

GARRIGUES

¿Cómo implantar una red empresarial sin establecerse en el exterior?

7 de noviembre de 2012

Tlf.: 965 98 22 01

Ramón Jareño Moreno

ramón.jareno@garrigues.com

 GARRIGUES

Índice

- Introducción.
- Contrato de Distribución.
- Contrato de Agencia.
- Aplicación analógica de la Ley del Contrato de Agencia a los contratos de distribución.
- Contrato de Franquicia.
- Legislación aplicable en el ámbito internacional.
- Jurisdicción competente en el ámbito internacional.



Introducción

■ Implantación en el exterior sin establecimiento vs. Implantación directa.

■ La implantación directa implica lo siguiente:

- Realización de inversión relevante (instalaciones, licencias, empleados, etc.)
- Necesario conocimiento previo del mercado en el territorio. Generalmente supone un segundo paso tras un éxito en la implantación sin establecimiento.
- Posible necesidad de contar con socios locales.
- Adaptación al marco legal (constitución, contratación, etc.) y social (trabajadores, proveedores, clientes, prestadores de servicios) del territorio.
- Análisis de las distintas opciones de destino/aplicación de los beneficios obtenidos.

■ Por su parte, la implantación sin establecimiento:

- Requiere de una mínima inversión (publicidad principalmente), que puede ser repercutida al agente/distribuidor.
- Reduce los gastos y riesgos a asumir y permite una “retirada” relativamente rápida.
- Utiliza el conocimiento del mercado y la experiencia en el territorio que posee el agente/distribuidor.
- La actividad del Principal se realiza desde sus propias instalaciones en España (marco legal y social conocidos, beneficio generado en España), sin perjuicio de la posibilidad de aplicación de legislación extranjera a la relación contractual.
- Puede suponer un primer acercamiento a otros mercados.

El Contrato de Distribución (i)

■ Introducción

■ Definición (fabricante vs. Distribuidor):

“Son aquellos contratos suscritos entre dos empresarios independientes, destinados a la comercialización por el distribuidor, en nombre y por cuenta propia, de los productos del productor o proveedor.

A través de estas técnicas, el productor o proveedor no mantiene la relación directa con el consumidor y propicia la entrada de sus productos en el mercado a través de un intermediario que se encarga de comercializarlos”.

“Por el contrato de distribución, un profesional o empresario independiente (el “Distribuidor”) pone su estructura y red comercial a disposición de otro empresario normalmente un fabricante o un mayorista (el “Fabricante”), para distribuir, durante un plazo de tiempo determinado o indefinido, en un territorio específico, y bajo cierto control y supervisión de aquél, los productos de los que éste le provee, garantizándole, en determinadas condiciones, la exclusividad para revenderlos”.

■ Características:

- Distribuidor obra en nombre y por cuenta propia, asumiendo los riesgos de la empresa.
- Distribuidor compra en firme y revende los productos, obteniendo así su beneficio por la diferencia del precio de compra y el de reventa.
- Su función económica es la de favorecer la comercialización del producto mediante la creación de estructuras económicas integradas y duraderas (canal de distribución), dentro de la cual actuarán con independencia pero sometidos a unos mismos criterios.

El Contrato de Distribución (ii)

■ Finalidad Económica:

- El principal planifica y se asegura, a medio o largo plazo, una distribución estable de sus productos.
- El distribuidor recibe, repetida y continuamente, un flujo de productos de modo suficiente para garantizar sus necesidades o las de sus clientes.
- Reparto de los riesgos comerciales: Principal trata con distribuidor y éste con clientes.

■ Legislación aplicable:

- Inexistencia de legislación específica.
- Aplicabilidad de normas de compraventa mercantil de bienes: Código de Comercio y Código Civil.
- En particular, el **saneamiento**: El vendedor está obligado al saneamiento a favor del comprador (art. 345 C.Com. Y art. 1461 C.Civ.).
 - Vicios externos o aparentes (art. 336 CCom.): 4 días desde recepción para examinar mercancías y repetir contra el vendedor, por defecto en cantidad o calidad.
 - Vicios ocultos o no aparentes (art. 342 CCom.) Plazo de caducidad de 30 días desde recepción para su reclamación: pérdida de acción.
 - Adicionalmente, el comprador conserva la acción para reclamar al vendedor:
 - vicios aparentes: exigir cumplimiento o resolver (1124 Cc.)
 - vicios ocultos: 1485, 1486, 1490 Cc.: 6 meses desde entrega.

El Contrato de Distribución (iii)

- **Forma:** Inexistencia de forma obligatoria. Posibilidad de compeler a la otra parte a la formalización escrita.
- **Aspectos que deben ser considerados en la redacción de un contrato de distribución:**
 - **Objeto del contrato:** la delimitación de los bienes objeto de distribución (normalmente referencia a anexos técnicos). En su caso, entrega de catálogos y muestrarios. Posibilidad de ampliar o reducir el objeto.
 - **Exclusividad (unilateral/recíproca):**
 - Determinación de las condiciones de la exclusividad. El concepto de venta pasiva.
 - Posibilidad para el principal de efectuar ventas en el territorio de exclusiva.
 - Delimitación del territorio de aplicación de la exclusividad.
 - Ventas online.
 - **Volúmenes mínimos / máximos de producto:**
 - Determinación de compromisos de compra y/o venta de determinado volumen de productos durante el periodo de distribución.
 - Consecuencias del incumplimiento de los compromisos de volúmenes (indemnizaciones que cubran el perjuicio del incumplimiento/resolución)
 - Pacto de mantenimiento de stocks mínimos.

El Contrato de Distribución (iv)

- Aspectos que deben ser considerados en la redacción de un contrato de distribución (II):
 - Duración:
 - Determinada en función de un plazo de tiempo / referida al suministro de un volumen determinado de productos.
 - En caso de duración indeterminada, conveniencia de establecer un plazo de preaviso razonable (orientativo contrato agencia).
 - Precio. Forma de pago:
 - Fijación de un precio unitario por unidad de volumen.
 - Fijación de precio por tramos (a mayor volumen, menor precio) / aplicación de *rappels*
 - Determinación de la forma y condiciones de pago:
 - Tiempo: Liquidaciones mensuales, a un plazo desde la recepción de cada pedido, etc
 - Forma: Documentos cambiarios, transferencias, créditos documentarios
 - Garantías: Emisión de avales, retención mercancía.
 - Fijación de precios al distribuidor: Recomendación; nunca imposición. Ámbito europeo: prohibición de fijación de precios de reventa mínimos o fijos.
 - La Liquidación de otras obligaciones pecuniarias (si se fijaron indemnizaciones por no alcanzar volúmenes pactados o por cualquier otro incumplimiento).

El Contrato de Distribución (v)

- **Aspectos que deben ser considerados en la redacción de un contrato de distribución (III):**
 - **Pedido:**
 - Forma y plazos de formulación de pedidos
 - Confirmación de pedidos: tácita o expresa.
 - **Entrega:**
 - Plazos de entrega
 - Lugar de entrega (Incoterms, o simplemente delimitación clara de quién corre con los gastos del transporte y desde cuando se trasladan los riesgos/costes seguros)
 - Consecuencias de la mora del acreedor (coste de almacenaje, por ejemplo)
 - Plazos de reclamación de vicios aparentes / vicios ocultos. Posibilidad ampliación, no reducción.
 - **Protección de la imagen y de la marca del principal:**
 - Regulación y delimitación de los aspectos relativos a los derechos de propiedad industrial (licencias, reconocimientos de titularidad, compromiso de no solicitar derechos análogos....)
 - Establecimiento de unos determinados requisitos para poder ser distribuidor (calidad, conocimientos técnicos, atención al cliente, servicios técnicos...).

El Contrato de Distribución (vi)

- **Aspectos que deben ser considerados en la redacción de un contrato de distribución (IV):**
 - **Indemnizaciones por clientela y compensación de inversiones realizadas:**
 - Inclusión / Exclusión (¿es posible?). En su caso, reglas para su cómputo.
 - La posición jurisprudencial. Analogía con agencia vs. Contrato atípico independiente.
 - Referencia al Proyecto de Ley de contratos de distribución (junio 2011).
 - **Pacto de no competencia postcontractual:**
 - Ámbito europeo: Un año máximo desde la terminación del contrato (Reglamento 330/2010).
 - **Regulación de los términos en los que se producirá la extinción de la distribución:**
 - Liquidación de derechos económicos (precios, indemnizaciones pactadas, etc.)
 - Pactos de no mantener la utilización de las marcas y derechos de propiedad industrial
 - ¿Qué ocurre con las mercancías no vendidas por el distribuidor?
 - Devolución de catálogos, muestrarios, etc.
 - Pacto de no competencia durante un plazo determinado de tiempo tras la extinción del contrato.

El Contrato de Distribución (vii)

- **Aspectos que deben ser considerados en la redacción de un contrato de distribución (V):**
 - **Confidencialidad.**
 - **Gastos:**
 - En principio, como empresarios independientes, cada uno asume los propios.
 - No obstante, en ocasiones, se pactan previsiones en contrario como para el caso de que se estime oportuno compartir los gastos de publicidad y marketing (o al menos, que el distribuidor satisfaga una cuota de los mismos, o asuma unos compromisos de publicidad local).
 - **Otros:**
 - Delimitación del mercado al que puede dirigirse el distribuidor (no sólo territorialmente sino también objetivamente – prohibición de vender a otros distribuidores que no cumplan los requisitos de la distribución selectiva, por ejemplo-).
 - Servicios de asistencia postventa a prestar por el Distribuidor.
 - **Ley aplicable. Jurisdicción.**

El Contrato de Agencia (i)

- **Concepto:** Por el contrato de agencia una persona física o jurídica (Agente) se obliga frente a otra (Principal), de forma continuada o estable a cambio de una remuneración, a:
 - Promover actos u operaciones de comercio por cuenta ajena, o
 - Promover actos u operaciones de comercio y concluirlos por cuenta y en nombre ajenos, como intermediario independiente sin asumir, salvo pacto en contrario, el riesgo y ventura de las operaciones.
- **Legislación de aplicación (prelación de fuentes):**
 - Ley 12/1992, de 27 de mayo, de régimen jurídico del contrato de agencia (LCA). Carácter imperativo.
 - Supletoriamente:
 - Código de Comercio
 - Código Civil
 - Directiva 86/653/CEE del Consejo, de 18 de diciembre de 1986, relativa a la coordinación de los derechos de los Estados Miembros en lo referente a los agentes comerciales independientes.

El Contrato de Agencia (ii)

■ Características del agente:

■ Empresario independiente

- Organiza su actividad profesional y el tiempo dedicado a la misma según sus propios criterios.
- Utiliza sus propios medios empresariales.

■ Actúa en nombre y por cuenta ajena

- Realiza la actividad para otro empresario, ya sea persona física o jurídica (Principal).
- Promueve actos y operaciones de comercio de forma duradera o estable (actividad comercial, industrial y de servicios) (\neq comisionista).

■ Promueve o promueve y concluye

- Promueve la conclusión de contratos.
- Cuando está autorizado expresamente, concluye los contratos que promueve en nombre del Principal (menos frecuente).
- Debe influir en la voluntad del tercero y no sólo indicar la posibilidad de concluirlos.

■ Riesgo y ventura

- El Agente puede asumir el riesgo y ventura de las operaciones en que interviene.
- No es habitual, pero en caso de pactarse, debe remunerarse.

El Contrato de Agencia (iii)

■ La agencia exclusiva

- El principal asigna al Agente una zona geográfica o un grupo de clientes, con carácter exclusivo, para el desarrollo de su actividad.
- El principal lesiona el derecho de exclusiva si:
 - Nombra a otro agente para la misma zona, o
 - Realiza actividades de promoción en dicha zona personalmente o por medio de auxiliares o dependientes (p. ej. Distribuidores).
- El Agente exclusivo tiene derecho a la remuneración sobre todos los contratos celebrados en su zona o grupo de exclusividad, con independencia de quién haya promovido o concluido la operación.
- Exclusividad exigida al Agente (pacto de no competencia): Prohibición de representar a otras empresas comercializadoras de los productos cuya venta promueve.



El Contrato de Agencia (iv)

■ El agente de varios principales

- El Agente puede desarrollar su actividad por cuenta de Principales distintos. Excepciones:
 - Para la promoción de bienes o servicios de igual o análoga naturaleza y concurrentes o competitivos con aquellos que ya estaba obligado a promocionar para un Principal, el Agente necesitará consentimiento expreso de éste.
 - Prohibición pactada por Agente y Principal en el contrato de agencia, sin que ello comporte la pérdida de independencia de organización por parte del Agente. Riesgo laboralidad.

■ Agente principal vs subagente:

- El Agente debe desarrollar su actividad por sí mismo, o por medio de sus dependientes, salvo que el Principal haya autorizado expresamente la subcontratación a un subagente. La Directiva no menciona la figura. En otros países se permite, salvo pacto en contrario.
- Cuando el Agente haya designado al subagente, responderá de su gestión frente al Principal.
- Características del Subagente:
 - Relación contractual con el Agente, pero **dependiente** de la relación contractual entre Principal y Agente.
 - Actúa en interés del Agente y del Principal.
 - Sólo puede reclamar sus comisiones contra el Agente.

El Contrato de Agencia (v)

- **Forma:** Inexistencia de forma obligatoria. Posibilidad de compeler a la otra parte a la formalización escrita.
- **Obligaciones del Agente:**
 - Ser diligente en la promoción de actos de comercio (aunque ello no implica que deba ser exitoso, simplemente obligación de medios. Referencia a pacto de cumplimiento de objetivos).
 - Informar al principal (en particular, en relación con la solvencia de los clientes).
 - Seguir instrucciones del principal (siempre que no afecten a su independencia).
 - Recibir reclamaciones de clientes en nombre del empresario.
 - Contabilidad independiente para cada empresario por el que actúen.
 - Recibir pagos de los clientes (poco habitual).
- **Obligaciones del Empresario:**
 - Facilitar documentación comercial.
 - Mantener informado al agente (en particular, si lo prevé, del descenso de actos u operaciones) (buena fe contractual).
 - Satisfacer la remuneración.
- **Modificación del contrato:**
 - Mutuo acuerdo.
 - Tribunal Supremo: Modificaciones unilaterales del Principal válidas si benefician a Agente.

El Contrato de Agencia (vi)

- **Ratificación (expresa o tácita) del principal:** El principal dispone de un plazo de 15 días para confirmar la operación promovida por el agente. Además debe comunicar a éste, tan pronto como sea posible, la ejecución (o su ausencia) total o parcial de la operación.
- **La remuneración del agente (I):**
 - Sistemas de remuneración: comisión fija (riesgo laboralidad), variable o mixta.
 - Comisión por actos u operaciones concluidos durante la vigencia del contrato:
 - Conclusión imputable al agente
 - Referida a un cliente con quien haya realizado labores de promoción (no basta indicar la posibilidad de concluir).
 - Agencia en exclusiva: en cualquier caso si la venta se hace dentro del ámbito de la exclusiva.
 - Comisiones por actos u operaciones concluidas con posterioridad a la extinción del contrato:
 - Conclusión imputable al agente (siempre que no vaya más allá de los tres meses desde terminación contrato. La Directiva establece “plazo razonable”).
 - Que se haya recibido el pedido o encargo del cliente antes de la extinción del contrato. siempre que el agente hubiera tenido derecho a percibir la comisión según el apartado anterior. Referencia a existencia de exclusividad.

El Contrato de Agencia (vii)

■ La remuneración del agente (II):

- **Devengo:** El devengo se produce cuando el empresario **hubiera ejecutado o hubiera debido ejecutar** el acto de comercio, o éstos hubieran sido ejecutados total o parcialmente por el cliente.
- **Pago:** Como máximo el último día del mes siguiente al trimestre natural en el que se hubieran devengado.
- **Pérdida del “derecho a comisión”:** Cuando el principal acredite (la carga de la prueba recae sobre él) que no se ha ejecutado la operación por causas ajenas a él. Relación de la “no ejecución” con la asunción por el Agente de los riesgos de la operación.
- **Asunción por el Agente del riesgo y ventura de las operaciones:** Expresa, escrita y remunerada.

■ No competencia post-contractual:

- Limitada a dos años y al ámbito subjetivo (clientela) / objetivo (productos) / territorial en el que se haya desarrollado la relación de agencia o un año si el contrato ha tenido una duración por tiempo inferior a dos años (mayor indicio para indemnización por clientela).
- Constancia por escrito.

El Contrato de Agencia (viii)

■ Extinción del contrato de agencia:

- Duración: determinada / indefinida.
 - Posibilidad de conversión en indefinida.
 - Contratos sucesivos pueden ser calificados como uno único.
- Extinción del contrato por plazo indefinido: el preaviso y sus plazos (1 mes por cada año y, como máximo, seis meses). Posibilidad de ampliar plazos, no reducir. La Directiva prevé de 1 a 3 meses.
- Extinción por incumplimiento o declaración en concurso.
- Extinción por fallecimiento del agente (fundamentado en la especial confianza que se supone a este tipo de operaciones).



El Contrato de Agencia (ix)

■ Extinción del contrato de agencia (II):

- **Indemnización por incumplimiento plazo preaviso.** Base del cálculo: plazo de incumplimiento.
- **Indemnización por clientela** (también en caso de mutuo acuerdo y terminación natural):
 - Agente que hubiera aportado nuevos clientes o incrementado las operaciones con clientela existente
 - Siempre que su actividad anterior pueda seguir reportando ventajas sustanciales al empresario.
 - Siempre que resulte procedente por las circunstancias concurrentes (pacto de no competencia, exclusividad, etc.). Exclusividad y no competencia consideradas por Tribunales como elementos relevantes a los efectos del cobro de la indemnización.
 - La indemnización como máximo será igual al importe medio anual de las remuneraciones percibidas durante los cinco últimos años (o durante todo el periodo del contrato si duró menos). Una anualidad, aclara la Directiva.
 - Su exigibilidad **prescribe al año** de la finalización del contrato.
- **Indemnización de daños y perjuicios:** Cuando el principal resuelve unilateralmente el contrato de agencia, procederá la indemnización de daños y perjuicios en relación con gastos realizados por el agente siguiendo instrucciones del principal, siempre que la resolución no permita su amortización. **Prescribe al año** desde la finalización del contrato.
- La **Directiva** prevé las dos indemnizaciones anteriores como **alternativas**, no complementarias.
- **Inexistencia del derecho a indemnización:** Incumplimiento del agente (necesidad de documentarlo) / Denuncia voluntaria del agente (y no debida a incumplimientos del principal o a fallecimiento, invalidez, etc.) / la cesión de la posición del agente.

Aplicación analógica de la Ley de Agencia a los contratos de distribución

- Las diferencias entre los contratos de agencia y de distribución han sido destacadas por la doctrina y la jurisprudencia.
- La jurisprudencia es proclive a considerar que sí procede la aplicación de indemnizaciones en los contratos de distribución (tomando como orientativas las fórmulas previstas en la Ley de contrato de Agencia), cuando:
 - Respecto de la indemnización por clientela, el distribuidor pruebe la efectiva aportación de clientela y su potencial aprovechamiento por el concedente dentro de su red comercial, siempre y cuando el contrato no se hubiera resuelto por un incumplimiento por parte del distribuidor.
 - Respecto de la indemnización por daños y perjuicios, se haya producido un incumplimiento contractual doloso o culposo por parte del principal, o una resolución unilateral del contrato de duración indefinida con insuficiente preaviso, o un ejercicio abusivo o de mala fe de la facultad de desistimiento unilateral del concedente.
- Por lo tanto, no se trata de la aplicación analógica de la Ley de forma inmediata a la resolución de un contrato de distribución sino que debe probarse por el distribuidor el derecho a recibir dichas indemnizaciones.

El Contrato de Franquicia

- **Concepto:** Relación jurídica por la que un empresario (franquiciador) pone a disposición de otro empresario independiente (franquiciado) la **posibilidad de explotar en un determinado territorio una concepción global de empresa**, con el objeto de producir y/o comercializar los productos del primero recibiendo a cambio una contraprestación económica (precio de venta al público).
- **Elementos fundamentales del contrato:** Licencia de marca, transferencia de know-how, royalties, designación de territorio, asistencia al franquiciador, no competencia, confidencialidad y plazo de duración.
- **Diferencias con otros contratos:**
 - *Distribución: la franquicia comporta cesión de marcas, rótulos de establecimiento, Know How, asistencia técnica y comercial, y un bajo margen de maniobra del franquiciado, a cambio del pago de cánones.*
 - *Licencia: el licenciatario es fabricante independiente del licenciante, no integrado en su red empresarial, que entrega contraprestación sólo por el derecho de explotación concedido.*

Legislación aplicable en el ámbito internacional (i)

- **Reglamento (CE) nº 593/2008, de 17/06/2008 (Roma I) y Convenio de Roma de 1980 (en vigor en España a partir del 1 de septiembre de 1.993):**
 - Aplicable aún cuando la ley determinada por el Reglamento no sea la de un Estado miembro.
 - Aplicable a Estados Miembros de la UE salvo Dinamarca.
 - Ley aplicable determinada en función de este orden:
 - Libertad de elección de las partes: Expresa o inequívoca.
 - Limitación: Normas imperativas de los Estados Miembros en los que se encuentran localizados los elementos de la situación y convenios internacionales. Criterio Tribunal de Justicia Europeo.
 - A falta de elección:
 - Contrato de compraventa de mercaderías: Residencia habitual/ administración central/establecimiento principal del vendedor.
 - Contrato de distribución: Residencia habitual del distribuidor.
 - Contrato de agencia: Régimen residual: Residencia habitual de la parte que realiza la prestación característica del contrato (Criterio general de la doctrina: prestación no dineraria o entrega del bien).
 - Dinamarca: Convenio de Roma de 1980: Para todos los contratos: Residencia habitual de la parte que realiza la prestación característica del contrato.

Jurisdicción competente en el ámbito internacional.

■ Reglamento (CE) 44/2001, de 22/12/2000

- Aplicable a los Estados miembros de UE.
- Independiente de la legislación aplicable.
- Si ambas partes están ubicadas en España, la competencia corresponde al Juez del domicilio del Agente (D.A. 1ª de la LCA).
- Si una de las partes está ubicada fuera de España:
 - Acuerdo previo de las partes: Se puede acudir a los Juzgados que libremente acuerden. Limitación: Normas imperativas de los Estados Miembros.
 - Si no hay acuerdo previo: Tribunal del lugar de cumplimiento de la obligación. A efectos del Reglamento, son competentes los Tribunales del lugar del Estado miembro en el que, según el contrato, fueran o debieran ser prestados los servicios.

