. 2, pág. 126).
- Comunicación de la Comisión sobre la aplicación del Reglamento (CEE) núm. 123/85 relativo a la aplicación del apartado 3 del artículo 85 del Tratado a determinadas categorías de acuerdos de distribución y servicio de venta y de postventa de vehículos automóviles (85/C 17/03) (ABIEG núm. C 17/4, de 18.1.1985; DOCE ed. especial en español 8/vol. 2, pág. 147).
- Comunicación de la Comisión, de 3 de septiembre de 1986, relativa a los acuerdos de menor importancia no contemplados en el apartado 1 del artículo 85 del Tratado (86/C 231/02) (DOCE núm. C 231/2, de 12.9.1986).
- Comunicación de la Comisión sobre las restricciones accesorias a las concentraciones (90/C 203/06) (DOCE núm. C 203/5, de 14.8.1990).
- Comunicación de la Comisión por la que se modifica la Comunicación de la

Comisión relativa a los Reglamentos (CEE) 1983/83 y 1983/84 relativos a la aplicación del apartado 3 del artículo 85 de Tratado a determinadas categorías de acuerdos de distribución exclusiva y de compra en exclusiva (92/C 121/02) (DOCE núm. C 121/2, de 13.5.1992).

- Comunicación de la Comisión relativa a la cooperación entre la Comisión y los órganos jurisdiccionales nacionales para la aplicación de los artículos 85 y 86 del Tratado (93/C 39/05) (DOCE núm. C 39/6, de 13.2.1993).

- Comunicación de la Comisión sobre el tratamiento de las empresas en participación de carácter cooperativo en virtud del artículo 85 del Tratado (93/C 43/02) (DOCE núm. C 43/2, de 16.2.1993).

- Comunicación de la Comisión relativa a la actualización de la Comunicación de 1986 sobre acuerdos de menor importancia (94/C 368/06) (DOCE núm. C 360/20, de 23.12.1994).

- Comunicación de la Comisión relativa a la no imposición de multas o a la reducción de su importe en los asuntos relacionados con acuerdos entre empresas (96/C 207/04) (DOCE núm. C 207/4, de 18.7.1996).

- Comunicación de la Comisión relativa a las normas de procedimiento interno para el tratamiento de las solicitudes de acceso al expediente en los supuestos de aplicación de los artículos 85 y 86 del Tratado CE, de los artículos 65 y 66 del Tratado CECA y del Reglamento (CEE) núm. 4064/89 del Consejo (97/C 23/03) (DOCE núm. C 23/3, de 23.1.1997).

- Comunicación de la Comisión sobre la revisión de su Comunicación, de 3 de septiembre de 1986, relativa a los acuerdos de menor importancia no contemplados en el apartado 1 del artículo 85 del Tratado CE (97/C 29/03) (DOCE núm. C 29/3, de 30.1.1997).

- Comunicación de la Comisión relativa a la cooperación entre la Comisión y las autoridades de los Estados miembros en el ámbito de la competencia para la tramitación de los asuntos a los que sean de aplicación los artículos 85 y 86 del Tratado (97/C 313/03) (DOCE C 313/3, de 15.10.1997).

- Comunicación de la Comisión relativa a la definición de mercado de referencia a efectos de la normativa comunitaria en materia de competencia (97/C 372/06) (DOCE núm. C 372/5, de 9.12.1997).

- Comunicación de la Comisión relativa a los acuerdos de menor importancia no contemplados en el apartado 1 del artículo 85 del Tratado (97/C 372/04) (DOCE núm. C 372/13, de 9.12.1997).

- Comunicación de la Comisión relativa al concepto de empresa en participación con plenas funciones con arreglo al Reglamento (CEE) núm. 4064/89 del Consejo, de 21 de diciembre de 1989, sobre el control de las operaciones de concentración entre empresas (98/C 66/01) (DOCE núm. C 66/1, de 2.3.1998).

- Comunicación de la Comisión sobre el concepto de concentración con arreglo al Reglamento (CEE) núm. 4064/89 del Consejo, de 21 de diciembre de 1989, sobre el control de las operaciones de concentración entre empresas (98/C 66/02) (DOCE núm. C 66/6, de 2.3.1998).

- Decisión de la Comisión, de 12 de diciembre de 1994, relativa al mandato de los consejeros auditores en los procedimientos de competencia tramitados por la Comisión (94/810/CECA, CE) (DOCE núm. L 330/67, de 21.12.1994).

ADDENDA

- Directiva (CEE) 85/374 del Consejo, de 25 de julio de 1985, relativa a la aproximación de las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas de los Estados miembros en materia de responsabilidad por los daños causados por productos defectuosos (DOCE núm. L 210/29, de 7.8.1985; DOCE ed. especial en español 13/vol. 19, pág. 8).
- Directiva (CEE) 85/577 del Consejo, de 20 de diciembre de 1985, referente a la protección de los consumidores en el caso de contratos negociados fuera de los establecimientos mercantiles (ABIEG núm. L 372/71, de 31.12.1985; DOCE ed. especial en español 15/vol. 6, pág. 131).
- Directiva (CEE) 86/653 del Consejo, 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 (DOCE núm. L 382/17, de 31.12.1986).
- Directiva (CEE) 87/102 de Consejo, de 22 de diciembre de 1986, relativa a la aproximación de las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas de los Estados miembros en materia de crédito al consumo (DOCE núm. L 42/48, de 12.2.1987), modificada por la Directiva (CEE) 90/88 del Consejo, de 22 de febrero de 1990 (DOCE núm. L 61/14, de 10.3.1990).
- Directiva (CEE) 93/13 del Consejo, de 5 de abril de 1993, sobre cláusulas abusivas en contratos celebrados con consumidores (DOCE núm. L 95/29, de 21.4.1993).
- Directiva (CE) 97/7 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 20 de mayo de 1997, relativa a la protección de los consumidores en materia de contratos a distancia (DOCE núm. L 144/19, de 4.6.1997).
- Directrices para el cálculo de las multas impuestas en aplicación del apartado 2 del artículo 15 del Reglamento núm. 17 y del apartado 5 del artículo 65 del Tratado CECA (98/C 9/03) (DOCE núm. C 9/3, de 14.1998).
- Recomendación de la Comisión, de 3 de abril de 1996, sobre la definición de pequeñas y medianas empresas (96/280/CE) (DOCE núm. L 107/4, de 30.4.96).
- Reglamento (CEE) núm. 17/62 del Consejo, de 6 de febrero de 1962, Primer Reglamento de aplicación de los artículos 85 y 86 del Tratado (ABIEG núm. 13, de 21.2.1962, pág. 204; DOCE ed. especial en español 8/vol. 1, pág. 22).
- Reglamento (CEE) núm. 19/65 del Consejo, de 2 de marzo de 1965, relativo a la aplicación del apartado 3 del artículo 85 del Tratado a determinadas categorías de acuerdos y prácticas concertadas (ABIEG núm. 36/533, de 6.3.1965; DOCE ed. especial en español 8/vol. 1, pág. 85).
- Reglamento (CEE) núm. 1983/83 de la Comisión, de 22 de junio de 1983, relativo a la aplicación del apartado 3 del artículo 85 del Tratado a determinadas categorías de acuerdos de distribución exclusiva (ABIEG núm. L 173/1, de 30.6.1983; DOCE ed. especial en español 8/vol. 2, pág. 110).
- Reglamento (CEE) núm. 1984/83 de la Comisión, de 22 de junio de 1983, relativo a la aplicación del apartado 3 del artículo 85 del Tratado a determinadas categorías de acuerdos de compra en exclusiva (ABIEG núm. L 173/5, de 30.6.1983; DOCE ed. especial en español 8/vol. 2, pág. 114).
- Reglamento (CEE) núm. 2349/84 de la Comisión, de 25 de julio de 1984, relativo a la aplicación del apartado 3 del artículo 85 del Tratado a determinadas categorías de acuerdos de licencia de patentes (ABIEG núm. L 219/15, de 16.8.1984; DOCE ed. especial en español 8/vol. 2, pág. 135).

ADDENDA

- Reglamento (CEE) núm. 123/85 de la Comisión, de 12 de diciembre de 1984, relativo a la aplicación del apartado 3 del artículo 85 del Tratado a determinadas categorías de acuerdos de distribución y servicio de venta y de postventa de vehículos automóviles (ABIEG núm. L 15/16, de 18.1.1985; DOCE ed. especial en español 8/vol. 2, pág. 150).
- Reglamento (CEE) núm. 417/85 de la Comisión, de 19 de diciembre de 1984, relativo a la aplicación del apartado 3 del artículo 85 del Tratado a determinadas categorías de acuerdos de especialización (ABIEG núm. L 53/1, de 22.2.1985; DOCE ed. especial en español 8/vol. 2, pág. 162).
- Reglamento (CEE) núm. 418/85 de la Comisión, de 19 de diciembre de 1984, relativo a la aplicación del apartado 3 del artículo 85 del Tratado a determinadas categorías de acuerdos de investigación y desarrollo (ABIEG núm. L 53/5, de 22.2.1985; DOCE ed. especial en español 8/vol. 2, pág. 166).
- Reglamento (CEE) núm. 4087/88 de la Comisión, de 30 de noviembre de 1988, relativo a la aplicación del apartado 3 del artículo 85 del Tratado a categorías de acuerdos de franquicia (DOCE núm. L 359/46, de 28.12.1988).
- Reglamento (CEE) núm. 4064/89 del Consejo, de 21 de diciembre de 1989, sobre el control de las operaciones de concentración entre empresas (versión corregida: DOCE núm. L 257/13, de 21.9.1990).
- Reglamento (CEE) núm. 556/89 de la Comisión, de 30 de noviembre de 1988, relativo a la aplicación del apartado 3 del artículo 85 del Tratado a determinadas categorías de acuerdos de licencia de *know-how* (DOCE núm. L 61/1, de 4.3.1989).
- Reglamento (CEE) núm. 151/93 de la Comisión, de 23 de diciembre de 1992, por el que se modifican los Reglamentos (CEE) núms. 417/85, 418/85, 2349/84 y 566/89, relativos a la aplicación del apartado 3 del artículo 85 del Tratado a determinadas categorías de acuerdos de especialización, investigación y desarrollo, licencia de patentes y licencia de *know-how*, respectivamente (DOCE núm. L 21/8, de 29.1.1993).
- Reglamento (CE) núm. 3385/94 de la Comisión, de 21 de diciembre de 1994, relativo a la forma, el contenido y demás modalidades de las solicitudes y notificaciones realizadas en aplicación del Reglamento núm. 17 del Consejo (DOCE núm. L 377/28, de 31.12.1994).
- Reglamento (CE) 70/95 de la Comisión, de 17 de enero 1995, por el que se modifica el Reglamento (CEE) 2394/84 relativo a la aplicación del apartado 3 del artículo 85 del Tratado a determinadas categorías de acuerdos de licencia de patentes (DOCE núm. L 12/13, de 18.1.1995).
- Reglamento (CE) núm. 1475/95 de la Comisión, de 28 de junio de 1995, relativo a la aplicación del apartado 3 del artículo 85 del Tratado a determinadas categorías de acuerdos de distribución y servicio de venta y de postventa de vehículos automóviles (DOCE núm. L 145/25, de 29.6.1995).
- Reglamento (CE) 2131/95 de la Comisión, de 7 de septiembre de 1995, por el que se modifica el Reglamento (CEE) 2394/84 relativo a la aplicación del apartado 3 del artículo 85 del Tratado a determinadas categorías de acuerdos de licencia de patentes (DOCE núm. L 214/6, de 8.9.1995).
- Reglamento (CE) núm. 240/96 de la Comisión, de 31 de enero de 1996, relativo a la aplicación del apartado 3 del artículo 85 del Tratado a determinadas categorías de

ADDENDA

- acuerdos de transferencia de tecnología (DOCE núm. L 31/2, de 9.2.1996).
- Reglamento (CE) núm. 1310/97 del Consejo, de 30 de junio de 1997, por el que se modifica el Reglamento (CEE) núm. 4064/89, sobre el control de las operaciones de concentración entre empresas (DOCE núm. L 180/1, de 9.7.1997; rectificación DOCE núm. L 40/17, de 13.2.1998).
 - Reglamento (CE) núm. 1582/97 de la Comisión, de 30 de julio de 1997, relativo a la aplicación del apartado 3 del artículo 85 del Tratado a determinadas categorías respectivamente de acuerdos de distribución exclusiva y de compra exclusiva (DOCE núm. L 241/27, de 6.8.1997).
 - Reglamento (CE) núm. 2236/97 de la Comisión, de 10 de noviembre de 1997, por el que se modifican los Reglamentos (CEE) núms. 417/85 y 418/85, relativos a la aplicación del apartado 3 del artículo 85 del Tratado a determinadas categorías de acuerdos de especialización y de acuerdos de investigación y desarrollo, respectivamente (DOCE núm. L 306/12, de 11.11.1997).
 - Reglamento (CE) núm. 447/98 de la Comisión, de 1 de marzo de 1998, relativo a las notificaciones, plazos y audiencias contemplados en el Reglamento (CEE) núm. 4064/89 del Consejo sobre el control de operaciones de concentración entre empresas (DOCE núm. L 61/1, de 2.3.1998).
 - Reglamento (CE) núm. 2842/98 de la Comisión, de 22 de diciembre de 1998, relativo a las audiencias en determinados procedimientos en aplicación de los artículos 85 y 86 del Tratado CE (DOCE núm. L 354/18, de 30.12.1998).
 - Tratado de Roma, firmado el 25 de marzo de 1957, que crea la Comunidad Económica Europea (entrada en vigor: 1.1.1958).
 - Tratado de la Unión Europea, firmado el 7 de febrero de 1992 en Maastricht (DOCE núm. C 224/1, de 31.8.1992; entrada en vigor: 1.1.1993, DOCE núm. L 281/18, de 16.11.1993).
 - Tratado por el que se modifican el Tratado de la Unión Europea, los Tratados constitutivos de las Comunidades Europeas y determinados actos conexos firmado el 2 de octubre de 1997 en Amsterdam (97/C 340/01) (DOCE núm. C 340/1, de 10.11.1997; entrada en vigor: pendiente de ratificación por los Estados miembros).

Normativa internacional

- Acuerdo por el que se establece la Organización Mundial del Comercio y del Acuerdo sobre Contratación Pública, hechos en Marrakech el 15 de abril de 1994.
- Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y las Libertades Fundamentales, firmado en Roma el 4 de noviembre de 1950.

Normativa comparada

- *Bürgerliches Gesetzbuch* (Código civil alemán).
- *Clayton Act* (1914), 15 U.S.C.A. § 12 (Norma *antitrust* estadounidense).
- *Code civil* (Código civil francés).
- *Code de commerce* (Código de comercio francés).
- *Codice civile* (Código civil italiano).
- *Competition Act 1998* (HMSO, *Acts of Parliament 1998, chapter 41*) (Ley

ADDENDA

británica de defensa de la competencia).

- *Federal Trade Commission Act* (1914), 15 U.S.C.A. § 41.
- *Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen (in der Fassung der Bekanntmachung vom 20. Februar 1990, Bundesgesetzblatt I, S. 235)* (Ley alemana de defensa de la competencia).
- *Handelsgesetzbuch* (Código de comercio alemán).
- *Legge 10 ottobre 1990 n. 287. Norme per la tutela della concorrenza e del mercato (Gazzetta Ufficiale 13 ottobre, n. 240)* (Ley italiana de defensa de la competencia).
- *Loi n.º 91-593 de 25 juin 1991 relative aux rapports entre les agents commerciaux et leurs mandants (Journal Officiel du 27 juin)* (Ley francesa sobre el contrato de agencia).
- *Ordonnance n.º 86-1243 du 1er décembre 1986 relative à la liberté des prix et de la concurrence (Journal Officiel du 9 décembre)* (Norma francesa de defensa de la competencia).
- *Robinson-Patman Act* (1936), 15 U.S.C.A. §13 (Norma *antitrust* estadounidense).
- *Sherman Act* (1890), 15 U.S.C.A. § 1 (Norma *antitrust* estadounidense).
- *Wilson Tariff Act* (1930), 15 U.S.C.A. § 8 (Norma *antitrust* estadounidense).

Normativa estatal

- Constitución Española de 27 de diciembre de 1978 (BOE de 29-12).
- Decreto 2343/1973, de 21 de septiembre, regulador de la transferencia de tecnología extranjera (BOE de 2-10; corr. err. BOE de 12-10).
- Instrumento de Ratificación del Acuerdo por el que se establece la Organización Mundial del Comercio y del Acuerdo sobre Contratación Pública, hechos en Marrakech el 15 de abril de 1994 (BOE de 24-1-1995).
- Ley 110/1963, de 20 de julio, de prácticas restrictivas de la competencia (BOE de 23-7).
- Ley 26/1984, de 19 de julio, General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios (BOE de 24-7).
- Ley 11/1986, de 20 de marzo, de patentes (BOE de 26-3).
- Ley 32/1988, de 10 de noviembre, de marcas (BOE de 12-11).
- Ley 16/1989, de 17 de julio, de defensa de la competencia (BOE de 18-7).
- Ley 3/1991, de 10 de enero, de competencia desleal (BOE de 11-1).
- Ley 26/1991, de 21 de noviembre, sobre contratos celebrados fuera de los establecimientos mercantiles (BOE de 26-11).
- Ley 9/1992, de 30 de abril, de mediación en seguros privados (BOE de 2-5).
- Ley 12/1992, de 27 de mayo, sobre el contrato de agencia (BOE de 29-5).
- Ley 22/1994, de 6 de julio, de responsabilidad civil por los daños causados por productos defectuosos (BOE de 17-7).
- Ley 7/1995, de 23 de marzo, de crédito al consumo (BOE de 25-3; corr. err. BOE de 12-5).
- Ley 7/1996, de 15 de enero, de Ordenación del Comercio Minorista (BOE de 17-1; corr. err. BOE de 17-2).
- Ley 7/1998, de 13 de abril, sobre condiciones generales de la contratación (BOE de 14-4).

ADDENDA

- Ley 24/1998, de 13 de julio, del Servicio Postal Universal y de Liberalización de los Servicios Postales (BOE de 14-7).
- Ley Orgánica 2/1996, de 15 de enero, complementaria de la de Ordenación del Comercio Minorista (BOE de 17-1).
- Orden del Ministerio de Economía y Hacienda de 22 de octubre de 1996 (BOE de 6-11), modificada, en cuanto a la composición del órgano, por la Orden de 20 de marzo de 1998 (BOE de 8-4), por la que se deroga la anterior Orden del Ministerio de Comercio y Turismo de 14 de febrero de 1996 (BOE de 17-2), por la que, a su vez, se creaba este órgano de información, consulta y asesoramiento en materia de distribución comercial.
- Real Decreto 1750/1987, de 18 de diciembre, por el que liberaliza la transferencia de tecnología y la prestación de asistencia técnica extranjera a empresas españolas (BOE de 13-1-1988).
- Real Decreto 271/1988, de 25 de marzo, por el que regula el ejercicio de las actividades de las Agencias de Viajes (BOE de 29-3).
- Real Decreto 157/1992, de 21 de febrero, por el que se desarrolla la Ley 16/1989, de 17 de julio, en materia de exención por categorías, autorización singular y Registro de Defensa de la Competencia (BOE de 29-2).
- Real Decreto 1080/1992, de 11 de septiembre, por el que se aprueba el procedimiento a seguir por los órganos de Defensa de la Competencia en concentraciones económicas y la forma y contenido de su notificación voluntaria (BOE de 27-10).
- Real Decreto 1245/1995, de 14 de julio, de normas sobre creación de bancos, actividad transfronteriza y otras cuestiones relativas al régimen jurídico de las Entidades de Crédito (BOE de 31-7).
- Real Decreto 295/1998, de 27 de febrero, relativo a la aplicación en España de las reglas europeas de competencia (BOE de 7-3).
- Real Decreto 2485/1998, de 13 de noviembre, por el que se desarrolla el artículo 62 de la Ley 7/1996, de 15 de enero, de Ordenación del Comercio Minorista, relativo a la regulación del régimen de franquicia, y se crea el Registro de Franquiciadores (BOE de 26-11).
- Real Decreto Legislativo 1/1996, de 12 de abril, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de propiedad intelectual (BOE de 22-4).
- Real Decreto-Ley 7/1996, de 7 de junio, sobre medidas urgentes de carácter fiscal y de fomento y liberalización de la actividad económica (BOE de 8-6; corr. err. BOE 18-6).
- Real Decreto-Ley 11/1996, de 17 de junio, de ampliación del servicio farmacéutico a la población (BOE de 18-6).

Normativa autonómica

Andalucía

- Ley Orgánica 6/1981, de 30 de diciembre, Estatuto de Autonomía para Andalucía (BOE 11-1-1982).
- Ley 5/1985, de 8 de julio, de consumidores y usuarios de Andalucía (BOJA de 17-

7).

- Ley 1/1996, de 10 de enero, de Comercio Interior de Andalucía (BOJA de 18-1; BOE 16-2).

Aragón

- Ley Orgánica 8/1982, de 10 de agosto, Estatuto de Autonomía de Aragón (BOE de 16-8).

- Ley 9/1989, de 5 de octubre, de Ordenación de la Actividad Comercial en Aragón (BOA de 16-10; BOE 4-11).

- Ley 8/1997, de 30 de octubre, de Estatuto del consumidor y usuario de Aragón (BOA de 5-11).

Asturias

- Ley Orgánica 7/1981, de 30 de diciembre, Estatuto de Autonomía para Asturias (BOE de 11-1-1982).

Cantabria

- Ley Orgánica 8/1981, de 30 de diciembre, Estatuto de Autonomía para Cantabria (BOE de 11-1-1982).

Castilla-La Mancha

- Ley Orgánica 9/1982, de 10 de agosto, Estatuto de Autonomía de Castilla-La Mancha (BOE de 16-8).

- Ley 3/1995, de 9 de marzo, por la que se aprueba el estatuto del consumidor de Castilla-La Mancha (BOCM de 21-4).

Castilla y León

- Ley Orgánica 4/1983, de 25 de febrero, Estatuto de Autonomía de Castilla y León (BOE de 2-3).

Cataluña

- Ley Orgánica 4/1979, de 18 de diciembre, Estatuto de Autonomía de Cataluña (BOE de 22-12).

- Ley 1/1990, de 8 de enero, de disciplina del mercado y defensa de los consumidores y usuarios (BOGC de 17-1).

- Ley 3/1993, de 5 de marzo, por la que se aprueba el estatuto del consumidor catalán (BOGC de 12-3).

- Decreto Legislativo 1/1993, de 9 de marzo, por el que se aprueba el Texto Refundido del Comercio Interior de Cataluña (BOGC de 21-5).

Ceuta

- Ley Orgánica 1/1995, de 13 de marzo, Estatuto de Autonomía de Ceuta (BOE de 14-3).

Comunidad de Madrid

- Ley Orgánica 3/1983, de 25 de febrero, Estatuto de Autonomía de la Comunidad de Madrid (BOE de 1-3).

Comunidad Valenciana

- Ley Orgánica 5/1992, de 1 de julio, Estatuto de Autonomía de la Comunidad Valenciana (BOE 10-7).

- Ley 8/1986, de 29 de diciembre, de Ordenación del comercio y Superficies Comerciales de la Comunidad Valenciana (DOGCV de 31-12; BOE de 31-1-1987).

- Ley 2/1987, de 9 de abril, por la que se aprueba el estatuto de consumidores y usuarios de la Comunidad Valenciana (DOGV de 15-4).

Extremadura

- Ley Orgánica 1/1983, de 25 de febrero, Estatuto de Autonomía de Extremadura (BOE de 26-2).

Galicia

- Ley Orgánica 1/1981, de 6 de abril, Estatuto de Autonomía para Galicia (BOE 28-4).

- Ley 12/1984, de 28 de diciembre, por la que se aprueba el estatuto gallego del consumidor y usuario (DOG de 1-2-85).

- Ley 10/1988, de 20 de julio, de Ordenación del Comercio Interior de Galicia (DOG de 26-8; corr. err. DOG de 23-9; BOE de 4-10).

Islas Baleares

- Ley Orgánica 2/1983, de 25 de febrero, Estatuto de Autonomía para las Islas Baleares (BOE de 1-3).

Islas Canarias

- Ley Orgánica 10/1982, de 10 de agosto, Estatuto de Autonomía de Canarias (BOE de 16-8).

- Ley 4/1997, de 25 de abril, de Ordenación de la Actividad Comercial de Canarias (BOCAN de 29-4; BOE 27-5).

La Rioja

- Ley Orgánica 3/1982, de 9 de junio, Estatuto de Autonomía de La Rioja (BOE de 29-6).

Melilla

- Ley Orgánica 2/1995, de 13 de marzo, Estatuto de Autonomía de Melilla (BOE de 14-3).

Navarra

- Ley Orgánica 13/1982, de 10 de agosto, de Reintegración y Amejoramiento del Régimen Foral de Navarra (BOE de 16-8; corr. err. BOE de 26-8).

País Vasco

- Ley Orgánica 3/1979, de 18 de diciembre, Estatuto de Autonomía para el País Vasco (BOE de 22-12).

- Ley 10/1981, de 18 de noviembre, por la que se aprueba el texto definitivo del estatuto del consumidor del País Vasco (BOPV de 2-3-83).

- Ley 7/1994, de 27 de mayo, de la Actividad Comercial del País Vasco (BOPV de 13-6).

Región de Murcia

- Ley Orgánica 4/1982, de 9 de junio, Estatuto de Autonomía de la Región de Murcia (BOE de 19-6).

Relación de las reseñas jurisprudenciales citadas

Sentencias del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas

- Sent. de 30.6.1966, As. 56/65 *Société Technique Minière*, Slg. 1966, pág. 282 y

sigs.

- Sent. de 14.7.1966, As. 56 + 58/64 *Grundig/Consten*, Slg. 1966, págs. 321 y sigs.
- Sent. de 12.12.1967, As. 23/67 *Brasserie de Haecht*, Slg. 1967, pág. 525 y sigs.
- Sent. de 13.2.1969, As. 14/68 *Walt Wilhelm*, Slg. 1969, pág. 1 y sigs.
- Sent. de 9.7.1969, As. 5/69 *Völk*, Slg. 1969, pág. 295 y sigs.
- Sent. de 6.5.1971, As. 1/71 *Cadillon*, Slg. 1971, pág. 351 y sigs.
- Sent. de 25.11.1971, As. 22/71 *Béguelin*, Rec. 1971, pág. 949 y sigs.
- Sent. de 21.2.1973, As. 6/72 *Continental Can*, Slg. 1973, pág. 215 y sigs.
- Sent. de 26.11.1975, As. 73/74 *Papiers Peints*, Slg. 1975, pág. 1491 y sigs.
- Sent. de 16.12.1975, As. 40 + 48 + 50 + 111 + 113 + 114/73 *Suiker Unie*, Slg. 1975, pág. 1366 y sigs.
- Sent. de 25.10.1977, As. 26/76 *Metro I*, Slg. 1977, pág. 1875 y sigs.
- Sent. de 1.2.1978, As. 19/77 *Miller*, Slg. 1978, pág. 131 y sigs.
- Sent. de 10.7.1980, As. 30/78 *Distillers*, Slg. 1980, pág. 2229 y sigs.
- Sent. de 10.7.1980, As. 258/78 + 1-3/79 *Guerlain*, Slg. 1980, pág. 2327 y sigs.
- Sent. de 29.10.1980, As. 209-215 + 218/78 *FEDETAB*, Slg. 1980, pág. 3125 y sigs.
- Sent. de 16.6.1981, As. 126/80 *Salonia*, Slg. 1981, pág. 1563 y sigs.
- Sent. de 8.6.1982, As. 258/78 *Nugesser*, Slg. 1982, pág. 2015 y sigs.
- Sent. de 25.10.1983, As. 107/82 *AEG*, Slg. 1983, pág. 3151 y sigs.
- Sent. de 14.12.1983, As. 319/82 *Ciments et Bétons vs. Krepén*, Slg. 1983, pág. 4173 y sigs.
- Sent. de 21.2.1984, As. 86/82 *Hasselblad*, Slg. 1984, pág. 883 y sigs.
- Sent. de 3.7.1985, As. 243/83 *Binon*, Slg. 1985, págs. 2015 y sigs.
- Sent. de 17.9.1985, As. 26/84 *Ford*, Slg. 1985, pág. 2725 y sigs.
- Sent. de 10.12.1985, As. 260/82 *NSO*, Slg. 1985, pág. 3812 y sigs.
- Sent. de 10.12.1985, As. 31/85 *ETA*, Slg. 1985, pág. 3933 y sigs.
- Sent. de 28.1.1986, As. 161/84 *Pronuptia*, Slg. 1986, pág. 353 y sigs.
- Sent. de 22.10.1986, As. 75/84 *Metro II*, Rec. 1986, págs. 3021 y sigs.
- Sent. de 27.1.1987, As. 45/85 *Verband der Sachversicherer e.V. vs. Comisión*, Rec. 1987, pág. 405 y sigs.
- Sent. de 1.10.1987, As. 311/85 *Vlaamse Reisbureaus*, Rec. 1987, págs. 3801 y sigs.
- Sent. de 17.11.1987, As. 142 + 146/84 *Phillip Morris*, Rec. 1987, pág. 4487 y sigs.
- Sent. de 28.2.1991, As. C-234/89 *Delimitis*, Rec. 1991, págs. I-935 y sigs.
- Sent. de 13.1.1994, As. C-376/92 *Metro/Cartier*, Rec. 1994, pág. I-15 y sigs.
- Sent. de 15.2.1996, As. C-309/94 *Nissan France*, Rec. 1996, pág. I-677 y sigs.
- Sent. de 24.10.1996, As. C-73/95 P *Viho/Parker Pen*, Rec. 1996, págs. I-5482 y sigs.
- Sent. de 5.6.1997, As. C-41/96 *V.A.G. Händlerbeirat e. V./SYD-Consult*, Rec. 1997, pág. I-3123 y sigs.

Sentencias del Tribunal Europeo de Primera Instancia

- Sent. de 27.2.1992, As. T-19/91 *Vichy*, Rec. 1992, pág. II-415 y sigs.
- Sent. de 18.9.1992, As. T-24/90 *Automec II*, Rec. 1992, pág. II-2223 y sigs.
- Sent. de 12.4.1993, As. T-9/92 *Peugeot II*, Rec. 1993, pág. II-493 y sigs.
- Sent. de 24.1.1995, As. T-114/92 *Benim*, Rec. 1995, pág. II-147 y sigs.

ADDENDA

- Sent. de 6.6.1995, As. T-14/93 *UFI vs. Comisión*, Rec. 1995, pág. II-1502 y sigs.
- Sent. de 8.6.1995, As. T-7/93 As. *Langnese-Iglo*, Rec. 1995, pág. II-1533 y sigs.
- Sent. de 8.6.1995, As. T-9/93 *Schöller*, Rec. 1995, pág. II-1611 y sigs.

Decisiones de la Comisión de la Comunidad Europea

- Dec. 70/332/CEE de 30.6.1970, As. *Kodak*, ABIEG núm. L 147/24, de 7.7.1970.
- Dec. 72/403/CEE, de 23.11.1972, As. *Pittsburgh Corning*, ABIEG núm. L 272/35, de 5.12.1972.
- Dec. 73/109/CEE, de 2.1.1973, As. *Azúcar*, ABIEG núm. L 140/17, de 26.5.1973.
- Dec. 77/66/CEE, de 22.12.1976, As. *GERO-Fabriek*, ABIEG núm. L 16/8, de 19.1.1977.
- Dec. 78/163/CEE, de 20.12.1977, As. *Distillers*, ABIEG núm. L 50/16, de 22.2.1978.
- Dec. 78/172/CEE, de 21.12.1977, As. *Spieces*, ABIEG núm. L 53/20, de 24.2.1978.
- Dec. 78/922/CEE de 23.10.1978, As. *Zanussi*, ABIEG núm. L 322/36, de 16.1.1978.
- Dec. 84/282/CEE, de 15.5.1984, As. *Polistil/Arbois*, ABIEG núm. L 136/9, de 23.5.1984.
- Dec. 84/381/CEE de 12.7.1984, As. *Carlsberg*, ABIEG núm. L 207/26, de 2.8.1984.
- Dec. 85/44/CEE de 10.12.1984, As. *Grohe*, ABIEG núm. L 19/17, de 23.1.1985.
- Dec. 85/45/CEE, de 10.12.1985, As. *Ideal-Standard's*, ABIEG núm. L 20/38, de 24.1.1985.
- Dec. 88/84/CEE, de 22.12.1987, As. *ARG/Unipart*, DOCE núm. L 78/34, de 18.2.1988.
- Dec. 90/38/CEE, de 13.12.1989, As. *Bayo-n-ox*, DOCE núm. L 21/71, de 26.1.1990.
- Dec. 92/154/CEE de 4.12.1991, As. *Eco-System*, DOCE núm. L 66/1, de 11.3.1992.
- Dec. 92/521/CEE, de 27.10.1992, As. *Campeonato del Mundo 1990*, DOCE núm. L 326/3 de 12.11.1992.
- Dec. 93/405/CEE de 23.12.1993, As. *Schöller*, DOCE núm. L 183/1, de 26.7.1993.
- Dec. 93/406/CEE de 23.12.1992, As. *Langnese-Iglo*, DOCE núm. L 183/19, de 26.7.1993
- Dec. 98/273/CE de 28.1.1998, As. *VW/Audi*, DOCE núm. L 124/60, de 25.4.1998.

Sentencias de la Supreme Court estadounidense

- As. *U.S. vs. Joint Traffic Association*, 171 U.S., 505, 557 (1898).
- As. *U.S. vs. Addyston Pipe & Steel Co.*, 175 U.S. 211 (1899).
- As. *Standar Oil of New Jersey vs. U.S.*, 221 U.S. 1, 66 (1911).
- As. *U.S. vs. American Tobacco*, 221 U.S. 106, 179 (1911).
- As. *Broad of Trade of Chicago vs. U.S.*, 246 U.S. 231, 238 (1918).
- As. *Northern Pacific Railway vs. U.S.*, 356 U.S., 1, 5 (1958).

ADDENDA

- As. *Klor's Inc. vs. Broadway-Hale Stores Inc.*, 359 U.S., 207, 211 (1959).
- As. *U.S. vs. Container Corp. of America*, 393 U.S., 333 (1969).
- As. *Continental T.V. vs. G.T.E. Sylvania*, 433 U.S., 54 (1977).
- As. *National Society of Professional Engineers vs. U.S.*, 435 U.S. 677 (1978).
- As. *Arizona vs. Maricopa County Medical Society*, 475 U.S. 343-344 (1982).
- As. *National Collegiate Athletic Association vs. Board of Regentes of the University of Oklahoma*, 468 U.S. 104 (1984).
- As. *State Oil Co. vs. Kahn et al.*, 118 U.S., 275 (1997).

Sentencias de los tribunales federales de distrito estadounidenses

- As. *U.S. vs. Addyston Pipe & Steel Co.*, 85 F. 271 (6th Cir 1898).
- As. *Whitwall vs. Continental Tobacco Co.*, 125 F. 459 (8. Th. Circ. 1903).

Sentencias del Tribunal Constitucional

- Sent. 147/1991, de 4-7, *Conflicto de positivo de competencias sobre pesca* (BOE de 29-7).
- Sent. 118/1996, de 27-6, *Ley de ordenación del transporte terrestre* (BOE de 29-7).
- Sent. 61/1997, de 20-3, *Ley del suelo* (BOE de 25-4).

Sentencias del Tribunal Supremo

- Sent. de 29-10-1955 (RAJ 1955, 3090).
- Sent. de 28-5-1966 (RAJ 1966, 2822).
- Sent. de 28-2-1970 (RAJ 1970, 1032).
- Sent. de 14-11-1970 (RAJ 1970, 4799).
- Sent. de 31-12-1970 (RAJ 1970, 5643).
- Sent. de 14-2-1973 (RAJ 1973, 472).
- Sent. de 17-12-1973 (RAJ 1976, 4788).
- Sent. de 10-2-1976 (RAJ 1976, 786).
- Sent. de 13-11-1976 (RAJ 1976, 4923).
- Sent. de 7-2-1978 (RAJ 1978, 268).
- Sent. de 6-3-1978 (RAJ 1978, 767).
- Sent. de 3-7-1978 (RAJ 1978, 2701).
- Sent. de 30-9-1978 (RAJ 1978, 2862).
- Sent. de 1-6-1979 (RAJ 1979, 2314).
- Sent. de 10-11-1981 (RAJ 1981, 4472).
- Sent. de 11-2-1984 (RAJ 1984, 646).
- Sent. de 15-5-1985 (RAJ 1985, 2393).
- Sent. de 18-5-1985 (RAJ 1985, 2397).
- Sent. de 19-12-1985 (RAJ 1985, 6600).
- Sent. de 28-2-1986 (RAJ 1986, 862).
- Sent. de 3-7-1986 (RAJ 1986, 4408).
- Sent. de 31-12-1986 (RAJ 1986, 7839).

ADDENDA

- Sent. de 15-4-1987 (RAJ 1987, 2711).
- Sent. de 30-6-1987 (RAJ 1987, 4832).
- Sent. de 10-9-1987 (RAJ 1987, 6046).
- Sent. de 22-3-1988 (RAJ 1988, 2224).
- Sent. de 23-3-1988 (RAJ 1988, 2228).
- Sent. de 16-9-1988 (RAJ 1988, 6691).
- Sent. de 5-10-1988 (RAJ 1988, 7384).
- Sent. de 17-2-1989 (RAJ 1989, 972).
- Sent. de 27-2-1989 (RAJ 1989, 1402).
- Sent. de 28-2-1989 (RAJ 1989, 1409).
- Sent. de 19-4-1989 (RAJ 1989, 3241).
- Sent. de 5-6-1989 (RAJ 1989, 4294).
- Sent. de 20-6-1989 (RAJ 1989, 4706).
- Sent. de 22-6-1989 (RAJ 1989, 4775).
- Sent. de 14-7-1989 (RAJ 1989, 5612).
- Sent. de 19-9-1989 (RAJ 1989, 6322).
- Sent. de 20-10-1989 (RAJ 1989, 6944).
- Sent. de 23-10-1989 (RAJ 1989, 6951).
- Sent. de 15-11-1989 (RAJ 1989, 7881).
- Sent. de 16-2-1990 (RAJ 1990, 2754).
- Sent. de 27-2-1990 (RAJ 1990, 722).
- Sent. (Penal) de 15-10-1990 (RAJ 1990, 8057).
- Sent. de 12-12-1990 (RAJ 1990, 9995).
- Sent. de 18-6-1991 (RAJ 1991, 5567).
- Sent. de 3-7-1991 (RAJ 1991, 5320).
- Sent. de 4-7-1991 (RAJ 1991, 5326).
- Sent. de 3-3-1992 (RAJ 1992, 1386).
- Sent. de 15-10-1992 (RAJ 1992, 7823).
- Sent. de 3-12-1992 (RAJ 1992, 9998).
- Sent. de 21-12-1992 (RAJ 1992, 10705).
- Sent. de 24-2-1993 (RAJ 1993, 1298).
- Sent. de 17-3-1993 (RAJ 1993, 2289).
- Sent. de 27-5-1993 (RAJ 1993, 3986).
- Sent. de 23-7-1993 (RAJ 1993, 6280).
- Sent. de 30-12-1993 (RAJ 1993, 9902).
- Sent. de 3-2-1994 (RAJ 1994, 862).
- Sent. de 2-4-1994 (RAJ 1994, 2929).
- Sent. de 30-5-1994 (RAJ 1994, 3764).
- Sent. de 16-10-1995 (RAJ 1995, 7408).
- Sent. de 17-10-1995 (RAJ 1995, 7543).
- Sent. de 8-11-1995 (RAJ 1995, 8637).
- Sent. de 18-12-1995 (RAJ 1995, 9149).
- Sent. de 25-1-1996 (RAJ 1996, 319).
- Sent. de 11-3-1996 (RAJ 1996, 2417).
- Sent. de 27-9-1996 (RAJ 1996, 6646).
- Sent. de 21-10-1996 (RAJ 1996, 7234).

ADDENDA

- Sent. de 14-2-1997 (RAJ 1997, 1418).
- Sent. de 4-3-1997 (RAJ 1997, 1642).
- Sent. de 10-4-1997 (RAJ 1997, 2877).
- Sent. de 18-7-1997 (RAJ 1997, 5522).
- Sent. de 15-11-1997 (RAJ 1997, 8126).

Sentencias de los tribunales inferiores

- Sent. de la Audiencia Provincial de Zaragoza (Sec. 2.^a) de 21-6-1993, en: RDN 1994 (51), pág. 43.

Resoluciones del Tribunal de Defensa de la Competencia

- Res. de 30-1-1990, Exte. 18/90 As. *Wilkhahn*, Bol. Eco. ICE 1990 (2269), págs. 651-653.
- Res. de 23-5-1996, Exte. A 177/96, As. *La Casera*, Bol. Eco. ICE 1996 (2505), págs. 60-61.
- Res. de 30-4-1997, Exte. r 206/97, As. *CEFASA*, Bol. Eco. ICE 1997 (2547), págs. 60-62.

Relación de otros documentos citados

- CÁMARA DE COMERCIO INTERNACIONAL: "Model Form of International Agency Contract (ICC Commercial Agency Contract)", 7 págs.
- COMISIÓN ESPECIAL PARA LA DETERMINACIÓN, ESTUDIO Y PROPUESTA DE SOLUCIÓN DE LOS PROBLEMAS PLANTEADOS EN LA APLICACIÓN DEL ORDENAMIENTO JURÍDICO ECONÓMICO: "Informe de la Comisión Especial para la simplificación del ordenamiento jurídico económico", RDN 1997 (76), págs. 81-94.
- COMISIÓN DE LA COMUNIDAD EUROPEA: Anteproyecto de Comunicación de la Comisión relativa a la cooperación entre la Comisión y las autoridades de competencia de los Estados miembros para la tramitación de los asuntos relacionados con los artículos 85 y 86 del Tratado CE (DOCE núm. C 262/5, de 10.9.1996).
 - "Application of Articles 85-86 in the Member States", obtenido a fecha 25 de diciembre de 1998 en: <http://europa.eu.int/comm/dg04>, 3 págs.
 - *Comunicación de la Comisión sobre la aplicación de las normas comunitarias de competencia a las restricciones verticales. Seguimiento del Libro Verde sobre las restricciones verticales*, Documento COM(98) 544 final, Bruselas, 30.9.1998.
 - *Distribution of Motor Vehicles (Regulation (EC) n.º 1475/95 published in the Official Journal L 145 of 29 June 1995) - Explanatory Brochure*, General Directorate IV-Competition, documento interno IV/9509/95EN.
 - Draft Commission Notice on the definition of the relevant market for the purposes of the Community competition law, revised versión (after discussion on

ADDENDA

14.4.1997), obtenida a fecha 15 de octubre de 1997 en: <http://europa.eu.int/comm/dg04>, 11 págs.

- *Informe del grupo de expertos independientes sobre la simplificación legislativa y administrativa. Resumen y propuestas*, Documento COM(95) 288 final, Bruselas, 21.6.1995.

- *Libro Verde sobre las modalidades de transición a la moneda única*, Documento COM(95) 333 final, Bruselas, 31.5.1995.

- *Libro Verde del Comercio*, Documento COM(96) 530 final, Bruselas, 20.11.1996.

- *Libro Verde sobre las Restricciones Verticales en la Política de Competencia Comunitaria*, Documento COM(96)721 final, Bruselas, 22.1.1997.

- Propuesta de la Comisión de una Directiva del Consejo para la Coordinación de los Derecho de los Estados Miembros aplicable a los agentes comerciales (independientes), presentada el 17 de diciembre de 1976 (ABIEG núm. C 13/2, de 18.1.1977).

- Propuesta modificada de la Comisión de una Directiva del Consejo para la Coordinación de los Derecho de los Estados Miembros aplicable a los agentes comerciales (independientes), presentada el 29 de enero de 1979 (ABIEG núm. C 56/5, de 2.3.1979).

- *XXVII Informe sobre la política de competencia (1997)* (publicado en relación con el "*Informe General sobre la actividad de la Unión Europea*") SEC(98)363 final, Bruselas-Luxemburgo, 1998.

- UNIDROIT: "*Principios sobre los Contratos Comerciales Internacionales*", RDN 1996 (75), págs. 77-88.

- UNIÓN EUROPEA: *Tratado de Amsterdam*, Oficina de Publicaciones Oficiales de las Comunidades Europeas, Luxemburgo, 1997.

Bibliografía

Anónimos

- "Editorial - Avance de contenidos", DyC 1992/93 (7), pág. 8.
- "Editorial Comments - Subsidiarity in EC competition law enforcement", CMLRev 1995 (1), págs. 1-5.
- "Editorial - Competition, the Commission and Some Constitutional Questions of More than Minor Importance", ELRev 1998 (1), págs. 1-2.
- "Editorial - Distribución y Mercado Unico", DyC 1992/93 (7), págs. 10-11.
- "Noticias - Informe sobre la distribución comercial en España", DyC 1997 (34), págs. 88-94.
- "Política de la competencia", RDN 1994 (36), pág. 36.

Autores varios

- AA. VV.: *Concurrence et distribution (XIIIe Journes d'Actualite de Droit de l'Enterprise)*, Col. Actualités de Droit de l'Enterprise núm. 14, Fondation Nationale pour le Droit de l'Enterprise, Litec, Montpellier, 1981.
- AA. VV.: *Estudios de Derecho Mercantil en Homenaje al Profesor Manuel Broseta Pont*, 3 t., Tirant Lo Blanch, Valencia, 1995.
- AA. VV.: *Estudios de Derecho Mercantil en homenaje a Rodrigo Uría*, Civitas, Madrid, 1978.
- AA. VV.: *Estudios de Derecho Mercantil. Homenaje al Profesor Justino F. Duque*, 2 vols., Secretariado de Publicaciones e Intercambio Científico, Universidad de Valladolid, Valladolid, 1998.
- AA. VV.: *Gabler Wirtschaftslexikon*, 13.^a ed., completamente reelaborada, Gabler, Wiesbaden, 1992.
- AA. VV.: *Guía de franquicia*, 2.^a ed., Generalitat Valenciana (Consellería d'Indústria, Comerç i Turisme)-Cámara Oficial de Comercio, Industria y Navegación de Valencia, Valencia, 1989.
- AA. VV.: *Jornadas sobre la reforma de la legislación mercantil*, Forum Universidad-Empresa, Serie jurídico-social, Civitas/Fundación Universidad-Empresa, Madrid, 1979.
- AA. VV.: *La prohibición de venta a pérdida*, Cámara Oficial de Comercio e Industria de Madrid, Madrid, 1997.
- AA. VV.: *Libre competencia y Ley de Ordenación del Comercio Minorista en España*, Cámara Oficial de Comercio e Industria de Madrid, Madrid, 1997.
- AA. VV.: *Mémento Pratique Francis Lefebvre. Distribution: concurrence, accords de distribution, promotion commerciale, protection des consommateurs 1994-1995*, actualizada hasta 15 de marzo de 1994, con puesta al día hasta 1 de abril de 1995, Lefebvre, Paris, 1994.
- AA. VV.: *Nueva ordenación del comercio minorista en España*, Cámara Oficial de

BIBLIOGRAFÍA

Comercio e Industria de Madrid, Madrid, 1996.

- AA. VV., AFFERNI, V. (coord.): *Concorrenza e mercato. Commento alla Legge 10 ottobre 1990 n. 287 e al Decreto Legislativo 25 gennaio 1992 n. 74*, Biblioteca Guiridica núm. 7, CEDAM, Padova, 1994.

- AA. VV., ARIMANY · MANUBENS & ASOCIADOS (coord.), TORNOS MÁS, J. (dir.): *Ordenación del comercio minorista. Comentarios a la Ley 7/1996 y a la Ley Orgánica 2/1996, ambas de fecha 15 de enero*, Praxis, Barcelona, 1996.

- AA. VV., BARBADILLO DE MARÍA, S. (dir.): *Guía de franquicias de España 1998*, 3.ª ed., Barbadillo Asociados Consultores, Madrid, 1998.

- *Guía de franquicias de España 1996*, 1.ª ed., Barbadillo Asociados Consultores, Madrid, 1996.

- AA. VV., BELTRÁN SÁNCHEZ, E. M. y ORUÑA MORENO, F. J. (dir.): *Curso de Derecho privado*, 2.ª ed., Tirant Lo Blanch, Valencia, 1997.

- AA. VV., BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, A. (dir.): *La fijación de precios u otras condiciones contractuales en el Tratado de Roma y en la Ley española sobre prácticas restrictivas de la competencia*, Moneda y Crédito, Madrid, 1970.

- AA. VV., BERCOVITZ RODRIGUEZ-CANO, R., y LEGUINA VILLA, J. (coord.): *Comentarios a las Leyes de Ordenación del Comercio Minorista*, Tecnos, Madrid, 1997.

- AA. VV., BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R., y SALAS HERNÁNDEZ, J. (coord.): *Comentarios a la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios*, Civitas, Madrid, 1992.

- AA. VV., BERNAD ALVAREZ DE EULATE, M. (dir.): *Academia Europea de Jaca 1995*, Separata del Anuario del Real Instituto de Estudios Europeos, I, 1995.

- AA. VV., BRÜGGEMEIER, G. (edr.): *Verfassungen für ein ziviles Europa*, Col. ZERP, vol. 20, Nomos, Baden-Baden, 1994.

- AA. VV., BUNTE, H.-J. (edr.): *Lange/Bunte Kommentar zum deutschen und europäischen Kartellrecht*, 7.ª ed., Luchterhand, Berlin, 1994.

- AA. VV., CALVO CARAVACA, A. L., y FERNÁNDEZ DE LA GÁNDARA, L. (dir.), BLANCO MORALES-LIMONES, P. (coord.): *Contratos internacionales*, Tecnos, Madrid, 1997.

- AA. VV., COLEMAN, J., y LANGE, J. (eds.): *Law and Economics*, 2 vols., Dartmouth, Aldershot/Hong Kong/Singapore/Sydeny, 1992.

- AA. VV., GROEBEN, H. v. D., THIESING, J., y EHLERMANN, C.-D. (eds.): *Kommentar zum EWG-Vertrag*, vol. 2 (Artikel 85-109), 4.ª ed., releaborada, Nomos, Baden-Baden, 1991.

- AA. VV., HÉMARD, J. (dir.): *Encyclopedie Juridique Dalloz - Répertoire de droit commercial*, Dalloz, Paris.

- AA. VV., IGLESIAS PRADA, J. L. (coord.): *Estudios jurídicos en Homenaje al Profesor Aurelio Menéndez*, 4 t., Madrid, Civitas, 1996.

- AA. VV., JIMÉNEZ SÁNCHEZ, G. (coord.): *Derecho Mercantil*, t. I, 3.ª ed., corregida y puesta al día, Col. Ariel Derecho, Ariel, Barcelona, 1995.

- *Derecho Mercantil*, t. II, 2.ª ed., corregida y puesta al día, Col. Ariel Derecho, Ariel, Barcelona, 1992.

- *Lecciones de Derecho Mercantil*, 4.ª ed., corregida y puesta al día, Tecnos, Madrid, 1997.

- AA. VV., MARTINEK, M., y SEMLER, F.-J. (eds.): *Handbuch des Vertriebsrechts*, Beck, München, 1996.

- AA. VV., MERCURO, N. (edr.): *Derecho y Economía*, Instituto de Estudios Fiscales, Ministerio de Economía y Hacienda, Madrid, 1991.

- AA. VV., MONTOYA MELGAR, A. (dir.): *Enciclopedia Jurídica Básica*, 4 vols., Civitas,

Madrid, 1995.

- AA. VV., PAZ-ARES RODRÍGUEZ, C. (coord.): *Tratando de la Sociedad Limitada*, Fundación cultural del Notariado, Madrid, 1997.
- AA. VV., PIÑAR MAÑAS, J.-L., y BELTRÁN SÁNCHEZ, E. (dir.): *Comentarios a la Ley de Ordenación del Comercio Minorista y a la Ley Orgánica complementaria*, Universidad San Pablo-CEU/Civitas, Madrid, 1997.
- AA. VV., ROSE, V. (edr.): *Bellamy & Child Common Market Law of Competition*, 4.^a ed., Sweet & Maxwell, London, 1993.
- AA. VV., SACCO, R. (dir.): *Trattato di Diritto Comparato*, 5 t., UTET, Torino.
- AA. VV., SNYDER, F. (edr.): *European Community Law*, 2 vols., Col. The International Library of Essays in Law & Legal Theory, Dartmouth, Aldershot/Hong-Kong/Singapore/Sydney, 1993.
- AA. VV., TORMO, E. A. (dir.): *Franquicias '97 - Guía de franquicias*, Selina Olmedo, Madrid, 1996.
- AA. VV., WEIJER, G.-M. (edr.): *Commercial Agency and Distribution Agreements: Law and Practice in the Member States of European Community*, Graham & Trotman, London/Dordrecht/Boston, 1989.

A

- ABASCAL ZAMORA, J. M.: "Los principios sobre los contratos comerciales internacionales de UNIDROIT", RDN 1997 (81), págs. 11-24.
- ABELL, M.: *The Franchise Option (A Legal Guide)*, Waterlow, London, 1989.
- ACKERMANN, T.: "Die Zukunft vertikaler Vertriebsvereinbarungen im EG-Kartellrecht. Anmerkungen zum Grünbuch der Kommission", EuZW 1997 (9), págs. 271-275.
- ADAMS, J. N.: "Opinion - The E.C.'s Green Paper on Vertical Restraints: Franchising", EIPR 1998 (1), págs. 1-3.
- AGUILÓ PIÑA, J. F.: "Consideraciones sobre el contrato de franquicia", RGD 1986 (507), págs. 4807-4842.
- ALFARO AGUILA-REAL, J.: "Conflictos intrasocietarios (Los justos motivos como causa legal de exclusión y separación de un socio en la sociedad de responsabilidad limitada)", RDM 1996 (222), págs. 1079-1141.
 - *Interés social y derecho de suscripción preferente. Una aproximación económica*, Civitas, Madrid, 1995.
 - "La exclusión de socios", en: AA. VV., PAZ-ARES RODRÍGUEZ, C. (coord.): *Tratando de la Sociedad Limitada*, Fundación cultural del Notariado, Madrid, 1997, págs. 887-930.
 - "Los costes de transacción", en: AA. VV., IGLESIAS PRADA, J. L. (coord.): *Estudios Jurídicos en Homenaje al Profesor Aurelio Menéndez*, t. I (Introducción y Títulos valor), Civitas, Madrid, 1996, págs. 132-162.
 - "Voz «Franchising (D.º Mercantil)»", en: AA. VV., MONTOYA MELGAR, A. (dir.): *Enciclopedia Jurídica Básica*, Civitas, Madrid, 1995, vol. II, págs. 3153-3158.
- ALONSO SOTO, R.: "Distribución comercial y Derecho de la competencia", DyC 1993 (12), págs. 30-37.
 - "La Ley de Ordenación del Comercio Minorista y el Derecho de la competencia", en: AA. VV.: *Libre competencia y Ley de Ordenación del Comercio Minorista en España*,

BILBIOGRAFÍA

- Cámara Oficial de Comercio e Industria de Madrid, Madrid, 1997, págs. 151-166.
- "La modificación de la Ley española de Defensa de la Competencia", GJ 1997 (Bol. 120), págs. 1-3.
 - "Recensión a: VICIANO PASTOR, J.: *Libre competencia e intervención pública en la economía. (Acuerdos restrictivos de la competencia de origen legal)*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 1995", RDM 1996 (222), págs. 1572-1577.
 - Voz "Acuerdo vertical (D.º Mercantil)", en: AA. VV., MONTOYA MELGAR, A. (dir.): *Enciclopedia Jurídica Básica*, vol. I, Civitas, Madrid, 1995, págs. 227-228.
 - ALONSO UREBA, A.: *Elementos de Derecho mercantil*, I. Introducción (Concepto, método y sistema), Facultad de Derecho, Universidad de Castilla-La Mancha, Albacete, 1989.
 - "La competencia", RDM 1981 (161-162), págs. 523-580.
 - *La Empresa Pública (Aspectos jurídico-constitucionales y de Derecho económico)*, Montecorvo, Madrid, 1985.
 - ALVAREZ CAPEROCHIPI, J. A.: *El mandato y la comisión mercantil*, Col. Monografías, Comares, Granada, 1997.
 - AMADEO PETITBÓ, J.: "La necesaria modernización del pequeño comercio", en: AA. VV.: *Libre competencia y Ley de Ordenación del Comercio Minorista en España*, Cámara Oficial de Comercio e Industria de Madrid, Madrid, 1997, págs. 1-39.
 - ANDRÉ, M.-E.: *Les contrats de la grande distribution*, Col. Bibliothèque de Droit de l'Enterprise núm. 25, Fondation Nationale pour le Droit de l'Enterprise, Litec, Paris, 1991.
 - ANGULO RODRÍGUEZ, L.: "Colaboradores del empresario y otros contratos de colaboración", en: AA. VV., JIMÉNEZ SÁNCHEZ, G. (coord.): *Derecho Mercantil*, t. II, 2.ª ed., corregida y puesta al día, Col. Ariel Derecho, Ariel, Barcelona, 1992, págs. 257-273.
 - "Contratos de colaboración", en: AA. VV., JIMÉNEZ SÁNCHEZ, G. (coord.): *Lecciones de Derecho Mercantil*, 4.ª ed., corregida y puesta al día, Tecnos, Madrid, 1997, págs. 352-365.
 - ANSTETT-GARDEA, L.: "Frankreich (§ 46)", en: AA. VV., MARTINEK, M., y SEMLER, F.-J. (eds.): *Handbuch des Vertriebsrechts*, Beck, München, 1996, págs. 1130-1146.
 - ARAGONÉS, R.: "Comercio electrónico. ¿Revolución o espejismo virtual?", DyC 1997 (35), págs. 6-19.
 - "Distribución comercial en Gran Bretaña", DyC 1994 (17), págs. 124-135.
 - "Distribución y 'autopistas de la información'", DyC 1995/96 (25), págs. 96-103.
 - ARANDA GARCÍA, E.: "La política económica en las relaciones producción/distribución", DyC 1994 (17), págs. 25-35.
 - AREÁN LALÍN, M.: "Los acuerdos de exclusiva en el Derecho comunitario europeo de la libre competencia", ADI 1983 (IX), págs. 517-520.
 - AREEDA, P., y KAPLOW, L.: *Antitrust Analysis. Problems, Text, Cases*, 4.ª ed., Little, Brown and Co., Boston/Toronto, 1988.
 - ARIMANY LAMOGLIA, E., y MANUBENS FLORENSA, C.: "Comentario a los artículos 16 y 17", en: AA. VV., ARIMANY · MANUBENS & ASOCIADOS (coord.), TORNOS MÁS, J. (dir.): *Ordenación del comercio minorista. Comentarios a la Ley 7/1996 y a la Ley Orgánica 2/1996, ambas de fecha 15 de enero*, Praxis, Barcelona, 1996, págs. 149-176.
 - ARIMANY · MABUENS & ASOCIADOS: *Ordenación del comercio minorista...*: véase AA. VV., ARIMANY...
 - ARMENGOL I GASULL, O.: "La Comisión publica una Comunicación en la que clarifica su práctica administrativa de acceso a los expedientes en materia de competencia", GJCE 1997 (Bol. 121), págs. 17-19.
 - ASCARELLI, T.: "Función del Derecho comparado en la interpretación del Derecho y

BIBLIOGRAFÍA

metodología del Derecho comprado", Rev. del Inst. de Derecho Comparado 1953 (1), págs. 19-37.

- AULETTA, G., y SALANITRO, N.: *Diritto commerciale*, 10.^a ed., Giuffrè, Milano, 1996.
- AVILA ALVAREZ, A. M., y PANIZO GARCÍA, A.: "Los precios en la Ley de ordenación del comercio minorista. Especial referencia a la venta con pérdidas", en: AA. VV.: *Nueva ordenación del comercio minorista en España*, Cámara Oficial de Comercio e Industria de Madrid, Madrid, 1996, págs. 79-101.
- AXSTER, O.: "Das »Alles-oder-Nichts-Prinzip« der EG-Gruppenfreistellungsverordnungen", WuW 1994 (7 y 8), págs. 615-622.

B

- BACH, A.: "Die Zukunft des selektiven Vertriebs in der EG. Zur Novellierung der Gruppenfreistellungsverordnung für den Kfz.-Vertrieb", WuW 1995 (1), págs. 5-21.
- BADENAS CARPIO, J. M.: "Comentario al artículo 22", en: AA. VV., BERCOVITZ RODRIGUEZ-CANO, R., y LEGUINA VILLA, J. (coord.): *Comentarios a las Leyes de Ordenación del Comercio Minorista*, Tecnos, Madrid, 1997, págs. 398-460.
 - "Comentario al artículo 23", en: AA. VV., BERCOVITZ RODRIGUEZ-CANO, R., y LEGUINA VILLA, J. (coord.): *Comentarios a las Leyes de Ordenación del Comercio Minorista*, Tecnos, Madrid, 1997, págs. 461-483.
- BAEL, I. v.: "Fining à la Carte: The Lottery of EU Competition Law", ECLR 1995 (4), págs. 237-243.
 - "Heretical Reflections on the Basis Dogma of EEC Antitrust: Single Market Integration", RSDIC 1980 (10), págs. 39-56.
 - "Editorial - The Role of the National Courts", ECLR 1994 (1), págs. 3-7.
- BAEL, I. v., y BELLIS, J. F.: *Droit de la Concurrence de la Communauté Économique Européenne*, Bruylant, Bruxelles, 1991.
- BAHNTJE, U.: "Wettbewerbsbeschränkung und Wettbewerbsermöglichung", WuW 1993 (10), págs. 825-835.
- BAKER, S., y WU, L.: "Applying the Market Definition Guidelines of the European Commission", ECLR 1998 (5), págs. 273-280.
- BALDI, R.: *Il Contratto di Agenzia*, 4.^a ed., completamente actualizada, reelaborada y ampliada, Giuffrè, Milano, 1987.
 - *Il Diritto della Distribuzione Commerciale nell'Europa Comunitaria*, CEDAM, Padova, 1984; trad. esp.: *El derecho de la distribución comercial en la Europa comunitaria*, EDERSA, Madrid, 1988.
- BALLINA BALLINA, F. J. D. L.: "Las perspectivas de desarrollo del marketing directo en España", ICE 1995 (739), págs. 130-142.
- BANGEMANN, M.: "La politique de l'Union dans le secteur automobile", RMCUE 1997 (409), págs. 369-375.
- BAÑO LEÓN, J. M.: *Potestades administrativas y garantías de las empresas en el Derecho español de la libre competencia*, Col. Monografías-Ciencias Jurídicas, McGraw-Hill, Madrid, 1996.
 - BARBADILLO DE MARÍA: *Guía de franquicias en España 1998*: véase AA. VV., BARBADILLO DE MARÍA...
- BARON, M., y KRETSCHMER, F.: "Kontraste - Meinungen zur 6. Novelle GWB", WuW

1998 (7 y 8), págs. 651-655.

- BARR, F.: "Has the U.K. Gone European: Is the European Approach of the Competition Bill More than an Illusion?", ECLR 1998 (1), págs. 139-144.

- "The New Commission Notice on Agreements of Minor Importance: Is Appreciability a Useful Measure?", ECLR 1997 (4), págs. 207-203.

- BARTLING, H.: "Schlußfolgerungen aus Entwicklungstendenzen der Wettbewerbstheorie für Wettbewerbspolitik", WuW 1993 (1), págs. 16-30.

- BASEDOW, J.: "Comfort letters - Komfort für wen?", ZEuP 1995 (3), págs. 175-176.

- "Rechtssicherheit im europäischen Wirtschaftsrecht - Ein allgemeiner Rechtsgrundsatz im Lichte der wettbewerbsrechtlichen Rechtsprechung", ZEuP 1996 (4), págs. 570-586.

- BAUDENBACHER, C., y BEESER, S.: "Gesamteuropäische Konvergenzentwicklungen im Kartellrecht", WuW 1997 (9), págs. 681-691.

- BAYREUTHER, F.: "Absoluter Gebietsschutz und quantitativ-selektiver Vertrieb im Kfz-Handel. Zur Kommissionsentscheidung vom 28.1.1998 (IV/35.733 - VW gegen VW/Audi)", WuW 1998 (9), págs. 820-830.

- BECHTOLD, R.: "Zum Referenten-Entwurf der 6. GWB-Novelle", BB 1997 (37), págs. 1853-1858.

- BEHRENS, P.: "Die Wirtschaftsverfassung der europäischen Gemeinschaft", en: AA. VV., BRÜGGEMEIER, G. (edr.): *Verfassungen für ein ziviles Europa*, Schriftenreihe des ZERP, vol. 20, Nomos, Baden-Baden, 1994, págs. 73-90.

- BELTRÁN SÁNCHEZ, E.: "Comentario al artículo 1", en: AA. VV., PIÑAR MAÑAS, J.-L., y BELTRÁN SÁNCHEZ, E. (dir.): *Comentarios a la Ley de Ordenación del Comercio Minorista y a la Ley Orgánica complementaria*, Universidad San Pablo-CEU/Civitas, Madrid, 1997, págs. 25-30.

- BELLO MARTÍN-CRESPO, M. P.: *Concentración de Empresas de Dimensión Comunitaria*, Aranzadi, Pamplona, 1997.

- "La definición del mercado relevante en la aplicación de las normas de competencia. Análisis de la comunicación de la Comisión", GJCE 1997 (Bol. 129), págs. 5-12.

BERNAD ALVAREZ DE EULATE: *Academia Europea...*: véase AA. VV., BERNAD ALVAREZ DE EULATE...

- BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, A.: "Comentario a la sentencia del Tribunal Supremo de 8 de noviembre de 1995", CCJC 1996 (41), págs. 525-537.

- "Comentario al artículo 1", en: AA. VV., BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R., y SALAS HERNÁNDEZ, J. (coord.): *Comentarios a la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios*, Civitas, Madrid, 1992, págs. 17-43.

- "La formación del derecho de la competencia", ADI 1975 (II), págs. 61-81.

- "Notas sobre los aspectos jurídico-mercantiles de la Ley de Ordenación del Comercio Minorista (LCM)", en: AA. VV.: *Estudios de Derecho Mercantil. Homenaje al Profesor Justino F. Duque*, vol. II, Secretariado de Publicaciones e Intercambio Científico, Universidad de Valladolid, Valladolid, 1998, págs. 941-951.

- "Una visión crítica al Proyecto de Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada", en: AA. VV.: *La reforma de la Sociedad de Responsabilidad Limitada*, Civitas, Madrid, 1994, pág. 89.

A. BERCOVITZ: *La fijación de precios u otras condiciones...*: véase AA. VV., BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO...

BERCOVITZ/LEGUINA: *Comentarios a las Leyes de Ordenación...*: véase AA. VV.,

BIBLIOGRAFÍA

BERVOVITZ-RODRIGUEZ CANO, R., y LEGUINA VILLA...

- BERENGUER FUSTER, L.: "Los derechos de defensa en los procedimientos en materia de competencia. Derecho español y comunitario", GJ 1997 (D-27), págs. 71-117.
- BERGH, R. V. D.: "Modern Industrial Organization versus Old-fashioned European Competition Law", ECLR 1996 (2), págs. 75-87.
- BERGH, R. V. D., y CAMESASCA, P.: "Die 6. GWB-Novelle unter dem Gesichtspunkt des Subsidiaritätsprinzip: Teilkonvergenz mit dem europäischen Recht", WuW 1998 (12), págs. 1147-1162.
- BESCÓS TORRES, M.: *Factoring y franchising. Nuevas técnicas de dominio de los mercados exteriores*, Pirámide, Madrid, 1990.
 - *La franquicia internacional. La opción empresarial de los años noventa*, Servicio de Estudios Económicos del Banco Exterior de España, Madrid, 1989.
- BEUTLER, B., BIEBER, R., PIPKORN, J., y STREIL, J.: *Die Europäische Union. Rechtsordnung und Politik*, 4ª. ed. reelaborada, Nomos, Baden-Baden, 1993.
- BIRO, Z., y FLETCHER, A.: "The E.C. Green Paper on Vertical Restraints: An Economic Comment", ECLR 1998 (3), págs. 129-138.
- BISHOP, B.: "Antitrust Enforcement and the Rule of Law", ECLR 1998 (1), págs. 1-3.
 - "The Modernisation of DG IV", ECLR 1997 (8), págs. 481-484.
- BISHOP, B., y BISHOP, S.: "Reforming Competition Policy: Bundeskartellamt - Moder or Muddle?", ECLR 1996 (4), págs. 207-209.
- BISSOCOLI, E.: "Exclusive Purchasing Obligations: The Italian Chapter of the Ice Cream Distribution Saga", ECLR 1998 (8), págs. 520-529.
- BLACK, O.: "Per se rules and Rules of Reason: What Are They?" ECLR 1997 (3), págs. 145-161.
- BLAISE, J.-B.: "Droit de la concurrence", RTDE 23/1987, págs. 671-690.
 - "Editorial - Quelques remarques sur l'activité du Tribunal de première instance dans le domaine de la concurrence", EuZW 1996 (8), pág. 225.
- BODOFF, J.: "Competition Policies of the US and the EEC: an Overview", ECLR 1984, págs. 51-81.
- BONELL, M. J.: "The UNIDROIT Principles in Practice: The Experience of the First Two Years", Unif.L.Rev. 1997 (1), págs. 34-45.
 - "The UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts and the Principles of European Contract Law: Similar Rules for the Same Purposes?", Unif.L.Rev. 1996 (2), págs. 229-246.
- BOS, P.-V.: "Towards a Clear Distribution of Competence between EC and National Competition Authorities", ECLR 1995 (7), págs. 410-416.
- BOTANA AGRA, M.: "El contrato de agencia en el Derecho español", RDN 1993 (30), págs. 1-14.
 - "La distribución selectiva en el Derecho comunitario de la competencia. Comentario a la sentencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas de 25 de octubre de 1983: caso 'AEG/Commission'", ADI 1984-85 (X), págs. 257-280.
 - "Los actos anticompetitivos prohibidos por el artículo 85.1 del TCE", Noticias UE 1998 (156), págs. 53-64.
- BOTIJA BELTRÁN, M. A.: "Los contratos de franquicia de servicios en consideración con el derecho de competencia y de consumidores y usuarios", Noticias CEE 1989 (53), págs. 49-52.
- BOUT, R. (y dir.), y PRIETO, C. [CAS, G.]: *Lamy - Droit économique: concurrence, distribution, consommation - 1998*, Lamy, Paris, 1997.

BILBIOGRAFÍA

- BOUTARD-LABARDE, M.-C., y CANIVET, G.: *Droit français de la concurrence*, Col. Droit des affaires, LGDJ, Paris, 1994.
- BOVIS, C.: *Business Law in the European Union*, Sweet & Maxwell, London, 1997.
- BOWLES, R. A.: *Law and the Economy*, Martin Roberston, Oxford, 1982.
- BRENT, R.: "The Binding of Leviathan? The Changing Role of the European Commission in Competition Cases", ICLQ 1995, págs. 255-279.
- BRINKER, I.: "Ansätze für eine EG-konforme Auslegung des nationalen Kartellrechtes", WuW 1996 (7 y 8), págs. 549-558.
- BRITTAN, L.: "Competition Policy in the European Community: What's New in the Old World?", WC 1991 (4), págs. 5-11.
- BRONETT, G.-K. D.: "Aktensicht in Wettbewerbsverfahren der Europäischen Kommission", WuW 1997 (5), págs. 383-393.
 - "Eröffnung und Abschluß von Wettbewerbsverfahren im Anwendungsbereich der VO Nr. 17 des Rates", WuW 1989 (6), págs. 459-470.
- BROSETA PONT, M.: *La empresa y la unificación del Derecho de obligaciones y el Derecho Mercantil*, Tecnos, Madrid, 1965.
 - *Manual de Derecho Mercantil*, 10.^a ed., Tecnos, Madrid, 1994.
 - BRÜGGEMEIER: *Verfassungen...*: véase AA. VV., BRÜGGEMEIER...
- BUESO GUILLÉN, P.-J.: "Los criterios determinantes del carácter abusivo en la Directiva comunitaria sobre cláusulas abusivas en contratos celebrados con consumidores", RDBB 1995 (59), págs. 653-681.
 - BUNTE: *Lange/Bunte Kommentar...*: véase AA. VV., BUNTE...
- BURT, S.: "Gran Bretaña. La adaptación a un escenario en crisis", DyC 1992/93 (7), págs. 60-71.

C

- CAGNASSO, O.: *La concessione di vendita. Problemi di qualificazione*, Quaderni di Giurisprudenza Commerciale núm. 51, Giuffrè, Milano, 1983.
- CALABRESI, G.: "Some Thoughts on Risk Distribution and the Law of Torts", 68 Yale L. Rev. 1961, pág. 499 y sigs.
- CALVO CARAVACA, A.-L., y CARRASCOSA GONZÁLEZ, J.: "Tendencias de la regulación del comercio en Europa", en: AA. VV.: *Nueva ordenación del comercio minorista en España*, Cámara de Industria y Comercio de Madrid, Madrid, 1996, págs. 255-321.
- CALVO CARAVACA, A.-L., y FERNÁNDEZ DE LA GÁNDARA, L.: "Política y Derecho de la competencia en la C.E.E.: una aproximación", RGD 1993 (583), págs. 3379-3447.
 - CALVO/FERNÁNDEZ DE LA GÁNDARA/BLANCO: *Contratos internacionales*: véase AA. VV., CALVO...
- CAMACHO DE LOS RÍOS, J.: "Actualidad del contrato estimatorio. Su problemática", en: AA. VV.: *Estudios de Derecho Mercantil. Homenaje al Profesor Justino F. Duque*, vol. II, Secretariado de Publicaciones e Intercambio Científico, Universidad de Valladolid, Valladolid, 1998, págs. 1207-1220.
- CANARIS, C.-W.: *Handelsrecht: ein Studienbuch*, 22.^a ed., Col. Juristische Kurz-Lehrbücher, Beck, München, 1995.
- CANO RICO, J. R.: *Manual práctico de contratación mercantil*, 2 t., 3.^a ed., Tecnos, Madrid, 1993.

BILBIOGRAFÍA

- CAPILLA RONCERO, F.: "Comentario a la sentencia del Tribunal Supremo de 19 de diciembre de 1985", CCJC 1986 (10), págs. 3337-3355.
- CARBAJO CASCÓN, F.: "El sistema de precio fijo en la venta de libros desde la perspectiva del Derecho de la competencia", ADI 1997 (XVIII), págs. 939-959.
- CARDELÚS I GASSIOT, L.: *El contrato de franchising*, Promociones y Publicaciones Universitarias, Barcelona, 1988.
- CARDOSO E CUNHA, A.: "Mercado Unico y distribución", DyC 1992/93 (7), pág. 5.
- CARLIN, F. M.: "Vertical Restraints: Time for Change?", ECLR 1996 (5), págs. 283-288.
- CASA, F., y CASABÓ, M.: *La franquicia (Franchising)*, Gestió 2000, Barcelona, 1989.
- CASARES RIPOL, J.: "Distribución comercial nueva en un mundo nuevo. Formas de competencia", DyC 1993 (12), págs. 12-17.
 - "La política de comercio interior. Posibles ampliaciones del 'lecho de Proscuto'", ICE 1995 (739), págs. 15-25.
 - "Observatorio de la distribución comercial", DyC 1997 (35), págs. 109-111.
 - "Política de comercio interior. Regulación pública, intereses sectoriales y calidad de vida", DyC 1994 (17), págs. 10-18.
- CASARES RIPOL, J., ET AL.: *La Economía de la distribución comercial en España*, Ariel, Barcelona, 1987.
- CASARES RIPOL, J., y ARANDA GARCÍA, E.: "Distribución comercial y empleo en la sociedad de los trabajos", ICE 1997 (763), págs. 162-176.
 - "El empleo en la distribución comercial. Características y tendencias", DyC 1997 (36), págs. 5-23.
- CASARES RIPOL, J., y BONILLA DELGADO, M. A.: "El empleo en la distribución comercial. Políticas sectoriales en España y otros países", DyC 1997 (36), págs. 43-67.
- CASARES RIPOL, J., y MARTÍN CERDEÑO, V. J.: "Planteamientos de política laboral en comercio interior. Un enfoque de modernización con empleo", DyC 1997 (36), págs. 25-41.
- CASARES RIPOL, J., y REBOLLO ARÉVALO, A.: *Distribución comercial*, Tratados y Manuales, Biblioteca Civitas Economía y Empresa, Civitas, Madrid, 1996.
 - "Distribución comercial. La aceleración del cambio", DyC 1991 (1), págs. 10-38.
- CASES PALLARES, L.: *Derecho Administrativo de la Defensa de la Competencia*, Escola d'Administració Pública de Catalunya/Marcial Pons, Madrid, 1995.
- CASTELL BORRÁS, B.: *La defensa de la competencia en la C.E.E. Artículo 85 del Tratado de Roma*, Praxis, Barcelona, 1986.
- CLIMENT GUIMERÁ, M.: "Reglamentos de exención por categorías en la UE: automóviles y transferencia de tecnología", ICE 1996 (750), págs. 37-44.
- COASE, R. H.: "Law and Economics at Chicago", 36 J. L. & E. 1993, págs. 239-254.
 - "The Problem of the Social Cost", 3 J. Law & Econ. 1960, pág. 1 y sigs.
- COLEMAN, J., y LANGE, J.: "Introduction", en: AA. VV., COLEMAN, J., y LANGE, J. (eds.): *Law and Economics*, vol. I, Dartmouth, Aldershot/Hong Kong/Singapore/Sydney, 1992, págs. xi-xxiii.
 - "Introduction", en: AA. VV., COLEMAN, J., y LANGE, J. (eds.): *Law and Economics*, vol. II, Dartmouth, Aldershot/Hong Kong/Singapore/Sydney, 1992, págs. xi-xxiv.
- COLEMAN/LANGE: *Law and Economics*: véase AA. VV., COLEMAN...
- COMENGE PUIG, M.: "Comentario a las modificaciones de la Ley de Defensa de la Competencia introducidas por el RD-Ley 7/96", Bol. Eco. ICE 1998 (2580), págs. 19-23.
- COMISIÓN ESPECIAL PARA LA DETERMINACIÓN, ESTUDIO Y PROPUESTO DE SOLUCIÓN DE LOS PROBLEMAS PLANTEADOS EN LA APLICACIÓN DEL ORDENAMIENTO JURÍDICO ECONÓMICO:

BIBLIOGRAFÍA

"Informe de la Comisión Especial para la Simplificación del Ordenamiento Jurídico Económico", RDN 1997 (76), págs. 81-94.

- COMISIÓN DE LA COMUNIDAD EUROPEA: "Application of Articles 85-86 in the Member States", obtenido a fecha 25 de diciembre de 1998 en: <http://europa.eu.int/comm/dg04>, 3 págs.

- *Comunicación de la Comisión sobre la aplicación de las normas comunitarias de competencia a las restricciones verticales. Seguimiento del Libro Verde sobre las restricciones verticales*, Documento COM(98) 544 final.

- *Distribution of Motor Vehicles (Regulation (EC) n.º 1475/95 published in the Official Journal L 145 of 29 June 1995) - Explanatory Brochure*, General Directorate IV-Competition, documento interno IV/9509/95EN.

- *Informe del grupo de expertos independientes sobre la simplificación legislativa y administrativa. Resumen y propuestas*, Documento COM(95) 288 final, Bruselas, 21.6.1995.

- *Libro Verde sobre las modalidades de transición a la moneda única*, Documento COM(95) 333 final, Bruselas, 31.5.1995.

- *Libro Verde del Comercio*, Documento COM(96) 530 final, Bruselas, 20.11.1996.

- *Libro Verde sobre las Restricciones Verticales en la Política de Competencia Comunitaria*, Documento COM(96)721 final, Bruselas, 22.1.1997.

- *Survey of the Member State National Laws Governing Vertical Distribution Agreements*, Oficina de Publicaciones Oficiales de las Comunidades Europeas, Luxemburgo, 1996.

- *Surveys of the Member States' powers to investigate and sanction violation of national competition laws*, Oficina de Publicaciones Oficiales de las Comunidades Europeas, Luxemburgo, 1995.

- *XXVII Informe sobre la política de competencia (1997)* (publicado en relación con el "Informe General sobre la actividad de la Unión Europea") SEC(98)363 final, Bruselas-Luxemburgo, 1998.

- COSTAS COMESAÑA, J.: "La nueva regulación de las medidas limitativas de la competencia: El Real Decreto-Ley 7/1996", RGD 1997 (632), págs. 5679-5714.

- "Los acuerdos de menor importancia en la Ley de defensa de la competencia", ADI 1993 (XV), págs. 153-164.

- *Los cárteles de crisis. Crisis económica y defensa de la competencia*, Col. Monografías Jurídicas, Marcial Pons, Madrid, 1997.

- CRAMPTON, P. S.: "Alternative Approaches to Competition Law. Consumer's Surplus, Total Surplus, Total Welfare an Non-Efficiency Goals", WC 1993-1994 (3), págs. 55-86.

- CREUS CARRERAS, A.: *La distribución de automóviles en la Comunidad Europea. Los contratos de distribución de automóviles en el marco del Reglamento (CE) n.º 1475/95*, Col. Biblioteca Jurídica Cuatrecasas, Tirant Lo Blanch, Valencia, 1997.

- CREUZIG, J.: "Die neue Gruppenfreistellungsverordnung für Vertriebs- und Kundendienstvereinbarungen in Kfz-Bereich. Bemerkungen zur Anwendung der Verordnung Nr. 1475/95 in der Praxis", EuZW 1995 (21), págs. 723-732.

- "Vertrieb von Kraftfahrzeugen. Zum Leitfaden der Kommission von Oktober 1995", EuZW 1996 (7), págs. 197-201.

- "Zum Fortbestand des selektiven und exklusiven Vertriebssystem der VW AG nach der Kartellentscheidung der Kommission", EuZW 1998 (10), págs. 293-298.

- CROWTHER, P.: "Product Market Definition in E.C. Competition Law: The Compatibility of Legal and Economic Approaches", JBL 1996, págs. 177-198.

BIBLIOGRAFÍA

- CRUZ, P. D. L.: "Vertical Restraints: U.S. and E.U. Policy Toward Manufacturer-Retailer Relationships", ECLR 1997 (5), págs. 292-299.
- CRUZ ROCHE, I.: "Estancamiento de las ventas de las grandes superficies y relaciones entre fabricantes y distribuidores", DyC 1996 (27), págs. 123-125.
 - "Evaluación de los problemas del comercio: un enfoque competitivo", DyC 1996/97 (31), págs. 7-15.
 - "La venta a pérdida en las relaciones fabricante distribuidor", DyC 1997 (33), págs. 102-110.
 - "Presentación: distribución comercial y consumo", EC 1986 (9), págs. 11-14.
 - "Promociones en precios y ventas a pérdida", ICE 1995 (739), págs. 110-116.
- CRUZ ROCHE, I., y MÚGICA GRIJALBA, J.-M.: "La distribución comercial en España y en la CEE", EC 1986 (7), págs. 47-61.
- CRUZ ROCHE, I., y REBOLLO ARÉVALO, A.: "Actuaciones públicas para articular el sistema de distribución. Plan Marco de Modernización del Comercio", DyC 1995 (23), págs. 46-55.
- CUMMING, G.: "Automec and Asia France v Commission", ECLR 1994 (1), págs. 32-40.
 - "Assesors, Judicial Notice and Domestic Enforcement of E.U. Articles 85 and 86", ECLR 1997 (6), págs. 368-377.
 - "Langnese-Iglo GmbH and Distribution Agreement", JBL 1996, págs. 507-518.
- CURZON, L. B.: *Dictionary of Law*, 3.^a ed., Pitman, London, 1988 (reimpresión 1990).

CH

- CHAMPAUD, C.: "La concession commerciale", RTDCom 1963, págs. 451-504.
- CHARBONNIER, V.: "Vertikale Absprachen im europäischen und internationalen Kartellrecht", DZWIZ 1996 (7), págs. 265-273.

D

- DARGALLO NIETO, M.: "Los contratos de franquicia y el Derecho comunitario. La Sentencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas en el caso 'Pronuptia'", RJC 1987, págs. 199-205.
- DAVIS, G.: "Editorial – Vom Formel- zum Auswirkungsprinzip – das neue englische Wettbewerbsrecht", EuZW 1998 (22), pág. 673.
- DAWSON, J. A., y SHAW, S. A.: "El comercio minorista en Europa. La experiencia de las alianzas empresariales", DyC 1992/93 (7), págs. 73-83.
- DEKEYSER, K.: "L'accès au dossier dans les procédures de concurrence", CPNews 1997 (1), págs. 6-7.
- DELEBECQUE, P., y GERMAIN, M.: *Georges Riperte/René Roblot Traité de Droit Commercial*, t. 2, 14.^a ed., LGDJ, Paris, 1994.
- DELGADO ECHEVERRÍA, J., y RIVERO HERNÁNDEZ, F.: "Contratos de obras y servicios", en: LACRUZ BERDEJO, J. L., SANCHO REBULLIDA, F. D. A., LUNA SERRANO, A., DELGADO ECHEVERRÍA, J., RIVERO HERNÁNDEZ, F., y RAMS ALBESA, J.: *Elementos de Derecho civil, II* (Derecho de obligaciones), vol. 2.^o (Contratos y cuasicontratos. Delitos y cuasidelitos), 3.^a ed., Bosch, Barcelona, 1995, págs. 189-250.
- DESAI, K. S.: "The European Commission's Draft Notice on Market Definition: a Brief

BILBIOGRAFÍA

- Guide to Economics", ECLR 1997 (7), págs. 473-477.
- DEWEY, D.: "Economists and antitrust: the circular road", 35 Ant. Bull. 1990, págs. 349-371.
 - DÍAZ ALABART, S.: "Comentario al artículo 35", en: AA. VV., BERCOVITZ RODRIGUEZ-CANO, R., y LEGUINA VILLA, J. (coord.): *Comentarios a las Leyes de Ordenación del Comercio Minorista*, Tecnos, Madrid, 1997, págs. 579-586.
 - DÍAZ MIER, M. A.: "Nuevo escenario internacional. La distribución comercial en el GATT", DyC 1994 (17), págs. 44-54.
 - DÍEZ-PICAZO, L.: "Contrato de agencia y de concesión mercantil", en: IDEM: *Dictámenes Jurídicos*, Civitas, Madrid, 1981, págs. 161-174.
 - DÍEZ-PICAZO, L., y GULLÓN, A.: *Instituciones de Derecho civil*, vol. I/2 (Doctrina general del contrato y de las obligaciones. Contratos en especial. Cuasi contratos. Enriquecimiento sin causa. Responsabilidad extracontractual), 2.ª ed., Tecnos, Madrid, 1998.
 - *Sistema de Derecho civil*, vol. I (Introducción. Derecho de la persona. Autonomía privada. Persona jurídica), 8.ª ed., revisada y puesta al día, Tecnos, Madrid, 1994.
 - *Sistema de Derecho civil*, vol. II (El contrato en general. La relación obligatoria. Contratos en especial. Cuasi contratos. Enriquecimientos sin causa. Responsabilidad extracontractual), 6.ª ed., revisada y puesta al día, Tecnos, Madrid, 1992.
 - DOHERTY, B.: "Playing Poker with the Commission: Rights of Access to the Commission's File in Competition Cases", ECLR 1994 (1), págs. 8-15.
 - DOMÍNGUEZ GARCÍA, M. A.: "Aproximación al régimen jurídico de los contratos de distribución. Especial referencia a la tutela del distribuidor", RDM 1985 (177), págs. 419-485.
 - "Los contratos de distribución: agencia mercantil y concesión comercial", en AA. VV., CALVO CARAVACA, A. L., y FERNÁNDEZ DE LA GÁNDARA, L. (dir.), BLANCO MORALES-LIMONES, P. (coord.): *Contratos internacionales*, Tecnos, Madrid, 1997, págs. 1275-1384.
 - "Los contratos de distribución. Propuesta de construcción unitaria", Anuario de la Facultad de Derecho de Cáceres, Universidad de Extremadura, Servicio de Publicaciones, 1984-85 (3), págs. 475-503.
 - DONATIVI, V.: *Introduzione della disciplina antitrust nel sistema legislativo italiano. Le premesse*, Quaderni di Guirisprudenzia Commerciale núm. 119, Giuffrè, Milano, 1990.
 - DREHER, M.: "Das deutsche Kartellrecht vor der Europäisierung. Überlegungen zur 6. GWB-Novelle", WuW 1995 (11), págs. 881-907.
 - "Der Rang des Wettbewerbs im europäischen Gemeinschaftsrecht", WuW 1998 (7 y 8), págs. 656-666.
 - "Kartellrechtsvielfalt oder Kartellrechtseinheit in Europa? - Harmonisierungsbedarf und Harmonisierungsgrenzen für nationale Kartellrechte", AG 1993 (10), págs. 437-448.
 - DUQUE DOMÍNGUEZ, J.: "Constitución económica y Derecho Mercantil", en: AA. VV.: *Jornadas sobre la reforma de la legislación mercantil*, Forum Universidad-Empresa, Serie jurídico-social, Civitas/Fundación Universidad-Empresa, Madrid, 1979, págs. 63 y sigs.
 - DURÁN Y LALAGUNA, P.: *Una aproximación al análisis económico del Derecho*, Comares, Granada, 1992.

E

- EBEL, H.-R.: "EG-Gruppenfreistellungsverordnung für Technologietransfer-Vereinbarungen", WuW 1996 (10), págs. 779-788.
- EBENROTH, C. T.: *Absatzmittlungsverträge im Spannungsfeld von Kartell- und Zivilrecht*, Col. Monographien zum deutschen und internationalen Wirtschafts- und Steuerrecht vol. 1, Universitätsverlag, Konstanz, 1980.
- EBENROTH, C. T., y BIRK, A.: "Die Rechtsfolgen des Art. 85 EG-Vertrag und ihre Anwendung durch die nationale Gerichte", EWS 1996 (11), suplemento núm. 2, 18 págs.
- EBENROTH, C. T., y PARCHE, U.: "Die kartell- und zivilrechtlichen Schranken bei der Umstrukturierung von Absatzmittlungsverhältnissen", BB 1988 (21), suplemento núm. 10, 35 págs.
- ECHEBARRÍA SÁENZ, J. A.: "Comentario al artículo 62", en: AA. VV., BERCOVITZ RODRIGUEZ-CANO, R., y LEGUINA VILLA, J. (coord.): *Comentarios a las Leyes de Ordenación del Comercio Minorista*, Tecnos, Madrid, 1997, págs. 855-901.
 - *El contrato de franquicia. Definición y conflictos en las relaciones internas*, Col. Monografías - Ciencias Jurídicas, McGraw-Hill, Madrid, 1995.
- EHLERMANN, C. D.: "Der Beitrag der Wettbewerbspolitik zum Europäischen Binnenmarkt", WuW 1992 (1), págs. 5-20.
 - "Developments in Community competition law procedures", EC CPNews 1994 (1), págs. 2-6.
 - "Implementation of EC Competition Law by National Anti-Trust Authorities", ECLR 1996 (2), págs. 88-95.
 - "Ist die Verordnung Nr. 17 noch zeitgemäß?", WuW 1993 (12), págs. 997-1001.
 - "Politique actuelle de la Commission en matière de concurrence", RMCUE 371/1993, págs. 699-704.
 - "Reflections on a European Cartel Office", CMLRev 1995 (32), págs. 471-486.
 - "The European Administration and the Public Administration of the Member States with regard to Competition Law", ECLR 1995 (8), págs. 454-460.
 - "Zukünftige Entwicklungen des Europäischen Wettbewerbsrechts", EuZW 1994 (21), págs. 647-653; también en CPNews 1994 (2), págs. 1-9.
- EHLERMANN, C. D., y DRIJBER, B. J.: "Legal Protection of Enterprises: Administrative Procedure, in particular Access to Files and Confidentiality", ECLR 1996 (7), págs. 375-383.
- EHRICKE, U.: "Die Bindungswirkungen von Negativattesten und Verwaltungsschreiben im Gemeinschaftsrecht", ZHR 158/1994, págs. 170-181.
- EIZAGUIRRE, J.-M. D.: "La metamorfosis de un manual. Del *Handelsrecht* de CAPELLE al *Handelsrecht* de CANARIS", RDM 1996 (220), págs. 485-500.
- ELÍAS-OSTÚA Y RIPOLL, R. D.: "El *franchising*. Tratamiento mercantil y fiscal", HPE 1985 (94), págs. 233-259.
 - "La Franquicia europea", Noticias CEE 1992 (88), págs 21-64.
- EMMERICH, V.: *Kartellrecht*, 6.^a ed., completamente reelaborada y sustancialmente ampliada del libro "Wettbewerbsrecht", Col. JuS núm. 27, Beck, München, 1991.
 - *Kartellrecht*, 7.^a ed., completamente reelaborada y sustancialmente ampliada del libro "Wettbewerbsrecht", Col. JuS núm. 27, Beck, München, 1994.

BILBIOGRAFÍA

- Enciclopedia Jurídica Básica*: véase AA. VV., MONTOYA MELGAR...
- ESCRIBANO COLLADO, P.: "Comentario al artículo 1", en: AA. VV., BERCOVITZ RODRIGUEZ-CANO, R., y LEGUINA VILLA, J. (coord.): *Comentarios a las Leyes de Ordenación del Comercio Minorista*, Tecnos, Madrid, 1997, págs. 37-43.
 - ESSER-WELLIÉ, M.: "Die Anwendung der Artikel 85 und 86 EG-Vertrag durch nationale Gerichte", *WuW* 1995 (6), págs. 457-474.
 - EVERLING, U.: "Die Mitwirkung nationaler Behörden in der EG-Wettbewerbspraxis", *WuW* 1993 (9), págs. 709-723.
 - "Die Zukunft der europäischen Gerichtsbarkeit in einer erweiterten Europäischen Union", *EuR* 1997 (4), págs. 398-418.
 - "Zur Begründung der Urteile des Gerichtshofs der Europäischen Gemeinschaft", *EuR* 1994 (2), págs. 127-143.
 - "Zur richterlichen Kontrolle der Tatsachenfeststellungen und der Beweiswürdigung durch die Kommission in Wettbewerbssachen", *WuW* 1989 (11), págs. 877-893.
 - "Zur Wettbewerbskonzeption in der neueren Rechtsprechung des Gerichtshofs der Europäischen Gemeinschaften", *WuW* 1990 (12), págs. 995-1009.

F

- FABRE, G.: *Concurrence, distribution, consommation*, Dalloz, Paris, 1983.
- FEDERLIN, C.: "Sonstige Verordnungen und Bekanntmachungen (§ 32)", en: AA. VV., MARTINEK, M., y SEMLER, F.-J. (eds.): *Handbuch des Vertriebsrechts*, Beck, München, 1996, págs. 866-895.
- FERNÁNDEZ DE CÓRDOBA, S.: "La licitud antitrust de los acuerdos de distribución selectiva (Comentario a la Decisión de la Comisión de 16 de diciembre de 1991 –Yves Saint Laurent Parfums–)", *RGD* 1992 (576), págs. 8506-8519.
- FERNÁNDEZ DE LA GÁNDARA, L.: "Prólogo", a: GALLEGO SÁNCHEZ, E.: *La franquicia*, Trivium, Madrid, 1991, págs. 13-15.
 - "Voz «Contrato de agencia (D.º Mercantil)»", en: AA. VV., MONTOYA MELGAR, A. (dir.): *Enciclopedia Jurídica Básica*, Civitas, Madrid, 1995, vol. I, págs. 1569-1573.
- FERNÁNDEZ DE LA GÁNDARA, L., y CALVO CARAVACA, A. L.: *Derecho Mercantil Internacional*, 2.ª ed., revisada y puesta al día, Tecnos, Madrid, 1995.
- FERNÁNDEZ ESTEBAN, M. L.: *El principio de subsidiariedad en el ordenamiento europeo*, Col. Estudios, McGraw-Hill, Madrid, 1996.
- FERNÁNDEZ FERNÁNDEZ, J. M.: "La franquicia: el futuro inmediato", *Bol. ICAM* 1990 (6), págs. 51-56.
- FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, R.: "Factores clave para el futuro del comercio mayorista", *DyC* 1996 (28), págs. 103-107.
- FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, R., y REINARES LARA, P.: "Aspectos teóricos y estratégicos en la gestión de las marcas de distribución", *DyC* 1998 (38), págs. 92-101.
- FERNÁNDEZ-LERGA GARRALDA, C., con la colaboración de ALVAR EZQUERRA, G., PARDO GARCÍA, J. I., y RIVERA GRANADOS, J. C.: *Derecho de la Competencia. Comunidad Europea y España*, Aranzadi, Pamplona, 1994.
- FERNÁNDEZ-NOVOA, C.: *Fundamentos de Derecho de marcas*, Montecorvo, Madrid, 1984.
 - "La jurisprudencia norteamericana propugna una nueva concepción del

BILBIOGRAFÍA

- franchising", ADI 1981 (VIII), págs. 495-496.
- "Un hito en la historia del Derecho de la Competencia: Centenario de la «Sherman Act»", RDN 1990-1991, págs. 97-99.
 - FERREIRO, T., y TANCO, M.: "El comercio electrónico en Internet", DyC 1997 (35), págs. 26-31.
 - FERRIER, D.: *Droit de la Distribution*, Litec, Paris, 1995.
 - "Rubrique «Concession commerciale»", en: AA. VV., HÉMARD, J. (dir.): *Encyclopedie Juridique Dalloz - Répertoire de droit commercial*, Dalloz, Paris, actualizado a 30 de abril de 1990, 28 págs.
 - "Rubrique «Franchise»", en: AA. VV., HÉMARD, J. (dir.): *Encyclopedie Juridique Dalloz - Répertoire de droit commercial*, Dalloz, Paris, actualizado marzo de 1996, 15 págs.
 - FIKENTSCHER, W.: *Wirtschaftsrecht*, t. I (*Weltwirtschaftsrecht. Europäisches Wirtschaftsrecht*), Beck, München, 1983.
 - FILSER, M.: "Francia. El liderazgo de los hipermercados, la concentración de las centrales de compra y las nuevas formas comerciales", DyC 1992/93 (7), págs. 32-42.
 - FLAVIÁN, C., MARTÍNEZ, E., y POLO, Y.: "La distribución comercial en España: evolución reciente y perspectivas de futuro", Bol. Eco. ICE 1997 (2558), págs. 17-28.
 - FLEISCHER, H.: "Konzerninterne Wettbewerbsbeschränkungen und Kartellverbot. Zugleich eine Besprechung der Viho/Parker Pen-Entscheidung des Europäischen Gerichtshofs", AG 1997 (11), págs. 491-502.
 - FLORES MICHERO, R.: "El contrato de agencia", RJC 1957 (24), págs. 110 y sigs.
 - FONT GALÁN, J. I.: *Constitución económica y Derecho de la competencia*, Tecnos, Madrid, 1987.
 - "El modelo normativo de la competencia empresarial: una relectura constitucional. (Conferencia pronunciada el 20 de mayo de 1987)", en: AA. VV., VERDERA Y TUELLS, E. (dir.): *El nuevo Derecho de la empresa*, Forum Cámara, Cámara de Comercio e Industria de Madrid, Madrid, 1989, págs. 123-152.
 - "Legitimación constitucional del Derecho Mercantil y desafío ético del ordenamiento del mercado competitivo", en: AA. VV.: *Estudios de Derecho Mercantil en Homenaje al Profesor Manuel Broseta Pont*, t. I, Tirant Lo Blanch, Valencia, 1995, págs. 1311-1337.
 - FONT RIBAS, A.: *Mercado Común y distribución. La distribución exclusiva y selectiva a través de representantes y concesionarios*, Bosch, Barcelona, 1987.
 - FORRESTER, I., y NORALL, C.: "The Laicization of Community Law: Self-Help and the Rule of Reason: How Competition Law is and could be applied", CMLRev 1984 (21), págs. 11-51.
 - FRIGNANI, A.: "Nueve riflessioni in tema di «franchising»", en: IDEM: *Factoring, Leasing, Franchising, Venture Capital, Leveraged buy-out, Hardship clause, Contertrade, Cahs and carry, Mercchandising*, 4.ª ed., ampliada y actualizada, Giappichelli, Torino, 1991, págs. 268-298.
 - "Voce «Franchising»", en: IDEM: *Factoring, Leasing, Franchising, Venture Capital, Leveraged buy-out, Hardship clause, Contertrade, Cahs and carry, Mercchandising*, 4.ª ed., ampliada y actualizada, Giappichelli, Torino, 1991, págs. 313-324.
 - FRITZSCHE, J.: "«Notwendige» Wettbewerbsbeschränkungen im Spannungsfeld von Verbot und Freistellung nach Art. 85 EGV", ZHR 1996 (1), págs. 31-58.
 - FUENTES NUÑEZ, L.: "El futuro de la distribución comercial en Europa: el Libre Verde sobre Restricciones Verticales y el «nuevo enfoque de la Comisión»", RDN 1997 (79), págs. 1-11.

BIBLIOGRAFÍA

- FURSE, M.: "Article 15(2) of Regulation 17: Fines and the Commission's Discretion", ECLR 1995 (2), págs. 110-115.
 - "Market Definition - The Draft Commission Notice", ECLR 1997 (6), págs. 378-381.
 - "The Competition Bill - a competition law that can compete", JBL 1998, págs. 168-180.
 - "The Role of Competition Policy: A Survey", ECLR 1996 (4), págs. 250-258.
 - "The Role of EC Law in UK Reform Proposals", ECLR 1996 (2), págs. 134-137.

G

- GALÁN CORONA, E.: *Acuerdos restrictivos de la competencia*, Montecorvo, Madrid, 1977.
 - "Los contratos de 'franchising' ante el Derecho comunitario de protector de la libre competencia (Comentario de la Sentencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas de 28 de enero de 1986)", RIE 1986 (3), págs. 687-702.
 - "Prólogo a la edición española", en: REICH, N.: *Mercado y Derecho (Teoría y praxis del derecho económico en la República Federal Alemana)*, Ariel, Barcelona, págs. 7-18.
- GALENE, R.: *Le Droit de la Concurrence appliqué aux Pratiques Anticoncurrentielles*, Col. Reference Premiere, Edition Formation Enterprise, Paris, 1995.
- GALGANO, F.: *Diritto Civile e Commerciale*, vol. II (Le obbligazioni e i contratti), t. II (I singoli contratti. Gli atti unilaterali e i titoli di credito. I fatti illeciti. E gli altri fatti fonte di obbligazione. La tutela del credito), CEDAM, Padova, 1990.
- GALLEGO SÁNCHEZ, E.: *La franquicia*, Trivium, Madrid, 1991.
- GARCÍA CACHAFEIRO, F.: "La nueva Comunicación de la Comisión Europea sobre los acuerdos de menor importancia", ADI 1997 (XVIII), págs. 1023-1030.
- GARCÍA DE ENTERRÍA, E.: "Prólogo", a: SORIANO GARCÍA, J. E.: *Derecho Público de la Competencia*, Col. Monografías Jurídicas, IDELCO/Marcial Pons, Madrid, 1998, págs. 9-11.
- GARCÍA GALLARDO, R.: "Noticias - Unión Europea", RDN 1998 (89), págs. 31-32.
- GARCÍA HERRERA, A.: "Comentario a la Sentencia del Tribunal Supremo (Sala 1.ª) de 27 de mayo de 1993 (R.J.A. 2986)", RGD 1995 (604-605), págs. 341-371.
- GARCÍA VILLAVERDE, R.: "Recensión a CABRILLO, F.: *Quiebra y liquidación de empresas*, Unión Editorial, Madrid, 1989", RDM 1992 (206), págs. 1029-1034.
 - "Tipicidad contractual y contratos de financiación", en: AA. VV., ALONSO UREBA, A., BONARDELL LEZANO, R., y GARCÍA VILLAVERDE, R. (coord.): *Nuevas entidades, figuras contractuales y garantías en el mercado financiero*, Consejo General de los Colegios Oficiales de Corredores de Comercio, en colaboración con la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense de Madrid, Madrid, 1990, págs. 3-19.
- GARCÍA-PITA Y LASTRES, J. L.: "La mercantilidad del contrato de comisión y las obligaciones de diligencia del comisionista", en: AA. VV., IGLESIAS PRADA, J. L. (coord.): *Estudios en Homenaje al Profesor Aurelio Menéndez*, Civitas, Madrid, 1996, t. III, págs. 2817-2868.
- GARCÍA-VALDECASAS FERNÁNDEZ, R., y GONZÁLEZ DÍAZ, F. E.: "El respeto del derecho de defensa en materia de competencia", Noticias UE 1997 (150), págs. 25-36.
- GARRIGUES DÍAZ-CAÑABETE, J.: *Curso de Derecho Mercantil*, 1.ª ed., RDM, Madrid, t. I,

BILBIOGRAFÍA

- 1936, t. II, vols. 1 y 2, 1940; 7.^a ed., t. I, 1976, t. II, 1979.
- *Instituciones de Derecho Mercantil*, 2.^a ed., S. Aguirre Imp., Madrid, 1948.
 - *La defensa de la libre competencia mercantil*, Sociedad de Estudios y Publicaciones, Madrid, 1964.
 - "Los agentes comerciales", RDM 1962 (83), págs. 7-25.
 - *Tratado de Derecho Mercantil*, RDM, Madrid, t. I, vols. 1-2, 1947, vol. 3, 1949; t. II, 1955; t. III, 1963.
 - GAVALDA, C., y PARLEANI, G.: *Traité de droit communautaire des affaires*, 10.^a ed., Litec, Paris, 1992.
 - GERBER, D. J.: "The Transformation of European Community Competition Law?", 35 Har.Int.L.J. 1994, págs. 97-147.
 - GERMAIN, M.: *Georges Ripert/René Roblot Traité de Droit Commercial*, t. 1, 15.^a ed., LGPJ, Paris, 1993.
 - GIANNI, F.: "Italien (§ 47)", en: AA. VV., MARTINEK, M., y SEMLER, F.-J. (eds.): *Handbuch des Vertriebsrechts*, Beck, München, 1996, págs. 1146-1164.
 - GIESEKE, F.: "Parallelimporte und EU-Wettbewerbspolitik", WuW 1995 (4), págs. 284-289.
 - GINER PARREÑO, C. A.: "Artículo 1 de la Ley de Defensa de la Competencia y *Rule of Reason* (el caso 'ICI Paints España, S.A.')", RDN 33/1993, págs. 10-13.
 - "Contrato de franquicia y origen empresarial de las mercancías", RDN 1990-1991, págs. 340-355.
 - *Distribución y libre competencia (El aprovisionamiento del distribuidor)*, Montecorvo, Madrid, 1994.
 - "Estados Unidos. Sentencia del Tribunal Supremo. *Good-Bye Mr. Adam Smith? Au revoir laissez-faire, laissez-passer?*", RDN 1992 (27), págs. 50-56.
 - "Estados Unidos. Sentencias. Las repercusiones de la sentencia del Tribunal Supremo en el asunto «Kodak» en los Tribunales inferiores norteamericanos", RDN 1994 (48), págs. 56-60.
 - "La distribución selectiva ante el Derecho comunitario de la libre competencia. La Decisión de la Comisión de 21 de diciembre de 1993 (asunto *Acuerdos de distribución de Grundig en la Comunidad*)", RDN 1994 (49), págs. 18-24.
 - GINER PARREÑO, C. A., y MARTÍN LABORDA, A.: "De nuevo sobre la interpretación y aplicación del art. 1.1. de la Ley de Defensa de la Competencia (LDC), conforme a la *rule of reason*. El TDC aplica la regla de razón clásica en el art. 1 de la LDC a un supuesto de «cadenas de establecimientos comerciales» (Resolución del TDC de 11 de noviembre de 1995, Expte.354/94, Electrodomésticos Alicante [BICE, núm. 2485, pgs. 53 y ss.])", Notas de actualidad: Competencia, Propiedad Industrial e Intelectual, RDN 1996 (68), págs. 62-67.
 - GIRÓN TENA, J.: "Competencia ilícita y Derecho a la empresa. Interpretación de nuestro Derecho positivo", en IDEM: *Estudios de Derecho Mercantil*, Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, 1954-1955, págs. 343-372.
 - "Concepto del Derecho mercantil en el Derecho español", ADC 1954, pág. 971 y sigs.
 - "Prólogo", a: ESTEBAN VELASCO, G.: *El poder de decisión en las sociedades anónimas. Derecho europeo y reforma del Derecho español*, Forum Universidad-Empresa, serie jurídico-social, Civitas/Fundación Empresa-Universidad, Madrid, 1992.
 - *Tendencias actuales y reforma del Derecho Mercantil (Estudios)*, Monografías, Civitas, Madrid, 1986.

BIBLIOGRAFÍA

- [GOLDMAN, B.], LYON-CAEN, A., y VOGEL, L.: *Droit commercial européen*, 5.^a ed., Col. Dalloz Précis, Dalloz, Paris, 1994.
- GÓMEZ NAVARRO, E.: "Panorama actual de la distribución comercial en Portugal", *DyC* 1998 (38), págs. 81-91.
 - "Televenta", *DyC* 1995 (22), págs. 74-90.
 - "Venta por catálogo. Espectativas de crecimiento en España", *DyC* 1995/96 (25), págs. 42-50.
- GÓMEZ NAVARRO, E., y PUELLES PÉREZ, J. A.: "Integración corporativa en la distribución detallista. Alternativas del pequeño comercio", *DyC* 1993/94 (13), págs. 37-49.
- GÓMEZ PASCUAL, R.: "El Plan Marco de Modernización del Comercio Interior", *ICE* 1997 (763), págs. 35-48.
- GÓMEZ SEGADE, J. A.: "Panorámica del derecho de la libre competencia en la CEE", *ADI* 1978 (V), págs. 65-121.
- GÓMEZ-REINO Y CARNOTA, E.: "Voz «Comercio interior (D.º Administrativo)», en: AA. VV., MONTOYA MELGAR, A. (dir.): *Enciclopedia Jurídica Básica*, vol. I, Civitas, Madrid, 1995, págs. 1117-1120.
- GONDRA ROMERO, J. M.: "Del Derecho de la Economía a la moderna Economía del Derecho", en: AA. VV.: *Ensayos de Economía en conmemoración del XXV aniversario de la Facultad de CC. EE.*, Bilbao, 1981, pág. 56 y sigs.
 - *Derecho mercantil*, t. I, vol. 1 (Introducción: concepto, sistema y fuentes), Servicio de Publicaciones de la Facultad de Derecho, Universidad Complutense, Madrid, 1992.
 - "El pensamiento de Joaquín Garrigues en relación con el método en el estudio del Derecho Mercantil", en: AA. VV., SÁNCHEZ CALERO, F. (coord.): *Joaquín Garrigues, jurista y universitario ejemplar*, Col. Maestros Complutenses de Derecho vol. 2, Servicio de Publicaciones de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense, Madrid, 1996, págs. 131-143.
 - "¿Tiene sentido impartir Justicia con criterios de Economía? (A propósito de una teoría del Derecho que postula una Jurisprudencia orientada por el valor de la 'eficiencia económica')", *RDM* 1997 (226), págs. 1545-1672.
- GONZÁLEZ-VARAS IBAÑEZ, S.: *El Derecho administrativo privado*, Montecorvo, Madrid, 1996.
- GONZALO ANGULO, J. A.: "Régimen de pago a proveedores", en: AA. VV.: *Nueva ordenación del comercio minorista en España*, Cámara Oficial de Comercio e Industria de Madrid, Madrid, 1997, págs. 103-131.
- GOÑI URRIZA, N.: *Problemas de aplicabilidad del Reglamento (CEE) 4064/89, sobre el control de las concentraciones entre empresas*, Col. Ciencia Jurídica y Derecho Internacional núm. 1, Biblioteca de Ciencia Jurídica, Comares, Granada, 1997.
- GORDILLO CAÑAS, A.: *Ley, Principios Generales y Constitución: Apuntes para una relectura, desde la Constitución, de la teoría de las Fuentes del Derecho*, Col. Pensamiento Jurídico, Centro de Estudios Ramón Areces, Madrid, 1990.
- GOYDER, D. G.: *EC Competition Law*, 2.^a ed., reeditada con correcciones, Claredon Press, Oxford, 1993.
- GOYDER, J.: *EC Distribution Law*, Col. European Practice Library, Chancery Law, London/N.Y./Chichester/Brisbane/Toronto/Singapore, 1992.
- GRANELL, F.: "El sector de la distribución comercial ante el mercado europeo único", *EC* 1987 (12), págs. 27-39.
- GROBS I TURBANI, R.: "Comentario al artículo 22", en: AA. VV., ARIMANY · MANUBENS &

BIBLIOGRAFÍA

ASOCIADOS (coord.), TORNOS MÁS, J. (dir.): *Ordenación del comercio minorista. Comentarios a la Ley 7/1996 y a la Ley Orgánica 2/1996, ambas de fecha 15 de enero*, Praxis, Barcelona, 1996, págs. 198-203.

- "Comentario al artículo 23", en: AA. VV., ARIMANY · MANUBENS & ASOCIADOS (coord.), TORNOS MÁS, J. (dir.): *Ordenación del comercio minorista. Comentarios a la Ley 7/1996 y a la Ley Orgánica 2/1996, ambas de fecha 15 de enero*, Praxis, Barcelona, 1996, págs. 203-205.

GROEBEN/THIESING/EHLERMANN: *Kommentar zum EWG-Vertrag*: véase AA. VV., GROEBEN...

- GROGER, T., y JANICKI, T.: "Weiterentwicklung des Europäischen Wettbewerbsrechts", WuW 12/1992, págs. 991-1005.

- GROBFELD, B.: *Kernfragen der Rechtsvergleichung*, J.C.B. Mohr (Paul Siebeck), Tübingen, 1996.

- GROVES, P. J.: "Whatevershebringswesing: DG IV Rebukes the Car Industry", ECLR 1995 (2), págs. 98-103.

- GUYENOT, J.: *Concessionnaires et commercialisation des marques. La distribution intégrée*, Librairie du Journal des Notaires et des Avocats, Paris, 1974.

- "Le franchise commerciale. Etude comparée des systemes de distribution interentreprises constitutifs des groupements des concessionnaires", RTDCom 1973, págs. 161-175.

- *Les contrats de concession commercial. Droit français et communautaire de la concurrence*, Paris, 1968.

- "Les groupements de concessionnaires et franchising", Riv. Dir. Comm. 1972, págs. 278-290.

- GYLSSEN, L.: "Vertical Restraint in the Distribution Process: Strength and Weakness of the Free Rider Rationale under EEC Competition Law", CMLRev 1984 (21), págs. 648 y sigs.

H

- HABERMEIER, S.: "Das Recht des unlauteren Wettbewerbs" (§ 33)", en: AA. VV., MARTINEK, M., y SEMLER, F.-J. (eds.): *Handbuch des Vertriebsrechts*, Beck, München, 1996, págs. 896-922.

- "Gesetzliche Vertragsbruchsanktionen bei selektiver Absatzmittlung. Eine wettbewerbstheoretische Grundlegung der Rechtsstellung von Außenseitern im Wettbewerb", ZHR 1997 (161), págs. 774-804.

- HANOTIAU, B., y LEFEBVRE, P.: "Belgien (§ 45)", en: AA. VV., MARTINEK, M., y SEMLER, F.-J. (eds.): *Handbuch des Vertriebsrechts*, Beck, München, 1996, págs. 1116-1130.

- HASCH, A., y HUBER, B.: "Österreich (§ 50)", en: AA. VV., MARTINEK, M., y SEMLER, F.-J. (eds.): *Handbuch des Vertriebsrechts*, Beck, München, 1996, págs. 1173-1185.

- HAUSCHKA, C. E.: "Zielkonflikte zwischen Unternehmenskontrolle und Wirtschaftsförderung in den wettbewerbspolitischen Programmaussagen der EG-Kommission", WuW 1990 (3), págs. 205-216.

- HAWK, B. E.: "La révolution antitrust américaine: une leçon pour la Communauté économique européenne?", RTDE 1989 (1), págs. 5-44.

- "System Failure: Vertical Restraints and EC Competition Law", CMLRev 1995 (4), págs. 973-989.

- "The American (Anti-trust) Revolution: Lessons for the EEC?", ECLR 1988, págs. 53-87.
- HAYEK, F. A. v.: "Der Wettbewerb als Entdeckungsverfahren", en: AA. VV.: *Freiburger Studien*, Tübingen, 1969, pág. 249 y ss.
- HEES, F. G. v.: "Niederlande (§ 49)", en: AA. VV., MARTINEK, M., y SEMLER, F.-J. (eds.): *Handbuch des Vertriebsrechts*, Beck, München, 1996, págs. 1165-1173.
- HEIDENHAIN, M.: "Editorial - Europäisierung des deutschen Kartellrechts?", EuZW 1995 (8), pág. 225.
- HEIMLER, A.: "National Priorities, National Law and European Law: The Italian Experience", ECLR 1998 (6), págs. 315-322-
 HÉMARD: *Encyclopedie Juridique Dalloz...*: véase AA. VV., HÉMARD...
- HERAS LORENZO, T. D. L.: *El agotamiento del derecho de marca*, Montecorvo, Madrid, 1994.
- HERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, F.: *Precios predatorios y Derecho antitrust. Estudio comparado de los ordenamientos estadounidense, comunitario y español*, Col. Monografías Jurídicas, Marcial Pons, Madrid, 1997.
- HIRSCH, M., y BUKERT, T. O. J.: *Gleiss/Hirsch Kommentar zum EG-Kartellrecht*, t. 1 (Art. 85 und Gruppenfreistellungsverordnungen), 4.^a ed. completamente reelaborada y ampliada, Recht und Wirtschaft, Heidelberg, 1993.
 Homenaje a Broseta: véase AA. VV.: *Estudios de Derecho Mercantil en Homenaje al Profesor Manuel Broseta Pont...*
 Homenaje a Duque: véase AA. VV.: *Estudios de Derecho Mercantil. Homenaje al Profesor Justino F. Duque...*
 Homenaje a Menéndez: véase AA. VV., IGLESIAS PRADA...
 Homenaje a Uría: véase AA. VV.: *Estudios de Derecho Mercantil en homenaje a Rodrigo Uría...*
- HOPPE, T.: "Das Behinderungs- und Diskriminierungsverbot des § 26 Abs. 2 GWB (§ 28)", en: AA. VV., MARTINEK, M., y SEMLER, F.-J. (eds.): *Handbuch des Vertriebsrechts*, Beck, München, 1996, págs. 656-741.
 - "Selektiver Vertrieb (§ 31)", en: AA. VV., MARTINEK, M., y SEMLER, F.-J. (eds.): *Handbuch des Vertriebsrechts*, Beck, München, 1996, págs. 843-856.
- HOPPMANN, E.: "Zum Schutzobjekt des GWB", en: AA. VV., MESTMÄCKER, E.-J. (edr.): *Wettbewerb als Aufgabe - Nach zehn Jahren Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen*, Wirtschaftsrecht und Wirtschaftspolitik, vol. 7, Bad Homburg v. d. H./Berlin/Zurich, 1968, págs. 61 y ss.
- HOPT, K.: "Moderne Vertriebsformen und Einzelheiten ihrer handelsrechtlichen Zulässigkeit. Das Zusammentreffen von Ausschließlichkeits-, Direkt- und Parallelvertrieb in der Versicherungswirtschaft", ZIP 1996 (43), págs. 1809-1818.
 - "Wettbewerbsfreiheit und Treupflicht des Unternehmens bei parallelen Vertriebsformen", ZIP 1996 (36), págs. 1533-1539.
- HORNSBY, S., y HUNTER, J.: "New Incentives for «Whistle-blowing»: will the E.C. Commission's Notice Bear Fruit?", ECLR 1997 (1), págs. 38-41.
- HOVENKAMP, H.: "The Areeda-Turner treatise in antitrust analysis", 41 Ant. Bull. 1996, págs. 815-842.

I

- IGLESIAS PRADA, J. L.: "Notas para el estudio del contrato de concesión mercantil", en: AA. VV.: *Estudios de Derecho Mercantil en homenaje a Rodrigo Uría*, Civitas, Madrid, 1978, págs. 251-281.
- IMMENGA, U.: "Editorial - Harmonisierung des Wettbewerbs als Aufgabe?", *EuZW* 1997 (15), pág. 449.
 - "Líneas de desarrollo y características del Derecho europeo de la competencia", *RDM* 1997 (225), págs. 1101-1118.
 - "Wettbewerbspolitik contra Industriepolitik nach Maastricht", *EuZW* 1994 (1), págs. 14-18.
- INSITUTO DE REFORMA DE LAS ESTRUCTURAS COMERCIALES (IRESCO): *Vademécum de la distribución comercial*, Manuales sobre técnicas comerciales IRESCO núm. 22, Madrid, 1982.

J

- JANNSEN, H.: "Die Reform des britischen Wettbewerbsrechts", *WuW* 1998 (3), págs. 233-244.
- JAUFFRET, A., y MESTRE, J.: *Droit commercial*, 23.^a ed., Col. Manuels, LDGJ, Paris, 1997.
- JESTAEDT, T., y BERGAU, T.: "Die neue Bagatellbekanntmachung der Kommission", *WuW* 1998 (2), págs. 119-134.
 - JIMÉNEZ SÁNCHEZ: *Derecho...*: véase AA. VV., JIMÉNEZ SÁNCHEZ...
 - JIMÉNEZ SÁNCHEZ: *Lecciones...*: véase AA. VV., JIMÉNEZ SÁNCHEZ...
- JOERGES, C.: "Legitimationsprobleme des europäischen Wirtschaftsrechts und der Vertrag von Maastrich", en: AA. VV., BRÜGGEMEIER, G. (edr.): *Verfassungen für ein ziviles Europa*, Schriftenreihe des ZERP, vol. 20, Nomos, Baden-Baden, 1994, págs. 91-130.
 - "The Administration of Art. 85 (3) EEC Treaty: The Need for Consultation and Information in the Legal Assessment of Selective Distribution Systems", *JCP* 1994 (7), págs. 271-291.
- JOLIET, R.: *The Rule of Reason in Antitrust Law - American, German and Common Market Laws in Comparative Perspective*, Martinus Nijhoff, Den Haag, 1967.
- JORIS, V.: "La communication de la Commission concernat la non-imposition d'amendes ou la réduction de leur montant dans les affaires portant sur des ententes", *CPNews* 1996 (2), págs. 12-14.
 - Jornadas sobre la reforma de la legislación mercantil*: véase AA. VV.
- JOSHUA, J. M.: "Balancing the Public Interests: Confidentiality, Trade Secret and Disclosure of Evidence in EC Competition Procedures", *ECLR* 1994 (2), págs. 68-80.
- JUGLART, M. D., e IPPOLITO, B.: *Cours de droit commercial avec travaux dirigés et sujets d'examen*, vol. 1 (Actes de commerce. Commerçants. Fonds de commerce. Effets de commerce), 11.^a ed., Montchrestien, Paris, 1995.
- JUNG, C. H. A.: *Susidiarität im Recht der Wettbewerbsbeschränkungen. Die Aktionsmöglichkeiten nationaler Kartellbehörden in der Europäischen Union*, C. F. Müller, Heidelberg, 1995.

K

- KAMBUROGLOU, R.: "EWG-Wettbewerbspolitik und Subsidiarität", WuW 1994 (4), págs. 274-283.
- KELLAWAY, R.: "Vertical Restraints: Which Option?", ECLR 1997 (6), págs. 387-391.
- KERSE, C. S.: "The Complainant in Competition Cases: A Porgress Report", CMLRev 1997 (2), págs. 213-265.
- KIRCHHOFF, W.: "Die Beurteilung von Bezugsverträgen nach dem europäischen Kartellrecht", WuW 1995 (5), págs. 361-374.
- KIRCHNER, CH.: "'Ökonomische Analyse des Rechts' und Recht der Wettbewerbsbeschränkungen (antitrust and economics). Die amerikanische Diskussion und Folgerungen für das deutsche Recht", ZHR 1980 (144), págs. 563-588.
- KLIMISCH, A., y KREUGER, B.: "Praxis und Perspektiven der dezentralen Anwendung des EG-Wettbewerbsrechts – Tagungsbericht des BKartA", WuW 1998 (12), págs. 1172-1178.
- KLEINMANN, W.: "Die neue EG-Gruppenfreistellungsverordnung für Technologietransfervereinbarungen", EWS 1996 (5), págs. 149-156.
- KON, S.: "Article 85, Para. 3: A Case for Application by National Courts", CMLRev 1982 (19), págs. 541-561.
- KOPPENFELS, U. v.: "Erwiderung auf Schwarze, Die Auswirkung des Vorrangs des Gemeinschaftsrechts auf das deutsche Kartell- und Wettbewerbsrecht, JZ 1996, 57 ff.", JZ 1996 (14), págs. 715-716.
- KORAH, V.: *An Introductory Guide to EC Competition Law and Practice*, 5.^a ed., Sweet & Maxwell, London, 1994.
 - "Exclusive Purchasing Obligations: Mars v Langnese and Schöller", ECLR 1994 (3), págs. 171-174.
 - *Franchising and the EEC Competition Rules. Regulation 4087/88*, Col. European Competition Law Monographs, ESC Publishing, Oxford, 1989.
 - "From legal form toward economic efficiency - article 85(1) of the EEC Treaty in contrast to U.S. antitrust", 32 Ant.Bull. 1990, págs. 1009-1034.
 - "Restrictions on Conduct and Enforceability: Automec v Commission II", ECLR 1994 (3), págs. 175-176.
 - "The Future of Vertical Agreements under E.C. Competition Law", ECLR 1998 (8), págs. 506-513.
- KOVAR, R.: "Le droit communautaire de la concurrence et la 'règle de raison'", RTDE 1987 (23), págs. 237-254.
- KUHN, T. S.: *La estructura de las revoluciones científicas*, 1.^a ed., 7.^a reimpresión, Col. Breviarios, Fondo de Cultura Económica, Méjico/Madrid/Buenos Aires, 1981.
 - *The Structure of Scientific Revolutions*, 3.^a ed., The University of Chicago Press, Chicago/London, 1996.

L

- LACRUZ BERDEJO, J. L., SANCHO REBULLIDA, F. D. A., LUNA SERRANO, A., y DELGADO ECHEVERRÍA, J.: *Elementos de Derecho civil, I* (Parte general del Derecho Civil), vol. 1.º

(Introducción), Bosch, Barcelona, 1988.

- LACRUZ BERDEJO, J. L., LUNA SERRANO, A., y RIVERO HERNÁNDEZ, F.: *Elementos de Derecho civil, I* (Parte general del Derecho Civil), vol. 3.º (El derecho subjetivo), 2.ª ed., Bosch, Barcelona, 1990.

- LACRUZ BERDEJO, J. L., SANCHO REBULLIDA, F. D. A., LUNA SERRANO, A., DELGADO ECHEVERRÍA, J., RIVERO HERNÁNDEZ, F., y RAMS ALBESA, J.: *Elementos de Derecho civil, II* (Derecho de obligaciones), vol. 1.º (Parte general. Teoría general del contrato), 3.ª ed., Bosch, Barcelona, 1994.

- *Elementos de Derecho civil, II* (Derecho de obligaciones), vol. 2.º (Contratos y cuasicontratos. Delitos y cuasidelitos), 3.ª ed., Bosch, Barcelona, 1995.

- LANDES, W. M., y POSNER, R. A.: "The Influence of Economics on Law: A Quantitative Study", 36 J. L. & E. 1993, págs. 385-424.

- LANGLE Y RUBIO, E.: *Manual de Derecho Mercantil Español*, t. III, Bosch, Barcelona, 1959.

- LARENZ, K.: *Lehrbuch des Schuldrechts*, t. II (Besondere Teil), 12.ª ed., completamente reelaborada, Beck, München, 1981.

- *Methodenlehre der Rechtswissenschaft*, 4.ª ed., completada, Springer, Berlin/Heidelberg, 1979; trad. esp.: *Metodología de la Ciencia del Derecho*, Col. Derecho., Ariel, 1994.

- LAUDATI, L. L.: "The First European Competition Forum: Vertical restraints", CPNews 1995 (5), págs. 7-10.

- LÁZARO SÁNCHEZ, E. J.: "El desistimiento unilateral en los contratos de distribución: análisis de la jurisprudencia al respecto", La Ley 1989 (4), págs. 1207-1213.

- LELOUP, J. M.: *Les agents commerciaux. Status juridiques. Stratégies professionnelles*, Encyclopedie Delmas pour la vie des affaires, Delmas, Paris, 1995.

- "Rubrique «Agent commercial»" en: AA. VV., HÉMARD, J. (dir.): *Encyclopedie Juridique Dalloz - Répertoire de droit commercial*, Dalloz, Paris, octubre 1994, 16 págs.

- LETE ACHIRCA, J.: "Los principios de UNIDROIT sobre los contratos comerciales internacionales", AC 1991 (1), págs. 127-136.

- LEVITT, M.: "Access to the File: the Commission's Administrative Procedures in Cases under Article 85 and 86", CMLRev 1997 (6), págs. 1413-1444.

- "Commission Hearings and the Role of the Hearing Officer: Suggestions for Reform", ECLR 1998 (6), págs. 404-408.

- "Commission Notice of Internal Rules of Procedure for Access to the File", ECLR 1997 (3), págs. 187-190.

Libre competencia y...: véase AA. VV.

- LOBATO GARCÍA-MIJÁN, M.: "Comentario al artículo 22", en: AA. VV., PIÑAR MAÑAS, J.-L., y BELTRÁN SÁNCHEZ, E. (dir): *Comentarios a la Ley de Ordenación del Comercio Minorista y a la Ley Orgánica complementaria*, Universidad San Pablo-CEU/Civitas, Madrid, 1997, págs. 169-174.

- "Comentario al artículo 23", en: AA. VV., PIÑAR MAÑAS, J.-L., y BELTRÁN SÁNCHEZ, E. (dir): *Comentarios a la Ley de Ordenación del Comercio Minorista y a la Ley Orgánica complementaria*, Universidad San Pablo-CEU/Civitas, Madrid, 1997, págs. 174-177.

- "El agotamiento del derecho de marca", RDM 1997 (223), págs. 117-147.

- LÓPEZ SÁNCHEZ, M.-A.: "Disciplina sectorial bancaria y protección del consumidor", EC 1997 (42), págs. 9-22.

- "Sobre la aplicabilidad a los agricultores de la Ley General para la Defensa de los

BIBLIOGRAFÍA

Consumidores y Usuarios", Revista de Derecho Agrario y Alimentario 1986/87 (6-7), págs. 11-17.

- LUGARD, H. H. P.: "Vertical Restraints under EC Competition Law: A Horizontal Approach?", ECLR 1996 (3), págs. 166-177.

- LUNA SERRANO, A.: "Derecho público y Derecho privado", en: LACRUZ BERDEJO, J. L., SANCHO REBULLIDA, F. D. A., LUNA SERRANO, A., y DELGADO ECHEVERRÍA, J.: *Elementos de Derecho civil, I*, vol. 1.º (Introducción), Bosch, Barcelona, 1988, págs. 19-39.

- LUTZ, H.: "Technologie-, Patent- und Know-how-Lizenzverträge im EG-Recht", RIW 1996 (4), págs. 269-272.

- LYON-CAEN, A., y VOGEL, L. [GOLDMAN, B.]: *Droit commercial européen*, 5.ª ed., Col. Précis, Dalloz, Paris, 1994.

Ll

- LLEBOT MAJÓ, J. O.: "Doctrina y teoría de la empresa en el Derecho mercantil (Una aproximación al significado de la teoría contractual de la empresa)", RDM 1996 (220), págs. 319-188.

- LLOBREGAT HURTADO, M. L.: *El contrato de agencia mercantil. Comentario sistemático a la Ley 12/1992, de 27 de mayo, sobre el contrato de agencia (BOE 129 de 29 de mayo 1992)*, Col. Cuadernos de Derecho Privado, Bosch, Barcelona, 1994.

M

- MAESTRO ALCÁNTARA, F. L.: "4.ª Ponencia: La pequeña empresa comercial vs. la gran distribución", ICE 1997 (763), págs. 82-86.

- MAHONEY, T., y SLOANE, L.: *The Great Merchants*, nueva ed. ampliada, Hayer & Row, N.Y./Evanston/London, 1966.

- MAITLAND-WALKER, J. H.: "Commission Notice on Co-operation between National Competition Authorities and the Commission in handling cases falling within the scope of Articles 85 and 86 E.C. Treaty", ECLR 1998 (2), págs. 124-126.

- "Editorial - Ice-Cream Wars: An Honourable Peace or the Beginning of a Greater Conflict?", ECLR 1995 (8), pág. 451.

- MARÍN LÓPEZ, J. J.: "Comentario al artículo 14", en: AA. VV., BERCOVITZ RODRIGUEZ-CANO, R., y LEGUINA VILLA, J. (coord.): *Comentarios a las Leyes de Ordenación del Comercio Minorista*, Tecnos, Madrid, 1997, págs. 240-300.

- "Comentario al artículo 17", en: AA. VV., BERCOVITZ RODRIGUEZ-CANO, R., y LEGUINA VILLA, J. (coord.): *Comentarios a las Leyes de Ordenación del Comercio Minorista*, Tecnos, Madrid, 1997, págs. 322-344.

- "Comentario al artículo 35", en: AA. VV., ARIMANY · MANUBENS & ASOCIADOS (coord.), TORNOS MÁZ, J. (dir.): *Ordenación del comercio minorista. Comentarios a la Ley 7/1996 y a la Ley Orgánica 2/1996, ambas de fecha 15 de enero*, Praxis, Barcelona, 1996, págs. 263-266.

- MARRERO CABRERA, J. L.: "Apuntes para una política de comercio interior", DyC 1996 (29), págs. 123-129.

- "Apuntes para una política de comercio interior (2.ª parte)", DyC 1996 (30), págs.

122-128.

- "Apuntes para una política de comercio interior", ICE 1997 (763), págs. 13-20.
- MARSDEN, P. B.: "Inducing Member States Enforcement of European Competition Policy Law: A Competition Policy Approach to «Antitrust Federalism»", ECLR 1997 (4), págs. 234-241.
- MARTÍN FONTANET, J. M.: *Manual práctico de la franquicia*, Cámara Oficial de Comercio e Industria de Teruel, Teruel, 1990.
- MARTÍN MATEO, R., y SOSA WAGNER, F.: *Derecho administrativo económico*, Civitas, Madrid, 1977.
- MARTINEK, M.: *Aktuelle Fragen des Vertriebsrechts. Belieferungs-, Fachhändler-, Vertragshändler-, Agentur- und Franchise-Systeme*, 3.^a ed., reelaborada, Kommunikationsforum Recht, Wirtschaft, Steuer, Köln, 1992.
 - "Betriebs- und absatzwirtschaftliche Hintergründe von Vertriebsverträgen (§ 2)", en: AA. VV., MARTINEK, M., y SEMLER, F.-J. (eds.): *Handbuch des Vertriebsrechts*, Beck, München, 1996, págs. 15-46.
 - "Die Rechtsnatur von Vertriebsverträgen (§ 4)", en: AA. VV., MARTINEK, M., y SEMLER, F.-J. (eds.): *Handbuch des Vertriebsrechts*, Beck, München, 1996, págs. 61-97.
 - "Erscheinungsformen von Vertriebsverträgen (§ 3)", en: AA. VV., MARTINEK, M., y SEMLER, F.-J. (eds.): *Handbuch des Vertriebsrechts*, Beck, München, 1996, págs. 47-61.
 - *Franchising. Grundlagen der zivil- und wettbewerbsrechtlichen Behandlung der vertikalen Gruppenkooperation beim Absatz von Waren und Dienstleistungen*, Decher-Schenk, Heidelberg, 1987.
 - "Franchising im Handelsrecht. Zur analogen Anwendbarkeit handelsvertreterrechtlicher Vorschriften auf Franchiseverträge", ZIP 1988 (21), págs. 1362-1379.
 - *Moderne Vertragstypen*, vol. II (Franchising, Know-How-Verträge, Management- und Consultingverträge), Col. JuS, Beck, München, 1992.
 - "Überblick über den Rechtsrahmen (§ 6)", en: AA. VV., MARTINEK, M., y SEMLER, F.-J. (eds.): *Handbuch des Vertriebsrechts*, Beck, München, 1996, págs. 110-137.
 - "Vertriebsrecht als Rechtsgebiet (§ 1)", en: AA. VV., MARTINEK, M., y SEMLER, F.-J. (eds.): *Handbuch des Vertriebsrechts*, Beck, München, 1996, págs. 2-15.
 - "Vom Handelsvertreterrecht zum Recht der Vertriebssysteme", ZHR 1997 (161), págs. 67-101.
- MARTINEK, M., y HABERMEIER, S.: "Das Chaos der EU-Gruppenfreistellungsverordnungen. Analyse, Kritik und Verbesserungsvorschläge", ZHR 1994 (158), págs. 107-148.
- MARTINEK/SEMLER: *Handbuch des Vertriebsrechts*: véase AA. VV., MARTINEK...
- MARTÍNEZ FLÓREZ, A.: "La declaración judicial de quiebra como causa de denuncia del contrato de agencia", RDM 1996 (222), págs. 1143-1199.
 - "La declaración judicial de quiebra como causa de denuncia del contrato de agencia", en: AA. VV.: *Estudios de Derecho Mercantil. Homenaje al Profesor Justino F. Duque*, vol. II, Secretariado de Publicaciones e Intercambio Científico, Universidad de Valladolid, Valladolid, 1998, págs. 1265-1285.
- MARTÍNEZ LAGE, S.: "El efecto directo de los artículos 85 y 86 del TCE en Derecho español (I)", GJCE 1994 (Bol. 94), págs. 1-3.
 - "El efecto directo de los artículos 85 y 86 del TCE en Derecho español (II)", GJCE 1994 (Bol. 95), págs. 1-3.
 - "El Tratado de Amsterdam y las reglas de competencia", GJCE 1997 (Bol. 125), págs. 1-4.

BIBLIOGRAFÍA

- "Exenciones por categorías en el Derecho español de la competencia: Un alivio", GJCE 1992 (Bol. 71), págs. 1-4.
- "La aplicación concurrente del Derecho comunitario de la Competencia por la Comisión Europea y por las autoridades administrativas nacionales", GJCE 1998 (Bol. 130), págs. 1-4.
- "La aplicación del Derecho comunitario de la Competencia por las autoridades nacionales", GJCE 1993 (Bol. 85), págs. 1-3.
- "La aplicación del Derecho comunitario de la Competencia por los Tribunales nacionales", GJCE 1993 (Bol. 82), págs. 1-4.
- "La aplicación del Derecho de la competencia en un contexto *federal*", GJCE 1996 (Bol. 111), págs. 1-3.
- "La aplicación del Derecho de la competencia por los tribunales ordinarios", GJCE 1994 (Bol. 97), págs. 1-3.
- "¿Nueva reforma de la Ley de Defensa de la Competencia?", GJCE 1997 (Bol. 122), págs. 1-4.
- MARTÍNEZ SANZ, F.: "Distribución a través de agentes y Derecho de defensa de la competencia", RDM 1996 (219), págs. 35-78.
- "Distribución a través de agentes y Derecho de defensa de la competencia", en: AA. VV.: *Estudios de Derecho Mercantil. Homenaje al Profesor Justino F. Duque*, vol. II, Secretariado de Publicaciones e Intercambio Científico, Universidad de Valladolid, Valladolid, 1998, págs. 1069-1085.
- "En torno a las consecuencias patrimoniales de la extinción del contrato de distribución comercial (a propósito de la STS [sala 1.ª] de 27 de mayo de 1993), CDC dic. 1993 (12), págs. 217-234.
- "Extinción del contrato de distribución comercial y derecho de indemnización. Comentario a la STS (Sala 1.ª) de 15 de octubre de 1992", La Ley 1993 (3), págs. 282-293.
- *La indemnización por clientela en los contratos de agencia y concesión*, Col. Monografías, Civitas, Madrid, 1995.
- MASSAGUER FUENTES, J.: "Aproximación sistemática general al Derecho de la competencia y de los bienes inmateriales", RGD 1990 (544-545), págs. 245-263.
- *El contrato de licencia de know-how*, Bosch, Barcelona, 1989.
- "El Derecho mercantil ante las transformaciones político-sociales. Una aproximación", en: AA. VV., IGLESIAS PRADA, J. L. (coord.): *Estudios Jurídicos en Homenaje al Profesor Aurelio Menéndez*, t. I (Introducción y Títulos valor), Civitas, Madrid, 1996, págs 399-430.
- "El enjuiciamiento antitrust de los acuerdos de licencia de patente y de licencia de know-how tras la reforma del Derecho español de defensa de la competencia", La Ley de 24-4-1992 (2988), págs. 1-6.
- "La protección de los sistemas de distribución selectiva ante las ventas grises", en: AA. VV.: *Homenaje a H. Baylos. Estudios de Derecho Industrial. Colección de trabajos sobre Propiedad Industrial e Intelectual y Derecho de la Competencia*, Grupo Español AIPPI, Barcelona, 1992, págs. 449-472.
- "Voz «Competencia deseal (D.º Mercantil)»", en: AA. VV., MONTOYA MELGAR, A. (dir.): *Enciclopedia Jurídica Básica*, vol. I, Civitas, Madrid, 1995, págs. 1171-1183.
- MELLO, X. A. D.: "Droit de la concurrence et droit de l'homme", RTDE 1993 (4), págs. 601-633.
- *Mémento Pratique Francis Lefebvre. Distribution...*: véase AA. VV.: *Mémento...*
- MENDELSON, M.: *Guía práctica de la franquicia*, Biblioteca de Gestión, Desléc de

Brouwer, Bilbao, 1989.

- MENÉNDEZ MENÉNDEZ, A.: "Anteproyecto de la Ley de reforma parcial y adaptación de la legislación mercantil a las Directivas de la CEE en materia de sociedades", en: AA. VV., ROJO FERNÁNDEZ-RÍO, A.: *La reforma de la Ley de Sociedades Anónimas*, Civitas, Madrid, 1987, págs. 13-19.

- "Código de comercio y reforma de la legislación mercantil", en: AA. VV.: *Jornadas sobre la reforma de la legislación mercantil*, Forum Universidad-Empresa, Serie jurídico-social, Civitas/Fundación Universidad-Empresa, Madrid, 1979, págs. 39-58.

- *Constitución, sistema económico y Derecho mercantil*, Col. Cuadernos, Civitas, Madrid, 1982.

- *La competencia desleal*, Col. Monografías, Civitas, Madrid, 1988.

- *La competencia desleal (Discurso leído el día 16 de mayo de 1988 en el acto de su recepción como Académico de número de la RAJL, con constestación de Rodrigo Uría González)*, Real Academia de Jurisprudencia y Legislación, Civitas, Madrid, 1988.

- *Sobre la moderna Escuela Española de Derecho Mercantil*, Col. Cuadernos, Civitas, Madrid, 1993.

- "Voz «Derecho Mercantil (D.º Mercantil)», en: AA. VV., MONTOYA MELGAR, A. (dir.): *Enciclopedia Jurídica Básica*, vol. II, Civitas, Madrid, 1995, págs. 2331-2336.

- MERCADAL, M. B.: *Mémento Pratique Francis Lefebvre. Droit des affaires 1991*, 2.ª ed., actualizada hasta 1 de marzo de 1991, Lefebvre, Paris, 1991.

- MERCADAL, M. B., y MACQUERON, P.: *Le droit des affaires en France. Principes et approche pratique du droit des affaires et des activités économiques*, actualizada hasta el 1 de agosto de 1995, Lefebvre, Paris, 1995.

- MERCADAL, M. B., y JANIN, M. P.: *Les contrats de coopération inter-entreprises*, actualizada a 1 de septiembre de 1974, Lefebvre, Paris, 1974.

- MERCADAL VIDAL, F.: "Comentario a la sentencia del Tribunal Supremo de 17 de octubre de 1995", CCJC 1996 (40), págs. 273-284.

- MERCADO PACHECO, P.: *El análisis económico del Derecho. Una reconstrucción teórica*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1994.

MERCURO: *Derecho y...*: véase AA. VV., MERCURO...

- MESTMÄCKER, E.-J.: *Europäisches Wettbewerbsrecht*, Beck, München, 1974.

- METZLAFF, K.: "Aufgabenteilung und Zusammenarbeit zwischen EG-Kommission und nationalen Gerichten im Kartellrecht", EWS 1994 (11), págs. 373-379.

- MICOSI, S.: "Nouvelles orientation de la politique industrielle dans l'Union Européenne", RMCUE 1996 (396), págs. 158-164.

- MIERT, K. v.: "Die Wettbewerbspolitik der neuen Kommission", WuW 1995 (7 y 8), págs. 533-560; también en CPNews 1995 (5), págs. 1-6.

- "La Conférence intergouvernementale et la politique communautaire de concurrence", CPNews 1997 (2), págs. 1-5.

- "The proposal for a European competition agency", CPNews 1996 (2), págs. 1-4.

- "The role of competition policy today", CPNews 1994 (4), págs. 1-4.

- MIGUEL ASENSIO, P. A. D., RUEDA VALDIVIA, R., y CUARTERO RUBIO, V.: "Otras modalidades contractuales (I). Contratos de distribución", en: AA. VV., FERNÁNDEZ ROZAS, J. C. (edr.): *Derecho del comercio internacional*, Col. Estudios Internacionales, Eurolex, Madrid, 1996, págs. 323-336.

- MINDA, G.: "Los movimientos del Derecho y la Economía y de los estudios jurídicos críticos en el Derecho norteamericano", en: AA. VV., MERCURO, N. (edr.): *Derecho y Economía*, Instituto de Estudios Fiscales, Ministerio de Economía y Hacienda, Madrid,

1991, págs. 121-158.

- MIQUEL RODRÍGUEZ, J.: *La sociedad conjunta* (Joint Venture Corporation), Col. Monografías, Civitas, Madrid, 1998.

- MIR, J., y MOLLA, A.: "Marketing directo: la distribución en busca del cliente", DyC 1992 (2), págs- 95-103.

- "Venta domiciliaria, multinivel y piramidal. Conceptualción y diferenciación", DyC 1993 (10), págs. 64-75.

- MIRANDA SERRANO, L. M.: "La rule of reason en el Derecho de la competencia: a propósito de la transmisión de empresas (consideraciones en torno a la resolución del TDC en el asunto «ICI Paints España, S.A.»", en: AA. VV.: *Estudios de Derecho Mercantil en Homenaje al Profesor Manuel Broseta Pont*, t. II, Tirant Lo Blanch, Valencia, 1995, págs. 2315-2352.

- MONTAG, F.: "The Case for a Radical Reform of the Infringement Procedure under Regulation 17", ECLR 1996 (8), págs. 428-437.

- MONTEAGUDO MONEDERO, M.: *La remuneración del agente*, Col. Estudios de Derecho Mercantil núm. 32, Civitas, Madrid, 1997.

- MÖSCHEL, W.: "Anpassung des GWB an das europäische Wettbewerbsrecht", EuZW 1995 (24), págs. 817-821.

- "Reform des europäischen und des deutschen Kartellrechts", EWS 1995 (8), págs. 249-255.

- "Subsidiaritätsprinzip und europäisches Kartellrecht", NJW 1995 (5), págs. 281-285.

- MOUSSERON, J. M.: *Producteurs, distributeurs. Quelle concurrence?*, Col. Actualités de Droit de l'Enterprise núm. 15, Fondation Nationale pour le Droit de l'Enterprise, Litec, Montpelier, 1986.

- "Rubrique «Distribution»", en: AA. VV., HÉMARD, J. (dir.): *Encyclopedie Juridique Dalloz - Répertoire de droit commercial*, Dalloz, Paris, agosto de 1987, 5 págs.

- MOUSSERON, J. M., ET AL.: *Droit de la distribution*, Col. Bibliothèque de Droit de l'Entreprise núm. 4, Fondation Nationale pour le Droit de l'Enterprise, Litec, Montpelier, 1975.

- MOUSSIS, N.: "Une politique industrielle sous-jacent á d'autres politiques communautaires", RMCUE 1996 (396), págs. 198-207.

- MÚGICA GRIJALBA, J.-M.: "España. La nueva organización del mercado", DyC 1992/93 (7), págs. 13-30.

- "Las distintas formas de vinculación en los canales de comercialización como instrumentos de coordinación y control del proceso de distribución", EC 1986 (9), págs. 15-21.

- "Procesos de integración vertical y de estabilización de las relaciones en los canales de comercialización", DyC 1996 (30), págs. 31-41.

- MÜLLER-GRAFF, P.-C.: "Die wettbewerbsverfaßte Marktwirtschaft als gemeineuropäisches Verfassungsprinzip?", EuR 1997 (4), págs. 433-457.

- "The Quality of European and National Legislation. German Experiences and Initiatives", EuZW 1998 (11), págs. 325-331.

- MUÑIZ MARTÍNEZ, N., PLACER GALÁN, J. L., y CERVANTES BLANCO, M.: "Diversificación e internacionalización de las empresas de distribución comercial que operan en España", DyC 1997/98 (37), págs. 58-67.

- MURRAY, F., y MACLENNAN, J.: "The Future for Selective Distribution Systems: The CFI Judgements on Luxury Perfume and the Commission Green Paper on Vertical Restraints",

ECLR 1997 (4), págs. 230-233.

N-Ñ

- NAVARRO ALVAREZ, I.: "La distribución comercial. Necesidad de regulación normativa del sector", *Tapia* 1997 (96), págs. 19-23.
- NAZARELLI, J., y COWAN, D.: "The Commission's Draft Communication on Distribution Agreements—Market Shares are Predictably Back on the Table!", *ECLR* 1998 (7), págs. 409-413.
- NEUMANN, M. J. M.: "Anpassung des deutschen Kartellgesetzes an das europäische Recht? Stellungnahme des Wissenschaftlichen Beirats beim Bundesministerium für Wirtschaft", *WuW* 1996 (10), págs. 812-819.
- NICOLÁS MARTÍ, J.: "La llamada concesión mercantil (Notas para su estudio), *An. Fac. Der. La Laguna* (1965-1966), pág. 163 y sigs.
- NIEBLING, J.: *Das Recht des Automobilvertriebs*, Recht und Wirtschaft, Heidelberg, 1996.
Nueva ordenación del comercio...: véase AA. VV.: Nueva...

O

- OBERENDER, P., y OKRUCH, S.: "Gegenwärtige Probleme und zukünftige Perspektiven der europäischen Wettbewerbspolitik", *WuW* 1994 (6), págs. 507-520.
- OESCHLER, J.: "Die Anwendung des Konzernrechts auf Austauschverträge mit organisationsrechtlichem Bezug", *ZGR* 1997 (4), págs. 464-492.
 - "Kriterien für die Vertragstypenwahl (§ 5)", en: AA. VV., MARTINEK, M., y SEMLER, F.-J. (eds.): *Handbuch des Vertriebsrechts*, Beck, München, 1996, págs. 97-110.
- OLHAUSEN, E. v.: "Literaturbericht zu MARTINEK, M.: *Moderne Vertragstypen*, Beck, München; vol. I: Leasing und Factoring, Col. *JuS* núm. 109, 1991; vol. II: Franchising, Know-How-Verträge, Management- und Consultingverträge, Col. *JuS* núm. 110, 1992; vol. III: Computerverträge, Kreditkartenverträge sowie sonstige moderne Vertragstypen, Col. *JuS* núm. 120, 1993", *ZHR* 1995 (159), págs. 513-522.
- OLIVENCIA RUIZ, M.: "Concepto de Derecho mercantil", en: AA. VV., JIMÉNEZ SÁNCHEZ, G. (coord.): *Lecciones de Derecho mercantil*, 4.ª ed., revisada y puesta al día, Tecnos, Madrid, 1997, págs. 39-44.
 - "Derecho mercantil y Derecho de la empresa", en: AA. VV., JIMÉNEZ SÁNCHEZ, G. (coord.): *Derecho mercantil*, t. I, 3.ª ed., corregida y puesta al día, Col. Derecho, Ariel, Barcelona, 1995, págs. 30-37.
- OPPETITT, B.: "Droit et économie", *A. Ph. D.* 1992 (37), págs. 17-26.
- OROÑO, M.: "Comercio electrónico y desarrollo tecnológico. ¿Dónde está el límite?", *DyC* 1997 (35), págs. 20-25.
- ORTIZ BLANCO, L.: *El Procedimiento en Derecho de la Competencia Comunitario*, 2 vols., Col. Cuadernos de Estudios Europeos, Civitas/Fundación Universidad-Empresa, Madrid, 1994.
- ORTIZ DE ZÁRATE, A.: *Manual de franquicia*, Deusto, Bilbao, 1988.
- ORTUÑO BAEZA, M. T.: "Contratos ligados a la propiedad industrial. Licencia de marca. Franquicia", en AA. VV., CALVO CARAVACA, A. L., y FERNÁNDEZ DE LA GÁNDARA, L.

(dir.), BLANCO MORALES-LIMONES, P. (coord.): *Contratos internacionales*, Tecnos, Madrid, 1997, págs. 1505-1568.

P

- PARDOLESI, R.: *I contratti di distribuzioni*, Pubblicazioni della Facoltà Giuridica dell'Università di Bari, Jovene, Napoli, 1979.
- PARRA LUCÁN, M. A.: *Daños por productos y protección del consumidor*, Bosch, Barcelona, 1990.
- PASCUAL Y VICENTE, J.: "Cooperación entre la Comisión Europea y las autoridades nacionales de competencia en materia de prácticas colusorias y abusivas", GJCE 1997 (Bol. 126), págs. 5-9.
- PASTOR, S.: *Sistema jurídico y Economía. Una introducción al análisis económico del Derecho*, Tecnos, Madrid, 1989.
 - "Una introducción al análisis económico del Derecho", HPE 1984 (89), págs. 153-177.
- PASTOR RIDRUEJO, J.-A.: "La reforma de las instituciones de la Unión Europea", en: AA. VV., BERNAD ALVAREZ DE EULATE, M. (dir.), *Academia Europea de Jaca 1995*, Separata del Anuario del Real Instituto de Estudios Europeos, I, 1995, págs. 239-272.
- PATHAK, A. S.: "Vertical Restraints in EEC Competition Law", LIEI 1988 (2), págs. 15-59.
- PAZ-ARES RODRÍGUEZ, C.: "¿Cómo entendemos y cómo hacemos el Derecho de sociedades? (Reflexiones a propósito de la libertad contractual en la nueva LSRL)", en: AA. VV., PAZ-ARES RODRÍGUEZ, C. (coord.): *Tratando de la Sociedad Limitada*, Fundación cultural del Notariado, Madrid, 1997, págs. 159-205.
 - *¿Dividendo a cambio de votos?*, McGraw-Hill, Madrid, 1996.
 - "El ilícito concurrencial: de la dogmática monopolística a la política antitrust (un ensayo sobre el Derecho alemán de la competencia desleal)", RDM 1981 (159), págs. 1-147.
 - "La economía política como jurisprudencia racional. Aproximación a la teoría económica del derecho)", ADC 1981 (34), págs. 601-707.
 - "La indemnización por clientela en el contrato de concesión", La Ley, 11 de abril de 1997 (4266), págs. 1-10.
 - "La indemnización por clientela en el contrato de concesión", en: AA. VV.: *Estudios de Derecho Mercantil. Homenaje al Profesor Justino F. Duque*, vol. II, Secretariado de Publicaciones e Intercambio Científico, Universidad de Valladolid, Valladolid, 1998, págs. 1287-1303.
 - "La infracapitalización. Una aproximación contractual", RdS 1994 (núm. extraordinario sobre *La reforma del Derecho de Sociedades de Responsabilidad Limitada*), págs. 253-269.
 - *La ley, el mercado y la independencia del auditor*, Civitas, Madrid, 1996.
 - "La terminación de los contratos de distribución", RDM 1997 (223), págs. 7-58.
 - "Las excepciones cambiarias", en: AA. VV., MÉNENDEZ MÉNENDEZ, A. (dir.): *Derecho cambiario. Estudios sobre la Ley cambiaria y del cheque*, Civitas, Madrid, 1986, págs. 251-383.
 - "Principio de eficiencia y derecho privado", en: AA. VV.: *Estudios en Homenaje*

al Prof. Dr. Manuel Broseta Pont, t. III, Tirant Lo Blanch, Valencia, 1995, págs. 2843-2900.

- "Recensión a SANTINI, G.: *Il commercio (Saggio de economia del diritto)*, Il Mulino, Bologna, 1979", RDM 1979 (153-154), págs. 669-683.

- "Sobre la infracapitalización de las sociedades", ADC 1983 (3), págs. 1587-1639.

PAZ-ARES: *Tratando...*: véase AA. VV., PAZ-ARES...

- PÉDAMON, M.: *Droit commercial. Commerçants et fonds de commerce. Concurrence et contrats de commerce*, Droit Privé, Précis, Dalloz, 1994.

- PEEPERKORN, L.: "Commission adopts Green Paper on vertical restraints in EU competition policy", CPNews 1996 (3), págs. 10-11.

- "The Economics of Verticals", CPNews 1998 (2), págs. 10-17.

- PEEPERKORN, L., y WOODS, D.: "Communication of the Commission on the Application of the EC Competition Rules to Vertical Restraints - Follow Up to the Green Paper on Vertical Restraints", CPNews 1998 (3), pág. 6.

- PEGUERA POCH, M.: "Comentario al artículo 14", en: AA. VV., ARIMANY · MANUBENS & ASOCIADOS (coord.), TORNOS MÁS, J. (dir.): *Ordenación del comercio minorista. Comentarios a la Ley 7/1996 y a la Ley Orgánica 2/1996, ambas de fecha 15 de enero*, Praxis, Barcelona, 1996, págs. 126-146.

- PEINADO GARCÍA, J. I.: *El contrato de comisión: cooperación y conflicto [La comisión de garantía]*, Col. Cuadernos, Civitas/Consejo General de los Colegios Oficiales de Corredores de Comercio, Madrid, 1996.

- "Pactos de garantía en contratos de colaboración", CDC dic. 1995 (18), págs. 167-211.

- PELLEGRINI, L., y ZANDERIGHI, L.: "Italia. El reto de la modernización", DyC 1992/93 (7), págs. 44-57.

- PERDICES HUETOS, A. B.: *Cláusulas restrictivas de la transmisión de acciones y participaciones*, Civitas, Madrid, 1997.

- "La transmisión de participaciones en la sociedad de responsabilidad limitada. Régimen general", en: AA. VV., PAZ-ARES RODRÍGUEZ, C. (coord.): *Tratando de la Sociedad Limitada*, Fundación cultural del Notariado, Madrid, 1997, págs. 423-487.

- "Las restricciones a la transmisión de participaciones en la sociedad de responsabilidad limitada", en: AA. VV., PAZ-ARES RODRÍGUEZ, C. (coord.): *Tratando de la Sociedad Limitada*, Fundación cultural del Notariado, Madrid, 1997, págs. 489-615.

- PÉREZ DE AYALA, J. L.: "Las instituciones políticas y jurídicas ante la moderna teoría económica", en: AA. VV.: *Anuario de Ciencia Económica*, Universidad Complutense/Colegio Mayor San Pablo-C.E.U., Madrid, 1971, págs. 5 y sigs.

- PÉREZ DÍAZ, M.: "La extinción del contrato de concesión por denuncia unilateral del concedente y el derecho del concesionario a una indemnización por clientela", en: AA. VV.: *Estudios de Derecho Mercantil. Homenaje al Profesor Justino F. Duque*, vol. II, Secretariado de Publicaciones e Intercambio Científico, Universidad de Valladolid, Valladolid, 1998, pág. 1305-1313.

- PÉREZ RUIZ, M. E., y RODRÍGUEZ MOSQUERA, E.: "La distribución comercial española en 1996", Bol. ICE 1997 (2458), págs. 11-23.

- PÉREZ-BUSTAMANTE KÖSTER, J., y MINGO Y DE AZCÁRATE, M. D.: "Un estatuto europeo para la franquicia (Análisis del reglamento número 4087/88 de la Comisión, relativo a la aplicación del art. 85.3 TCEE a ciertas categorías de acuerdos de franquicia, en relación con la sentencia Pronuptia y con las decisiones individuales de la Comisión)", RDM 1898 (191), págs. 67-98.

BIBLIOGRAFÍA

- PETERS, L.: "The Draft Unidroit Guide to Franchising - How and Why/Le projet de guide d'Unidroit sur le franchisage: comment et pourquoi?", *Unif.L.Rev.* 1996 (4), págs. 694-707.
- PFEFFER, J.: "Vertragshändlerverträge in der Automobilbranche nach der neuen Gruppenfreistellungsverordnung", *NJW* 1996 (11), págs. 681-686.
- PHEASANT, J., y WESTON, D.: "Vertical Restraints Foreclosure and Article 85: Developing an Analytical Framework", *ECLR* 1997 (5), págs. 323-328.
- PIGASSOU, P.: "La distribution intégrée", *RTDCom* 1980 (3), págs. 473-544.
- PIÑAR MAÑAS, J. L., y BELTRÁN SÁNCHEZ, E.: "Nota preliminar", en: AA. VV., PIÑAR MAÑAS, J.-L., y BELTRÁN SÁNCHEZ, E. (dir.): *Comentarios a la Ley de Ordenación del Comercio Minorista y a la Ley Orgánica complementaria*, Universidad San Pablo-CEU/Civitas, Madrid, 1997, págs. 9-10.
- PIÑAR/BELTRÁN: *Comentarios a la Ley de Ordenación...*: véase AA. VV., PIÑAR MAÑAS...
- PLA BARBER, J.: "La expansión internacional de las empresas europeas de distribución", *ICE* 1997 (761), págs 67-80.
- POLINSKY, A. M.: *An Introduction to Law and Economics*, Little, Brown and Co., Boston, 1983; trad. esp.: *Introducción al análisis económico del Derecho*, Col. Derecho, Ariel, Barcelona, 1985.
- POLO DÍEZ, A.: "El nuevo Derecho de la Economía. Su aparición, concepto y relaciones con el Derecho Mercantil", *RDM* 1946 (3), pág. 353 y sigs.
 - "El concepto y los problemas del Derecho mercantil en la legislación y la jurisprudencia españolas", *RDP* 1956 (XL), págs. 1175-1191, y 1957 (XLI), págs. 3-28.
 - "Reflexiones sobre la reforma del ordenamiento jurídico mercantil", en AA. VV.: *Estudios de Derecho Mercantil en homenaje a Rodrigo Uría*, Civitas, Madrid, 1978, págs. 547-645.
- POLO, Y.: "Reflexiones sobre el marketing", *DyC* 1997 (34), págs. 85-87.
- PORFIRIO CARPIO, L. J.: "La extinción del contrato de agencia", *RDM* 1993 (210), págs. 1243-1275.
- PORTELLANO DÍEZ, P.: "Comentario al artículo 14", en: AA. VV., PIÑAR MAÑAS, J.-L., y BELTRÁN SÁNCHEZ, E. (dir.): *Comentarios a la Ley de Ordenación del Comercio Minorista y a la Ley Orgánica complementaria*, Universidad San Pablo-CEU/Civitas, Madrid, 1997, págs. 138-142.
 - "Comentario a los artículos 16 y 17", en: AA. VV., PIÑAR MAÑAS, J.-L., y BELTRÁN SÁNCHEZ, E. (dir.): *Comentarios a la Ley de Ordenación del Comercio Minorista y a la Ley Orgánica complementaria*, Universidad San Pablo-CEU/Civitas, Madrid, 1997, págs. 151-158.
 - "Comentario al artículo 35", en: AA. VV., PIÑAR MAÑAS, J.-L., y BELTRÁN SÁNCHEZ, E. (dir.): *Comentarios a la Ley de Ordenación del Comercio Minorista y a la Ley Orgánica complementaria*, Universidad San Pablo-CEU/Civitas, Madrid, 1997, págs. 273-278.
- POSNER, R. A.: *Antitrust Law. An Economic Perspective*, The University of Chicago Press, Chicago, 1976.
 - *Economic Analysis of Law*, 4.^a ed., Little, Brown and Co., Boston/Toronto/Londres, 1992.
 - "The Chicago School of Antitrust Analysis", *127 U. Penn. L. Rev.* 1979, págs. 925-948.
- PRISCOLI, L. D.: "I contratti di distribuzione comme categoria unitaria", *Giur. Comm.* 1994 (6), parte 2.^a, págs. 789-810.

BIBLIOGRAFÍA

- PUELLES PÉREZ, J. A.: "Análisis del fenómeno de las marcas de distribuidor en España y su tratamiento estratégico", ICE 1995 (739), págs. 117-129.
- PUELLES, J. A., FERNÁNDEZ DE LARREA, P., y ALBERT, R.: "Marcas de distribuidor. Especial referencia al precio", DyC 1997 (33), págs. 112-130.
- PUENTE MUÑOZ, T.: *El contrato de concesión mercantil*, Montecorvo, Madrid, 1976.
 - "El pacto de exclusividad en la compraventa y el suministro", RDM 1967 (103), págs. 75-130.
 - "El pacto de exclusividad en la jurisprudencia del Tribunal Supremo", RDM 1971 (121), págs. 443-462.
 - "Notas para un estudio sobre el concepto de Derecho Mercantil", en: AA. VV.: *Estudios Jurídicos en Homenaje a Juaquín Garrigues*, t. III, Ténos, Madrid, 1971, págs. 75-85.

Q

- QUIÑONERO CERVANTES, E.: "Comentario a la sentencia del Tribunal Supremo de 22 de marzo de 1988", CCJC 1988 (16), págs. 237-242.

R

- RAGEL SÁNCHEZ, L.-F.: "Comentario a la sentencia del Tribunal Supremo de 19 de septiembre de 1989", CCJC 1989 (21), págs. 853-865.
 - "Comentario a la sentencia del Tribunal Supremo de 16 de febrero de 1990", CCJC 1990 (23), págs. 459-472.
 - "La denuncia unilateral sin justa causa en el contrato de agencia por tiempo indeterminado", ADC 1985 (38), págs. 61-87.
- RAHLMAYER, D.: "Das Preis- und Konditionenbindungsverbot des § 15 GWB (§ 25)", en: AA. VV., MARTINEK, M., y SEMLER, F.-J. (eds.): *Handbuch des Vertriebsrechts*, Beck, München, 1996, págs. 603-634.
 - "Die kartellbehördliche Mißbrauchsaufsicht über Vertikalbindungen nach § 18 GWB (§ 26)", en: AA. VV., MARTINEK, M., y SEMLER, F.-J. (eds.): *Handbuch des Vertriebsrechts*, Beck, München, 1996, págs. 634-644.
 - "Exklusivvertrieb/-bezug (§ 30)", en: AA. VV., MARTINEK, M., y SEMLER, F.-J. (eds.): *Handbuch des Vertriebsrechts*, Beck, München, 1996, págs. 773-842.
- RATING, S.: "Die Kommission schlägt eine neue Bagatellbekanntmachung vor", CPNews 1997 (1), págs. 8-10.
- RATLIFF, J.: "Selective Distribution: Is there a Case for a General Block Exemption or a «Guidelines» Notice?", ECLR 1996 (5), págs. 299-307.
- RAYMOND, G.: *Droit de la distribution. Concurrence. Consumérisme. Service après-vente*, Encyclopédie Delmas pour la vie des affaires (Ce qu'il vous fait savoir), Delmas, Paris, 1984.
- REAL ACADEMIA ESPAÑOLA: *Diccionario de la lengua española*, 2 t., 21.^a ed., Espasa Calpe, Madrid, 1992.
- REBOLLO ARÉVALO, A.: "Las empresas de titularidad jurídica en la distribución comercial española", DyC 1997/98 (37), págs. 5-13.

BILBIOGRAFÍA

- REBOLLO PUIG, M.: "Comentario a la disposición final única", en: AA. VV., PIÑAR MAÑAS, J.-L., y BELTRÁN SÁNCHEZ, E. (dir): *Comentarios a la Ley de Ordenación del Comercio Minorista y a la Ley Orgánica complementaria*, Universidad San Pablo-CEU/Civitas, Madrid, 1997, págs. 595-621.
- RECIO, M., y ROMÁN, M. V.: "Eurocentrales. ¿Oportunidad o amenaza?", *DyC* 1994 (16), págs. 128-143.
- REICH, N.: *Europäisches Verbraucherrecht. Eine problemorientierte Einführung in das europäische Wirtschaftsrecht*, 3.^a ed., reelaborada, Nomos, Baden-Baden, 1996.
 - "Garantien unter Gemeinschaftsrecht", *EuZW* 1995 (3), págs. 71-77.
- RIGOL GASSET, J.: *La franquicia. Una estrategia en expansión*, EINIA, Barcelona, 1992.
- RILEY, A. J.: "The European Cartel Office: A Guardian Without Weapons?", *ECLR* 1997 (1), págs. 1-6.
 - "Vertical Restraints: A Revolution", *ECLR* 1998 (8), págs. 483-492.
- RITTER, L., BRAUN, W. D., y RAWLISON, F.: *EEC-Competition Law. A practitioner's guide*, Compact Edition, Kluwer, Deventer/Boston, 1991.
- RITTNER, F.: "Das europäische Kartellrecht. Eine kritische Bestandsaufnahme", *JZ* 1996 (8), págs. 377-385.
 - "Das Gemeinschaftsprivatrecht und die europäische Integration", *JZ* 1995 (18), págs. 849-858.
 - "Das Projekt eines Europäischen Privatrechtsgesetzbuches", *DB* 1996 (1), págs. 25-27.
 - "Die Ausschließlichkeitsbindungen nach dem Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen", *DB* 1957 (45), págs. 1091-1095, y (46), págs. 1118-1123.
 - "Vertragshändler und Vertragshändlervertrag - Bemerkungen zu Peter Ulmers «Vertragshändler»", *ZHR* 1971 (135), págs. 62-77.
 - *Wettbewerbs- und Kartellrecht. Eine systematische Darstellung des deutschen und europäischen Rechts für Studium und Praxis*, 5.^a ed., reelaborada, C. F. Müller, Heidelberg, 1995.
 - "Wieviel Europa braucht Europa?", *EuR* 1998 (1), págs. 3-19.
 - *Wirtschaftsrecht mit Wettbewerbs- und Kartellrecht. Ein Lehrbuch*, Heidelberg/Karlsruhe, 1979.
- RIVERO HERNÁNDEZ, F.: "Compraventa y permuta", en: LACRUZ BERDEJO, J. L., SANCHO REBULLIDA, F. D. A., LUNA SERRANO, A., DELGADO ECHEVERRÍA, J., RIVERO HERNÁNDEZ, F., y RAMS ALBESA, J.: *Elementos de Derecho civil, II* (Derecho de obligaciones), vol. 2.^o (Contratos y cuasicontratos. Delitos y cuasidelitos), 3.^a ed., Bosch, Barcelona, 1995, págs. 11-88.
 - "Contratos atípicos", en: LACRUZ BERDEJO, J. L., SANCHO REBULLIDA, F. D. A., LUNA SERRANO, A., DELGADO ECHEVERRÍA, J., RIVERO HERNÁNDEZ, F., y RAMS ALBESA, J.: *Elementos de Derecho civil, II* (Derecho de obligaciones), vol. 2.^o (Contratos y cuasicontratos. Delitos y cuasidelitos), 3.^a ed., Bosch, Barcelona, 1995, págs. 404-410.
 - "La representación", en: LACRUZ BERDEJO, J. L., LUNA SERRANO, A., y RIVERO HERNÁNDEZ, F.: *Elementos de Derecho civil, I* (Parte general del Derecho Civil), vol. 3.^o (El derecho subjetivo), 2.^a ed., Bosch, Barcelona, 1990, págs. 293-347.
 - "Los grupos de contratos con disciplina común", en: LACRUZ BERDEJO, J. L., SANCHO REBULLIDA, F. D. A., LUNA SERRANO, A., DELGADO ECHEVERRÍA, J., RIVERO HERNÁNDEZ, F., y RAMS ALBESA, J.: *Elementos de Derecho civil, II* (Derecho de obligaciones), vol. 1.^o (Parte general. Teoría general del contrato), 3.^a ed., Bosch, Barcelona, 1994, págs. 505-520.

BIBLIOGRAFÍA

- ROBERSTON, A.: "Technology Transfer Agreements: An Overview of how the Regulation 240/96 Changes the Law", ECLR 1996 (3), págs. 157-162.
 - "The Reform of UK Competition Law - Again?", ECLR 1996 (4), págs. 210-218.
- ROBLES MARTÍN-LABORDA, A.: "El principio de subsidiariedad en la aplicación de los arts. 85 y 86 del Tratado CEE", RDN 1993 (37), págs. 16-23.
- RODGER, B. J.: "Market Integration and the Development of European Competition Policy to Meet New Demands: A Study of the Control of Oligopolistic Markets and the Concept of a Collective Dominant Position under Article 86 of the EC Treaty", LIEI 1994 (2), págs. 1-26.
- RODGER, B. J., y WYLIE, S. R.: "Taking the Community Interest Line: Decentralisation and Subsidiarity in Competition Law Enforcement", ECLR 1998 (8), págs. 485-491.
- RODIÈRE, R.: *Introduction au droit comparé*, Col. Précis, Dalloz, Paris, 1979.
- RODRÍGUEZ, L.: "A propósito del franchising", La Ley 1986 (3), págs. 877-879.
- ROHARDT, K. P.: "Grünbuch über vertikale Beschränkungen des Wettbewerbs - Diskussion frei?", WuW 1997 (4), págs. 473-485.
 - "Vertikale Beschränkungen des Wettbewerbs in Europa: Follow-up zum Grünbuch 1996", WuW 1998 (11), págs. 1050-1059.
- ROJO FERNÁNDEZ-RÍO, A.: "El Derecho económico como categoría sistemática", RGLJ 1980 (3), pág. 249 y sigs.
 - "Recensión a: MARTÍNEZ SANZ, F.: *La indemnización por clientela en los contratos de agencia y concesión*, Civitas, Madrid, 1995", RDM 1997 (225), págs. 1488-1495.
- ROMÁN GONZÁLEZ, M. V.: "Análisis comparativo de los plazos de pago en la industria alimentaria y la distribución comercial", ICE 1995 (739), págs. 93-100.
 - "Plazos de pago. La necesidad de un nuevo equilibrio", DyC 1995/96 (25), págs. 17-31.
 - "Relaciones producción-distribución. Objetivos y ventajas de la cooperación a largo plazo", DyC 1995/96 (25), págs. 6-15.
- ROSE: *Bellamy & Child...*: véase AA. VV., ROSE...
- ROSELL, J.: "El contrato de franquicia", en AA. VV., BISBAL, J., y VILADÁS, C. (dir. y coord.): *Derecho y tecnología: curso sobre innovación y transferencia*, Ariel, Barcelona, 1990, págs. 203-217.
- ROWE, M.: "Ice Cream: The Saga Continues", ECLR 1998 (7), págs. 479-481.
- RUBIO GARCÍA-MINA, J.: *Introducción al Derecho mercantil*, Nauta, Barcelona, 1969.
- RUIZ PERIS, J. I.: "Comentario al artículo 62", en: AA. VV., PIÑAR MAÑAS, J.-L., y BELTRÁN SÁNCHEZ, E. (dir): *Comentarios a la Ley de Ordenación del Comercio Minorista y a la Ley Orgánica complementaria*, Universidad San Pablo-CEU/Civitas, Madrid, 1997, págs. 491-510.
 - "Contrato de franquicia mixto de distribución y servicios: análisis comparado de su licitud antitrust en Derecho español y comunitario. Comentario a la resolución TDC (Sala Pleno) de 21 de marzo de 1991", La Ley 1992 (1), págs. 845-868.
 - "El contrato de franquicia y la distribución selectiva en el marco del Derecho comunitario y nacional de la competencia", RGD 1995 (613-614), págs. 11255-11287.
 - *El contrato de franquicia y las nuevas normas de defensa de la competencia*, Col. Cuadernos, Civitas, Madrid, 1991.
 - "Observaciones respecto a los Reglamentos nacionales de exención por categorías en el Derecho de la competencia español", RGD 1992 (576), págs. 8363-8379.
- RUIZ-BEATO BRAVO, J.: "Las fórmulas arbitrales del Reglamento (CE) núm. 1475/95 de la

Comisión, sobre distribución y servicio postventa y postventa de vehículos automóviles", RDN 1996 (73), págs. 7-12.

- RUIZ DE VILLA JUBANI, J.: "Comentario al artículo 62", en: AA. VV., ARIMANY · MANUBENS & ASOCIADOS (coord.), TORNOS MÁS, J. (dir.): *Ordenación del comercio minorista. Comentarios a la Ley 7/1996 y a la Ley Orgánica 2/1996, ambas de fecha 15 de enero*, Praxis, Barcelona, 1996, págs. 438-455.

S

- SACCO, R.: *Introduzione al Diritto Comparato*, 5.^a ed., UTET, Torino, 1992 (reimpresión 1995), en: AA. VV., SACCO, R. (dir.): *Trattato di Diritto Comparato*, UTET, Torino.

- SACCO, R., y GAMBARO, A.: *Sistemi Giuridici Comparati*, UTET, Torino, 1996, en: AA. VV., SACCO, R. (dir.): *Trattato di Diritto Comparato*, UTET, Torino.

- SACRISTÁN REPRESA, M.: "Derecho Económico y Derecho Mercantil", en: AA. VV.: *Estudios de Derecho Mercantil. Homenaje al Profesor Justino F. Duque*, vol. I, Secretariado de Publicaciones e Intercambio Científico, Universidad de Valladolid, Valladolid, 1998, págs. 65-85.

- SAGRERA RULL, J.: *Comercio en la CEE y estrategias empresariales. Importaciones paralelas, regulación en materia de patentes, marcas, know-how y franquicias*, Bosch, Barcelona, 1989.

- SÁNCHEZ CALERO, F.: "El Código de comercio y los contratos mercantiles", en AA. VV.: *Centenario del Código de comercio*, vol. I (Estudios), Ministerio de Justicia, Madrid, 1986, págs. 211-260.

- *Instituciones de Derecho Mercantil*, 2 t., 20.^a ed., McGraw-Hill, Madrid, 1997.

- "La normativa del contrato de agencia mercantil", ponencia presentada al I Congreso Nacional de Agentes Comerciales de España, Madrid, junio 1985.

- *Principios de Derecho Mercantil*, 2.^a ed., EDERSA, Madrid, 1996.

- SÁNCHEZ MORÓN, M.: "Comentario (II) a la disposición final única", en: AA. VV., BERCOVITZ RODRIGUEZ-CANO, R., y LEGUINA VILLA, J. (coord.): *Comentarios a las Leyes de Ordenación del Comercio Minorista*, Tecnos, Madrid, 1997, págs. 1108-1113.

- SANDROCK, O.: *Gierke/Sandrock Handels- und Wirtschaftsrecht*, vol. 1 (Allgemeine Grundlagen. Der Kaufmann und sein Unternehmen), 9.^a ed., Walter de Gruyter, Berlin/N.Y., 1975.

- SANFILIPPO, L.: "The Retail Sector and Application of Antitrust Rules", ECLR 1997 (8), págs. 492-497.

- SANTINI, G.: *El comercio. Ensayo de economía del Derecho*, Col. Derecho, Ariel, Barcelona, 1988.

- *I servizi. Nuovo saggio di economia del diritto*, Il Mulino, Bologna, 1987.

- SANTOS MARTÍNEZ, V.: "Derecho económico y Derecho mercantil", Anales de Derecho - Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad de Murcia 1978 (2), pág. 37 y sigs.

- "Sobre los conceptos, sistema y principios en Derecho mercantil", en: AA. VV.: *Estudios de Derecho civil en honor del prof. Batlle Vázquez*, Madrid, 1979, págs. 739-762.

- SCHÄFFER, H.-B., y OTT, C.: *Lehrbuch der ökonomischen Analyse des Zivilrechts*, Springer, Berlin, 1986; trad. esp.: *Manual de análisis económico del Derecho civil*, Tecnos, Madrid, 1991.

- SCHECHTER, M. C.: "The Rule of Reason in European Competition Law", LIEI 1982 (2),

págs. 1-20.

- SCHMIDT, I.: "Europäische Industriepolitik - ein Widerspruch zur Wettbewerbsordnung", WuW 1995 (12), págs. 971-985.
- SCHMIDT, I., y SCHMIDT, A.: *Europäische Wettbewerbspolitik*, WiSO Kurzlehrbücher, Col. Volkswirtschaft, Vahlen, München, 1997.
- SCHMIDT, K.: *Handelsrecht*, 4.^a ed., reelaborada, C. Heymanns, Köln/Berlin/Bonn/München, 1994.
- SCHMIDT-KESSEL, M.: "Tagungsbericht - Symposium «Towards a European Civil Code»", JZ 1997 (21), págs. 1052-1053.
- SCHÖDEMEIER, M., y WAGNER, A.: "Rechtsschutz gegen Verwaltungsschreiben der EG-Kommission", WuW 1994 (5), págs. 403-415.
- SHOLES, J., ET AL.: "The U.K. Draft Competition Bill: Comments Based in Observations of the Competition Law Association", ECLR 1998 (1), págs. 32-45.
- SCHROEDER, D.: "The Green Paper on Vertical Restraints: Beware of Market Share Thresholds", ECLR 1997 (7), págs. 430-434.
- SCHRÖTER, H.: "Artikel 85 - Fallgruppen", en: AA. VV., GROEBEN, H, V. D., THIESING, J., y EHLERMANN, C.-D. (eds.): *Kommentar zum EWG-Vertrag*, vol. 2 (Artikel 85-109), 4.^a ed., reelaborada, Nomos, Baden-Baden, 1991, pág. 1536 y sigs.
- SCHULTE-BRAUCKS, R.: "Editorial - Das Gemeinschaftsrecht auf dem Prüfstand", EuZW 1995 (18), pág. 621.
- SCHWARZE, J.: "Die Auswirkungen des Vorrangs des Gemeinschaftsrechts auf das deutsche Kartell- und Wettbewerbsrecht. Anmerkungen zu den Konsequenzen der jüngsten Judikatur des EuGH für die deutsche Rechtsprechung und Gesetzgebung", JZ 1996 (2), págs. 57-64.
- SCHWINTOWSKI, H.-P.: "Konzept, Funktion und Entwicklung des deutschen und europäischen Wettbewerbsrechts", ZVglRWiss 1993 (92), págs. 40-75.
- SEDEMUND, J., y HEINEMANN, K.: "Rechtsschutz im Gemeinschaftsrecht", DB 1995 (14), págs. 713-720.
- "Rechtsschutzdefizite in der EG", DB 1995 (23), págs. 1161-1167.
- SELIGER, K.: "Ein unabhängiges Kartellamt für Europa - ordnungs- und wettbewerbsspolitische Aspekte", WuW 1997 (11), págs. 874-881.
- SERRA, T., y PUELLES, J. A.: "Las marcas de distribución en el mercado de la alimentación", DyC 1994 (14), págs. 97-106.
- SERRA, Y.: *Le Droit Français de la Concurrence*, Col. Connaissance du Droit, Dalloz, Paris, 1993.
- SHAW, J.: "Competition complaints: a comprehensive system of remedies?", ELRev 1993 (5), págs. 427-441.
- SKAUPY, W.: "Das Franchising als zeitgerechte Vertriebskonzeption", DB 1982 (47), págs. 2446-2450.
- *Franchising. Handbuch für die Betriebs- und Rechtspraxis*, Vahlen, München, 1987.
- "Zu den Begriffen «Franchise», «Franchisevereinbarungen» und «Franchising»", NJW 1992 (29), págs. 1785-1790.
- SMID, J. F.: "Zur Lückenlosigkeit als kartellrechtliche Wirksamkeitsvoraussetzung selektiver Vertriebsbindungssysteme - Anmerkungen zum Urteil des EuGH in der Rechtssache C-376/92, Metro SB-Großmärkte GmbH & Co. ./ Cartier, S.A. vom 13.1.1994, RIW 1994 S. 234", RIW 1995 (3), págs. 191-194.
- SOLER MASOTA, P.: "¿Hacia un nuevo enjuiciamiento antitrust de la fijación vertical de

BIBLIOGRAFÍA

- precios? (Comentario a la resolución del Tribunal de Defensa de la Competencia de 14 de octubre de 1997, del Pleno, expediente 380/1996)", RGD 1998 (645), págs. 7655-7675.
- "Los acuerdos de agencia y el Derecho de la competencia", RGD 1995 (608), págs. 5313-5337.
 - "Los sistemas de distribución integrada de ámbito comunitario y sus efectos restrictivos sobre la competencia", RGD 1995 (604-605), págs. 574-613.
 - "Sobre los acuerdos de fijación vertical de precios (Una aproximación a la exención de los acuerdos de fijación de precios máximos)", RGD 1996 (618), págs. 2215-2234.
 - SORIA FERRANDO, J. V.: *El agente de comercio (La Directiva de 18 de diciembre de 1986 y su incorporación al Derecho español: la Ley 12/1992, de 27 de mayo, sobre contrato de agencia)*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 1996.
 - SORIANO GARCÍA, J. E.: *Derecho Público de la Competencia*, Col. Monografías Jurídicas, IDELCO/Marcial Pons, Madrid, 1998.
 - SOUTY, F.: *La politique de la concurrence aux États-Unis*, Col. Que sais-je?, PUF, 1995.
 - *La politique de la concurrence en Allemagne fédérale*, Col. Que sais-je?, PUF, 1996.
 - STEINDORFF, E.: "Article 85 and the Rule of Reason", CMLRev 1984 (21), págs. 639-646.
 - "Article 85, Para. 3: No Case for Application by National Courts", CMLRev 1983 (20), págs. 125-130.
 - "Aufgaben und Zuständigkeiten im europäischen Kartellverfahren. Zugleich zum Anspruch auf Beteiligung am Vertrieb und zum Verbraucherschutz", ZHR 1998 (162), págs. 290-317.
 - "Privatrecht und europäischer Binnenmarkt", en: AA. VV.: BRÜGGEMEIER, G. (edr.): *Verfassungen für ein ziviles Europa*, Col. ZERP, vol. 20, Nomos, Baden-Baden, 1994, págs. 131-148.
 - STELZER, I. M.: "Private Anti-Trust Enforcement in the United States", ECLR 1984, págs. 285-304.
 - STEVENS, D.: "The 'Comfort Letter': Old Problems, New Developments", ECLR 1994 (2), págs. 81-88.
 - STIGLER, G. J.: "Law or Economics?", 35 J. L. & E. 1992, págs. 455-468.
 - STIGLITZ, J. E.: *Microeconomía*, trad. esp. de la 2.^a ed. inglesa, Col. Economía, Ariel, Barcelona, 1998.
 - STOEPHASIUS, H-P. v.: "Art. 85. Fallgruppen", en: AA. VV., BUNTE, H.-J. (edr.): *Lange/Bunte Kommentar zum deutschen und europäischen Kartellrecht*, 7.^a ed., Luchterhand, Berlin, 1994, pág. 1536 y sigs.
 - SUAREZ-LLANOS GÓMEZ, L.: "Bases para la ordenación del Derecho de la contratación mercantil", en: AA. VV.: *Jornadas sobre la reforma de la legislación mercantil*, Forum Universidad-Empresa, Serie jurídico-social, Civitas/Fundación Universidad-Empresa, Madrid, 1979, págs. 283-305.
 - SUBDIRECCIÓN GENERAL DE ESTUDIOS DEL SECTOR EXTERIOR: "El impacto de la globalización sobre las economías en desarrollo: visiones opuestas del Banco Mundial y la UNCTAD", Bol. Eco. ICE 1997 (2554), págs. 3-8.
 - "La distribución comercial en Europa", Bol. Eco. ICE 1997 (2537), págs. 3-8.

T

- TAYLOR, R. J.: "Vereinigtes Königreich, insbesondere England und Wales (§ 54)", en: AA. VV., MARTINEK, M., y SEMLER, F.-J. (edrs.): *Handbuch des Vertriebsrechts*, Beck, München, 1996, págs. 1231-1249.
- TEAM DE ECONOMISTAS DVE: *La franquicia*, De Vecchi, Barcelona, 1989.
- TIMMERMANS, C.: "How Can One Improve the Quality of Community Legislation?", *CMLRev* 1997 (34), págs. 1229-1257.
- TOBÍO RIVAS, A. M.: "El contrato de franquicia en el Derecho comunitario de la competencia. Comentario a la Decisión de 13 de julio de 1987, en el caso 'Computerland'", *ADI* 1988 (XII), págs. 217-255.
 - "El Reglamento de la CEE sobre distribución exclusiva de vehículos automóviles", *ADI* 1984-85 (X), págs. 557-560.
 - *La autorización de medidas limitativas de la competencia en el Derecho comunitario (Análisis de los requisitos sustantivos)*, Bosch, Barcelona, 1993.
 - "Las exenciones por categorías en el Derecho español de la competencia: el RD 157/1992", *RDN* 3/1992, págs. 23-29.
 - "Libro Verde de la Comisión sobre las restricciones verticales en la política de competencia comunitaria: ¿bases para un cambio?", *ADI* 1997 (XVIII), págs. 1031-1054.
- TOBIO RIVAS, A. M., y GINER PARREÑO, C. A.: "Estados Unidos. Cláusula de fijación de precios máximos de reventa. Cambio de orientación en la jurisprudencia: rechaza la aplicación de la *per se rule*, para sujetar las mismas a la *rule of reason*", *Notas de actualidad: Competencia, Propiedad Industrial e Intelectual*, *RDN* 1998 (90), págs. 105-108.
- TOEPKE, U. P.: "Per se Verbot und die Rule of Reason: Den Wandel vom Automatismus des Kartellverbots in Section I Sherman Act zur »Per se perhaps« Regel des United States Supreme Court", *WuW* 7 y 8/1990, págs. 563-596.
- TONNER, K.: "Die Rolle des Verbraucherrechts bei der Entwicklung eines europäischen Zivilrechts", *JZ* 1996 (11), págs. 533-541.
- TORNOS MAS, J.: "Comentario a la Exposición de motivos", en: AA. VV., ARIMANY · MANUBENS & ASOCIADOS (coord.), TORNOS MÁS, J. (dir.): *Ordenación del comercio minorista. Comentarios a la Ley 7/1996 y a la Ley Orgánica 2/1996, ambas de fecha 15 de enero*, Praxis, Barcelona, 1996, págs. 31-35.
 - "Comentario al artículo 1", en: AA. VV., ARIMANY · MANUBENS & ASOCIADOS (coord.), TORNOS MÁS, J. (dir.): *Ordenación del comercio minorista. Comentarios a la Ley 7/1996 y a la Ley Orgánica 2/1996, ambas de fecha 15 de enero*, Praxis, Barcelona, 1996, págs. 35-37.
 - "Comentario a la disposición final única", en: AA. VV., ARIMANY · MANUBENS & ASOCIADOS (coord.), TORNOS MÁS, J. (dir.): *Ordenación del comercio minorista. Comentarios a la Ley 7/1996 y a la Ley Orgánica 2/1996, ambas de fecha 15 de enero*, Praxis, Barcelona, 1996, págs. 510-515.
 - "Voz «Comercio exterior (D.º Administrativo)»", en: AA. VV., MONTOYA MELGAR, A. (dir.): *Enciclopedia Jurídica Básica*, Civitas, Madrid, 1995.
- TORRES LÓPEZ, J.: *Análisis Económico del Derecho. Panorama doctrinal*, Tecnos, Madrid, 1987.
- TREACY, P., y FEASTER, T.: "When Two Into One Will Go: Intra-group Agreements and

BILBIOGRAFÍA

Article 85(1)", *ELRev* 1997 (22), págs. 573-578.

- TRONCOSO Y REIGADA, M.: "El marco normativo de los ilícitos desleales de relevancia antitrust (Reflexiones en torno al art. 7 LDC)", en: AA. VV., IGLESIAS PRADA, J. L. (coord.): *Estudios jurídicos en Homenaje al Profesor Aurelio Menéndez*, t. I (Introducción y Títulos valor), Madrid, Civitas, 1996, págs. 1035-1079.

U

- ULEN, T. S.: "Derecho y Economía: temas resueltos y cuestiones pendientes", en: AA. VV., MERCURO, N. (edr.): *Derecho y Economía*, Instituto de Estudios Fiscales, Ministerio de Economía y Hacienda, Madrid, 1991, págs. 243-276.

- ULLOA SUELVES, G.: "Un desarrollo reglamentario del artículo 62 de la Ley de ordenación del comercio minorista, referente a la franquicia", en: AA. VV., BARBADILLO DE MARÍA, S. (dir.): *Guía de franquicias de España 1998*, 3.ª ed., Barbadillo Asociados Consultores, Madrid, 1998, págs. Opinión/9-10.

- ULLRICH, H.: "Harmonisation within the European Union", *ECLR* 1996 (3), págs. 178-184.

- ULMER, P.: *Der Vertragshändler. Tatsachen und Rechtsfragen kaufmännischer Geschäftsbesorgung beim Absatz von Markenwaren*, Beck, München, 1969.

- "Rule of Reason im Rahmen von Artikel 85 EWGV", *RIW* 1985 (7), págs. 517-524.

- "Rule of Reason im Rahmen von Artikel 85 EWG-Vertrag", en: AA. VV.: *XI Internationales EG-Kartellrechts-Forum (Brüssel 1985-Referate)*, Beck, München, 1986, págs. 37-56.

- ULMER, P., y HABERSACK, M.: "Zur Beurteilung des Handelsvertreter- und Kommissionsagenturvertriebs nach Art. 85 Abs. 1 EGV", *ZHR* 1995 (159), págs. 109-134.

- UNIDROIT: "Principios sobre los Contratos Comerciales Internacionales", *RDN* 1996 (75), págs. 77-88.

- UNIÓN EUROPEA: *Tratado de Amsterdam*, Oficina de Publicaciones Oficiales de las Comunidades Europeas, Luxemburgo, 1997.

- URÍA GONZÁLEZ, R.: *Derecho Mercantil*, 24.ª ed., Marcial Pons, Madrid, 1997.

- USERO MILLÁN, J. C.: "El apoyo de la Unión Europea a la Pequeña y Mediana Empresa", en: AA. VV., BERNAD ALVAREZ DE EULATE, M. (dir.): *Academia Europea de Jaca 1995*, Separata del Anuario del Real Instituto de Estudios Europeos, I, 1995, págs. 363-381.

- USERO MILLÁN, M. L.: *La información acerca de las normas comunitarias y el papel de los Centros de Documentación Europea, con especial referencia al mundo empresarial, universitario y de la Administración Pública*, Real Instituto de Estudios Europeos/Centro de Documentación Europea de la Universidad de Zaragoza/Cátedra *Jean Monet* de Instituciones y Derecho Comunitario Europeos, Zaragoza, 1996.

V

- VALENZUELA GARACH, F.: *El agente comercial*, Cuadernos de la Studia Albornotiana, Zaragoza, 1986.

- "El agente comercial: algunos apuntes sobre la delimitación y la disciplina jurídica

de su actividad", La Ley 1989 (4), págs. 1144-1157.

- "La extinción del contrato de agencia en la Ley 13/1992, de 27 de mayo", RDN 1993 (37), págs. 1-9.

- VALENZUELA GARACH, F. J.: "El contrato de concesión mercantil y su extinción por denuncia unilateral", RDM 1997 (225), págs. 1297-1324.

- VALLET DE GOYTISOLO, J.: "Derecho y Economía", en: AA. VV., IGLESIAS PRADA, J. L. (coord.): *Estudios en Homenaje al Profesor Aurelio Menéndez*, t. IV (Derecho civil y Derecho público), Civitas, Madrid, 1996, págs. 5541-5554.

- VATTIER FUENZALIDA, C.: "Los «Principles of European Contract Law»: un nuevo paso hacia la armonización de las obligaciones contractuales en la Unión Europea", Noticias UE 1998 (159), págs. 21-24.

- VÁZQUEZ CASIELLES, R., y TRESPALACIOS GUTIERREZ, J. A.: *Distribución comercial: estrategias de fabricantes y detallistas*, Col. Biblioteca Civitas Economía y Empresa, Tratados y manuales, Civitas, Madrid, 1997.

- VEGA GARCÍA, F. D. L.: "Filiales comunes coordinadoras de comportamientos competitivos de empresas independientes y Derecho de la Competencia", RGD 1998 (645), págs. 7567-7593.

- VELTROP, J. D.: "Tying and exclusive purchasing agreements under EC Competition Law", CMLRev 1994 (31), págs. 549-563.

- VERGEZ, M.: "Reflexiones en torno al contenido y características de la prestación del agente", en: AA. VV., IGLESIAS PRADA, J. L. (coord.): *Estudios jurídicos en Homenaje al Profesor Aurelio Menéndez*, t. III (Contratos mercantiles, Derecho concursal y Derecho de la navegación), Madrid, Civitas, 1996, págs. 3053-3074.

- VESTERDORF, B.: "Complaints concerning Infringements of Competition Law within the Context of European Community Law", CMLRev 1994 (31), págs. 77-104.

- VICENT CHULIÁ, F.: *Compendio Crítico de Derecho Mercantil*, 2 t., 3.ª ed., Bosch, Barcelona, 1990-1991.

- "Doctrina, ciencia de la legislación e institucionalización del Derecho Mercantil en la última década", en: AA. VV.: *Estudios de Derecho Mercantil en Homenaje al Profesor Manuel Broseta Pont*, t. III, Tirant Lo Blanch, Valencia, 1995, págs. 4043-4121.

- *Introducción al Derecho Mercantil*, 10.ª ed., totalmente revisada, adaptada a los nuevos Planes de Estudio y orientada a la Praxis, Tirant Lo Blanch, Valencia, 1997.

- "Presentación de la sección de Derecho de Mercado Financiero y de los contratos mercantiles", RGD 1998 (643), págs. 3975-3981.

- "Presentación I", en: CREUS CARRERAS, A.: *La distribución de automóviles en la Comunidad Europea. Los contratos de distribución de automóviles en el marco del Reglamento (CE) n.º 1475/95*, Col. Biblioteca Jurídica Cuatrecasas, Tirant Lo Blanch, Valencia, 1997, págs. 28-30.

- "Ventas multinivel y ventas en pirámide", en: AA. VV.: *Libre competencia y Ley de Ordenación del Comercio Minorista en España*, Cámara Oficial de Comercio e Industria de Madrid, Madrid, 1997, págs. 167-194.

- "Voz «Acto de comercio (D.º Mercantil)»", en: AA. VV., MONTOYA MELGAR, A. (dir.): *Enciclopedia Jurídica Básica*, Civitas, Madrid, 1995, t. I, págs. 183-188.

- VICENTE LÓPEZ, B. F., y GARCÍA-DENCHE NAVARRO, J. A.: "Plan de Acción para el mercado interior. Balance de primer año de aplicación", Bol. Eco. ICE 1998 (2579), págs. 9-16.

- VICIANO PASTOR, J.: "Importadores paralelos y distribución selectiva de vehículos automóviles: análisis de la Decisión 'Eco-System' y de la Comunicación de la Comisión de

BILBIOGRAFÍA

18 de diciembre de 1991", RGD 1992 (576), págs. 8521-8562.

- *Libre competencia e intervención pública en la economía (Acuerdos restrictivos de la competencia de origen legal)*, Biblioteca Jurídica Cuatrecasas, Tirant Lo Blanch, Valencia, 1995.

- VIRASSAMY, G. J.: *Les contrats de dépendence. Essai sur les activités professionnelles exercées dans une dépendence économique*, Col. Bibliothéque de Droit Privé, t. CXC, LGDJ, Paris, 1986.

- VOGEL, L.: "Competition Law and Buying Power: The Case for a New Approach in Europe", ECLR 1998 (1), págs. 4-11.

- "Wettbewerbsrecht und Einkaufsmacht: Es ist Zeit für eine neue Betrachtungsweise", WuW 1998 (12), págs. 1162-1172.

- VOGEL, L., y VOGEL, J.: "Die französische Wettbewerbsnovelle vom 1.7.1996 und die aktuellen Entwicklungen in der Rechtsprechung. Der Versuch der Wiederherstellung des Gleichgewichts zwischen Vertrieb und Handel", RIW 1998 (8), págs. 597-602.

- *Le Droit Européen des Affaires*, 2.^a ed., Col. Connaissance du Droit, Dalloz, Paris, 1994.

W

- WAELBROECK, M.: La aplicación de los artículos 85 y 86 del Tratado CEE por las autoridades y por las jurisdicciones de los Estados Miembros", en: AA. VV., RODRÍGUEZ IGLESIAS, G. C., y LIÑÁN NOGUERAS, D. J. (dir.): *El Derecho comunitario europeo y su aplicación judicial*, Civitas, Madrid, 1993, págs. 863-883.

- "Procedimiento y garantías en el Derecho comunitario de la competencia", GJCE 1994 (D-22), págs. 7-43.

- WÄGENBAUR, B.: "Die Prüfungskompetenz des EuGH im Rechtsmittelverfahren", EuZW 1995 (7), págs. 199-203.

- WALLE DE GHELCKE, B. v. D., y GERVEN, G. v., (edr. general KALINOWSKI, J. O. v.): *Competition Law of the European Community*, 2 vols., Matthew Bender, N.Y./San Francisco, actualización núm. 7, octubre de 1997.

- WALZ, R.: "Rethinking *Walt Wilhelm*, or the Supremacy of Community Competition Law over National Law", ELRev 1996 (6), págs. 449-464.

- WANK, R.: "Vertriebsverträge und Arbeitsrecht (§ 7)", en: AA. VV., MARTINEK, M., y SEMLER, F.-J. (eds.): *Handbuch des Vertriebsrechts*, Beck, München, 1996, págs. 137-168.

- WARD, R.: *Walker & Walker's English Legal System*, 8.^a ed., Butterworths, London/Edinburgh/Dublin, 1998.

- WEIR, T.: "Die Sprachen des Europäischen Rechts - Eine skeptische Betrachtung", ZEuP 1995 (3), págs. 368-374.

- WELTRICH, O.: *Franchising im EG-Kartellrecht - eine kartellrechtliche Analyse nach Art. 85 EWGV*, Kölner Schriften zu Europarecht vol. 39, Carl Heymanns, Köln/Berlin/Bonn/München, 1992.

- WESSELING, R.: "Subsidiarity in Community Antitrust Law: Setting the Right Agenda", ELRev 1997 (1), págs. 35-54.

- "The Commission Notices on Decentralisation of E.C. Antitrust Law: In for a Penny, Not for a Pound", ECLR 1997 (2), págs. 94-97.

- WILKS, S.: "The Metamorphosis of European Competition Law", en: AA. VV., SNYDER,

BILBIOGRAFÍA

- F. (edr.): *European Community Law*, vol. II, Col. The International Library of Essays in Law & Legal Theory, Dartmouth, Aldershot/Hong-Kong/Singapore/Sydney, 1993, págs. 269-293.
- WILLIMSKY, S. M.: "The Concept(s) of Competition", ECLR 1997 (1), págs. 54-57.
 - WILS, G.: "«Rule of Reason»: une règle raisonnable en droit communautaire", CDE 1990 (1-2), págs. 19-74.
 - WILS, W. P. J.: "La compatibilité des procédures communautaires en matière de concurrence avec la Convention Européenne des Droits de l'Homme", CDE 1996 (3-4), págs. 329-354.
 - "The Commission's New Method for Calculating Fines in Antitrust Cases", ELRev 1998 (3), págs. 252-263.
 - "The Commission's Notice on the Non-Imposition or Reduction of Fines in Cartel Cases: A Legal and Economic Analysis", ELRev 1997 (2), págs. 125-141.
 - WISH, R.: *Competition Law*, 2.^a ed., Butterworths, London/Edinburgh, 1989.
 - WITTMANN, R.: "Kommentar zum § 675 BGB", en: KESLER, E., REUTER, D. (y redactor), WERNER, O., y WITTMANN, R.: *J. von Staudingers Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetze*, lib. II (§§ 657-740 BGB), 12.^a ed., Schweitzer, Berlin, 1980, págs. 90-102.
 - WOLF, D.: "Das Verhältnis des nationalen zum europäischen Recht", Vortrag im Rahmen des 2. Euroforum-Konferenz zum Wettbewerbs- und Kartellrecht am 22. April 1997 in Düsseldorf, obtenido en: <http://www.bundeskartellamt.de>, 6 págs.
 - "Die Erwartungen des Bundeskartellamts an die 6. GWB-Novelle – Mehr Konvergenz mit europäischem Recht?" Vortrag im Rahmen des XVII. Internationalen Forums EG-Kartellrecht der Studienvereinigung Kartellrecht am 15./16. Mai 1997 in Brüssel, obtenido en: <http://www.bundeskartellamt.de>, 5 págs.
 - "Zum Verhältnis von europäischem und deutschem Wettbewerbsrecht", EuZW 1994 (8), págs. 233-238.
 - WOLF, D., y FINK, R.: "Mit der Verordnung Nr. 17 ins nächste Jahrtausend?", WuW 1994 (4), págs. 289-293.
 - WOOD, W. C.: "Cost and benefits of per se rules in antitrust enforcement", 38 Ant. Bull. 1993, págs. 887-902.
 - WOUDE, M. V. D.: "Hearing Officers and EC Antitrust Procedures: The Art of Making Subjective Procedures More Objective", CMLRev 1996 (33), págs. 531-546.

X-Y

- YSEWYN, J., y CAFFARRA, C.: "Two's Company, Three's a Crowd: The Future of Collective Dominance After the Kali & Salz Judgement", ECLR 1998 (7), págs. 468-472.

Z

- ZIMMERMANN, R.: "Konturen eines Europäischen Vertragsrechts", JZ 1995 (10), págs. 477-491.
- ZINSMEISTER, U.: "Die Anwendung der Artikel 85 und 86 EG-Vertrag durch die nationalen Behörden", WuW 1997 (1), págs. 5-14.

Se acabó de reproducir esta tesis doctoral
en los talleres de Aula 4, de Zaragoza,
en el mes de abril de 1999.

finis coronat opus