

Informe sobre la problemática de los contratos de distribución

MARZO 2009



DIRECCIÓN GENERAL DE POLÍTICA COMERCIAL

ÍNDICE

I.- Introducción.....	3
II.- Análisis de los problemas jurídicos planteados por los sectores consultados.....	6
1. Sector de la automoción.....	6
1.1 Relevancia económica del sector.....	6
1.2 Análisis jurídico de la problemática del sector.....	8
2. Sector que opera en el tráfico a través del contrato de franquicia.....	16
2.1 Relevancia económica del sector.....	16
2.2 Análisis jurídico de la problemática del sector.....	17
3. Sector de la construcción.....	24
3.1 Relevancia económica del sector.....	24
3.2 Análisis jurídico de la problemática del sector.....	28
4. Sector de las estaciones de servicio.....	31
4.1 Relevancia económica del sector.....	31
4.2 Análisis jurídico de la problemática del sector.....	32
5. Sector de las tecnologías de la información.....	41
5.1 Relevancia económica del sector.....	41
5.2 Análisis jurídico de la problemática del sector.....	42
6. Sector de la prensa.....	47
6.1 Relevancia económica del sector.....	47
6.2 Análisis jurídico de la problemática del sector.....	50
7. Sector de las bebidas espirituosas.....	68
7.1 Relevancia económica del sector.....	68
7.2 Análisis jurídico de la problemática del sector.....	70
III.- Conclusiones.....	70

INTRODUCCIÓN

El presente informe se elabora por la Dirección General de Política Comercial en respuesta al encargo dado al Gobierno por el Congreso de los Diputados en sesión de 20 de marzo de 2007 para realizar un análisis de la situación existente en el ámbito de los contratos de distribución comercial a los efectos de llevar a cabo las modificaciones legislativas que pudieran resultar pertinentes.

Este encargo tiene su origen en una proposición no de ley presentada por el Grupo Parlamentario Catalán Convergència i Unió relativa al impulso por parte del Gobierno de una ley de contratos de distribución, dicha proposición fue aprobada con modificaciones por la Comisión de Industria, Turismo y Comercio en su sesión del día 20 de marzo de 2007 (“BOCG. Congreso de los Diputados”, serie D, núm. 533, de 29 de marzo de 2007).

La citada Proposición no de Ley presentada por el Grupo Parlamentario Catalán (Convergencia i Unió) fue publicada en el “BOCG. Congreso de los Diputados”, serie D, núm. 502, de 12 de febrero de 2007, en los siguientes términos:

“El Congreso de los Diputados insta al Gobierno a **analizar**, con audiencia de los sectores interesados, **la problemática de los contratos de distribución comercial y a proponer en su caso las modificaciones legislativas pertinentes**, con el fin de evitar situaciones contractuales de abuso y de promover la seguridad jurídica de los operadores económicos en el mercado de distribución de bienes y servicios, con especial atención a la naturaleza de pequeñas y medianas empresas que intervienen en el mismo”.

Por otro lado, se promovió, a través de una iniciativa legislativa popular encabezada por la Federación de Concesionarios de Automoción (FACONAUTO), una proposición de ley de contratos de distribución. Dado que esta proposición no alcanzó el número de 500.000 firmas de electores requerido por la Ley Orgánica 3/1984, de 26 de marzo, reguladora de la iniciativa legislativa popular, el 7 de abril de 2008 se declaró la caducidad de esta iniciativa, publicándose la misma en el Boletín Oficial de las Cortes Generales el día 11 del mismo mes.

La preocupación que existe en este ámbito contractual se ha mostrado de forma más acusada en el sector de la prensa, con el planteamiento de la cuestión en el Congreso de los Diputados (sesión plenaria del día 6 de octubre de 1998) a través de una proposición no de ley del Grupo Parlamentario Socialista sobre la actualización de la normativa reguladora de los vendedores de prensa. Esta iniciativa parlamentaria dio lugar a la aprobación por unanimidad de la Cámara de una enmienda transaccional por la que se encargó al Gobierno la realización de un estudio sobre las relaciones comerciales entre los distribuidores y los vendedores de prensa y revistas, que clarificase la situación normativa. El 12 de febrero de 1999 el Gobierno presentó al Congreso de los Diputados el estudio denominado "El mercado español de distribución y venta de prensa y publicaciones periódicas".

Asimismo, como antecedente hay que recordar la propuesta de Anteproyecto de Ley de contratos de distribución elaborada por la Comisión de Codificación del Ministerio de Justicia en diciembre de 2005 y publicada en el Boletín núm. 2006 del Ministerio de Justicia en febrero de 2006.

Para dar respuesta al mandato recibido del Congreso de los Diputados en su sesión de 20 de marzo de 2007, y proceder a elaborar este informe, la Dirección General de Política Comercial se ha reunido con los representantes de los principales sectores interesados en el campo de los contratos de distribución. Éstos han expuesto los problemas jurídicos que encuentran en sus relaciones contractuales y que demandan, en su opinión, una solución más urgente.

La consulta se ha realizado a los sectores que se consideran más representativos y donde se entiende que el empleo de contratos de distribución comercial está más extendido.

Los **sectores consultados** han sido los siguientes:

- Sector de la automoción, para lo cual se han celebrado reuniones con la Federación de Asociaciones de Concesionarios de Automoción (FACONAUTO) y con la Asociación Nacional de Fabricantes de Automóviles y Camiones (ANFAC).
- Sector que opera en el tráfico a través de contrato de franquicia. Dada la importancia de esta modalidad de contrato de distribución en el tráfico

jurídico actual se ha consultado con la Asociación Española de Franquiciadores (AEF) y la Asociación Española para el Desarrollo y Defensa del Franquiciado (AEDEF).

- Sector de la construcción. Este sector ha sido consultado mediante reunión con la Asociación Nacional de Distribuidores de Cerámica y Materiales de Construcción (ANDIMAC).
- Sector de las estaciones de servicio, dando audiencia a la Confederación Española de Empresarios de Estaciones de Servicio (CEES).
- Sector de las tecnologías de la información, que ha sido consultado a través de la Asociación de Distribuidores Españoles de Tecnologías de la Información (ADETI).
- Sector de la prensa y las publicaciones periódicas, para lo cual se han mantenido reuniones por un lado, con la Confederación Nacional de Agentes de la Difusión de la Prensa y la Edición (CONADIPE), en representación de los vendedores y por otro, con la Federación de Asociaciones Nacionales de Distribución de Ediciones (FANDE), la Unión de Distribuidores Nacionales de Ediciones (UDNE) y la Asociación Nacional de Distribuidores de Publicaciones (ANDP), en representación de los distribuidores.
- Sector de las bebidas espirituosas, a través de la Federación Española de Bebidas Espirituosas (FEBE), en representación de las empresas productoras y distribuidoras de bebidas espirituosas y productos derivados.

A continuación se exponen los principales problemas jurídicos manifestados en el ámbito de los contratos de distribución por los sectores consultados a fin de poder realizar después una síntesis de aquéllos que se consideran comunes a los distintos sectores y extraer conclusiones sobre la necesidad o no de elaborar una disposición legal al respecto. El análisis jurídico se precede de un breve apunte sobre la situación y relevancia económica de cada sector.

ANÁLISIS DE LOS PROBLEMAS JURÍDICOS PLANTEADOS POR LOS SECTORES CONSULTADOS

1. Sector de la automoción

1.1. Relevancia económica del sector

El análisis que se presenta a continuación se nutre de los últimos datos publicados, que corresponden con el término anual de 2006 teniendo en consideración no sólo el sector de la distribución de automóviles y venta de gasolina, sino también la industria productora de automóviles.

Este sector tiene un importante peso en el conjunto de la economía española. El sector automovilístico español facturó en 2006 alrededor del **4.5% del PIB** de España.

En términos de empleo, computando las agrupaciones de fabricación y concesionarios en términos de empleo directo, la cifra representa alrededor del **2% de la población activa**.

Atendiendo solamente a la venta y reparación de vehículos a motor y comercio al por menor de combustible para la automoción (Rama perteneciente a la distribución comercial), la distribución de automóviles español representó en 2006 el **1.71% del VAB a precios básicos** nacional. En términos de empleo, tomados como ocupados, el comercio de automóviles representó la rama con mayores tasas de ocupación del sector de la distribución comercial, rozando los niveles de pleno empleo (96,52% del total de la población activa del sector venta y reparación automóviles para el 2007).

Además, es uno de los principales motores del sector exterior, ya que representa **cerca del 19% de las exportaciones españolas**, es decir, un valor de 31.885 millones de euros. El principal mercado de destino es la UE, especialmente países como Alemania y Francia. No obstante, resulta significativo que, desde 2004, las importaciones de la automoción superan a las exportaciones, en concreto, en 2006 esta cifra asciende a 37.857 millones de euros, registrándose un déficit de 5.971,8 millones de euros, que es también el mayor de su historia en la balanza comercial. Adicionalmente, las matriculaciones de vehículos en España han disminuido un 0,3% durante 2006, situándose en 1.953.033 unidades.

El despegue del sector en España se produjo en los años setenta a raíz de los primeros acuerdos que limitaron los aranceles a las exportaciones industriales españolas a la Comunidad Económica Europea. Así, y debido a unos costes laborales muy competitivos, algunas de las multinacionales más significativas de la automoción se instalaron en España.

El sector cuenta en España con dieciocho grandes factorías de fabricación, siendo la fabricación de turismos alrededor del 75% de la producción total. En torno a estos centros se ha desarrollado una industria auxiliar de componentes, formada por más de mil quinientas empresas, que generalmente concentran sus ventas en una de estas factorías. La actividad de este tejido industrial sitúa a España como séptimo fabricante del mundo (el tercero en el ámbito UE) y cuarto exportador. Sin embargo, desde finales de los ochenta, no se han producido grandes procesos de implantación de multinacionales de fabricación en España. Los desarrollos industriales más recientes del sector se están registrando en países asiáticos como India, China o Japón.

El sector cuenta en España con grandes infraestructuras, plantas muy productivas y un capital humano altamente especializado, por lo que está resistiendo este escenario de deslocalizaciones mejor que otros países de su entorno, como el británico. Sin embargo, el tejido industrial español no es ajeno a esta tendencia global que, en el caso europeo, se ve incentivada por la incorporación de países de Europa del Este a la Unión. Estos cuentan con los mismos factores de atracción que España aportaba en los años setenta: acceso a los mercados europeos y unos bajos costes laborales. La caída de las ventas netas de automóviles está condicionando la permanencia en España de algunos centros productivos (por ejemplo Nissan) en busca de nuevas plazas off-shore.

Así a lo largo de los últimos años la industria española de automoción se ha visto claramente afectada por esta situación, y desde 2000, ha perdido más de 12.000 puestos de trabajo. Los ajustes han sido mucho más profundos entre los fabricantes de vehículos que entre sus suministradores, los fabricantes de piezas y componentes. En 2007 las fábricas españolas terminaron el año incrementando su actividad, hasta superar los 3 millones de unidades, es decir un 3.5% más que en 2006. La fabricación de turismos, que constituye el apartado de mayor volumen, registró un incremento del 5,6% con casi 2,2 millones de unidades producidas.

1.2. Análisis jurídico de la problemática del sector

En este sector se ha consultado tanto con los distribuidores a través de la Federación de Asociaciones de Concesionarios de Automoción (FACONAUTO), como con los fabricantes o proveedores a través de la Asociación Nacional de Fabricantes de Automóviles y Camiones (ANFAC).

La **Federación de Asociaciones de Concesionarios de Automoción (FACONAUTO)** ha puesto de manifiesto la situación jurídica existente en su sector, planteando los principales problemas que como **distribuidores de automóviles** tienen en sus relaciones contractuales con los fabricantes.

-En primer lugar, los distribuidores de automóviles señalan que los **contratos no se negocian individualmente** sino que sus cláusulas se imponen unilateralmente por una de las partes, los fabricantes o proveedores.

Los distribuidores que deseen integrarse en una red comercial tienen un escaso o nulo poder de negociación, de modo que el texto del contrato les viene impuesto por el proveedor. El distribuidor no tiene más remedio que aceptar y adherirse al contrato redactado por el proveedor, por lo que se trata de **contratos de adhesión**.

-Las relaciones contractuales en este ámbito son de **tracto sucesivo**, pero no se tiene en cuenta la existencia de un vínculo contractual anterior en el nuevo contrato que se celebra.

Tanto en los casos en que se pacta una duración determinada del contrato, como cuando en los de duración indefinida se prevé la finalización del vínculo contractual con un plazo de preaviso que suele ser de 1 año, se entiende **a la extinción del contrato** que comienza una **nueva relación comercial**.

Esto supone que no se tiene en cuenta la existencia de una relación comercial continuada con el distribuidor, se dan por extinguidas las relaciones comerciales anteriores a la resolución del contrato y no se reconocen al distribuidor derechos adquiridos.

-La relación contractual se califica como "*intuitu personae*" y esto provoca que la **selección y el nombramiento del distribuidor** se realice en base a criterios o **estándares** cualitativos que se establecen en función de la naturaleza de los bienes o servicios contractuales pero que, en ocasiones, **no son uniformes** para todos y resultan discriminatorios.

- Al establecerse el carácter "*intuitu personae*" del contrato, aunque se trate de personas jurídicas, se justifica la exigencia de previa **comunicación y conformidad o autorización del proveedor en caso de cesión total o parcial del contrato**, cambio de administradores o de gerente y modificación del capital social.

La falta de comunicación y consentimiento por el proveedor se contempla como causa de incumplimiento del distribuidor que puede dar lugar a la resolución unilateral del contrato por el proveedor.

-Los contratos condicionan el nombramiento del distribuidor al mantenimiento de los **criterios o estándares de calidad** que son **impuestos unilateralmente** por el proveedor que se reserva, a su vez, la **facultad de modificarlos unilateralmente** cuando lo considere necesario.

Por tanto, se contempla la posibilidad de que el proveedor modifique unilateralmente el contrato de distribución alterando los estándares de calidad de los medios materiales y personales que debe cumplir el distribuidor, sin concretar el período de adaptación del distribuidor o señalando un plazo muy breve, 30 días en algunos casos, con lo que el distribuidor sufre el riesgo de que su proveedor le resuelva el contrato por falta de adaptación a los citados estándares.

-Los proveedores ejercen un **intenso control de la actividad comercial** que llevan a cabo sus distribuidores, control que articulan fundamentalmente de dos maneras:

En primer lugar, se reservan el **acceso a documentación** como las facturas, las cuentas o los datos comerciales.

En segundo lugar, los distribuidores se obligan en el contrato a utilizar los **sistemas informáticos del proveedor**. Se trata de plataformas informáticas a través de las que se efectúa la comunicación de pedidos y, en general, la gestión de las relaciones con los clientes. A través de estos sistemas informáticos de gestión cerrada el proveedor está conectado 24 horas con el distribuidor y tiene acceso a distintas informaciones comerciales y a los datos personales de los clientes del distribuidor.

El acceso a los datos personales de la clientela del distribuidor que se produce con la gestión diaria de su negocio a través del sistema informático del proveedor, en el que se va introduciendo toda la información sobre actuales o potenciales clientes, preocupa especialmente a los distribuidores dado que entienden que es una forma de posible **apropiación de su fondo de comercio**.

-Los **objetivos de venta se imponen** por parte del proveedor al distribuidor, en lugar de ser consensuados por ambas partes contractuales.

Además, en el caso de que los objetivos de ventas fijados por el fabricante no se acepten por un distribuidor, es frecuente encontrar en los contratos la cláusula por la cual el proveedor se reserva el derecho a resolver unilateralmente el contrato "ante la negativa reiterada del distribuidor de llegar a un acuerdo sobre los objetivos de venta".

Actualmente no existe un procedimiento de solución de la controversia que pueda surgir entre las partes contractuales cuando no se pongan de acuerdo a la hora de fijar estos objetivos comerciales.

- Los proveedores se reservan en el contrato el **derecho a vender directamente a terceros** y sólo en algunos casos se especifican las empresas o instituciones a las que se puede realizar una venta directa.

Los distribuidores piden que se limiten las ventas directas del fabricante o proveedor y que esté obligado a vender en las mismas condiciones comerciales que los distribuidores.

Mediante las ventas directas el fabricante hace la competencia a sus distribuidores y, si las realiza en mejores condiciones comerciales, puede obligarles a abandonar el mercado.

- Los contratos de distribución establecen **indemnizaciones** a favor del proveedor **en el caso de incumplimientos** por parte del distribuidor, por ejemplo, por la venta indebida de un producto fuera del establecimiento autorizado y, sin embargo, no contemplan el mismo tratamiento para los incumplimientos por parte del proveedor.

-El contrato de concesión tampoco reconoce al distribuidor el derecho a una **indemnización** o compensación en caso de **resolución unilateral del contrato** por parte del proveedor.

Es frecuente también la existencia de una cláusula contractual de **renuncia expresa a los derechos adquiridos** que pudieran derivarse de la relación contractual que se extingue como, por ejemplo, serían la indemnización por el fondo de comercio o por daños y perjuicios.

Por otra parte, la resolución del contrato de distribución suele conllevar el **traspaso de los pedidos** realizados con anterioridad a la misma. Los distribuidores entienden que este traspaso debería compensarse económicamente por la captación de los clientes correspondientes.

En los casos de resolución del contrato por cese o venta del negocio del distribuidor se establece en el contrato un **derecho de adquisición preferente** de las instalaciones a favor del fabricante o proveedor.

-Finalmente, los contratos de adhesión suelen contemplar como **sistemas de resolución extrajudicial de controversias** el arbitraje y la mediación y, en caso de **controversia judicial**, se determina como tribunal competente el del domicilio del proveedor en lugar del previsto en la legislación de enjuiciamiento civil, puesto que en muchos de estos casos no sería posible la sumisión expresa ni tácita de las partes a otra circunscripción, que es el del lugar donde la demandada tuviese su

domicilio o establecimiento abierto al público si la situación jurídica a que se refiere el litigio hubiese nacido allí.

Por todo ello, los distribuidores entienden que existe un desequilibrio contractual que da lugar a un comportamiento abusivo por parte de los proveedores que son la parte dominante de la relación y que sería conveniente una normativa que regulase estos contratos protegiendo a la parte más débil y asegurando su independencia empresarial.

La **Asociación Nacional de Fabricantes de Automóviles y Camiones (ANFAC)**, como representante de los proveedores en este sector, considera que no es precisa la elaboración de una norma sobre los contratos de distribución.

-En primer lugar, los fabricantes de automóviles consideran que se produciría un **exceso de regulación** en el sector que ya cuenta con dos reglamentos comunitarios que son de aplicación.

El primero es el Reglamento (CE) nº 2790/1999 de la Comisión, de 22 de diciembre de 1999, relativo a la aplicación del apartado 3 del artículo 81 del Tratado CE a determinadas categorías de acuerdos verticales y prácticas concertadas, conocido como Reglamento de exención genérico. En este Reglamento comunitario se regulan los acuerdos o prácticas concertadas referentes a las condiciones de compra, venta o reventa de los bienes o servicios suministrados por un proveedor a su distribuidor que están permitidos.

La segunda norma comunitaria es específica del sector del automóvil, es el Reglamento (CE) nº 1400/2002, de la Comisión, de 31 de julio de 2002, relativo a la aplicación del apartado 3 del artículo 81 del Tratado CE a determinadas categorías de acuerdos verticales y prácticas concertadas en el sector de los vehículos de motor.

El Reglamento 1400/2002 considera exentos de la aplicación del apartado 1 del artículo 81 del Tratado CE, que prohíbe los acuerdos y prácticas concertadas restrictivas de la competencia en el mercado interior, a los contratos de distribución en el sector del automóvil. La norma comunitaria define dos sistemas de distribución que considera exentos, la distribución exclusiva y la selectiva y contiene normas que regulan materias propias del régimen contractual como, por

ejemplo, el traspaso o venta del negocio por el concesionario, la duración mínima de los contratos de distribución o los plazos mínimos de preaviso.

Dado que ya existe normativa comunitaria que se encarga de regular este tipo de contratos y que es de aplicación directa en nuestro país, los proveedores entienden que no resulta necesario ni conveniente introducir una regulación nacional al respecto porque se estaría legislando dos veces sobre la misma materia.

En apoyo de esta postura, se recuerda que en el resto de los países europeos no existe legislación sobre los contratos de distribución. Las únicas excepciones son Francia y Bélgica que cuentan con unas normas muy antiguas, anteriores a los citados reglamentos comunitarios, y que versan sobre aspectos muy concretos de la relación contractual. La ley belga es del año 1961 y regula sólo el preaviso y la indemnización al concesionario en caso de resolución unilateral de la concesión de venta y la ley francesa de 1989 únicamente impone al proveedor la obligación de informar al concesionario sobre la empresa de cuya red comercial va a formar parte.

-En segundo lugar, los proveedores recuerdan que, si bien el derecho comunitario señala que la regulación de la relación contractual entre proveedor y distribuidor corresponde a los Estados miembros, el contrato de distribución es un **contrato mercantil atípico** cuya regulación corresponde a las partes que, en aplicación del principio de autonomía de la voluntad del artículo 1.255 del Código Civil, pueden imponer las cláusulas y condiciones que tengan por conveniente para regir sus relaciones contractuales. Por tanto, habrá que estar a lo que las partes hayan pactado y, en lo no previsto en el contrato, a las disposiciones del Código Civil y del Código de Comercio, así como a la jurisprudencia que las interpreta.

-En tercer lugar, ANFAC argumenta que en España existe ya **legislación nacional** aplicable a los contratos de distribución de automóviles.

Se trata de la Ley 12/1992, de 27 de mayo, sobre contrato de agencia, por la que se transpuso la Directiva 86/653/CEE que regula más del 50% de los contratos de distribución en el sector del automóvil pues de los aproximadamente 8.000 distribuidores existentes, una cifra que se acerca a 5.000 son agentes-comisionistas.

Además, son aplicables las leyes nacionales sobre competencia, Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia y Ley 3/1991, de 10 de enero, de Competencia Desleal en aquellos aspectos no regulados por el Reglamento (CE) 1400/2002, para proteger a la parte contractual más vulnerable cuando pudiera producirse un desequilibrio de fuerzas entre fabricantes y distribuidores.

Desde el punto de vista del derecho de la competencia, se considera que el actual sistema de distribución garantiza el acceso al mercado a una inmensa variedad de marcas (al menos 54 marcas, con alrededor de unos 291 modelos).

La normativa vigente a que se ha hecho referencia, tanto comunitaria (Reglamentos 2790/99 y 1400/2002), como nacional (Códigos Civil y de Comercio, Ley del contrato de agencia y legislación sobre defensa de la competencia), se estima suficiente para regular los contratos de distribución comercial sin que sea necesario la aprobación de una ley específica.

-Los fabricantes o proveedores de automóviles justifican el **control** que ejercen **sobre la gestión comercial** de los concesionarios en las características específicas que presenta el sector del automóvil y que motivan este régimen de excepción.

El automóvil es un bien de consumo duradero que tiene un fuerte contenido tecnológico por lo que la calidad y seguridad del vehículo que se vende debe garantizarse con el mantenimiento del bien durante toda la vida útil del mismo. Con este fin, es necesario ofrecer un servicio post-venta que conlleva importantes inversiones en talleres e instalaciones y la formación del personal necesario. Asimismo, es preciso controlar las incidencias que puedan surgir durante la utilización del vehículo desde el punto de vista medioambiental, como por ejemplo, las emisiones y asegurar su reciclado al final de su vida útil.

Todo ello justificaría la **importancia** de los **criterios y estándares de calidad material y personal** que tienen que cumplir los concesionarios y que contribuyen a las ventajas que ofrece el sistema actual de distribución relativas a la identidad de la marca, las garantías de calidad y un servicio superior.

-En particular, en lo que respecta al **control** que existe **sobre la clientela** del distribuidor en la relación contractual se estima necesario por dos razones:

La primera razón esgrimida es la importancia de que los fabricantes puedan ponerse en contacto con los consumidores cuando sea necesario y, en particular, por **razones de seguridad**, como sucede por ejemplo, en las campañas de revisión.

El fabricante es el responsable continuo de la seguridad del producto frente al consumidor y debe ponerse en contacto con el mismo para poder cumplir con esta obligación.

La segunda razón es el deseo que, afirman, tiene el **consumidor** de mantener un **contacto directo con la marca**. Arguyen que, en la era de Internet, es necesario que entre fabricantes y consumidores se dé una comunicación directa y gratuita sobre productos, servicios y acciones especiales.

-En cuanto a la **conflictividad del sector**, los fabricantes la consideran **escasa**, son pocos los conflictos que llegan a los tribunales si se tiene en cuenta el elevado número de contratos de distribución y agencia que se celebran entre los fabricantes y los distribuidores que integran sus redes comerciales.

Finalmente, mencionan la frecuencia de las cláusulas contractuales que contemplan la posibilidad de acudir a la **mediación de un experto independiente** en caso de controversia, tal y como contempla el Reglamento 1400/2002.

En resumen, los fabricantes de automóviles consideran que el sistema de distribución actual funciona correctamente y representa la mejor opción desde el punto de vista de la política de la competencia.

No son partidarios de una nueva normativa que podría generar un incremento de costes afectando a la competitividad de los fabricantes instalados en nuestro país y desviando las inversiones hacia otros lugares.

Un exceso de regulación puede encorsetar completamente un sector económico dado que puede disminuir la flexibilidad que los mercados deben tener para poder crecer y desarrollarse de manera sostenible.

2. Sector que opera en el tráfico a través del contrato de franquicia

2.1. Relevancia económica

La franquicia es una fórmula comercial plenamente consolidada que contribuye de forma notable a fomentar una economía competitiva y dinámica.

Los datos ofrecidos en este pequeño extracto corresponden a los proporcionados por el Registro de Franquiciadores de la Dirección General de Política Comercial del Mityc, y a la Asociación Española de la Franquicia (AEF), de acuerdo con su Informe la Franquicia en España 2006.

En España, y especialmente en los últimos diez años, el **crecimiento** ha sido **intenso**, habiendo pasado el número de redes de doscientas cincuenta en el año 1999 a un número superior a las ochocientas registradas en el año 2006, de las cuales más del 80% son de origen español.

En este mismo sentido, cabe destacar la evolución del número de establecimientos, que ha pasado, de unos 8.000 a los más de 54.000 actuales, manteniendo un crecimiento constante. De igual manera se ha comportado la facturación que, de un movimiento de 2.000 millones de euros, ha pasado a superar los 24.000 millones actualmente (de acuerdo con el último dato registrado en 2006).

Uno de los hechos más relevantes ocurridos en 2006 en el ámbito de la franquicia ha sido la actualización del Registro de Franquiciadores, consecuencia de la aprobación del R.D. 419/2006 de 7 de abril, por el que se modifica el Real Decreto 2485/1998, de 13 de noviembre, relativo a la regulación del régimen de franquicia y el registro de franquiciadores.

Los datos más significativos de este sector reflejan una tendencia a la estabilización consecuencia de la **consolidación de este modelo de negocio**. En cuanto a la evolución de los establecimientos las cifras muestran igualmente una tendencia de crecimiento moderado. El incremento de la facturación referido ha sido constante, la cifra en torno a los 24.000 millones de euros del año 2006 supone un crecimiento interanual por encima del 14%, desde 1994.

En cuanto a sectores de actividad, los de mayor facturación en 2006 fueron en este orden: alimentación (el 20%), hostelería – restaurantes/bares, hostelería– fast

food (juntas, otro 20%), agencias de viajes y mobiliario-textil-hogar, seguida por servicios de transporte, agencias inmobiliarias y moda femenina.

Por Comunidades Autónomas destacan **Madrid y Cataluña** que, con 264 y 347 enseñanzas respectivamente, representan el 50 por 100 del total (dato 2007), y el 66.62 por 100 en la facturación (último dato registrado en 2006).

El **empleo** se mueve por idénticos parámetros que la facturación, con un constante **crecimiento año tras año**. En 1994 la franquicia generaba 46.000 puestos de trabajo y en 2006, la cifra supera los 227.000, lo que guarda relación con el constante incremento del número de establecimientos. Este número de empleos supuso un incremento del 12% en 2006 respecto a 2005.

2.2. Análisis jurídico de la problemática del sector

En este sector han sido consultados los franquiciados a través de la Asociación Española para el Desarrollo y Defensa del Franquiciado (AEDEF) y los franquiciadores representados por la Asociación Española de Franquiciadores (AEF).

La Asociación Española para el Desarrollo y Defensa del Franquiciado (AEDEF), en representación de los **franquiciados**, ha expuesto los problemas jurídicos que experimentan en este sector los distribuidores y las prácticas contractuales existentes, reclamando una solución legislativa que ponga a fin a la situación de desequilibrio contractual que consideran existente en su ámbito.

-En los contratos de franquicia, el franquiciado no tiene la posibilidad de negociar las condiciones de su incorporación a la red comercial del franquiciador.

Se trata de un **contrato de adhesión**, con cláusulas redactadas por una de las partes contratantes, el franquiciador, que son aceptadas por el franquiciado sin que tenga ningún poder de negociación.

-En la aplicación del contrato **se imponen unilateralmente** por el franquiciador al franquiciado una serie de **obligaciones** relativas a los medios materiales de su negocio y a la forma de presentar y canalizar los productos en el mercado que determinan y encorsetan de forma muy rígida la estrategia comercial de los

franquiciados y que, en numerosas ocasiones, exceden de las necesarias para conservar la unidad de imagen y la calidad de la marca de la red franquiciada.

-La franquicia es un contrato de colaboración empresarial *intuitu personae*, se basa en la **relación de confianza** entre las partes.

Por ello, estos contratos, con carácter general, limitan la **cesión a terceros del contrato** de franquicia por el franquiciado pero, en cambio, no condicionan la cesión de la titularidad o de la gestión de la red de franquicia.

No existe ninguna limitación a la cesión realizada por el franquiciador, a pesar de que la variación en la titularidad o en la gestión de la red de franquicia puede suponer un cambio sustancial en los negocios de los franquiciados, habida cuenta de que el franquiciador es quien dirige y determina la evolución de la red franquiciada que tiene su origen en la relación de confianza que media entre el franquiciador y sus franquiciados.

Sin embargo, las limitaciones a la posibilidad de traspaso del negocio por el franquiciado son importantes y una cláusula frecuente en estos contratos consiste en la previsión de un **derecho de tanteo** a favor del franquiciador para el caso de transmisión de los activos.

-En estos contratos existe una **falta de reciprocidad en las contraprestaciones** que se pactan.

En primer lugar, los franquiciadores a menudo exigen de los franquiciados el **pago de contribuciones** de forma directa o indirecta, que no están expresamente contempladas en el contrato de franquicia y que no se corresponden con el canon de entrada, con el "royalty", ni con el canon de publicidad. Estas contraprestaciones sólo pueden estar justificadas si se destinan a la mejora de la red franquiciada y no se perciben de forma oculta o indirecta.

En segundo lugar, en caso de incumplimiento del contrato se suele establecer una penalización para el franquiciado que no se contempla en el supuesto de que el incumplimiento contractual provenga del franquiciador. Las **cláusulas penales** se prevén en el contrato solamente para los incumplimientos del franquiciado.

-Se permite la **modificación unilateral de las condiciones del contrato** de franquicia por el franquiciador en el contexto de una relación contractual caracterizada por dirigirse a la explotación de un sistema de comercialización con unas determinadas características que son esenciales en el contrato.

Los franquiciadores modifican de forma unilateral el contrato e introducen variaciones, en las características y medios del sistema de comercialización o en el producto, sin que se exija la expresa aceptación previa de los franquiciados. Ello es así incluso cuando las variaciones suponen un cambio de medios con coste para el franquiciado.

-Los contratos de franquicia son negocios con vocación de continuidad que exigen una inversión muy elevada y en los que se crea un fondo de comercio.

Sin embargo, se establece una **duración determinada** y, en ocasiones, los plazos de duración previstos son insuficientes pues no permiten recuperar la inversión realizada por el franquiciado y obtener el beneficio que el proyecto de viabilidad, propuesto por el franquiciador, contemplaba.

No hay que olvidar que la extinción del contrato supone la pérdida del canon de entrada en la red franquiciada.

-En la franquicia nos encontramos con dos empresarios independientes que disponen de su propio ámbito de libertad, lo cual les permite la captación de su propia clientela.

Sin embargo, no se prevé la determinación de una **zona de exclusividad** donde el franquiciador se obligue a abstenerse de actuar haciendo la competencia a sus franquiciados.

Los contratos tampoco determinan que los franquiciadores no pueden llevar a cabo actuación alguna en relación con la **clientela** de los franquiciados que vaya dirigida a apropiarse de ésta durante la duración del contrato.

En este mismo sentido, no se pactan indemnizaciones para compensar al franquiciado por la pérdida del **fondo de comercio** o clientela que se produce al extinguirse el contrato y de la cual se beneficia el franquiciador.

-En la franquicia se impone a los franquiciados la obligación de contribuir a la **actividad publicitaria de la marca**. No existe ningún mecanismo de control ni de rendición de cuentas de esta actividad publicitaria de la red franquiciada, por lo que existe el riesgo de que estas aportaciones se empleen para otros fines, como pudiera ser la captación de nuevos franquiciados.

-Existen **campañas promocionales** para la captación de nuevos clientes en las que se ofrecen regalos o descuentos en los precios de los productos o servicios y que no se acuerdan por ambas partes, sino que se deciden por el franquiciador como estrategia de comercialización.

Estas promociones no disminuyen la ganancia del franquiciador que cobra su royalty en función de la facturación, sino que disminuyen el beneficio económico que obtiene el franquiciado con la venta del producto o servicio. Estos regalos o descuentos afectan a la rentabilidad de los negocios franquiciados pero no se acuerdan con los titulares de los mismos, sino que se imponen unilateralmente por el franquiciador.

-En cuanto a los problemas que se plantean a la **extinción del contrato**, se señala la frecuencia con que se toma la decisión de no renovar el contrato de franquicia sin que exista una causa objetiva y justificada que la ampare y sin que se prevea indemnización alguna por las pérdidas que sufre el franquiciado.

La extinción del contrato conlleva **pérdidas económicas** de importancia para el franquiciado, entre otras, el canon de entrada, la clientela, las inversiones realizadas y que no se han amortizado todavía, o los gastos de personal laboral que hay que despedir.

La previsión de una compensación económica en el contrato tendría su causa en que el franquiciador se beneficia de la inversión que realiza el franquiciado pues a través de la figura de la franquicia logra una expansión y un posicionamiento en el mercado que supone una barrera de entrada en el sector correspondiente para sus competidores. Una vez alcanzado este posicionamiento en el mercado y explotada una determinada zona gracias a la red franquiciada, el franquiciador puede tomar la decisión de no renovar los contratos de franquicia y, en ese caso, los beneficios del negocio puesto en marcha por el franquiciado se adquirirían por el franquiciador.

En los contratos de franquicia **no se contempla** la percepción de **indemnización** alguna a favor del franquiciado que sirva para compensar estos beneficios que adquiere el franquiciador a la extinción del contrato.

-En el contrato de franquicia no se pacta ningún **medio de resolución extrajudicial de controversias** como puede ser el arbitraje, lo cual evitaría los litigios judiciales. Tampoco se pacta el tribunal competente en caso de litigio.

Los franquiciados entienden que, la imposibilidad de negociar individualmente el contrato por el que se integran en la red franquiciada, supone la imposición de una serie de cláusulas contractuales que desequilibran la relación de ambas partes y les perjudican como parte más débil del contrato. Esta situación mejoraría con una regulación específica de las condiciones esenciales que debe contener un contrato de este tipo.

La **Asociación Española de Franquiciadores (AEF)** ha sido consultada para que expusiera el parecer de los **franquiciadores** sobre las principales cuestiones que surgen en sus relaciones contractuales con los franquiciados y sobre la necesidad de una ley que las regule.

-Los franquiciadores entienden que no resulta necesaria ni conveniente la aprobación de una **ley específica** en la se regulen los contratos de distribución y, en particular, la franquicia.

No es necesaria porque **ya existe una regulación normativa** que recoge los aspectos sustanciales de la relación contractual de franquicia.

En primer lugar, el artículo 62 de la Ley 7/1996, de 15 de enero, de Ordenación del Comercio Minorista, que define el contrato de franquicia, determina la información precontractual que debe suministrarse y prevé la existencia de un Registro de franquiciadores. Este precepto ha sido desarrollado por el Real Decreto 419/2006, de 7 de abril, que modifica el Real Decreto 2485/1998, de 13 de noviembre, relativo a la regulación del régimen de franquicia y el Registro de franquiciadores.

Lo más relevante es asegurar una completa información precontractual acerca de la red comercial antes de que el franquiciado se incorpore a la misma y esto está garantizado con la regulación básica existente en la actualidad. Por ello, no se ha profundizado en el desarrollo normativo de la franquicia.

En segundo lugar, existe una tendencia en el sector a la **autorregulación** en los aspectos que se han considerado de interés, por ejemplo, mediante el código deontológico y el sello de calidad 2006 que pone en el mercado un instrumento más de transparencia empresarial.

Tampoco existe normativa europea que regule el contrato de franquicia más allá de lo previsto en el Reglamento CE 2790/1999 de la Comisión, de 22 de diciembre de 1999, sobre la aplicación del apartado 3 del artículo 81 del Tratado CE a determinadas categorías de acuerdos verticales y prácticas concertadas.

La elaboración de una norma que regule la franquicia **no se considera conveniente**. Estamos ante un sistema contractual vertical a través del que se organiza la distribución de bienes y servicios en diferentes subsectores del comercio minorista que presenta unas especificidades que dificultan enormemente su tipificación.

De ahí, que la casuística contractual haya sustituido a una regulación normativa específica permitiendo que sea un negocio mucho más versátil que los contratos tradicionales que se desenvuelven dentro del marco del derecho codificado.

La desregulación ha permitido su eficaz adaptación a prácticamente cualquier mercado buscando nuevas fórmulas contractuales que permitiesen el desarrollo de la red franquiciada.

-La franquicia se basa en un **contrato de colaboración entre empresarios independientes** y comporta para ambos un **riesgo empresarial** que deben asumir.

El franquiciador tiene la obligación de poner los medios de la franquicia a disposición del franquiciado para que pueda explotar su negocio, pero éste tiene que asumir el riesgo empresarial del éxito o fracaso del mismo como empresario independiente y no puede repercutirlo en el franquiciador.

La prestación esencial del franquiciador consiste en la entrega del Know how y la licencia de marca y se agota al proporcionar los manuales y la formación subsiguiente al contrato.

La responsabilidad del eventual fracaso empresarial del franquiciado no se puede hacer recaer en el franquiciador, elevando sus responsabilidades contractuales porque se produciría un desequilibrio en el contrato que lo haría inviable, garantizando un resultado al franquiciado, incluso pese a su gestión.

-El carácter de **contrato de adhesión** que tiene la franquicia y el estrecho margen de maniobra en la negociación que tiene el franquiciado se justifican por las peculiaridades del negocio. En toda cadena de franquicia la **imagen homogénea** es un elemento esencial y se logra a través de un contrato con el mismo contenido para todos los franquiciados que integran la red.

Es indispensable mantener la homogeneidad y redundancia en beneficio de todos los franquiciados que se aprovechan de esa identidad común.

-La previsión tan exhaustiva de las **obligaciones relativas al uso de la marca** por el franquiciado que suele contenerse en los contratos se justifica porque el empleo que de la misma se haga trascenderá de la relación contractual franquiciador-franquiciado y afectará de forma determinante al conjunto de empresarios que componen la red.

No hay que olvidar que la prestación del franquiciador consiste en otorgar la licencia de marca, la cual se acompaña de la entrega al franquiciado del know how por el que tiene que velar.

-En cuanto a la posibilidad de establecer **indemnizaciones** a favor del franquiciado en caso de resolución del contrato, se considera que económicamente no es viable y haría que la franquicia dejara de ser competitiva, obligando a dotar previsiones contables. Esto supondría un menor flujo de movimiento financiero y como consecuencia de ello, se estaría favoreciendo a la gran distribución y perjudicando al pequeño empresario. Se produciría la quiebra del equilibrio económico del sistema y desaparecería la igualdad de oportunidades de crecimiento que la franquicia ofrece.

En materia de indemnizaciones es interesante recordar que los franquiciadores también corren el riesgo de la falta de pago de los cánones que, si es masiva y reiterada, puede llegar a hundir la red comercial creada.

En lo relativo a la posible previsión de una **indemnización por clientela** a favor del franquiciado, al integrarse en la red se beneficia de una marca de prestigio por lo que el fondo de comercio está en la marca y en los métodos de comercialización diseñados especialmente por el franquiciador y no pertenece en exclusiva al franquiciado. De lo anterior sigue, según su criterio, que no ha lugar a indemnización por clientela a favor del franquiciado al término del contrato de franquicia.

Además, el franquiciado ha adquirido al término del contrato una importante formación en materia de ventas de la que se beneficia.

Los contratos de franquicia no contemplan indemnizaciones por **inversiones no amortizadas** ni por los **costes** que conlleve el **personal** laboral para el franquiciado a la extinción del contrato debido a que se pactan con una duración determinada, no son contratos indefinidos y las partes son empresarios independientes que tienen que asumir el riesgo del resultado de su negocio.

Asimismo, las inversiones realizadas por el franquiciado pueden ser objeto de traspaso por lo que no se produciría la pérdida económica total del valor de las mismas.

-Se entiende que la **litigiosidad** en el sector es muy escasa y que los conflictos que surgen se resuelven mejor de manera consensuada entre las partes.

En conclusión, la AEF considera negativo para los intereses del sector de la franquicia que se dicte una norma específica que regule los contratos de distribución y la franquicia porque impediría la evolución de la figura conforme a las necesidades del mercado que es la clave de su éxito.

3. Sector de la construcción

3.1. Relevancia económica del sector

El sector de la construcción posee en España, un tamaño y una dependencia superior al resto de países de la OCDE.

El breve extracto que acompañamos está fundado en los datos ofrecidos por el INE- Contabilidad nacional trimestral hasta 2º trimestre de 2008, y el Boletín Económico del ICE a julio de 2008 y a Mayo de 2007.

El sector de la construcción en España supone un **11,95% del VAB a precios básicos** (datos INE, Contabilidad nacional III trimestre 2008). A pesar de la caída del valor de la producción en el penúltimo trimestre del 2008, el sector sigue representando un porcentaje muy importante del PIB nacional

No obstante lo anterior, si agrupamos los sectores de la construcción e inmobiliario en un mismo análisis, el peso de su VAB sobre el total es del 22,4% (el 14,4% sólo en la construcción-2007) siendo el valor medio de la muestra OCDE de 6,5%. **En conclusión, más de la quinta parte del total del VAB de España, depende de este sector.**

La explicación del fenómeno podemos buscarla, no únicamente en una fase de estancamiento generalizado de la economía tanto dentro como fuera de nuestras fronteras, sino también en factores específicos del mercado español como son:

- el mantenimiento de tipos bajos de interés, incluso tipos reales negativos,
- el efecto riqueza de la valoración de activos y su incidencia sobre el gasto de las familias,
- el mercado testimonial de alquiler,
- la reducción del tamaño medio de los hogares (más viviendas-más pequeñas) y su crecimiento a mayor ritmo que la tasa de crecimiento de la población (de un incremento de 300.000 hogares/año hasta 2004, a 500.000 hogares/año a partir de 2004, estimaciones ellas a partir de la encuesta de población activa EPA)

Todos ellos, los cuales han contribuido a que el precio del mercado residencial de vivienda haya crecido desde 1995 entre un 125% y un 200% en países como España (aunque también en Irlanda y Reino Unido).

La escalada del precio de la vivienda ha instalado “el ladrillo” a modo de “hucha o depósito” del ahorro en demanda especulativa, como “mejor activo en competencia a otros”, con rentabilidades esperadas que finalmente no han sido satisfechas en el momento de producirse el estallido de la burbuja inmobiliaria, y que tienen como consecuencia:

- el volumen de impagos,
- la contracción de la demanda y

- el exceso de oferta a la altura del verano 2007 (el censo de viviendas del INE ya registraba 3 millones de viviendas vacías en 2001)

En cuanto al empleo, si ofrecemos el porcentaje de empleo tanto directo como verticalmente integrado (en términos de arrastre sobre otros sectores como el inmobiliario de acuerdo con Pasinetti-1973) podríamos decir que en España el 15,4% del empleo depende tanto directa como indirectamente de la construcción.

Por consiguiente, al menos uno de cada seis puestos de trabajo en España depende tanto directa como indirectamente del sector de la construcción.

Países como Japón (casi el 18%), Finlandia, República Checa, Corea, Australia y EEUU tienen idéntico problema, mientras que otros como Francia, Canadá, Italia o Alemania tienen cifras bastante menos dependientes (incluso en Alemania los precios reales están descendiendo).

Esta Subdirección se ha reunido con la Asociación Nacional de Distribuidores de Cerámica y Materiales de Construcción (ANDIMAC), así que vamos a detener nuestro análisis también en la situación de este subsector. El sector español de productos cerámicos destinados a la construcción representa un 2 por 100 de la producción industrial (en términos de volumen de negocio, no de PIB) y de la exportación de bienes (aunque no pueda traducirse en esta cifra su peso en el PIB). Es un sector relativamente intensivo en la utilización del factor trabajo, por lo que su peso en el empleo del sector industrial (aunque no en el total del empleo español) sí supera el porcentaje del 2 por 100.

Asimismo, se trata de una actividad que, por su intensidad energética, está afectada de manera directa por la problemática derivada de los objetivos que España debe cumplir en el marco de la Directiva de Comercio de Emisiones, en lo que respecta a la reducción de emisiones de gas que producen efecto invernadero. Además, es un sector que recientemente se caracteriza por sus inversiones en últimas tecnologías de forma que despunta a nivel internacional por su elevada competitividad y calidad en la producción. Así por ejemplo, se han creado en Castellón una red altamente interconectada de centros tecnológicos, la universidad y unas infraestructuras modernas.

La rama de cerámica para construcción muestra un tamaño medio por empresa superior al de la media para toda la industria manufacturera. Así, casi la mitad de empresas tienen más de 20 ocupados, cuando en el total del sector secundario sólo

el 15,6 por 100 de las empresas superan esa cifra de contratados, y el tamaño medio de las empresas de productos cerámicos destinados a construcción supera los 40 empleados cuando no alcanza los 20 en la industria en general. Por último, la facturación de 6 millones de euros por empresa, en las empresas de cerámica para construcción, es el doble de la media agregada de todas las manufacturas.

El sector cerámico para construcción se halla en una dinámica de incremento del tamaño empresarial en los últimos años, lo cual en el entorno actual de estancamiento de la economía no ofrece ingresos suficientes a las factorías para recuperar las inversiones producidas por la vía de la amortización.

Igualmente, hay que tener en cuenta el precio del transporte como componente fundamental en el precio final, puesto que el producto se caracteriza por su peso físico.

Finalmente, la última característica estructural que destacamos de este sector en España es la concentración geográfica de la actividad en Castellón (90%), Barcelona y Valencia (algo más de un 6)

En cuanto a su **sector exterior**, se trata de una actividad donde España presenta **superávit comercial**. En España sólo el 50% de la producción se destina al consumo nacional, el otro 50% se exporta. De hecho, esta brecha entre exportaciones e importaciones es relativamente amplia por la reducida penetración de éstas últimas, en concreto en el año 2000, España absorbía el 20% del total mundial de las exportaciones cerámicas para la construcción (Sólo por detrás de Italia, con casi el 40%; y seguida de China con el 10%). Es un sector con capacidad de arrastre hacia las materias primas o la maquinaria, sin embargo; la demanda del sector cerámico dentro de España viene muy ligada al dinamismo/estancamiento de la construcción, de manera que si sus exportaciones se ven resentidas, quedan en una posición dependiente y vulnerable. Asimismo algunos de nuestros principales clientes (Francia, Reino Unido y EEUU) también están viendo resentido su sector de la construcción, por lo que cabe esperar una disminución de la demanda por esta vía.

En 2000, las exportaciones de países emergentes (Brasil, México, Turquía) ya computaban un 30% del total, por lo que las exportaciones españolas pueden verse amenazadas por éstas, además de por las crecientes de China, que además reducen automáticamente el precio mundial, llevando aparejada un aumento en la

demanda, que es absorbida por los mismos países emergentes, resintiendo la cuota de mercado de los países desarrollados. En España, desde el año 2000 se han venido produciendo absorciones o fusiones buscando tamaño y economías de escala en la producción, además de compartir los gastos de la presencia internacional, o I+D.

Hay que poner atención a situaciones como la de Rumanía, que es el séptimo cliente de España en importancia, o Rusia, que está sustituyendo toda la estructura heredada de su época soviética; así como a Alemania y Polonia, que pueden empezar a sustituirnos por la República Checa, más próxima a ellos, y con costes más competitivos.

Por consiguiente, hay que centrarse en la competitividad, y diferenciar el producto en las gamas medias-altas, donde ni China ni los países emergentes puedan competir.

3.2. Análisis jurídico de la problemática del sector

El sector de la construcción ha sido consultado mediante reunión con la Asociación Nacional de Distribuidores de Cerámica y Materiales de Construcción (**ANDIMAC**) que ha expuesto los principales problemas a los que se enfrentan en el devenir de los contratos de distribución en este sector.

Los distribuidores consideran que existe un **desequilibrio de fuerzas** entre los agentes que intervienen en este mercado (proveedores y distribuidores) que se manifiesta a la hora de negociar las condiciones contractuales. La parte más débil, el distribuidor, se ve obligada a tolerar prácticas del fabricante que perjudican su posición comercial.

Por ello, se valora como muy positiva una posible iniciativa de regulación en este campo. ANDIMAC apuesta por una regulación que contenga criterios transversales, aplicables a todos los contratos de distribución, para solventar los problemas de desequilibrio entre las partes que impiden la libre competencia en términos de igualdad y la estabilidad económica de los agentes.

La regulación que se efectúe deberá ser de mínimos, horizontal y centrarse en resolver jurídicamente los problemas que estas relaciones mercantiles plantean y

que no sea posible atajar mediante la autorregulación debido a los condicionamientos estructurales del mercado.

Por tanto, entienden necesaria una normativa específica que ponga fin a las actuales situaciones de desequilibrio que se dan en los mercados de distribución, pero parten de que la autorregulación es la alternativa ideal.

-En el sector de la construcción, la relación comercial con los fabricantes no se formaliza por escrito, estamos ante **contratos verbales**.

-La ausencia de formalización escrita de los contratos favorece que la parte más fuerte de la relación, los proveedores, **impongan condiciones unilateralmente** y lleven a cabo prácticas en sus relaciones comerciales con los distribuidores que suponen un abuso de su superior posición contractual.

-Otra cuestión destacada por los distribuidores es la relativa al riesgo financiero que soportan debido a los **aplazamientos de pago** que se producen. El diferencial actual entre el pago del material a su proveedor y el cobro a sus clientes supera los 70 días de media, lo que supone un ahogo financiero para las empresas de distribución que hace peligrar su estabilidad económica.

-Los **principales problemas** que presentan los contratos de distribución en el sector de los materiales de construcción son los dos siguientes:

1º) La realización de **ventas directas** por el fabricante.

Hay supuestos en los que el fabricante decide competir con su distribuidor y ofertar su producto directamente en oportunidades de demanda de gran volumen. Lo suele hacer con la finalidad de desprenderse del stock.

Esto es posible porque el fabricante tiene acceso a los datos de algunos clientes que se facilitan por el distribuidor para otras operaciones y que le permiten hacer estas promociones aisladamente.

En estos casos el proveedor negocia directamente con el cliente el suministro del material "por precio" y prescinde de los servicios de intermediación del distribuidor que es quien ha conseguido el cliente y realizado el seguimiento de la obra.

Este comportamiento no sólo supone una ruptura del equilibrio económico de este mercado sino que perjudica al consumidor final.

El fabricante cuando efectúa estas ventas directas, tiene como objetivo deshacerse de un material que posee en stock y carece de la infraestructura técnica y de los recursos humanos necesarios para realizar un correcto seguimiento de la obra que se suministra.

En caso de problemas con los acabados de una obra nueva en la que el fabricante ha realizado una venta directa de material, con frecuencia éste se desentiende de las reclamaciones que puedan hacerse por falta de medios técnicos y humanos para solventarlas y se remite a su distribuidor en la zona. El distribuidor se puede ver obligado a atender reclamaciones por un material del que no es responsable, pues no lo ha vendido él sino su fabricante directamente. Esto conlleva para el distribuidor unos gastos económicos por responsabilidad de los desperfectos de un producto que no ha cobrado, que no le reporta ningún beneficio económico.

Además, ha de señalarse que en los contratos verbales que se celebran no se pacta indemnización alguna a favor del distribuidor por la pérdida económica y de clientela que suponen para él la realización de ventas directas por el fabricante.

2º) Los casos de **integración vertical de fabricantes** en aquellos supuestos en los que su producto ha estado representado por un distribuidor que ha generado un fondo de comercio, un posicionamiento de la marca en el mercado y otros recursos cuantificables en términos económicos.

Los contratos carecen de pacto por el cual se indemnice al distribuidor por el **fondo de comercio** generado cuando, como estrategia de mercado, se produce una integración vertical de proveedores.

Las pérdidas económicas que sufren los distribuidores por el fondo de comercio en estos supuestos no dan lugar a compensación monetaria alguna, lo cual pone de manifiesto el desequilibrio contractual que puede existir en las relaciones mercantiles entre fabricante y proveedor en la construcción.

4. Sector de las estaciones de servicio

4.1. Relevancia económica del sector

El breve extracto que subsigue se nutre de los datos ofrecidos por el INE-Encuesta anual del comercio (último dato disponible para 2006), e información suministrada por el Mityc.

El petróleo y sus derivados constituyen la mayor parte de la energía consumida en España (en 2006, un 49% de la energía primaria provino del petróleo). El consumo en 2006 disminuyó un 1,0% respecto al año anterior para situarse en 73,9 millones de toneladas.

Aunque en España existen yacimientos de petróleo, su producción en 2006 fue sólo de 140 miles de toneladas, lo que hace que la práctica totalidad del crudo que se trata en las diez refinerías españolas tenga que ser importado.

Los países que en 2006 suministraron más del 10% del total son Rusia, México y Arabia Saudita.

El petróleo y sus derivados se distribuyen en España a través de varios canales: operadores mayoristas integrados, no integrados, hipermercados y cooperativas e independientes.

Las estaciones de servicio de los operadores integrados disponen del 77% de la cuota de mercado del sector. No obstante los operadores mayoristas no integrados ya disponían en 2006 del 16%, y continúan creciendo a costa de los integrados.

Según la Encuesta Anual de Comercio para 2006 realizada por el INE, el subsector de Venta al por menor de carburantes y lubricantes para la automoción (CNAE 5050) esta formado por 5.968 empresas.

Existen en España unas 9.579 estaciones de servicio, que agrupan a 58.736 trabajadores, lo que implica una media de 6 trabajadores por estación, y algo más de 9 por empresa, percibiendo un salario medio de 16.744 €/año.

El VAB del subsector de Venta al por menor de carburantes y lubricantes para la automoción (CNAE 5050) computó 1.975.000 €; por consiguiente, a la luz de las

cifras consultadas, el colectivo representa un 0,2% del VAB total nacional y un 0,3% del empleo español.

El volumen de negocio de las estaciones de servicios en 2006 fue de 20.695.540 de euros, lo cual supone un 8% más que en la anualidad 2.005.

La perspectiva internacional esperada a raíz del crecimiento del barril de brent, que hoy cotiza por encima de los 100 \$, cuando en el primer trimestre del año pasado se ceñía a una cifra alrededor de los 60 \$, apunta a un tendencia continuista de corte decreciente del consumo de carburantes para el transporte terrestre, ya que, además de que la demanda de gasolinas sigue la tendencia de descenso significativo de años anteriores, por primera vez en el primer trimestre de 2008 ha bajado también la demanda de gasóleo auto un -1,7%.

4.2. Análisis jurídico de la problemática del sector

La Confederación Española de Empresarios de Estaciones de Servicios (**CEEES**) ha sido consultada para conocer los principales problemas que las estaciones de servicio tienen en sus relaciones contractuales con los proveedores.

Las petroleras son las empresas que provén o distribuyen a las estaciones de servicio el producto que éstas van a facilitar al consumidor final.

Los titulares de las estaciones de servicio reclaman la elaboración de una normativa que resuelva la problemática específica de los contratos de distribución en exclusiva de carburantes pues existe *"una posición débil y atomizada de las empresas que explotan estaciones de servicio y de los clientes finales con relación a la de los proveedores"* (Decisión de 12 de abril de 2006 de la Comisión Europea).

Consideran que la **situación de desequilibrio de fuerzas** a la hora de negociar el contrato provoca que la parte más fuerte de la relación contractual imponga condiciones abusivas como, por ejemplo, la fijación del precio de venta al público, que merman la libertad empresarial de las estaciones de servicio.

(La fortaleza de ciertas petroleras se ha incrementado en los últimos años debido al **proceso de concentración empresarial** que ha tenido lugar en el mercado de los

carburantes. En cuanto a los **puntos de venta**, su **crecimiento** en los últimos años (2002 a 2005) ha sido **muy lento**. Tan sólo se han abierto 16 nuevos puntos de venta y no se producido incremento en el número de estaciones blancas y cooperativas, disminuyendo el número de estaciones de servicio en grandes superficies.)

-Los titulares de las estaciones de servicio afirman que **no existe una normativa específica** que resulte aplicable a las relaciones contractuales entre los distribuidores y sus proveedores.

El Reglamento comunitario 1984/83 y el actualmente vigente Reglamento 2790/99, relativo a la aplicación del apartado 3 del artículo 81 del Tratado CE a determinadas categorías de acuerdos verticales y prácticas concertadas, se ocupan solamente de los aspectos relacionados con la libre competencia en el mercado y no entran a regular los derechos y obligaciones de las partes en este tipo de contratos.

Además, el **Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas** en su **sentencia de 14 de diciembre de 2006** (dictada en un asunto prejudicial instado por Auto de la Sala 3ª del Tribunal Supremo de 3 de marzo de 2005) ha declarado que, a los efectos de determinar la aplicabilidad del artículo 81.1 del Tratado CE, hay que estar a la realidad económica subyacente y no a la denominación dada al contrato por las partes o por el derecho interno.

En el caso de los contratos de distribución en exclusiva de carburantes, no se les aplica el citado Reglamento de exención de determinadas categorías de acuerdos y deben respetar la normativa comunitaria sobre competencia. Así lo ha entendido también el **Tribunal Supremo** al aplicar la doctrina del TJUE en su **sentencia de 4 de mayo de 2007**, afirmando que este tipo de contratos no pueden beneficiarse de la exención prevista en el Reglamento 1984/83 respecto de las prácticas anticompetitivas establecidas en el artículo 81 del Tratado CE.

-Los distribuidores de carburantes afirman que la **calificación jurídica** que se realiza de su posición contractual no se corresponde con la realidad.

En los contratos se habla de **comisionistas o agentes** para referirse a los titulares de las estaciones de servicio cuando, en realidad, son **empresarios independientes** que asumen el riesgo de su negocio.

Son **distribuidores independientes de productos petrolíferos o revendedores** pero no comisionistas o agentes porque asumen los riesgos del desarrollo de la actividad que realizan. En algunos contratos aparece el término "agente no genuino", concepto que, jurídicamente no existe.

El **contrato** que celebran con las petroleras no es un contrato de suministro sino una **venta/compra en firme** de los productos que adquieren, asumiendo el riesgo empresarial de su colocación en el mercado y su conservación.

-En cuanto a la mencionada **limitación de la libertad empresarial** de los distribuidores independientes de productos petrolíferos, se produce, sobre todo, en lo referente a la fijación de los precios y la estrategia de mercadotecnia, las cuales se determinan por el proveedor mientras que los primeros asumen los riesgos intrínsecos del negocio.

Si se tratase de una auténtica comisión o agencia, los riesgos económico, financiero y de la mercancía correrían por cuenta de la petrolera y no del distribuidor, como es el caso.

Estos contratos son un "**acuerdo entre empresas**" independientes por lo que una parte contratante (petrolera) no debería fijar a la otra (estación de servicio) las condiciones y precios de los productos que aquél revende, comercializa o distribuye en su negocio, como viene sucediendo en la práctica.

El **Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas** en la mencionada **sentencia de 14 de diciembre de 2006** considera como elemento decisivo que sirve para determinar que el titular de una estación de servicio es un operador económico independiente: las cláusulas contractuales, expresas o tácitas, relativas a la **asunción de los riesgos financieros y comerciales** vinculados a la venta de los productos a terceros.

Según el Tribunal de Justicia, estos riesgos son los relativos a la venta de los productos y a las inversiones específicas del mercado entre las que se encuentran: las inversiones relacionadas con la venta de los productos en locales o equipos y las inversiones en acciones de promoción como, por ejemplo, uso de tarjetas de pago del principal para la venta de productos.

En cuanto a los riesgos relativos a la venta de los productos que asumen los distribuidores son: los costes de distribución, los gastos de conservación de las mercancías, la responsabilidad por daños y el riesgo de la venta del producto.

Entre los costes relativos a la distribución del producto deben incluirse los gastos por transporte que se abonan al proveedor. Cuando la estación de servicio solicita tanques o camiones completos, es frecuente que la petrolera realice al distribuidor un descuento en el precio que denomina "incentivo" y cuyo contenido económico es un menor coste del transporte que se aplica al producto.

Los gastos de conservación de las existencias corren por cuenta del distribuidor que se compromete a tener la estación de servicio permanentemente surtida de los productos objeto de la exclusiva de abastecimiento. Para ello, tiene que efectuar los pedidos con antelación suficiente, teniendo en cuenta las necesidades usuales de su punto de venta.

En el contrato el distribuidor asume también la responsabilidad por los daños que sufra el producto o que ocasione a terceros desde el momento que lo recibe de la proveedora y se introduce en el depósito o almacén de la estación de servicio. Desde ese momento, se impone la obligación de conservar el producto en condiciones adecuadas para evitar su pérdida o deterioro, respondiendo frente al suministrador y terceros de cualquier pérdida, contaminación o mezcla que pueda sufrir la mercancía y de los daños que se ocasionen a terceros por estos motivos. Asimismo, el distribuidor responde de la correcta medición de los aparatos surtidores y de la calidad e identidad de los productos que suministra al consumidor.

El riesgo financiero o riesgo de la venta de las mercancías lo asume el titular de la estación de servicio desde el momento en que no encuentra comprador una vez transcurrido el plazo de pago al proveedor (9 días) o cuando admite el pago diferido mediante tarjetas de crédito.

En este punto, es importante recordar la doctrina sentada en la **sentencia de 4 de mayo de 2007 de la Sala 3ª del Tribunal Supremo** que se dicta al amparo de lo resuelto por el TJUE en la citada sentencia de 14 de diciembre de 2006. El Tribunal Supremo considera que, en los contratos de distribución que se celebran entre los titulares de las estaciones de servicio y las petroleras, los primeros asumen determinados riesgos relevantes que hacen que se trate de una relación mercantil

entre empresarios independientes y no de una simple comisión para la distribución exclusiva de ciertos productos. Se refiere como riesgos significativos a los dos siguientes:

- En primer lugar, está la obligación de pago de la mercancía al proveedor, independientemente del resultado de su negocio y el consiguiente riesgo de la cobranza de la misma. El distribuidor soporta el riesgo comercial de la operación pues ha de pagar toda la mercancía entregada independientemente de las cantidades que efectivamente venda a sus clientes. El suministrador factura al titular de la estación de servicio todos los litros de combustible que le entrega y que pueden no coincidir con las ventas a los consumidores finales realizadas a posteriori. El pago del producto se hace al proveedor en el plazo de 9 días contados desde la entrega con independencia de que el carburante se venda o no. En caso de impago, el proveedor puede suspender la entrega de mercancía o someter el futuro suministro a un pago adelantado. Por tanto, la obligación de pago no depende del buen fin de las gestiones del distribuidor o de que éste haya recibido el precio del consumidor final, como sí sucede en un contrato de agencia.

- En segundo lugar, el titular de la estación de servicio asume la obligación de conservación del producto en condiciones adecuadas y la responsabilidad por todos los riesgos que corre la mercancía desde que se le suministra, como por ejemplo, el riesgo de minoración del volumen del combustible por alteraciones de temperatura o pérdidas o mermas derivadas de otros factores. Asume igualmente el riesgo por los daños que los productos puedan causar a terceros incluso por caso fortuito.

Por tanto, debido a la asunción de todos estos riesgos, los distribuidores de productos petrolíferos se consideran auténticos empresarios independientes de sus proveedores y no simples agentes o comisionistas. De ahí, que reclamen como imprescindible la garantía de su independencia empresarial en el clausulado de los contratos.

-Existen una serie de **cláusulas que se encuentran presentes en todos los contratos de distribución en exclusiva de carburantes** y que, según la jurisprudencia del TJUE y de nuestro Tribunal Supremo, sirven para identificarlos:

1º) El titular de la estación de servicio se compromete a vender exclusivamente carburantes y combustibles del suministrador, de conformidad con los precios de venta al público, las condiciones y técnicas de venta y explotación fijadas por éste.

2º) El titular de la estación de servicio asume el riesgo de los productos desde el momento en que los recibe del suministrador en los tanques de almacenamiento de la estación de servicio.

3º) Desde la recepción de los productos el titular asume la obligación de conservarlos en las condiciones necesarias para evitar toda pérdida o deterioro de los mismos y responde, en su caso, tanto frente al suministrador como frente a terceros, de toda pérdida, contaminación o mezcla que sufran y de los daños que, por tal motivo, puedan causar.

4º) El titular de la estación de servicio tiene que abonar al suministrador el importe de los carburantes o combustibles en un plazo de 9 días desde su entrega.

-Se trata de **contratos de adhesión** o **no negociados individualmente** en los que la parte más fuerte de la relación contractual impone el precio al que suministra el producto, el margen de ganancia de la estación de servicio, el precio de venta al público, los medios y plazos de pago y las demás condiciones contractuales de forma muy similar para todos sus distribuidores, sin que los mismos puedan negarse a aceptarlas si quieren ser suministrados con los carburantes.

El contrato se presenta redactado por escrito por el proveedor y el titular de la estación de servicio se limita a aceptarlo sin poder negociar ni introducir ningún tipo de modificación en el clausulado que se le presenta.

Además, el proveedor tiende a **modificar unilateralmente las condiciones** en las que se celebró el contrato.

Por otro lado, si las condiciones contractuales que se imponen a todos los distribuidores de una misma petrolera son idénticas, resulta imposible la competencia intramarca.

-En la práctica se celebran **dos tipos de contratos** de distribución entre las petroleras y los titulares de las estaciones de servicio:

+Contratos tipo "CODO". Son contratos de distribución en los que las estaciones de servicio son propiedad del operador y se arriendan a la empresa explotadora.

Son contratos de arrendamiento de industria.

+Contratos tipo "DODO". Son contratos para la distribución de carburantes a través de estaciones de servicio propiedad de la empresa explotadora.

-En todos estos contratos la **petrolera fija el precio de compra** del carburante, el **margen o comisión** del titular de la estación de servicio y el **precio de venta al público** en la factura que emite y resulta imposible modificarlos en la práctica.

1º) El **precio de compra** del producto se determina sustrayendo al precio de venta al público que determine la petrolera, el margen o comisión que también fija ella, para obtener así un beneficio establecido de forma unilateral.

El precio del carburante que se suministra viene fijado por la operadora independientemente de posteriores oscilaciones del mercado y la estación de servicio tributa sólo por el importe de la comisión, siendo el pago de los impuestos correspondientes al carburante que suministra de cuenta del proveedor.

2º) La **comisión**, retribución o incentivo que perciben los titulares de las estaciones de servicio es una suma periódica determinada por la petrolera de forma idéntica para todos los distribuidores de la misma área geográfica o comercial, en función del volumen de ventas de la estación de servicio.

En el caso de que se modifique la comisión y no se llegue a un acuerdo sobre su cuantía, se continúa aplicando la comisión que se viniera percibiendo. Esto supone una pérdida económica para el distribuidor frente a otros competidores.

Las petroleras determinan unilateralmente de forma anual los incrementos en las comisiones que van a ofrecer a sus distribuidores. Estos aumentos en las comisiones son iguales para todos independientemente del importe de la renta que, en su caso, abone el titular de la estación de servicio o de las inversiones realizadas por el operador.

Cuando los explotadores se niegan a aceptar estas modificaciones de la comisión por considerar que no son comisionistas sino compradores en firme de productos

petrolíferos, ven congeladas sus condiciones económicas hasta que aceptan la propuesta.

Además, por el mero hecho de realizar pedidos de nuevos productos, el proveedor entiende que se están aceptando las comisiones que fija unilateralmente para los mismos, aunque se haya comunicado expresamente por el distribuidor su voluntad de no aceptarlas.

En estos supuestos de "**comisiones congeladas**", el proveedor determina el mismo precio de venta al público que al resto de sus distribuidores, con lo que el menor coste para la petrolera y la menor ganancia del distribuidor no se traduce en un beneficio para el consumidor.

3º) El **precio de venta al público** también se determina por la petrolera en la factura y resulta inviable para los distribuidores modificar los llamados "**precios máximos recomendados**", aunque formalmente no se impongan.

-Los proveedores defienden que no existe tal fijación de precios por su parte pues es posible que los titulares de las estaciones de servicio efectúen **descuentos** a sus clientes, cediendo una parte de su comisión.

Lo cierto es que las estaciones de servicio, ya sean arrendatarios o abanderados propietarios de las instalaciones, deberán poner el precio impuesto por la operadora sin poder aplicar descuentos, pues no es la condición relativa a la propiedad de la instalación la que determina el sistema de explotación, sino el sistema de facturación concerniente al carburante.

-En cuanto al **sistema de facturación**, la factura se emite con fecha del pedido y se recibe en la estación de servicio a los 2 o 3 días. El precio de venta al público (PVP) reflejado en la factura se corresponde con el "recomendado" en la fecha del pedido.

La entrega se realiza entre las 24 y las 48 horas después del pedido y el pago es previo, se ha de acreditar para que el proveedor realice el suministro. Cuando se han prestado las garantías suficientes que determina unilateralmente el operador se establece un plazo de pago de 9 días desde la entrega del pedido.

En la práctica la factura resulta ser un mero cargo o liquidación en donde el precio de venta a la estación de servicio se calcula deduciendo al precio máximo

recomendado (PVP), que la petrolera tiene estipulado en el momento de efectuarse el pedido, la comisión asignada al distribuidor con el IVA incluido. Al mismo tiempo, se emite por el proveedor el cargo al banco por dicho importe.

-El titular de la estación de servicio **no puede introducir modificaciones al alza ni a la baja** de los precios máximos recomendados. En este caso, se estaría generando una importante bolsa de fraude porque todos los impuestos se determinan sobre el precio fijado de manera unilateral por la petrolera en la factura.

Por todo ello, se considera que no es posible que los distribuidores realicen **descuentos** a sus clientes **con cargo a su comisión** sin disminuir los ingresos del principal. En caso de que el distribuidor realizara un descuento estaría tributando más IVA que el repercutido al cliente, porque el principal ya le repercute en la factura el 16% sobre la comisión o margen impuesto, antes de cualquier posible descuento.

-Además el distribuidor no puede modificar los precios porque los terminales son normalmente propiedad de la petrolera y las variaciones que se pudiesen efectuar se realizarían en el sistema informático de otra empresa. Es decir, el **cambio de precios** se produce automáticamente en los terminales de cada estación de servicio mediante un **sistema informático** que controla la petrolera y que el distribuidor no puede manipular.

-Otra característica que presentan estos contratos de distribución es la **imposición** a los distribuidores de los **medios de pago** propios del proveedor.

Se impone la instalación de un sistema de cobro mediante **tarjeta de la propia petrolera** para poder atender a los clientes que la utilicen. El distribuidor tiene que asumir los costes de estas transacciones.

Los descuentos que los clientes obtienen por emplear los medios de pago de la proveedora son satisfechos tanto por ésta, como por el distribuidor. Sin embargo, el titular de la estación de servicio es el único que soporta el riesgo financiero de los productos, pues las transacciones efectuadas por sus clientes con las tarjetas de fidelización se reciben 10 días después del mes siguiente al que se ha efectuado la operación.

5. Sector de las tecnologías de la información

5.1. Relevancia económica del sector

El sector de Tecnologías de la información forma parte del denominado hipersector TIC, que incluye la telecomunicación industrial (Equipamientos y Servicios), las Tecnologías de la Información, la Electrónica de Consumo, la Electrónica Profesional, los Componentes Electrónicos y otros segmentos (entre los que se encuentran los contenidos audiovisuales o la electrónica del automóvil).

El último informe del Observatorio Industrial de Electrónica, Tecnologías de la Información y Telecomunicaciones -coordinado por el Ministerio de Industria, Turismo y Comercio-, indica que durante el año 2007 el sector de las Tecnologías de la Información y de la Comunicación (TIC) en España empleó a 224.912 personas, lo que supone un incremento del 3% en el empleo con respecto a 2006.

En el año 2007 el hipersector facturó cerca de 78.000 millones de euros. Esta cifra representa un incremento cercano a los 4.000 millones de euros respecto al año 2006, es decir aprox. 5,4% y manteniéndose con una tasa de crecimiento en línea con la cifra mundial (5,4%) y por encima de la UE (5%), aunque con cierta desaceleración respecto de la computada en 2006 (9,1%).

Según los datos de la Asociación de Empresas de Tecnologías de la Información y Comunicaciones de España (AETIC), el volumen de mercado del hipersector de las Tecnologías de la Información y la Comunicación (TIC) español creció un 6 por ciento en 2007, hasta alcanzar los 101.353 millones de euros.

Dentro del hipersector, el mayor peso recae en los servicios de telecomunicaciones, que representan el 44 por ciento del total del mercado (frente al 37% de media internacional), y las tecnologías de la información, que en 2007 representaron el 17 por ciento (frente al 24% global).

La mayor parte de este gasto (alrededor del 44%) corresponde a telefonía móvil, Internet el 15% (experimentando un enorme incremento interanual del 32%) la transmisión de televisión de pago y datos entre 8-10%, y la telefonía fija (32%) que se encuentra estabilizada en cuanto a su penetración en el 82,7% de los hogares.

En cuanto al número de terminales UMTS (última generación) la expectativa era de multiplicar su número por cinco (de 1,9 millones de 2007 a nada menos que 9,5 millones en 2007), siendo la telefonía móvil de contrato la preferida sobre la de tarjeta-prepago.

Todos los subsectores han registrado mejoras que han variado entre el 4, a excepción de los componentes electrónicos, que ha retrocedido en -2%, y el de electrónica de consumo (decodificadores, TV´s, cámaras de fotos...) que ha crecido por encima de los demás subsectores presentando una tasa del 11%.

En concreto el 73% de los hogares españoles dispone de DVD, el 60% de ordenador (portátil en el 23.5%) y el 55% de cámara de fotos digital, siendo éste el que mayor incremento interanual registra.

Se estima que en 2007 la mitad de los hogares españoles ya están conectados a Internet, siendo la banda ancha la elegida por el 41.5% de los hogares, dato que supera la media europea (40.6%) y el triple del dato registrado en 2003. Cada hogar gasta una media de 26 € en Internet.

Por lo que respecta a las importaciones registraron un aumento del 6 por ciento, con una tendencia más moderada que el año anterior (un 8 por ciento) al alcanzar los 18.832 millones de euros.

La tasa de incremento interanual que más ha crecido es la del subsector de electrónica de consumo (el 11%)

Las exportaciones, por su parte, experimentaron un crecimiento del 8 por ciento, con un volumen de negocio de 4.536 millones de euros, en su mayor parte gracias a la electrónica de consumo (el 15% de las exportaciones del hipersector).

Con estos resultados la balanza exterior del sector de las TIC continúa siendo muy deficitaria alcanzando en 2007 unos resultados de -14.296 millones de euros.

5.2. Análisis jurídico de la problemática del sector

El sector de las tecnologías de la información se ha analizado mediante consulta con la **Asociación de Distribuidores Españoles de Tecnologías de la Información (ADETI)**. Los **distribuidores** del sector han comunicado los problemas más relevantes que tienen en la negociación de los contratos y en el

desarrollo de sus relaciones comerciales con los fabricantes de tecnologías de la información y destacan las cuestiones que necesitan una solución más urgente.

-Los contratos que celebran los distribuidores de tecnologías de la información con los fabricantes se caracterizan por la **imposibilidad de negociación** de muchas condiciones contractuales que se imponen unilateralmente por una de las partes. Asimismo, los fabricantes **modifican de forma unilateral las condiciones pactadas** en el contrato.

Se trata de contratos no negociados individualmente en los que el fabricante establece la política de ventas y de precios y la modifica sin acuerdo con el distribuidor.

En este mismo sentido, destacar que los **precios** de las piezas o servicios están también **condicionados** por los que el fabricante facilita a los distribuidores.

Estas prácticas suponen una intromisión en la libertad empresarial de los distribuidores y condicionan su independencia empresarial a la hora de determinar su propia estrategia comercial.

-Los fabricantes ejercen un **intenso control sobre la actividad empresarial de sus distribuidores** que articulan de diversas maneras.

1º) En primer lugar, los fabricantes tienen **acceso a los datos personales de los clientes de los distribuidores**. Los primeros exigen estos datos de los segundos con el pretexto de dar precios especiales en operaciones comerciales concretas o bien los obtienen a través de las tarjetas de registro de software o las de garantías de hardware. A continuación, los datos de los clientes son utilizados por los fabricantes para realizar acciones comerciales, generalmente sin tener la previa autorización del cliente.

En estos casos, el fabricante estaría vulnerando la legislación sobre protección de datos porque el cliente que registra su software o hardware para garantías no suele consentir que esos datos se usen por parte del fabricante para efectuar acciones comerciales. Esta práctica consistente en emplear datos personales de los clientes para acciones comerciales sin tener autorización para ello es bastante frecuente.

2º) Adicionalmente los fabricantes exigen a los distribuidores que tengan determinados **registros**. Estos registros dan acceso al fabricante a datos tales como los nombres y responsabilidades de las fuerzas comerciales (personal) o las oportunidades de negocio.

Si el distribuidor no accede a esta exigencia el fabricante le veta el acceso a algunos beneficios, veto que le sitúa en una situación de desventaja competitiva.

Si accede, su actividad económica pasa a estar controlada por el fabricante y su fuerza comercial se vuelve vulnerable lo cual facilita ciertas prácticas. Así, gracias a estos registros, los fabricantes pueden conocer qué distribuidores les resultan más eficaces y reorientar las fuerzas de venta de un distribuidor a otro siguiendo este criterio.

3º) En tercer lugar, los proveedores condicionan la firma de contratos de distribución o el acceso a determinadas condiciones comerciales a que los distribuidores den cierta **formación a su personal**. Esta formación la paga el distribuidor y culmina con la entrega de unos **certificados nominales**, es decir, que se otorgan a nombre del empleado y no tienen vinculación alguna con la empresa distribuidora.

Cuando el trabajador decide irse a otra empresa el distribuidor pierde el certificado del mismo y se ve obligado a costear la certificación de un nuevo profesional para mantener las condiciones contractuales que le impone el fabricante.

El problema radica en que los fabricantes tienden a contratar al personal previamente formado por el distribuidor o a recomendarlo para su contratación por parte de los distribuidores de su preferencia y esto ocurre antes de que el distribuidor que pagó por la formación del trabajador tenga tiempo de rentabilizar dicha inversión. Se produce un intercambio del personal que cuenta con el correspondiente certificado entre distribuidores de un mismo fabricante, no por su valía profesional sino porque aportan el título necesario que ha costado otro distribuidor, quien no ha tenido ese personal en plantilla el tiempo preciso para poder amortizar la inversión efectuada.

Por otro lado, la mayoría de los fabricantes tienen publicados **programas de capacitación** que imparten al personal técnico y comercial de sus distribuidores y que suponen un coste elevado y de difícil amortización.

Estos programas de capacitación determinan el acceso a una parte considerable de las gamas de productos y de las soluciones o estrategias de precio. Además, los fabricantes suelen tener sus propias unidades de negocio de servicios que compiten directamente con sus distribuidores en estos temas.

Las compañías distribuidoras que no han seguido los programas de capacitación evitando el gasto que ello conlleva, terminan compitiendo en condiciones de igualdad con los distribuidores que sí han capacitado a su personal, pues contratan los servicios directamente del fabricante que los oferta a través de su propia empresa o unidad de negocio.

De este modo, el fabricante hace la competencia en este campo a sus distribuidores más comprometidos, que son los que han cumplido las exigencias estipuladas por el mismo referentes a la capacitación de su personal.

A todo esto, se suma la práctica ocasional anteriormente mencionada por la que los fabricantes captan a los profesionales de sus propios distribuidores respecto de los que tienen toda la información y por los que previamente han percibido el importe de su formación.

-En el ámbito de las tecnologías de la información es frecuente la realización de **ventas directas** por el fabricante. Se utilizan las tarjetas de registro de software o de garantías de hardware a través de las que se conocen los datos personales de los clientes del distribuidor para hacer ofertas comerciales de venta directa a los mismos.

Los fabricantes están en condiciones de hacer mejores ofertas y con esta práctica compiten de forma desleal con sus distribuidores privándoles de futuras ventas a sus propios clientes. La labor de venta al consumidor final del producto corresponde, en principio, al distribuidor que es quien mantiene la relación principal con el cliente que ha incorporado a su fondo de comercio.

Estas ventas directas se realizan en muchas ocasiones por el fabricante a través de Internet, por catálogo o por teléfono.

Cualquier oportunidad de precios especiales o cualquier campaña de incentivo empresarial requieren de un registro y de una identificación de la oportunidad que, en muchas ocasiones, se emplea para determinar si esa oportunidad es atendida

directamente por el fabricante o no, en función de su valor económico o estratégico.

Además, es habitual que el fabricante que decide vender directamente el producto a la clientela del distribuidor cambie su ámbito de acción cada seis meses o menos y, a su vez, altere unilateralmente las condiciones del contrato con el distribuidor.

-Las compañías clientes de los distribuidores exigen **plazos de pago** de entre 60 y 180 días, mientras que los proveedores imponen el pago de sus productos en 30 días como máximo. Este diferencial entre pago al fabricante y cobro por el distribuidor del producto a su empresa cliente, supone que el distribuidor financia la compra de sus empresas clientes con el consiguiente coste para su negocio.

-Los fabricantes de tecnologías de la información establecen **un año de garantía para los productos** informáticos que suministran a sus distribuidores. Se diferencia entre gama profesional y gama de consumo y, aunque ambas se venden a todos los segmentos, para la gama profesional sólo se contempla un año de garantía.

La Ley 23/2003, de 10 de julio, de Garantías en la Venta de Bienes de Consumo, establece dos años de garantía obligatorios como derecho del consumidor. Por tanto, de esta garantía se responsabiliza el distribuidor frente a su cliente en términos de costes y servicio durante el segundo año legalmente previsto, sin que el proveedor le de soporte en este coste.

-La Ley 10/1998, de 21 de abril, de Residuos obliga a los distribuidores a intervenir en la retirada de material obsoleto. El artículo 7 de la Ley 10/1998 establece la obligación del distribuidor de hacerse cargo directamente de la gestión de los residuos derivados de sus productos, esto es, de los productos de cuya puesta en el mercado sea responsable el distribuidor.

Los distribuidores se están haciendo cargo de la retirada de productos que no han vendido y, en muchas ocasiones, sin que el consumidor que acude a su establecimiento adquiera ningún nuevo equipo en sustitución del que recicla.

La retirada del material obsoleto supone un gasto para el distribuidor que se ve obligado a asumir y por el que no recibe aportación económica alguna. Sin embargo, este servicio ha sido cargado por el fabricante en origen al coste del producto por lo que para él no supone ninguna pérdida económica.

-En cuanto a la extinción de las relaciones contractuales, se producen **resoluciones unilaterales del contrato** por el fabricante cuando decide que ya no le interesa que un distribuidor continúe comercializando los productos de su marca. Se han dado casos de cancelación del permiso para comercializar una marca después de 12 y 15 años de atención continuada sin que exista una causa objetiva que lo ampare.

-En este sector los fabricantes adquieren **la clientela** del distribuidor a la **extinción del contrato**. Sin embargo, son los distribuidores los que entablan y mantienen la relación con los clientes. Así, van creando un fondo de comercio a medida que fidelizan clientes y el mismo se pierde cuando el fabricante decide rescindir o no renovar el contrato de distribución, sin que se contemple **indemnización** alguna por esta pérdida a favor del distribuidor.

Los fabricantes tienen conocimiento de los listados de clientes de sus distribuidores a través de los medios mencionados anteriormente y esto supone, en la práctica, que a la finalización del contrato los mismos son cedidos al fabricante. El fabricante adquiere la clientela del distribuidor sin que esté prevista en el contrato ninguna compensación económica por esta pérdida.

-En lo concerniente a las **controversias** que surjan en el seno de las relaciones contractuales fabricante-distribuidor, se considera que el arbitraje sería una buena opción para agilizar su solución.

Los distribuidores del sector de las tecnologías de la información entienden que sería muy positiva la elaboración de una normativa específica sobre contratos de distribución que pusiese fin a la situación de desprotección en la que se encuentran actualmente, regulando de manera equilibrada las relaciones contractuales con sus proveedores.

6. Sector de la prensa

6.1. Relevancia económica del sector

El sector de la prensa en España forma parte, en general, de una amplia cadena de actividades de un grupo multimedia. España era en 2002, el segundo país europeo, después de Alemania, en número de cabeceras. Se publican **132 diarios**, con una

difusión controlada de 3.995.467 ejemplares (contra 4.107.959 en 2001) y un **índice de difusión de 107 ejemplares por mil habitantes**. Existen cuatro cabeceras de información general y distribución nacional, todas ellas radicadas en Madrid, con numerosas ediciones zonales e impresión descentralizada (El País, El Mundo, Abc y La Razón).

Pese a la atomización de la prensa, con una talla media de los diarios de 31.600 copias, el 83,5 por ciento de las cabeceras pertenecen a los nueve grandes grupos editoriales: Vocento, Prisa, Recoletos, Zeta, Godó, Prensa ibérica, Unidad editorial, Corporación voz de Galicia y Joly. En términos generales, la prensa diaria es muy rentable, con unos beneficios globales del sector en 2000 de 330 millones de euros. La inversión publicitaria, sin incluir los suplementos dominicales, ascendió a 1.692 millones de euros, cifra ligeramente superior a la venta de ejemplares.

La AEDE (Asociación de Editores de Diarios Españoles) señala en su informe de 2004 que España mantiene un índice de difusión de la prensa diaria en 102 el número de lectores de diarios por mil habitantes, casi la mitad que la media europea, que es de 210.

El número de los lectores de prensa de información general era en 2002 de 11.627.000 (10.967.000 en 2001), pero la difusión de este tipo de prensa cayó a 3.115.000 ejemplares (3.224.000 ejemplares en 2001).

La difusión pagada del periódico español se reparte entre la venta al número (73 por ciento), la suscripción individual (9,4 por ciento), la suscripción colectiva (6,6 por ciento), la venta en bloque (9,8 por ciento), servicios regulares y otros (3,2 por ciento).

De acuerdo con el Libro blanco de la prensa diaria 2006 el conjunto de diarios obtuvo en 2004 un resultado de explotación de 423 millones de euros, un 35,55 por ciento más que en 2003. Los resultados después de impuestos ascendieron a 296 millones de euros, un 39,21 por ciento más que el año anterior.

Los ingresos de explotación aumentaron un 11,23%, hasta 2.596 millones de euros, por las alzas de las ventas, los ingresos publicitarios y las promociones.

La difusión estimada de los 139 periódicos españoles de pago ascendió en 2004 a 4.284.000 ejemplares diarios, casi cien mil ejemplares y un 2,38 por ciento más que el ejercicio anterior, según los datos recopilados por IESE para el *Libro blanco*. Esto pone freno a la caída coyuntural de 2002, nuevo soporte del sector y que mantiene un año más a España, sólo junto a Austria, al margen de la fuerte caída de la difusión en los quince primeros países miembros de la Unión Europea, que han perdido un promedio de casi nueve millones de ejemplares diarios desde 1996 hasta 2004, equivalentes a un descenso total del 10,5 por ciento.

El incremento en la difusión permite a España recuperar posiciones en el índice de difusión, que mide los ejemplares difundidos por mil habitantes, y en el que España obtuvo 104 ejemplares en 2004, frente a 97 ejemplares en 2003. Vuelve a situarse España por encima de los cien ejemplares, que la UNESCO considera como umbral del subdesarrollo en cuanto a lectura de periódicos. A la inversa, el índice de difusión de los quince primeros socios de la Unión Europea ha descendido de 196 ejemplares en 2003 a 193 ejemplares en 2004, de manera que el diferencial español respecto a la media europea descendió siete puntos en 2004.

Si se analiza la difusión controlada, en 2004 se incrementó un 2,4 por ciento, hasta 4.117.353 ejemplares diarios, también récord histórico absoluto. En ese ejercicio las cifras fueron muy positivas en los tres diarios económicos, que crecieron un 10,82 por ciento anual y recuperaron una difusión diaria superior a los cien mil ejemplares. En la prensa de información general la difusión controlada creció un 2,61 por ciento en 2004, y en los de información deportiva aumentó un simbólico 0,56 por ciento.

Según el estudio realizado por DBK para 2006 sobre el sector de prensa escrita, en 2006 el volumen de negocio de los medios de comunicación escritos alcanzó una facturación sectorial de 4012 millones de euros, creciendo un 1,4% respecto al año anterior. La prensa diaria obtuvo un negocio de 2230 millones de euros, con un aumento del 3,2%, mientras los ingresos generados por el medio "revistas", retrocedieron un 0,7% hasta situarse en 1782 millones de euros.

En cuanto a puntos de venta de publicaciones periódicas existen en España en torno 35.000 puntos de venta.

Según la Encuesta anual de Comercio 2006 realizada por el INE para el subsector Comercio al por menor de libros, periódicos y papelería (CNAE 5247), esta actividad aglutina, 25.399 empresas, con 27.181 locales, y un Volumen de negocio de 4.101.328 miles de euros.

El **Valor añadido bruto a precios de mercado** del subsector es de 751.342 miles de euros, lo que supone **algo menos del 1% del PIB nacional**.

El personal empleado en el sector de la prensa computa 46.479 personas, con una tasa media de ocupados por empresa de 1,8 y que cobran un salario medio de 12.956 euros, estamos hablando por tanto, de un 0,24% del total de población ocupada en España.

6.2. Análisis de la problemática jurídica del sector

En este sector han sido consultados, como colectivos implicados, los distribuidores y los vendedores de publicaciones periódicas.

Los **vendedores**, por su parte, han sido consultados a través de la Confederación Nacional de Agentes de la Difusión, de la Prensa y la Edición (**CONADIPE**).

Los **distribuidores** han sido consultados a través de: la Federación de Asociaciones Nacionales de Distribuidores de Ediciones (**FANDE**), la Unión de Distribuidores Nacionales de Ediciones (**UNDE**) y a través de la Asociación Nacional de Distribuidores de Publicaciones (**ANDP**).

Este sector se caracteriza por la existencia de **tres colectivos interesados**: los editores, los distribuidores y los vendedores de publicaciones periódicas.

En la cadena de distribución de ediciones periódicas intervienen tres sujetos: el distribuidor nacional, los distribuidores locales y los puntos de venta. El distribuidor nacional suministra a los distribuidores locales las cuotas adecuadas por áreas geográficas según la tirada determinada por el editor y éstos, a su vez, suministran

a los puntos de venta de la zona geográfica contratada. Finalmente, son los puntos de venta los que ofertan al consumidor las ediciones periódicas.

La **Confederación Nacional de Agentes de la Difusión, de la Prensa y la Edición (“CONADIPE”)** ha expuesto la problemática que acusan los contratos de distribución para los **vendedores de prensa**.

-En primer lugar, CONADIPE recuerda que en este sector **no existe normativa actualizada que regule las relaciones contractuales entre los agentes**.

El marco normativo viene constituido por una Orden del Ministerio de Trabajo de 22 de abril de 1972 por la que se establecieron las Normas Regulatoras de los Vendedores Profesionales de Prensa (BOE de 13 de mayo de 1972) y por las ordenanzas municipales que regulan los requisitos técnicos y urbanísticos que han de cumplirse para la concesión de puestos para la venta de publicaciones en espacios públicos de forma estable.

La citada Orden ha de entenderse derogada tras la entrada en vigor de la Constitución en todo en cuanto se oponga a la Carta Magna y, en particular, en lo relativo al funcionamiento y competencia de las Comisiones nacional y provinciales que no pueden dictar disposiciones complementarias de la Orden Ministerial de obligado cumplimiento.

El resto del articulado de la Orden no ha sido derogado expresamente por ninguna norma posterior, pero el informe de la Dirección General de Trabajo de 20 de junio de 1978 (órgano encargado de dictar las disposiciones y aclaraciones que exija la aplicación e interpretación de la Orden) la considera derogada e inoperante desde la promulgación de la Ley 19/1977, sobre regulación del derecho de asociación sindical y las disposiciones que la desarrollan. Las resoluciones del Tribunal de Defensa de la Competencia también han considerado que esta normativa no está vigente.

Ahora bien, pese a entenderse derogada la Orden, los editores, distribuidores y vendedores continúan utilizando la misma como referente a la hora de fijar el marco por el cuál habrán de regirse sus relaciones comerciales.

Esta confusión normativa producida por la aplicación residual de una norma preconstitucional de dudosa vigencia legal ha dado lugar a una situación de

precariedad jurídica. Así, los principios que se contienen en la norma y que continúan siendo aplicados por editores, distribuidores y vendedores, vienen siendo interpretados de manera distinta por los tres grupos de actores, según sus intereses.

Las interpretaciones diversas de la Orden Ministerial sobre cuestiones como: la organización práctica de los servicios de venta, el suministro de ejemplares, la devolución de los invendidos, la asunción de los gastos de transporte o la prestación de servicios a nuevos puntos de venta, han dado lugar a numerosas denuncias.

Estos conflictos, si bien están obteniendo en la vía jurisdiccional sentencias favorables a los intereses de los vendedores, no están siendo resueltos con la suficiente celeridad, denuncia CONADIPE.

Ante la lentitud de la vía jurisdiccional los vendedores vienen acudiendo al Tribunal de Defensa de la Competencia, si bien esta vía no siempre es apropiada. El propio Tribunal de Defensa de la Competencia, en resolución de 27 de diciembre de 1996, consideró que dada la situación de conflicto existente entre los agentes, podría ser conveniente articular nuevos elementos de ordenación normativa o de arbitraje institucional.

Los vendedores de prensa consideran que esta regulación ha quedado obsoleta, no se adapta a las necesidades del mercado y la aplicación de la misma en ausencia de una normativa clara, genera una situación de indefensión jurídica de la parte más débil del contrato.

-La mayoría de las relaciones contractuales en el sector de la distribución en prensa se establecen mediante **contratos estimatorios**. Se trata de un contrato atípico que carece de regulación específica, por lo que para conocer su contenido hay que acudir a la costumbre mercantil.

Entendemos por contrato estimatorio aquél que “en esencia consiste en la operación comercial por la que un distribuidor (mayorista) entrega a un comerciante (minorista) determinadas mercancías con valor estimado que éste podrá vender en su establecimiento, sin previa adquisición en firme de las mismas y sin anticipo de aquél valor, que se hará efectivo en el momento usual o

convencionalmente determinado. A ello se añade, como característica esencial, la posibilidad que tiene el minorista de devolver las no vendidas" (Lázaro Sánchez).

Esta modalidad contractual es adecuada para regir las relaciones entre vendedores de prensa y distribuidores por la brevedad de la vida del producto a comercializar que se suministra, lo cual implica un fuerte riesgo de oportunidad para los vendedores. La prensa y publicaciones periódicas son un producto perecedero.

- Las relaciones comerciales entre los distribuidores y los vendedores son **relaciones de confianza** en las que se entregan los albaranes en los puntos de venta antes de su apertura y luego se devuelven las publicaciones no vendidas, lo cual origina muchas veces errores en el recuento de los ejemplares que se entregan y de los que se devuelven por no vendidos.

-Los contratos que se celebran son **contratos de adhesión** en los que los derechos y obligaciones de las partes no se acuerdan previamente, sino que los vendedores se limitan a aceptar las condiciones contractuales que le imponen los distribuidores.

Los vendedores se encuentran en una situación de dependencia económica y tienen que aceptar las cláusulas contractuales que establecen los distribuidores si quieren obtener sus publicaciones pues éstos últimos, como se verá más adelante, operan en régimen de exclusiva.

Con frecuencia, las cláusulas contractuales aparecen preestablecidas por el distribuidor y el vendedor se limita a introducir los datos personales y firmar. Es decir, son contratos sometidos a condiciones generales que predispone el distribuidor y los vendedores sólo pueden adherirse a esas condiciones que, con carácter general, tiene preparadas el distribuidor para todos sus vendedores.

Por tanto, estos contratos de adhesión no reúnen las condiciones mínimas de seguridad jurídica, se deja a la voluntad de uno de los contratantes el contenido del contrato. Se produce una imposición unilateral de las condiciones del contrato que favorece que se de un marco contractual abusivo y sin garantías para el vendedor.

-Los **contratos** son en un porcentaje muy elevado **verbales**, esto significa que no se formaliza por escrito en documento de ninguna clase la relación mercantil entre distribuidor y vendedor.

Según un estudio de la empresa Precisa realizado en 1997, en la relación contractual entre los distribuidores y los vendedores de prensa, tan sólo un 18,6 % empleaba contrato escrito frente al 43,6% que utilizaba el contrato verbal, un 8,2% formalizaba la relación mercantil mediante una carta de intenciones y el 9,8% a través de las condiciones reseñadas al dorso de los respectivos albaranes de entrega de la mercancía.

-El hecho de que no se formalice por escrito la relación contractual y de que el distribuidor opere en régimen de exclusiva fomenta que el mismo, en cualquier momento y sin previo aviso, **modifique unilateralmente el contrato** que regula su relación comercial con los vendedores.

Como prácticas frecuentes de los distribuidores por las que se modifican las condiciones contractuales pueden citarse las siguientes: exigencia de domiciliación de pagos ante la amenaza de corte del servicio, cambio del concepto de portes por el de trabajos auxiliares sin especificar en qué consisten éstos o alteración del importe de los mismos, modificación de la comisión de una determinada publicación o cambio del número de ejemplares que se entrega en el punto de venta.

-Los distribuidores operan en **régimen de exclusividad** y son los únicos oferentes de las publicaciones periódicas que tiene contratadas en sus respectivos ámbitos geográficos de actuación. Esto supone que el distribuidor en su zona no tiene competidores y que el vendedor no cuenta con oferta alternativa y tiene necesariamente que tratar con una única distribuidora para abastecerse de las publicaciones de cada editorial.

Los distribuidores, según CONADIPE, abusan de esta situación imponiendo condiciones de suministro que les son favorables, cobrando a los vendedores por los servicios que estiman oportunos en cada momento y modificando unilateralmente los precios de estos servicios. Así, por ejemplo, hay distribuidores que cobran un precio por "abrir servicio", precio que el vendedor no recupera en ningún caso.

Ante las citadas prácticas los vendedores han acudido al Tribunal de Defensa de la Competencia en diversas ocasiones, alegando abuso de posición dominante pero no han obtenido resoluciones favorables.

En el caso de la comercialización de publicaciones periódicas la doctrina del Tribunal de Defensa de la Competencia ha optado por una definición amplia del mercado relevante. Así, en gran parte de los casos se estimó como mercado relevante no el de distribución de publicaciones sino el del reparto. En este mercado relevante los distribuidores de publicaciones periódicas carecían de posición de dominio.

Esta conclusión ha impedido a los vendedores obtener resoluciones favorables del Tribunal de Defensa de la Competencia en aquéllos casos en que éstos han argüido abuso de posición dominante por parte de los distribuidores.

Los vendedores consideran que el distribuidor, al ser el **único oferente de la publicación en su ámbito geográfico de actuación**, ostenta una **posición de dominio** que produce un abuso por la situación de dependencia económica del vendedor, que tiene que aceptar las exigencias del distribuidor si quiere recibir la publicación porque no existe vía alternativa de suministro.

A esto se añade que los vendedores no pueden prescindir de determinadas publicaciones tales como los periódicos de tirada nacional de mayor difusión.

-Los vendedores de prensa denuncian que los distribuidores **no** establecen las **mismas condiciones contractuales para todos sus vendedores**, aún cuando éstos estén en situaciones equiparables. Ello, entienden, supone una discriminación injustificada.

A menudo estas diferencias de trato afectan a los gastos de transporte, que se cargan o no según quién sea el vendedor, o a las condiciones económicas de los vendedores.

-En cuanto a las **comisiones** o **retribuciones** de los vendedores, determinados distribuidores establecen en su ámbito de actuación comisiones de venta distintas para idénticas prestaciones, sin ningún tipo de justificación.

En lo que respecta a las condiciones económicas, procede dar los siguientes datos facilitados por CONADIPE:

- En la prensa, la comisión de los vendedores es del 20% y es prácticamente homogénea.

- En el caso de las revistas y de los fascículos coleccionables, las comisiones oscilan entre un 20% y un 25%, pero es puede llegar a situarse por debajo del 20%. CONADIPE entiende que ello supone no sólo un trato discriminatorio sino también una amenaza para la supervivencia de los vendedores perjudicados.

Actualmente se mantiene la estructura de comisiones dimanante de la Orden de 1972 por la que las ciudades con más de 500.000 habitantes gozan de un 5% de comisión adicional en revistas y coleccionables.

Las retribuciones se establecen en función del número de habitantes de las poblaciones y la menor comisión de las poblaciones pequeñas se justifica para compensar el mayor coste que supone acercar las publicaciones a las mismas.

Los distribuidores tienden a rebajar las comisiones de los vendedores empleando para ello diferentes mecanismos como el cobro de una cantidad semanal por portes, abonando así cantidades inferiores a la inicialmente fijada.

-En cuanto al **abastecimiento o suministro**, el principal problema afecta al **número de ejemplares**. Así pues, son varios los intereses en juego:

1) El interés de los editores:

Los editores están interesados en ajustar al máximo la distribución de sus ejemplares para vender todos los ejemplares colocados en el mercado y así optimizar la tirada de cada uno de sus números.

Como consecuencia de lo anterior, los editores limitan la entrega de copias a los vendedores de acuerdo con las previsiones de ventas que realizan para cada vendedor.

2) El interés de los vendedores:

Los vendedores están interesados en contar con suficientes ejemplares disponibles en el punto de venta. Ello es así dado que tienen la posibilidad de devolver, sin coste alguno para ellos, los ejemplares no vendidos.

3) El interés de los distribuidores:

Los distribuidores, por su parte, tienen interés en colocar en los puntos de venta el mayor número de ejemplares posible. Con ello logran facturar de inmediato a los vendedores los ejemplares entregados para su puesta a la venta.

En relación con el problema del número de los ejemplares, los vendedores reclaman su derecho a decidir cuántos ejemplares se les distribuyen y qué publicaciones les interesan, dado que actualmente los distribuidores suministran el número de ejemplares que les conviene sin atender a cuál es la voluntad del vendedor a este respecto y no les permiten darse de baja en aquéllas publicaciones que no son del interés del vendedor o devolver con carácter inmediato los ejemplares no deseados.

-Los distribuidores tienen que abonar a los vendedores las cantidades correspondientes a los ejemplares que han facturado pero que no se han vendido en los **plazos de devolución** que se hayan estipulado contractualmente.

No hay que olvidar que los vendedores ostentan el **derecho a la devolución** de las publicaciones no vendidas.

Como vemos, algunos de los contratos estimatorios que se celebran en el sector no cumplen uno de los rasgos que tradicionalmente caracteriza a esta modalidad contractual, cual es la ausencia de anticipo del valor de los bienes muebles entregados por el distribuidor al vendedor para su puesta a la venta. Así, es usual que el vendedor abone los ejemplares entregados por el distribuidor para su puesta a la venta, sin perjuicio de la obligación del distribuidor de realizar la devolución del importe de las publicaciones no vendidas por el vendedor. En estos casos los distribuidores hacen negocio con el manejo de liquidez que supone para ellos el periodo que media entre el cobro de las publicaciones a los puntos de venta y la devolución de los ejemplares no vendidos.

Los vendedores exponen el problema que supone para ellos la brevedad de los plazos de devolución de publicaciones, que son insuficientes y no garantizan la flexibilidad necesaria a su negocio.

Los distribuidores tienden a reducir o cambiar sin previo aviso los plazos de devolución y, en ocasiones, se genera tal confusión que las devoluciones se envían al punto de venta por el distribuidor por considerar que se devolvieron fuera del

plazo señalado al efecto. En el supuesto de que se hubiese abonado el precio de los ejemplares por el vendedor, el rechazo de la devolución supone para él una pérdida económica cuantiosa pues no se le reintegra el importe de esas publicaciones no vendidas.

-A los **gastos de transporte y reparto** de las publicaciones se aplica, en las relaciones mercantiles entre distribuidores y vendedores de prensa, la normativa contenida en la Orden del año 1972 que atribuye los gastos que produzca el transporte y servicio de ejemplares hasta los puntos de venta a las empresas editoras o distribuidoras.

La norma no concreta qué se entiende por puntos de venta y ha sido interpretada de diferente manera por vendedores y distribuidores. Los vendedores consideran que los puntos de venta son los quioscos o locales de venta y no los almacenes de las distribuidoras.

En la actualidad, las únicas empresas de distribución que no cobran los portes son las que sólo distribuyen prensa diaria. El resto repercute a los vendedores una cantidad fija o porcentaje sobre la facturación en concepto de reparto o servicios auxiliares. Los criterios y cantidades que se exigen en concepto de portes varían según los distribuidores y las localidades de que se trate. En algunas se cobran portes a todos los vendedores y en otras sólo a los nuevos puntos de venta, manteniendo sus condiciones a los antiguos vendedores y originando un trato diferenciado que puede ser discriminatorio.

El cobro de una cantidad por transporte tiene el objetivo de obtener mayores recursos y disminuir indirectamente la retribución del vendedor. En principio, se establecía una cantidad semanal denominada "portes" pero, dado que fiscalmente no son empresas transportistas, han cambiado su denominación por la de "trabajos o servicios auxiliares" para poder exigirla en el contrato.

Los vendedores consideran ilegal el cobro de estas cantidades.

-En cuanto al **precio de venta al público de las publicaciones**, viene establecido en la portada por el editor y si bien, formalmente no es un precio fijado o impuesto, en la práctica opera como tal y el vendedor se ve obligado a comercializar a ese precio.

-En ocasiones, se impone en el contrato la **domiciliación bancaria** del pago al distribuidor. Tradicionalmente el vendedor de prensa liquida a la distribuidora a través del repartidor. Este nuevo sistema presenta múltiples problemas debido a la naturaleza de la mercancía que es un producto perecedero cuyo suministro tardío le hace perder su validez. De ahí que se entregue cuando todavía no está abierto el quisco o punto de venta.

Este sistema de cobro da lugar a muchos errores puesto que el repartidor recoge la devolución del punto de venta sin efectuar ninguna comprobación y puede ser que la liquidación no coincida con el género que se devuelve con la consiguiente pérdida económica para el vendedor.

En supuestos de impago se procede a cortar el servicio a los puntos de venta aunque se haya debido a un error de la entidad bancaria y para restablecer el servicio se exige el pago de elevados intereses.

-Los distribuidores amenazan con proceder al **corte del suministro** si no se atienden las condiciones contractuales que tratan de imponer. Esta práctica vulnera el derecho que asiste al vendedor de recibir cada producto editorial de forma ininterrumpida y en las cantidades habituales y no se debería realizar sin avisar previamente del motivo en el que se ampara.

-Otro elemento frecuente en estos contratos es la exigencia de que se constituya una **fianza** por los vendedores. En ocasiones, se imponen incluso fianzas en metálico y, cuando se admiten avales bancarios, se estipula que el banco pague ante cualquier recibo presentado al cobro sin mediar previa firma del cliente, generando gran inseguridad jurídica.

-En materia de **condiciones de abastecimiento** se presentan otros problemas adicionales a los mencionados anteriormente.

1º) Así, por ejemplo, los editores producen publicaciones que empaquetan de manera llamativa con **grandes cartones** que, a su vez, contienen atractivos regalos, todo ello de un tamaño cada vez mayor. Al hacerlo los editores no tienen en cuenta el limitado espacio con que cuentan los vendedores.

2º) Un segundo ejemplo se refiere a los **coleccionables**. Los primeros números de estas publicaciones son muy voluminosos y tienen precios muy bajos que dejan escaso beneficio a los vendedores.

A lo anterior cabe añadir que éstos contienen en su interior las hojas de **suscripción** para el envío a domicilio de las mismas, con lo que los vendedores entienden que los editores les obligan a “crear” su propia competencia, al tiempo que obtienen un escaso beneficio por ello.

Las condiciones de la suscripción que se insertan en las publicaciones son más beneficiosas que las que se reconocen a los vendedores, hay casos de hasta un 60% de descuento. Esto hace que el suscriptor adquiera los primeros números en el quiosco y, los posteriores de la colección mediante suscripción, con la consiguiente pérdida de clientela para el punto de venta.

3º) En tercer lugar, cabe mencionar las **ventas promocionales** en las que se oferta a los usuarios, junto con las publicaciones, otro producto gratuito o a precio especialmente reducido, normalmente mediante la presentación de unos cupones. Los vendedores se encuentran con el problema del cómputo de los cupones que no se realiza en su presencia y carece de las suficientes garantías. En el caso de que falte algún cupón, el contrato suele estipular la reclamación del precio de un periódico con la consiguiente pérdida económica para el vendedor.

-Finalmente, mencionar los supuestos en los que las empresas **editoras** efectúan la **distribución** de sus publicaciones **de forma directa**.

También **determinados distribuidores tienen su propia red de locales comerciales o quioscos** que se ven favorecidos con respecto a los demás puntos de venta en cuanto a los horarios de entrega de los periódicos y revistas, periodicidad y gama de publicaciones.

-A pesar de los conflictos que se plantean en el sector, **no existe ningún sistema institucional de resolución de controversias** y la vía judicial es larga y costosa para los vendedores.

Por todo ello, consideran que existe una situación de desequilibrio entre las partes en el contrato que hace **necesaria una regulación externa** para evitar las situaciones de abuso de la posición de dominio que ostentan los distribuidores,

abriendo a la competencia las fuentes de suministro de los puntos de venta y acabando con la dependencia económica del vendedor respecto del distribuidor.

Los **distribuidores** han sido consultados mediante entrevista con la **Federación de Asociaciones Nacionales de Distribuidores de Ediciones (FANDE)**, la **Unión de Distribuidores Nacionales de Ediciones (UNDE)** y la **Asociación Nacional de Distribuidores de Publicaciones (ANDP)**. Han expuesto su punto de vista sobre la necesidad de dictar una normativa específica que regule las relaciones mercantiles entre los distribuidores y los vendedores de prensa y sobre los principales problemas que se presentan en este sector.

-En lo relativo a la Orden Ministerial de 22 de abril de 1972 los distribuidores coinciden con los vendedores en considerarla derogada, si bien reconocen que aún se viene aplicando, junto con determinadas costumbres históricas, para regular las relaciones contractuales con los puntos de venta. Teniendo en cuenta el principio constitucional de libertad de empresa en el marco de una economía de mercado, no puede estar vigente esta norma preconstitucional de carácter intervencionista y restrictivo.

A diferencia de los vendedores, los distribuidores afirman **que no resulta conveniente introducir una regulación externa en un sector como el de la prensa**, con una casuística tan peculiar. De ahí que los poderes públicos no han considerado necesario ni oportuno intervenir en este ámbito, dejando que las relaciones comerciales se regulen por las normas de derecho privado de acuerdo con el principio de libertad empresarial. Apuestan por la **autorregulación** del sector mediante acuerdo de los sujetos intervinientes, en vez de a través de una regulación impuesta.

Las razones en las que fundan su negativa son varias. La primera de ellas es la peculiaridad del sector de la distribución de ediciones periódicas derivada de la naturaleza fungible del producto con el que se trabaja y de los intereses contrapuestos de los diferentes operadores, lo cual desaconseja adoptar actuaciones externas que podrían desequilibrarlo.

No hay razones de conveniencia social o de orden público que justifiquen la intervención administrativa en este sector, como sería la protección del consumidor final.

En los países de nuestro entorno no existe tampoco una regulación de la actividad de distribución en prensa, limitándose los órganos administrativos a garantizar la libre competencia en el mercado.

Las empresas distribuidoras no están incurriendo en prácticas comerciales incorrectas o abusivas en perjuicio de los vendedores, que pretenden ser la parte débil de la relación. Prueba de ello son la multitud de resoluciones judiciales y administrativas, principalmente del Tribunal de Defensa de la Competencia, que han desestimado las denuncias y reclamaciones contra las empresas distribuidoras.

Concluyen afirmando que la libre iniciativa empresarial no debe ser limitada sin que existan circunstancias que lo justifiquen.

Por otra parte, entienden que la situación actual es la óptima, especialmente tras la creación de una Mesa de Trabajo como órgano informal de consulta y mediación en el sector, en mayo de 2002. Este órgano viene sirviendo de cauce para mediar y proponer soluciones concretas en conflictos puntuales. Los distribuidores solicitan que se refuercen éstos ámbitos de mediación intersectoriales.

-El **carácter verbal** de los contratos en este sector **y la ausencia de negociación individual de las condiciones contractuales** con los vendedores, se justifican por la relación de confianza en que históricamente se basa la distribución de la prensa y publicaciones periódicas a los quioscos y por la igualdad de las condiciones que se estipulan para todos los vendedores que presentan idénticas características.

Las condiciones en las que se desarrolla la relación contractual entre distribuidores y vendedores está determinada por las negociaciones y acuerdos a los que llegan las partes y por la costumbre y práctica local. Es común la tendencia a mantener el status quo por la sensibilidad de las partes implicadas a los cambios unilaterales en las condiciones de la actividad de distribución.

Además, es coherente con la necesidad de ajustar al máximo las previsiones de consumo de una mercancía perecedera, lo que explica que la organización de los aspectos prácticos de la relación mercantil tales como la devolución de los productos invendidos, la cantidad de ejemplares que se suministran o las rutas de reparto, corresponda a los editores y distribuidores.

-Los distribuidores consideran justificado el **régimen de exclusiva** en el que actúan.

En este sector sólo se paga al proveedor respectivo por el producto vendido y al existir derecho a la devolución de los ejemplares no vendidos, la entrega en los diferentes niveles de la cadena: editor a distribuidor nacional, éste al distribuidor local y el local al punto de venta, se efectúa en exclusiva.

La exclusividad va referida a una zona geográfica y a un producto, de manera que sí existen varios distribuidores por zona pero sólo uno por producto.

La distribución exclusiva se justifica porque los productos no son identificables individualmente sino fungibles y sin ella, difícilmente podría determinarse qué distribuidor ha suministrado cada ejemplar a los efectos de su abono y devolución al proveedor correspondiente cuando resulta invendido.

Para lograr la máxima eficiencia del proceso de distribución se hace necesario que haya un solo distribuidor de cada publicación por zona. Esta eficiencia ha de ser entendida en el sentido de llegar de forma homogénea y en cantidades ajustadas a un elevadísimo número de puntos de venta.

La exclusividad garantiza la cobertura total del mercado, aún cuando la distribución a puntos de venta alejados o a pequeñas poblaciones no le sea rentable al distribuidor. La exclusividad se concede a cambio de que el distribuidor garantice esta cobertura total. Si entran varios distribuidores a actuar en una misma zona van a quedar zonas desatendidas y se va a producir una excesiva concentración en otras zonas de fácil acceso. El distribuidor con la exclusividad garantiza que las publicaciones lleguen a todas partes sin verse limitado por motivo de los costes. Así se asegura el abastecimiento de los puntos de venta más alejados y se favorece que todos tengan las mismas publicaciones.

Existe competencia entre los distintos distribuidores. Prueba de ello es que los editores cambian con frecuencia de distribuidor.

Además, los vendedores tienen libertad para contratar a un transportista independiente que acuda a las instalaciones del distribuidor a recoger las publicaciones. Los distribuidores no tienen la exclusiva del reparto.

-Los distribuidores afirman que no se producen **modificaciones unilaterales** del contenido de los contratos. La tendencia de los sujetos intervinientes en este mercado ha sido la de mantener las condiciones contractuales preexistentes y negociar los posibles cambios, ya que una actuación unilateral por parte del distribuidor, dada su posición, podría suponer una conducta abusiva de su posición de dominio contraria a la normativa de defensa de la competencia.

-El **margen comercial o comisión** en cada eslabón de la cadena de comercialización se determina a través de la fijación por el editor con el distribuidor nacional de un descuento global sobre el precio de venta al público sin el IVA. El distribuidor nacional es el que negocia los distintos márgenes con los distribuidores locales y éstos, a su vez, con los vendedores.

Por tanto, el margen global establecido por el editor se descompone en márgenes cedidos a su vez por el distribuidor nacional al local y, por éste último, al punto de venta.

Estos márgenes o retribuciones se determinan tras negociaciones en las que juegan múltiples factores como son: el precio de venta al público, el volumen de ventas, la periodicidad del producto, su tiempo de permanencia en el mercado, el área geográfica y dispersión de la población, los costes de la operación, los servicios logísticos prestados o la devolución.

-El **precio de venta al público** del producto lo establece el editor en portada según sus estudios de mercado, pues al existir el derecho de devolución de las publicaciones no vendidas, es el editor el que corre el riesgo empresarial de la mayor o menor venta. El precio viene impreso en la publicación y los distribuidores no pueden influir en él. Los distribuidores compran íntegra la edición a la empresa editora y la revenden a mayor precio partiendo del precio de venta al público que aparece en portada. Así se van produciendo descuentos en cascada reteniéndose parte del precio en cada eslabón de la cadena de comercialización (editor-mayorista-distribuidor local-punto de venta).

-En cuanto a la existencia de **diferentes condiciones contractuales** en función de los vendedores, los distribuidores aducen que estas diferencias de trato responden a razones históricas fundamentalmente.

Por ejemplo, los vendedores de las CCAA de Madrid y Cataluña históricamente han tenido mejores descuentos que los de otras CCAA y un cambio en estas condiciones expondría a los distribuidores a ser acusados de abuso de posición de dominio.

Además resulta muy difícil establecer criterios generales para todos los puntos de venta debido a que cada provincia tiene su propia peculiaridad territorial en el ámbito de la distribución y, subsumir todas las relaciones del distribuidor con sus vendedores en un mismo marco contractual es muy complicado. Por ejemplo, en determinadas zonas se reciben publicaciones extranjeras que llegan a los puntos de venta a horas diferentes que la prensa nacional.

-Las resoluciones del Tribunal de Defensa de la Competencia han reconocido que ni editores ni distribuidores tienen **la obligación de suministrar** a cualquier vendedor que solicite contratar con ellos. Existen determinados puntos de venta que, bien por su ubicación o debido a otras circunstancias, carecen de mercado y no venderán ningún ejemplar de los que se les suministren o su venta será tan escasa que no genere beneficio económico alguno.

Hay que tener en cuenta que existe un derecho de devolución del producto no vendido que puede generar pérdidas económicas a editores y distribuidores ya que el coste de producción y distribución es elevado, sobre todo el segundo si el punto de venta está muy alejado.

-En cuanto al **suministro de los ejemplares**, la función del distribuidor nacional consiste en asignar las cuotas a cada distribuidor local según el número de ejemplares o tirada que recibe del editor, en función de la zona y de las características del producto. Los distribuidores locales realizan la misma labor respecto de los puntos de venta de la zona que suministran.

En España hay aproximadamente 25.000 puntos de venta y, en ocasiones, la tirada puede ser inferior a este número por lo que algunos puntos de venta se tienen que quedar sin recibir esa publicación.

En relación con el problema del **número de ejemplares** los distribuidores recuerdan que ni ellos ni los vendedores saben cuáles van a ser las publicaciones novedosas que se reciban, sólo los editores conocen los nuevos productos. Esta razón justifica el acuerdo tácito existente en el sector según el cual los distribuidores hacen llegar todas las publicaciones que les encargan los editores y

los vendedores tienen que poner a la venta los productos que les son suministrados.

Los distribuidores no funcionan bajo pedido, el punto de venta desconoce las publicaciones que va a recibir y el número de ejemplares de las mismas, tampoco lo saben los distribuidores locales.

Los distribuidores no pueden negarles el producto a los vendedores pero éstos tienen que comercializar todas las publicaciones que les distribuyan, no pueden negarse a vender las nuevas publicaciones que les lleguen.

Los vendedores tienen el derecho a ser abastecidos pero los editores conservan la facultad de decidir cuantos ejemplares quieren entregar para su venta y de qué manera desean hacerlo.

Han de ser las editoriales y los distribuidores quienes dicten las directrices de la organización, práctica y procedimientos de abastecimiento de los ejemplares a los vendedores, debido a la necesidad de planificar las tiradas de acuerdo con sus previsiones globales.

-En el caso de **devolución de publicaciones no vendidas**, hay que destacar que ésta es inducida por el editor que fija la tirada que ha de ser distribuida para alcanzar los objetivos de ventas.

Este aspecto tiene mucha importancia para los distribuidores nacionales y locales que han de soportar, en algunos supuestos, los costes de almacenamiento, manipulación, embalaje y transporte, no solamente de la parte del producto que se vende, sino también de la que no se vende y es objeto de devolución y sobre la que no percibe beneficio económico alguno.

-En cuanto a la obligación que se impone a las distribuidoras de correr con los **gastos del transporte y reparto** del producto hasta los puntos de venta, siguiendo lo dispuesto en la Orden Ministerial de 1972, los distribuidores entienden que los puntos de venta son los almacenes de las distribuidoras y no los quioscos o locales comerciales y que, en todo caso, esta norma ya no está vigente lo que justifica el cobro por estos servicios logísticos complementarios que, en cada caso o zona, pueden desarrollarse en condiciones diferentes en virtud de los acuerdos existentes o la costumbre.

Respecto a la legalidad del cobro de los portes, el Tribunal de Defensa de la Competencia ha entendido en sus resoluciones que el cobro de los gastos del transporte es una cuestión que no afecta a la competencia y que se cobran a unos y otros vendedores cantidades muy similares que no suponen discriminaciones entre ellos por parte de los distribuidores. La solución al problema se debe encontrar en los acuerdos que alcancen ambas partes.

El Tribunal de Defensa de la Competencia ha entendido que la actividad de transporte a domicilio no es una actividad estricta de distribución sino complementaria por la que se facilita al vendedor la recepción de las publicaciones periódicas y la retirada de los ejemplares no vendidos. Si los distribuidores no realizasen esta función complementaria los vendedores podrían desarrollar la actividad de recogida y devolución del producto por sí mismos o contratarla con un tercero.

El reparto de la prensa es una parte de la actividad de los distribuidores, que no son meros transportistas del producto sino que se encargan de que una edición alcance la mayor difusión posible y que sea apropiada al colectivo al que va dirigida.

No basta con entregar mucho volumen de producto sino que se trata de vender la mayor parte del mismo, por lo que los distribuidores tienen que ajustar las cuotas y saber dónde va a tener más salida cada ejemplar y de qué manera se puede llegar al público elegido.

-En cuanto a la imposición por parte de los distribuidores de la **obligación de domiciliación de los pagos** a los vendedores para poder recibir el suministro de las publicaciones, el Tribunal de Defensa de la Competencia ha considerado que los distribuidores están legitimados para exigir dichos avales por tratarse de contratos estimatorios en los que puede exigirse la periódica liquidación de cuentas.

7. Sector de las bebidas espirituosas

7.1. Relevancia económica del sector

El sector del comercio de bebidas espirituosas en el año 2.006, y a la luz de los datos proporcionados por el INE, Agrupación CNAE-5134, contaba con 8.251 empresas.

Su **valor añadido a precios de mercado** en 2.006 fue de 1.393,6 millones de euros, lo que supone **alrededor de un 1,6% de la contribución al VAB del total del sector comercio**.

El sector ocupa a 45.179 personas, es decir, un 0,3% del total nacional. El empleo, eso sí, es en un 80% de carácter fijo, de los cuales casi otro 80% está integrado por hombres.

El sector bebidas espirituosas representa el 24,16% del consumo de bebidas embotelladas total, por detrás del sector del vino (33,12%) y cerveza (42,72%). Éste muestra una tendencia a la baja del 1% anual.

En 2007 en España bebimos 5.038 millones de litros de refrescos, de los cuales el 55% fueron bebidas de cola, 12% naranja, 6,5% limón y 5% gaseosa. El consumo de bebida light alcanza ya el 25,5% del total del consumo, el 15% son bebidas sin gas, y se perfila ya también un 4% de consumo en bebidas para deportistas.

El descenso del consumo de cerveza ya ronda el 6% este año. En 2.007 el consumo de cerveza per cápita en España fue de 56 litros que no obstante es uno de los más moderados de Europa. El 72% de ellas se bebe en bares, cafeterías o restaurantes. El 15% de la producción es sin-alcohol.

En cuanto al año 2.008, se está dejando notar un descenso evidente del consumo. A la situación económica desfavorable, que incide sobre el precitado descenso, se suma la bajada aparejada en el turismo, que interviene tanto en la ingestión de litros de cerveza y bebidas espirituosas como en el gasto medio por turista dedicado a tal fin.

En lo que a la perspectiva internacional se refiere, según los datos publicados por la feria internacional BRAU-Beviale 2007, celebrada en Nüremberg, aún Estados Unidos es el mayor consumidor con más de 600 l. per cápita al año, seguido de

Europa occidental y Europa oriental, en 2º y 3º puesto respectivamente. Existen, adicionalmente, grandes diferencias entre los consumos registrados en bebidas no alcohólicas para Europa Occidental (247 l. per cápita) y Europa oriental 101 l. per cápita.

Según la consultora británica Canadean, hasta 2012, se pronostica un crecimiento del consumo internacional del 18%, en todo el mundo a excepción de África. La mayor parte de este crecimiento recaerá en las bebidas sin alcohol, y en concreto en el agua embotellada estaremos ante un crecimiento superior al 40%.

Llama especialmente la atención el consumo alemán de zumos de fruta, que supone un tercio del total de Europa Occidental, lo que a su vez la coloca en 2º lugar mundial. El consumo alemán de zumos de fruta per cápita es el más alto de todo el mundo, de manera que, **cuanto más se apeguen los consumidores alemanes al agua saborizada en lugar de al zumo de fruta, más considerables serán las consecuencias, no sólo para los fabricantes de zumos, sino para todo el sector.**

Acerca de la cerveza, China disfruta de un volumen creciente, un 9,8% en 2.006. En Europa occidental, sin embargo, este crecimiento se circunscribe al 1%, y en Europa Oriental al 3,7%, de cuyo tirón es Rusia responsable en un 2,4%, seguida de Polonia y Ucrania.

En España, el consumo de cerveza aumentó un 2,9% en 2.006, sin perjuicio de la tendencia a la baja ya indicada para 2.007 y 2.008 en anteriores líneas.

Por último merece especial atención al desarrollo internacional del segmento de las bebidas energéticas y deportivas, no sólo ya porque en España se han hecho con un 4% del mercado en relativamente poco tiempo, sino porque sigue idéntica trayectoria en Europa Occidental, en concreto han duplicado su consumo en el periodo de 2000 a 2006 de 2l. a 4l. per cápita. Está por ver el desarrollo de la misma en Europa Oriental, donde su crecimiento es aún lento, lo cual no posibilita ofrecer un cálculo comparable. Debemos entonces concluir en este sector, que se está **produciendo un cambio de hábitos en el consumidor, que lleva aparejada el consumo de bebidas deportivas en detrimento de otras bebidas espirituosas.**

7.2. Análisis jurídico de la problemática del sector

En este sector han sido consultados los **productores y distribuidores de bebidas espirituosas y productos derivados** a través de la Federación Española de Bebidas Espirituosas (**FEBE**).

La opinión de FEBE, en representación de sus asociados, es que intentar **unificar** la regulación de toda la distribución a través de una ley común es **incompatible con el respeto a las peculiaridades de cada sector**. Entienden que cada caso debe ser evaluado y determinado de forma independiente, apoyando su opinión en la jurisprudencia existente al respecto, que refleja la **diversidad casuística** en esta materia. Asimismo consideran que ha de tenerse en cuenta la diversidad de canales de distribución existentes y las distintas políticas comerciales que se adoptan en cada uno de ellos. Abogan, en consecuencia, porque las actuaciones potenciales al respecto tengan un carácter sectorial, y siempre se respete la premisa de **libertad de pactos**.

En resumen, el sector de productores y distribuidores de bebidas espirituosas y productos derivados **no considera necesaria la existencia de una ley reguladora de los contratos de distribución** ya que en su sector la materia no plantea problemas, y las posibles controversias que surgen al respecto de la interpretación de estos contratos se resuelven con ayuda de la jurisprudencia existente.

CONCLUSIONES

Una vez analizados los principales problemas que presentan los contratos de distribución comercial en los diferentes sectores consultados, procede hacer una exposición de las cuestiones comunes a resolver en todos los sectores y que, en su caso, podrían ser objeto de regulación. Asimismo, se identificarán algunas peculiaridades contractuales que son específicas de cada sector.

La distribución comercial tiene un papel nada desdeñable en la economía de nuestro país, representa aproximadamente el 27% del PIB, unos 256.500 millones

de euros y está integrada por un tejido empresarial de más de 425.000 empresas, de las cuales más del 90% son de pequeña y mediana dimensión y ocupan a casi cuatro millones de personas.

Por ello, la decisión acerca de elaborar o no una norma específica que discipline los contratos de distribución comercial no es una cuestión baladí sino que, dada su importancia en el tráfico jurídico y económico, es preciso estudiar esta posibilidad con detalle.

El contrato de distribución es un negocio mercantil atípico o innominado que no presenta las mismas características en todos los sectores analizados pero que, en líneas generales, se puede definir como un negocio jurídico de colaboración continua y permanente entre dos personas físicas o jurídicas independientes, cada una de las cuales actúa por su propia cuenta y riesgo y en el que el fabricante o proveedor cede, respecto de los productos de los que es titular, su comercialización, en un determinado territorio geográfico, al distribuidor, quien los compra para revenderlos, obteniendo como remuneración el beneficio de la reventa.

Excepto la figura de la franquicia, que está prevista en la Ley 7/1996, de 15 de enero, de Ordenación del Comercio Minorista, no existe regulación alguna de los diferentes tipos de contratos de distribución. Se rigen por las previsiones contenidas en la legislación civil y mercantil que consagran el principio de la autonomía de la voluntad de la partes y de la libertad de pactos.

La normativa comunitaria que se menciona en este estudio, junto con la legislación nacional sobre defensa de la competencia y competencia desleal, se ocupan de regular los aspectos competenciales y de garantizar la libre competencia en el mercado, pero no entran a regular cuestiones sustantivas referentes al contenido de estos contratos ni a las relaciones comerciales entre las partes.

A pesar de que, en ocasiones, se ha entendido aplicable la Ley 12/1992, de 27 de mayo, sobre Contrato de Agencia, lo cierto es que los distribuidores no presentan las características propias de un agente o comisionista sino que son empresarios independientes que entablan relaciones comerciales que deberían desarrollarse en condiciones de igualdad con sus proveedores.

En los sectores analizados los **contratos de distribución comercial** presentan una serie de **características o problemas comunes** que han de ser tenidos en cuenta a los efectos de su posible regulación mediante una disposición legal:

- En primer lugar, se trata de **contratos de adhesión** en los que la parte que se encuentra en una posición más fuerte en el mercado impone unilateralmente las cláusulas contractuales. El contrato se redacta por el proveedor y es idéntico para todos sus distribuidores, los cuales se limitan a firmarlo sin que exista posibilidad de negociación individual del mismo.
- La mayoría de estos contratos se basan en una **relación de confianza** entre las partes y muchas veces ni siquiera se formalizan por escrito.
- Es muy frecuente que los proveedores **modifiquen unilateralmente el contrato** de distribución comercial **sin preaviso y sin justificación**. Cuando la modificación afecta a los estándares de calidad o a los objetivos comerciales el principal problema radica en que no se da a los distribuidores períodos de adaptación suficientes o no se les otorga período alguno. Las modificaciones unilaterales también vienen afectando al precio del contrato.
- Los distribuidores se ven obligados a aceptar **condiciones contractuales** que pueden ser consideradas **abusivas** en determinadas circunstancias y **que van a limitar la independencia empresarial** para definir su propia estrategia comercial. Así, los proveedores imponen objetivos de ventas, fijan los precios de venta al público de los productos y los márgenes de ganancia, determinan los estándares de calidad material y personal a que tienen que ajustarse sus distribuidores, etc.
- El contenido de estos contratos conduce al **control del negocio del distribuidor** por su fabricante o proveedor, mermando su libertad empresarial. Este control se articula a través de diversos medios:
 - o Exigir la previa conformidad de la parte más fuerte (proveedor) respecto del cambio de administradores o de gerentes o respecto de la modificación de capital social o cesión del negocio;
 - o Imponer al distribuidor la política de ventas y de precios que se estime oportuna;

- o Controlar al distribuidor mediante el acceso a los sistemas informáticos y registros de este último y, por ende, a toda la información que maneja: los datos de sus clientes, los datos comerciales, los nombres y responsabilidades de las fuerzas comerciales, etc. A menudo estos sistemas y registros le son impuestos al distribuidor por el proveedor bajo la amenaza de privarle de beneficios comerciales, privación que le situaría en situación de desventaja competitiva;
 - o Exigir directamente al distribuidor la información que le interesa al fabricante o proveedor, o la revisión de diversos documentos, facturas y cuentas de su negocio.
- A veces el proveedor provoca un **trato discriminatorio** entre sus distribuidores, atendiendo a criterios no objetivos. Este trato distinto privilegia a algunos distribuidores a los que se otorga condiciones preferentes de suministro.
- En varios sectores se presenta el problema de **la dilación de los plazos de pago**. El amplio diferencial entre pago a proveedores y cobro de los clientes se traduce en que el distribuidor ha de financiar la adquisición de la empresa-cliente.
- Otra práctica común a todos los contratos de distribución es la previsión de que el fabricante o proveedor efectúe **ventas directas** al consumidor final de aquellos productos que suministra al distribuidor, compitiendo con él de forma desleal. De este modo, el proveedor entra en competencia con sus propios distribuidores ofertando la mercancía a precio inferior y en mejores condiciones que éstos.
- En cuanto a la extinción de los contratos de distribución, es común que se contemplen **causas de resolución unilateral** de los mismos a favor del proveedor, sin posibilitar que el distribuidor de por extinguido el contrato en caso de incumplimiento por el proveedor de sus obligaciones principales.
- Los contratos suelen tener una **duración determinada** y cuando finalizan, el distribuidor sufre los costes económicos que conlleva la pérdida de la

clientela o fondo de comercio que había logrado y de las inversiones en medios materiales y personales que no se hayan amortizado llegado ese momento. En los contratos no se contempla **indemnización** alguna a favor del distribuidor por el **fondo de comercio** ni por las **inversiones no amortizadas**, de ambas cosas pasa a lucrarse el proveedor sin coste económico alguno para el mismo.

- Finalmente, señalar que no suele contemplarse en los contratos un **medio de resolución extrajudicial de las controversias** que puedan surgir en su devenir, como serían la mediación o el arbitraje. De esta forma se puede eludir el coste económico y de tiempo que supone acudir a los tribunales.

De lo expuesto resulta que, **en el caso de aprobarse una normativa específica sobre los contratos de distribución, sería conveniente que abordase la regulación de estas cuestiones comunes garantizando:**

- la posición de igualdad de las partes a la hora de negociar las condiciones contractuales.
- la formalización del contrato por escrito,
- la existencia de una fase precontractual en la que se informase al distribuidor de sus derechos y obligaciones antes de integrarse en la red comercial.
- el respeto a la voluntad de las partes a la hora de negociar una modificación de las condiciones contractuales inicialmente pactadas.
- la limitación de la posibilidad de efectuar ventas directas por el proveedor o fabricante y la prohibición de efectuarlas a un precio inferior que su distribuidor.
- la necesidad de preavisar con un plazo razonable la resolución unilateral del contrato y de indemnizar por conceptos como el fondo de comercio.

A pesar de que la mayoría de los problemas que surgen en los diferentes sectores analizados en torno a los contratos de distribución comercial son comunes, existen una serie de **peculiaridades en cada sector** que van a dificultar enormemente su tratamiento jurídico en una misma disposición legal.

-En el **sector de la automoción** no puede afirmarse que exista una regulación suficiente de los contratos de distribución. Tanto el Reglamento comunitario de exención genérico, como el Reglamento 1400/2002, previsto para el sector de los vehículos a motor, sólo inciden tangencialmente en el régimen contractual pues tienen por objeto regular aspectos competenciales, no la relación contractual proveedor-distribuidor. Además, el Reglamento 2790/99 únicamente estará vigente hasta el 31 de mayo de 2010.

Esta normativa comunitaria, al igual que la legislación nacional sobre defensa de la competencia y competencia desleal, no regula el contenido del contrato de distribución comercial en este sector ni afecta a los derechos y obligaciones de las partes.

Estos contratos deberían celebrarse con una duración indefinida dada la estabilidad y continuidad en el tiempo de las relaciones comerciales entre las partes. No tiene sentido que cada vez que se extingue el contrato se entienda que comienza una nueva relación comercial con el mismo distribuidor sin reconocimiento de los derechos adquiridos respecto a su fondo de comercio.

Asimismo, la cláusula por la que se establece un derecho de adquisición preferente por el fabricante en caso de cese o venta del negocio, unido a la de necesidad de previo consentimiento por el mismo de ese cese, resultan excesivamente garantistas de los derechos del proveedor y constriñen la libertad empresarial del distribuidor.

-Sector que opera en el tráfico a través del contrato de franquicia.

La primera peculiaridad de este sector es que el contrato de franquicia está previsto en la Ley de Ordenación del Comercio Minorista que se limita a definirlo y a prever la existencia del Registro de Franquiciadores. Sin embargo, esta regulación no se considera suficiente para disciplinar las relaciones comerciales entre franquiciador y franquiciado.

Las franquicias presentan todos los problemas típicos de los contratos de distribución pero tienen unas especificidades derivadas de la peculiar relación que se establece entre las partes contractuales que exigen ser muy cuidadosos en caso de aprobar una norma para no destruir la versatilidad que ha caracterizado a estos contratos y los ha permitido adaptarse a los cambios del mercado creando un formato empresarial de gran éxito y expansión en nuestros días.

Si bien hay que tener en cuenta que la franquicia supone para el franquiciado un sistema de expansión a través del capital de terceros, dicha expansión y posicionamiento en el mercado conlleva una barrera de entrada en el sector correspondiente a otros competidores del franquiciador gracias al esfuerzo del franquiciado.

Por esto, sería razonable establecer una indemnización a favor del franquiciado por el fondo de comercio en determinados casos de terminación del contrato.

No obstante, no puede olvidarse que el contrato de franquicia se celebra entre empresarios independientes por lo que no sería conveniente trasladar el riesgo del negocio del franquiciado al franquiciador, haciéndole responsable de los resultados del mismo. Ambas partes tienen que asumir el riesgo empresarial que a cada una corresponda.

Las obligaciones impuestas al franquiciado relativas al buen uso de la marca del franquiciador se consideran necesarias en un contrato de colaboración entre empresarios independientes.

Cuestión importante sería aclarar en una posible regulación la obligación de especificar en el contrato el destino de las cantidades que el franquiciado tiene que aportar al franquiciador para evitar que se entregue dinero sin obtener contraprestación alguna y que se destine a fines propios del negocio del franquiciador. Toda aportación del franquiciado debe responder a la compensación por una prestación que reciba del franquiciador porque de lo contrario se rompería el carácter sinalagmático de la obligación.

-Sector de la construcción

Los contratos de distribución en este sector requerirían que se regulasen ciertas condiciones como obligatorias en el contrato para evitar los posibles abusos contractuales de la parte comercial más fuerte en lo relativo a: la posibilidad de efectuar ventas directas por el proveedor y a la compensación por el fondo de comercio cuando se producen integraciones verticales de fabricantes.

Sería conveniente que se obligase a su formalización por escrito y que se limitase o condicionase la posibilidad de efectuar ventas directas de sus productos por el fabricante a los supuestos de stock y sin competir con sus proveedores mediante un precio inferior al que, por necesidades del mercado, éstos se ven obligados a ofertar el material del fabricante. Si el proveedor vende el producto más barato que sus distribuidores, realiza una competencia desleal a los integrantes de su red comercial.

-Sector de las estaciones de servicio

Los contratos de distribución en el sector de las estaciones de servicio presentan como problemática específica la relativa a su naturaleza jurídica y a la determinación de los precios en el contrato de forma unilateral por una de las partes.

Se trata de contratos atípicos celebrados entre empresas en los que la práctica comercial revela que los titulares de estaciones de servicio no actúan como meros agentes o comisionistas, sino que asumen el riesgo empresarial de revender los productos petrolíferos que adquieren. Dadas las obligaciones que asumen las partes, tampoco puede calificarse como una compraventa. Convendría en el caso de que se efectuase una regulación definir o aclarar la naturaleza jurídica de este tipo de contratos para evitar la confusión que existe en el tráfico jurídico al respecto.

Se plantea la cuestión de la indeterminación del precio en el contrato que se fija por el proveedor en base a criterios como el precio de venta al público

de los competidores de la zona. Esto puede resultar contrario a la obligación que impone la legislación civil de que el precio del contrato ha de ser cierto y determinado.

La fijación del precio de venta al público por la petrolera pudiera justificarse en que es la que asume el riesgo de oscilación de los precios en el mercado causado por las diferentes vicisitudes comerciales, garantizando una comisión mínima a las estaciones de servicio, paga los impuestos especiales y realiza el transporte de la mercancía a los puntos de venta.

Sin embargo, en un mercado libre y en una relación mercantil entre empresarios independientes se recomienda que la regulación que, si procede, se elabore garantice que la petrolera y el distribuidor acuerdan libremente el precio del producto que suministra la primera teniendo en cuenta sus gastos, amortizaciones y beneficio.

De este modo, sería posible en este mercado la competencia entre empresarios independientes que podrían efectuar descuentos reales a sus clientes sobre el precio recomendado.

No obstante, los problemas de competencia que esta fijación de precios pueda originar en el mercado pueden solventarse mediante la legislación comunitaria y nacional vigente sobre defensa de la competencia.

-Sector de las tecnologías de la información

En estos contratos el dueño de los productos es el fabricante y por este motivo debe tener cierto poder de decisión sobre las políticas de ventas y los precios, pero esto no puede conducir a una imposición unilateral de las mismas al distribuidor que merme su condición de empresario independiente.

En cuanto al problema del acceso a datos de la clientela del distribuidor por el proveedor, la solución puede venir dada a través de la legislación sobre protección de datos que exige el consentimiento de los clientes para el uso de sus datos personales con fines distintos de aquellos para los que inicialmente se facilitaron.

Otro problema específico de este sector es la desprotección del capital intelectual del distribuidor que se produce cuando, antes de rentabilizar la inversión que realiza en la formación de su personal, el mismo es captado por otros distribuidores o por el propio proveedor.

La responsabilidad del distribuidor por el segundo año de garantía del producto que no asume el fabricante y resulta de la Ley 23/2003, de 10 de julio, de Garantías en la Venta de Bienes de Consumo, le coloca en una posición de desventaja competitiva pero, lo cierto es que la responsabilidad directa del fabricante no se exige en la Directiva 1999/44/CE que es transpuesta por la citada Ley 23/2003.

-Sector de la prensa y publicaciones periódicas

La peculiaridad de este sector radica en la intervención de tres sujetos en la cadena de distribución: editor, distribuidor (nacional y local) y punto de venta.

Si bien la principal norma reguladora del sector, la Orden de 22 de abril de 1972 del Ministerio de Trabajo, ha de entenderse derogada, sus principios continúan siendo aplicados por los operadores del sector, aunque sujetos a interpretaciones encontradas que sirven a intereses contrapuestos. Estos conflictos interpretativos generan gran inseguridad jurídica y dan pie, en muchas ocasiones, a comportamientos abusivos por editores y distribuidores.

Por otra parte, los conflictos interpretativos ya señalados no están siendo resueltos con la celeridad deseable por jueces y tribunales con lo que se está creando una situación de indefensión jurídica de los vendedores.

Otra cuestión que se plantea de forma específica en este sector es la relativa al hecho de que los distribuidores operen en exclusiva por ámbitos geográficos locales, lo que supone una falta de alternativa de suministro para los vendedores que los sitúa en una situación de dependencia. Si se abriera a la competencia el mercado de la oferta de publicaciones al punto de venta, éste tendría varios distribuidores para elegir a la hora de

suministrarle una publicación y se pondría fin a ese abuso de posición dominante que se produce en numerosas ocasiones.

Es problema especialmente acusado en este sector la ausencia de formalización escrita de los contratos lo que facilita la imposición y modificación unilateral de las condiciones contractuales por la parte que se encuentra en una posición de mayor fortaleza a la hora de negociar: editores y distribuidores. Por ello, la regulación que se elaborase debería exigir contratos escritos entre las partes que permitiesen un seguimiento en el cumplimiento de las condiciones pactadas.

En cuanto al problema de la financiación de la publicación por el vendedor y la imposición de publicaciones y número de ejemplares, si se permitiese al punto de venta decidir si quiere recibir una determinada publicación y el número de ejemplares de la misma tendría sentido el previo pago de la mercancía. Una vez que no resulta así, es más adecuado para un correcto equilibrio contractual que el abono de las publicaciones se realice por el vendedor al distribuidor una vez hecha la devolución de los ejemplares no vendidos, pagando de este modo únicamente aquellos que haya conseguido vender puesto que las publicaciones se le imponen sin elección.

La práctica de este sector por la que las distribuidoras suministran productos editoriales sin contar con la voluntad del vendedor y no permitiendo su devolución inmediata ni darse de baja en determinadas publicaciones, limita las opciones del punto de venta a la hora de decidir su estrategia empresarial. Las condiciones contractuales establecidas por el distribuidor deben ser aceptadas por ambas partes y sólo pueden formar parte del contrato sobre la base de la voluntad de los contratantes, aún en el caso de que una parte se limite a manifestar su adhesión a las mismas.

No obstante, son los editores quienes determinan a los distribuidores la tirada y éstos tienen la obligación de repartir los ejemplares según el criterio y la estrategia de mercado de los editores.

Por otro lado, los contratos estimatorios que se celebran en ocasiones establecen plazos para la devolución de las publicaciones no vendidas por los quioscos que resultan insuficientes.

- Sector de las bebidas espirituosas:

El sector de los productores y distribuidores de bebidas espirituosas considera muy difícil regular la materia de los contratos de distribución comercial sin que ello implique un perjuicio para la libertad de pactos y esencialmente por tres motivos:

- o Enorme diversidad casuística
- o Existencia de distintos canales de distribución (horeca, cash & carry...)
- o Adopción de distintas políticas comerciales en cada caso

Por ello, no son partidarios de una eventual ley reguladora de la materia, sino, en todo caso, de la adopción de medidas de carácter sectorial.

Reflexiones finales:

Todas las cuestiones que se plantean, tanto de forma común como específica, en relación a los contratos de distribución comercial merecen recibir una solución acorde con la voluntad de las partes implicadas y las necesidades del mercado.

La ausencia de una norma específica que de forma clara defina y determine las relaciones entre los diferentes agentes que intervienen en las relaciones comerciales de distribución puede conducir a posibles abusos por parte de quien se encuentra en una posición más fuerte a la hora de negociar el contrato.

No obstante, debe recordarse que la posición dominante de una parte contractual no se castiga en nuestro ordenamiento jurídico, lo que se prohíbe es el abuso de la misma.

Si se trata de contratos entre empresarios independientes, no se puede hacer responsable a uno de ellos del éxito del negocio del otro bajo pretexto de proteger a la parte más débil. Ambos tienen que asumir el riesgo del fracaso empresarial de sus respectivas actividades. No se puede buscar una regulación tan protectora de una de las partes que desvirtúe las consecuencias que deben asumirse cuando se pone en marcha un negocio.

Cierto es que en el modelo de distribución integrada actual se producen situaciones de fuerte desequilibrio entre los operadores, las cuales dificultan la construcción de un mercado moderno y competitivo.

Además, es en el ámbito de las pequeñas y medianas empresas donde esta realidad produce su impacto más negativo afectando a su continuidad y supervivencia.

La inexistencia de una regulación específica aplicable a los contratos de distribución puede aconsejar la aprobación de una disposición con rango de ley pero, en todo caso, debe ser una **norma de mínimos** y con **carácter horizontal** que contemple las condiciones básicas que deben reunir todos los contratos de distribución, permitiendo las especificidades propias de cada sector y la evolución jurídica de esta figura de acuerdo con las necesidades del mercado.

La normativa que se aprobase debería ser adecuada para potenciar la autonomía e independencia empresarial e impulsar la seguridad jurídica necesaria en las relaciones entre proveedores y distribuidores, consolidando un mercado de distribución con garantías jurídicas, abierto, competitivo y sin restricciones innecesarias.

A la hora de regular los contratos de distribución hay que tener en cuenta las exigencias derivadas de una economía de mercado como la nuestra en la que rige el principio de libertad de empresa.

Asimismo, es preciso recordar que debe respetarse la libertad de contratación entendida en el sentido de libertad para decidir si se desea contratar con una empresa o no, y la libertad de pacto por la que los sujetos que concurren en el mercado pueden decidir cuáles son las condiciones a aplicar en las relaciones que mantienen.

La regulación que se introduzca no puede imposibilitar a las partes para alcanzar los pactos o acuerdos necesarios y convenientes a fin de que sus relaciones comerciales se adapten a las nuevas exigencias del mercado.

Ello porque el exceso de regulación puede encorsetar un sector económico y, en vez de crear la seguridad jurídica buscada, puede disminuir o dificultar la

flexibilidad que los mercados deben tener para poder crecer, adaptarse a las nuevas circunstancias y desarrollarse de manera sostenible.

Finalmente, señalar que la solución a los problemas que se plantean en el ámbito de los contratos de distribución comercial no pasa necesariamente por la aprobación de una norma ad hoc, existen otros cauces posibles.

Otra posibilidad pasa por la modificación del Código de Comercio en lo relativo a la contratación mercantil, de forma que se incluyera entre las disposiciones generales sobre contratos de comercio una referencia los deberes precontractuales, la interpretación de los contratos, su extinción, consecuencias de su incumplimiento, etc.

El respeto al principio de autonomía de la voluntad de las partes y las particularidades que presenta cada sector, también pueden hacer aconsejable recurrir a otros mecanismos como la **autorregulación** o los **códigos de conducta** por los que los propios agentes afectados acuerden unas pautas de conducta que se autoimponen y que pueden llegar a ser más efectivas que una ley.

Otra posibilidad es la creación de un **organismo de arbitraje institucional** integrado tanto por la Administración Pública como por los agentes económicos que conforman el sector, que sirviese para solventar las controversias que se generan en este tipo de relaciones contractuales y evitase los contenciosos.

En todo caso, puede aprobarse una ley que regule los aspectos esenciales aplicables, con carácter general, a todos los contratos de distribución y que se complete con los códigos de conducta que se elaboren en cada sector para la autorregulación de aquellos aspectos específicos de los mismos que no sea conveniente ni oportuno recoger en una norma jurídica.