



Concesión y agencia: Dos contratos distintos para un mismo empresario...

ALFREDO BRIGANTY
Qvadrigas Abogados

No va quedar más remedio que despertar del ensueño de tantos años de relaciones y poner en cuestión el contrato de concesión mercantil como salvoconducto máximo de la distribución, pues ya está sobre la mesa que el negocio se sustentará sobre distintas modalidades contractuales a favor de un mismo empresario.

Justifica la pirueta el mayor control que ha dispuesto la industria sobre las redes de distribución y el deseo por aminorar la rentabilidad de los colaboradores mercantiles

El concesionario que supere los vaivenes de estos tiempos tan convulsos optará por continuar con la relación a través de la rúbrica de contratos distintos: el contrato de concesión y el de agencia, cohabitando bajo un mismo CIF.

Justifica la pirueta el mayor control que ha dispuesto la industria sobre las redes de distribución y el deseo por aminorar la rentabilidad de los colaboradores mercantiles, al socaire de la necesidad de implantar un nuevo modelo de negocio, caracterizado por el incremento de las ventas directas y la consolidación de las ventas en línea, creando una distribución dual, en la que el fabricante competirá con sus distribuidores, fortalecido –por si fuera poco– por su irrupción en el negocio de los vehículos usados...

A tal finalidad, nada mejor que disponer del uso del contrato de agencia también en la red primaria, sustituyendo en algunas líneas de negocio el margen de la reventa por el pago de comisiones, variables o no, según los casos.

Grandes grupos automovilísticos, tan importantes como Volkswagen, Mercedes o Stellantis, ya están implantando la dualidad contractual en la red primaria

Ya hemos podido leer en las publicaciones del motor cómo grandes grupos automovilísticos, tan importantes como Volkswagen, Mercedes o Stellantis, ya están implantando la dualidad contractual en la red primaria.

Si nada extraño acontece, los vehículos Premium y los especiales (como los eléctricos), las ventas directas y las de flotas, junto a la prestación de los servicios (por ejemplo, de entrega) necesarios para el desarrollo de esta nueva modalidad de negocio, serán realizados por los propios concesionarios, que deberán cargar en su mochila junto a un contrato de concesión, otro de agencia.

Sorprendente es el doble ropaje jurídico con que se pretende compaginar una misma actividad, e inquietante el limbo en el que van a quedar los miembros de la red secundaria (los agentes de toda la vida), dependientes hasta la fecha de los concesionarios.

Tanto como la imposibilidad de afrontar las inversiones realizadas y no amortizadas, pues ha sido precisamente el margen de la reventa y el negocio de los atípicos (como el de los vehículos de ocasión) los que han posibilitado a los concesionarios asumir sus riesgos empresariales.

Sencillo es comprender que la comisión propia de una agencia no alcanza, por regla general, para afrontar tamañas inversiones, salvo que los fabricantes lo hayan tenido en cuenta en su ignorado programa de remuneración futura, aunque me temo que algunos están dando por sentado que la resolución de los contratos de concesión con dos años de preaviso les faculta para ofrecer la continuidad solo a aquellos empresarios que se aquieten a ceder sus instalaciones e infraestructuras olvidando el pasado, como si el vínculo comenzara de cero.

Vayan por delante mis reparos a la política de borrón y cuenta nueva, conociendo como conozco la situación económico-financiera actual de gran parte de las redes.

No cabe duda de que el estado de la cuestión, con la situación del mercado, el problema de los suministros, la aparición de nuevas tecnologías, la concentración de marcas y la reestructuración de las redes, genera enorme insatisfacción, pues se impone a sabiendas de que corresponde a los distribuidores seguir haciendo la misma actividad. Parece obvio que la dualidad contractual anunciada es un simple subterfugio para eliminar de un plumazo derechos económicos consolidados durante años por la red primaria.

Profundizando en la problemática, conviene decir que el reglamento vertical de exención aplicable a la automoción (VBER 330/2010), todavía vigente hasta el próximo mes de mayo del 2022, ha venido diferenciando la figura del concesionario frente a la de los agentes.

Se distingue al concesionario por ser un empresario que, en virtud de un contrato exclusivo o selectivo, adquiere en nombre propio productos fabricados por un tercero para su posterior reventa en el mercado, con la obligación de prestar los servicios de reparación y mantenimiento (servicios de posventa), desde unas instalaciones estandarizadas, en cumplimiento de unas directrices de imagen y calidad preconizadas a criterio de las distintas marcas.

El agente, a diferencia de aquel, se obliga de manera continuada o estable, a cambio de una remuneración (comisión), a promover actos u operaciones de comercio por cuenta ajena, o a promoverlos y concluirlos por cuenta y en nombre ajenos, como intermediario independiente, sin asumir, salvo pacto en contrario, el



El concesionario asume por su cuenta los riesgos económicos y financieros de su actividad, como también sucede con los agentes no genuinos, independientemente de su tamaño

riesgo y ventura de tales operaciones (conforme dispone el artículo 1 de la Ley 12/1992, de 27 de mayo, sobre el contrato de agencia)

Este último matiz, el del riesgo y ventura de las operaciones, nos permite una matización de enorme calado, ya prevista en el VBER 330/2010, al distinguir entre agentes genuinos (aquellos que no asumen riesgo alguno) y agentes no genuinos (los que asumen riesgos), sin confundirlos –insisto– con el concesionario.

Lo que siempre ha quedado claro, desde el punto de vista de la estructura y configuración de las redes de distribución, es que el concesionario asume por su cuenta los riesgos económicos y financieros de su actividad, como también sucede con los agentes no genuinos, independientemente de su tamaño, volumen de ventas y necesidades operativas, sin haber perdido

estos, por este motivo, su condición de miembros de la red secundaria de distribución.

Es evidente, pues, que la consecuencia de esta diferencia entre agentes no ha supuesto problema alguno de pertenencia a la red secundaria, pues el verdadero alcance y la relevancia de la asunción del riesgo y ventura de las operaciones está –desde el punto de vista jurídico– en la aplicación o no de las normas comunitarias de exención por categorías que protegen al sector de automoción (VBER 330/2010 y MVER 461/2010), porque los agentes genuinos, los que no asumen ningún riesgo en la actividad, no están afectados por las prohibiciones del artículo 101 del tratado de funcionamiento de la Unión Europea.

Para entendernos en términos coloquiales, el agente tradicional, el que no asume riesgos, (que no es el típico agente de la automoción, conocido como agente no genuino), que no actúa como operador económico independiente, sino como alter ego de su principal, en nombre y por cuenta de este, no está afectado por las normas de competencia reguladas en el Reglamento Comunitario de Exención por Categorías.

Casi seguro que es este, junto con la posibilidad de controlar la actividad homogeneizando los precios, el

Algunos grupos de la automoción han demostrado su especial interés por apartarse de la normativa de competencia, mediante la designación de agencias genuinas (las tradicionales) en convivencia con el contrato de concesión

motivo por el que algunos de los precitados grupos de la automoción han demostrado su especial interés por apartarse de la normativa de competencia, mediante la designación de agencias genuinas (las tradicionales) en convivencia con el contrato de concesión.

Esta cabriola obliga a analizar con lupa el deseo de los fabricantes, pues solo es factible su asunción en el sector de la automoción, si estos estuvieran dispuestos a sufragar la totalidad de los riesgos de la actividad sin beneficiarse de las inversiones ya realizadas, pues, en innumerables casos, no están siquiera amortizadas, lo que significa que no concurre el requisito previo y elemental de la ausencia de riesgo alguno.

Tanto es así, que en el reciente borrador del RECAV, nuevo acrónimo establecido por las autoridades de la

competencia para el reglamento que está previsto que sustituya el VBER 330/2010 en el año 2022, solo aparecen con el nombre de agentes los conocidos hasta la fecha como agentes genuinos, pasando a denominarse distribuidores independientes aquellos que hasta la fecha son conocidos como agentes no genuinos, los característicos de la automoción, los que asumen riesgos, como sucede con los concesionarios.

Hablando de riesgos comerciales o financieros, el RECAV los clasifica a estos efectos en tres tipos: (i) los riesgos directamente relacionados con los contratos suscritos (la financiación de existencias, por ejemplo); (ii) los riesgos relacionados con inversiones específicamente destinadas al mercado, necesarias para que el agente pueda celebrar o negociar este tipo de contratos, y que suelen ser a fondo perdido; y (iii) los riesgos relacionados con otras actividades realizadas en el mismo mercado de producto, que el agente realiza por su propia cuenta, porque el principal así se lo pide.

Como he dicho, el acuerdo se calificará como acuerdo de agencia si el agente no asume ningún riesgo de los tres tipos mencionados, o si el riesgo asumido es insignificante.

La siguiente lista proporciona ejemplos de riesgos que suelen encontrarse en los acuerdos de agencia y que obligarían a considerar distribuidores independientes (o agentes no genuinos), a quienes tuvieran que asumir:

- a_** La propiedad de los productos, sin perjuicio de la posibilidad de adquirirlos temporalmente mientras se venden en nombre y por cuenta del principal, siempre que el agente incurra en algún coste o riesgo relacionado con la transferencia de propiedad.
- b_** Los costes relacionados con el suministro, como los de transporte de los bienes objeto del contrato.
- c_** La necesidad de mantener existencias corriendo con los gastos de financiación y pérdida de los productos, a menos que el agente sea responsable por negligencia, de manera que pueda devolver lo no vendido sin recargo.
- d_** La responsabilidad por incumplimientos de los clientes (por ejemplo, por impagos), a excepción de

la pérdida de la comisión, a menos que el agente sea responsable por negligencia.

- e_** La responsabilidad frente a los clientes u otros terceros por las pérdidas o daños procedentes del suministro de los bienes o servicios, a menos que el agente sea responsable por negligencia.
- f_** La obligación, directa o indirecta, de invertir en publicidad o actividades promocionales específicamente relacionadas con los bienes o servicios objeto del contrato.
- g_** Inversiones específicas destinadas al mercado en equipos, locales, formación del personal o publicidad específica de los bienes o servicios objeto del contrato.
- h_** La realización de otras actividades en el mismo mercado de producto solicitadas por el principal, como la entrega de bienes, a menos que sean reembolsadas en su totalidad.



Si el agente incurre en riesgos específicos del contrato que no son insignificantes, ello bastará para considerar que el agente es un distribuidor independiente, y en estos casos la normativa de exención por categorías se aplica ineludiblemente

Desde la perspectiva del derecho de la competencia, si el agente incurre en uno o varios de estos riesgos o costes, el acuerdo entre el agente y el principal no tendrá la consideración de acuerdo de agencia puro (genuino), si bien la cuestión del riesgo debe evaluarse caso por caso y teniendo en cuenta los parámetros económicos de la situación más que la forma jurídica del acuerdo.

Si el agente incurre en riesgos específicos del contrato que no son insignificantes, ello bastará para considerar que el agente es un distribuidor independiente, y en estos casos la normativa de exención por categorías se aplica ineludiblemente.

No cabe considerar genuino a quien por su condición de concesionario ha hecho inversiones suntuosas que

no ha podido amortizar, ni siquiera habiéndolas amortizado, porque las únicas inversiones que el principal no tendría que cubrir serían las que se refieren exclusivamente a productos diferenciados en el mismo mercado de productos.

Digo más, incluso asumiendo el principal todos los riesgos, podría suceder que el acuerdo de agencia estuviera sometido a los reglamentos de exención si facilita la colusión. En el caso de un distribuidor independiente que también actúa como agente de determinados bienes o servicios del mismo proveedor, deben evaluarse los requisitos caso por caso, pues el concepto de agencia no debe ser utilizado indebidamente por los proveedores (fabricantes) para eludir la aplicación del artículo 101, párrafo 1, antes mencionado.

No es baladí a estos efectos que el legislador comunitario, por mucho que se cuestione algunas prácticas al socaire de la defensa de los consumidores, haya ido adaptando la normativa para que encajen las piezas del enorme puzzle de la automoción, tan proceloso como los intereses que engloba la movilidad en su conjunto.

Parece que la normativa comunitaria en ciernes sirve para satisfacer las expectativas de los fabricantes, que en el futuro podrán configurar sus redes de distribución con dos contratos distintos para un mismo empresario

En este sentido, parece que la normativa comunitaria en ciernes sirve para satisfacer las expectativas de los fabricantes, que en el futuro podrán configurar sus redes de distribución con dos contratos distintos para un mismo empresario, correspondiendo a las asociaciones profesionales o a los propios interesados analizar y objetar las disfunciones que pudieran surgir en cada caso.

No hace mucho, calificué la acrobacia de travestismo jurídico, pues a nadie se le esconde que, desde la perspectiva tradicional del negocio, se trata de una decisión solo digerible desde el estado de necesidad que suele dar pie a la aceptación de la gran mayoría de los diseños de los fabricantes...

Lo que parece obvio es que la industria hace de su

capa un sayo cuando le conviene y ahora más que nunca, exigiendo que todo cambie para que nada cambie: los fabricantes a controlar y a ahorrarse lo más posible para que los distribuidores ganen cada vez menos después de sudar tinta china.

Que me disculpen quienes sigan pensando que mis opiniones son insustanciales o atrabiliarias, pero créanme que la experiencia me impide ocultar lo que percibo con claridad. Dicho esto, sé que no siempre es justo lo necesario, ni injusto lo que se permite sin rechistar... El problema de esta justicia tan sectorial es que curiosamente pagan los mismos.

Termino, como de costumbre, recordando a mi madre, para satisfacción de algunos -ya lo sé-, y porque escucho con esperanza su manido mensaje ante la adversidad: recuerda que no hay mal que por bien no venga...

Con mi respeto a los discrepantes, así lo veo yo, siempre con el mismo entusiasmo... ■