



MADRID

Castellana, 216
28046 Madrid
Tel.: (34) 91 582 91 00

BARCELONA

Diagonal, 640 bis
08017 Barcelona
Tel.: (34) 93 415 74 00

BILBAO

Alameda Recalde, 36
48009 Bilbao
Tel.: (34) 94 415 70 15

MÁLAGA

Marqués de Larios, 3
29015 Málaga
Tel.: (34) 952 12 00 51

VALENCIA

Gran Vía Marqués
del Turia, 49
46005 Valencia
Tel.: (34) 96 351 38 35

VIGO

Colón, 36
36201 Vigo
Tel.: (34) 986 44 33 80

BRUSELAS

Avenue Louise, 267
1050 Bruselas
Tel.: (322) 231 12 20

LONDRES

Five Kings House
1 Queen Street Place
EC 4R 1QS Londres
Tel.: +44 (0) 20 7329 5407

LISBOA

Avenida da Liberdade, 131
1250-140 Lisboa
Tel.: (351) 213 408 600

REGULACIÓN DE LOS CONTRATOS DE DISTRIBUCIÓN DE VEHÍCULOS AUTOMÓVILES E INDUSTRIALES

Ángel Carrasco Perera

Catedrático de Derecho Civil

Consejero académico de Gómez-Acebo & Pombo

Sorprendente reforma legal de la Ley de Contrato de Agencia (LCA), a última hora, por sorpresa y aprovechando el *totum convolutum* que ha sido la experiencia de la fabricación legal de la Ley de Economía Sostenible (LES). Ejemplo del grado a que ha llegado el *lobbysmo* en nuestro país y de la falta de criterio de los partidos políticos en una materia tan delicada como la presente. A estas horas, la reforma operada por la Disposición adicional 16.^a de la LES en el régimen de los contratos de distribución es conocida por todos y procede en esta nota hacer un análisis de contenido algo más profundo que el simple dar cuenta de la nueva regulación.

1. Descripción de la reforma legal

La ley contiene una *extensión* a los contratos de *distribución* de vehículos automóviles e industriales del régimen jurídico del contrato de agencia. Mas propiamente no hay *extensión* de la regulación de la LCA, sino creación de una normativa específica para estos contratos de distribución que se declara imperativa, es decir, que no puede ser modificada por contrato entre fabricante/importador y concesionario. Se declara nulo el pacto por el que el proveedor se reserve la facultad de modificar unilateralmente el contenido *esencial* (?) de estos contratos, y «en particular, la gama completa de productos y servicios contractuales, el plan de negocio del distribuidor, las inversiones y plazo de amortización, la remuneración fija y variable, los precios de los productos y servicios, las condiciones

generales de venta y garantía postventa, las directrices comerciales y los criterios de selección de los distribuidores». Con un lenguaje de calidad deplorable, la ley establece que el distribuidor «únicamente vendrá obligado a realizar las inversiones específicas que sean necesaria para la ejecución del contrato que figuren expresamente relacionadas, de forma individualizada, en el contrato o en su modificaciones y únicamente en el caso de que se establezca para cada una de ellas el periodo en el que se considere que quedarán amortizadas». Se consideran inversiones específicas las que no puedan ser aprovechadas efectivamente para usos distintos.

Cuando el distribuidor esté «obligado a una compra mínima para disponer de un *stock* calculado en función de los objetivos comerciales», podrá devolver los productos no vendidos en los sesenta días siguientes a su adquisición y el proveedor deberá recomprarlos.

En caso de extinción del contrato «por cualquier causa», el distribuidor será compensado por el importe pendiente de amortización correspondiente al valor de las inversiones específicas. También tendrá derecho a una compensación por clientela en términos similares a los del artículo 28 de la LCA, pero sustituyendo el importe medio anual de las *comisiones* de agencia por el importe medio anual de las ventas efectuadas por el proveedor al distribuidor. El proveedor deberá pagar al distribuidor



las «indemnizaciones del personal laboral» del que haya tenido que prescindir éste por la extinción del contrato, y «en cualquier caso de extinción del contrato», el proveedor deberá adquirir del distribuidor las mercancías que se hallen en poder de éste, al mismo precio al que fueron vendidas. Las anteriores *compensaciones* se establecen «sin perjuicio» de las indemnizaciones a que hubiere lugar por incumplimientos contractuales, «siendo nulo cualquier pacto en contrario».

El proveedor no podrá oponerse a la cesión total o parcial del contrato si la empresa cesionaria se compromete por escrito a mantener la organización, estructura y recursos del cedente.

La competencia para el conocimiento de las acciones derivadas de este contrato corresponde al juez del domicilio del distribuidor, «siendo nulo cualquier pacto en sentido distinto».

El Senado aprobó —pero el Congreso finalmente la rechazó— la norma de derecho transitorio mediante la cual «los preceptos de la presente ley» serán de aplicación a los contratos de distribución celebrados con anterioridad a la fecha de entrada en vigor.

2. Análisis

¡Pero esta ley no se aplica a los contratos de distribución!

Los fabricantes e importadores de automóviles y vehículos industriales no tienen razón para la cólera de que han hecho gala estos días. Se nos dice en la Disposición adicional 16.^a de la LES que el nuevo régimen se aplica a un sujeto que «a cambio de una remuneración» «promueve» operaciones comerciales «por cuenta y en nombre de su principal». Pero el distribui-

dor concesionario de nuestros mercados no recibe «remuneración», sino que obtiene sus propios rendimientos de la reventa final de los productos y, desde luego, no vende por cuenta y en nombre del concedente, sino por cuenta propia —no es un comisionista— y en nombre propio. En definitiva, la burda reforma legal no ha conseguido su propósito porque de hecho *sólo se aplicaría a los agentes comerciales*. Y no a todos. Sólo a los agentes que «asumieran el riesgo y ventura» de la operación, es decir, el agente que ha convenido una garantía de operaciones en el sentido y límite del artículo 19 LCA. Es decir, prácticamente nadie.

No ignoramos que en ocasiones el distribuidor posee los vehículos en una suerte de depósito, sin adquirir la propiedad, y el contrato final se celebra en nombre del fabricante o importador. Pero también sería un absurdo que la nueva regulación se aplicara a estos concesionarios tan sólo. Porque el proveedor podría entonces escapar de la ley procediendo simplemente a imponer a su concesionario que vendiese en nombre propio. Además, el modelo del concesionario-agente no se acomoda al régimen de recompra, *stocks* y cláusulas prohibidas que se contienen en los siguientes apartados de la Disposición adicional 16.^a de la LES, que presuponen que el distribuidor asume los riesgos de la propiedad y de la venta final.

Como esta conclusión, que es indiscutible, conduce al absurdo legal, es muy posible que se aproveche cualquier ocasión para atropellar el texto aprobado y producir una «recalificación» legal del supuesto por trámite de corrección de erratas. Por ello no daremos mucha importancia a la presente objeción. Sólo suponiendo que esta *corrección* tenga lugar de alguna manera, tiene sentido continuar este comentario de la forma que procedemos a hacer.



«Aplicación» de la Ley de Contrato de Agencia

La Disposición adicional 16.^a de laLES extiende la aplicación de la LCA a estos contratos de distribución. Se aplicará toda la ley, suponemos, porque, a pesar de que la regulación posteriormente contenida en la Disposición adicional 16.^a es distinta de la que consta en la LCA, no se dice que ésta se aplique con las salvedades de lo dispuesto en la citada disposición. Mas sería imposible aplicar la Disposición adicional 16.^a juntamente con las normas de la LCA que la contradicen, por lo que hay que entender que la LCA es de aplicación supletoria.

Sustancialmente, los únicos preceptos de la LCA que cabe imaginar extensibles a los distribuidores serán los artículos 7 (obligación de exclusiva del distribuidor i!), 20-21 (pactos de no competencia y sus límites temporales), 23, 24, 25, 26 (duración, terminación y preaviso) y 31 (prescripción para reclamar compensaciones por clientela, inversiones no amortizadas y daños y perjuicios).

«Hasta la aprobación de una ley»

La Disposición adicional 16.^a de la LES se presenta como régimen transitorio hasta que se apruebe una ley específica sobre el contrato de distribución. Es cierto que en la Comisión General de Codificación se lleva tiempo trabajando en una ley de este tenor. Pero, para el conoecedor del duradero destino que han tenido en España siempre las leyes «provisionales», no será sorpresa que la regulación en la que se estaba trabajando ya no salga a la luz. Ningún Gobierno se atreverá a promulgar una norma que cancele la *conquista social* que para los distribuidores ha supuesto la Disposición adicional 16.^a de la LES, como enseñan otros ejemplos históricos de regímenes contractuales proteccionistas. Y la

presente regulación será duradera. Hasta el punto que sólo cabe esperar una especie de refundición de la Ley 12/199, para no perpetuar el bochornoso espectáculo de que en España se provee a los distribuidores de bienes ajenos de un estatus legal más ventajoso que el de los agentes comerciales.

Modificación unilateral del contenido esencial del contrato

Será nulo el pacto que permita al concedente modificar condiciones esenciales del contrato como las que (no taxativamente) lista la norma. Entendemos que por ello mismo habrá de ser nula la cláusula por la que se declare la terminación anticipada del contrato si el distribuidor no se aviene a los cambios propuestos por el proveedor. Mas en tal caso lo que hace la ley es crear un incentivo poderoso para que los concedentes acuerden contratos de duración determinada lo suficientemente breve como para modificar discrecionalmente en la posterior renovación dichas condiciones comerciales, al menos mientras no exista el riesgo de tener que pagar las gravosas compensaciones por terminación que establece la nueva ley. O, lo que es más, se crean incentivos a imponer desistimientos contractuales por parte del concedente en los contratos de duración indefinida. La norma, por demás, será generadora —y no preventiva— de conflictos nuevos, al sacrificar la seguridad jurídica con el empleo del término «esencial», que deberá ser concretado caso por caso en un sistema que hace necesario el pleito. Por último, no se entiende cómo el proveedor no puede unilateralmente establecer los «criterios de selección de los distribuidores». Por definición, el candidato a distribuidor o a la renovación del contrato existente no debería tener ninguna pretensión legítima de concurrir con el proveedor para fijar las condiciones en que debe desenvolverse la selección. Con todo, puede querer referir-



se la norma al cesionario del contrato del apartado 7 y el sentido de la prohibición vendría a ser que el principal no puede predeterminar el perfil del distribuidor de forma tal que impida de modo efectivo al distribuidor actual proceder a la cesión del contrato.

Realización de inversiones específicas

El defectuoso apartado 4 de la Disposición adicional 16.^a de la LES parece supeditar el deber del concesionario de efectuar «inversiones específicas» a dos condiciones concurrentes. Primera: tales inversiones tienen que haberse determinado convencionalmente, de una manera individualizada y expresa. Segunda: debe establecerse para cada una de ellas el tiempo en que «se considere» que pueden quedar amortizadas. Si, por caso, se omite esto último, el distribuidor queda excusado de llevarlas a cabo, aunque se haya comprometido seriamente a costearlas.

¿Qué ocurre si la previsión de amortización resulta errada? No basta decir *ex post* que el distribuidor no habría debido hacerlas, pues están hechas. Cabe pensar entonces que se compensarán, en los términos del apartado 6 letra a, si de cualquier manera están pendientes de amortización en el momento de extinción del contrato. ¿También si la imprevisión es imputable al distribuidor, obligando de esta forma al concedente a cargar con el riesgo del error de aquél, incluso si el contrato hubiere terminado en el plazo de duración pactado? Es un sinsentido proponerlo. Recordemos que en el contrato de agencia esta compensación sólo es aplicable al contrato de duración indeterminada y sólo si el contrato no se hubiera extinguido por resolución debida a incumplimiento imputable al agente.

Pero una situación más común puede ser la de la «previsión» correcta de inversión,

con una terminación extraordinaria del contrato por resolución debida al incumplimiento del distribuidor. ¿Se deberá esta compensación? En el entender de la LES, sí, pues la indemnización en cuestión se debe cualquiera sea la causa (*sic*) por la que el contrato se ha extinguido.

¿Y si el distribuidor efectúa inversiones específicas no «debidas»? Por ejemplo, por haber sido sugeridas por el concedente y aceptadas por aquél sin cumplir los requisitos del apartado 4. O porque de hecho lleva a cabo inversiones que él mismo no considera específicas, pero que luego resultan serlo —quizá porque la empresa que hacía competencia eventual al fabricante ha concursado o se ha fusionado con éste—.

Devolución del stock

Conforme al apartado 5 de la Disposición adicional 16.^a de la LES, la obligación de recompra tiene lugar cuando el principal impone al distribuidor una «compra mínima para disponer de un *stock* calculado en función de los objetivos comerciales». En consecuencia, no procederá el deber de recompra si la obligación de compra mínima obedece a propósito distinto de la creación de *stock*; por ejemplo, para que el fabricante haga anualmente unas inversiones mínimas o para comprometer al distribuidor en un óptimo desempeño.

Podrá devolver el distribuidor los productos suministrados «y no pedidos por clientes». No podrá devolver entonces los vendidos y recuperados por impago del cliente y ejercicio de la reserva de dominio o condición resolutoria. Cuando hay derecho de devolución, el fabricante o importador debe «recomprar». La técnica legal utilizada no es apurada, porque la norma supone que la reversión requiere de un pacto bilateral de compraventa que precisa un nuevo acuerdo de voluntades, aunque sea



obligado. Lo que se hubiera correspondido con los intereses protegidos por esta norma es haber concedido al distribuidor un derecho de opción de (re)venta que se hubiera perfeccionado con su simple comunicación.

El riesgo del tiempo intermedio es del distribuidor. Si los productos no pueden devolverse en las mismas condiciones en que se suministraron, el principal no tiene que aceptar la devolución.

La indemnización por clientela

La indemnización por clientela del apartado 6b de la Disposición adicional 16.^a de la LES acaba con años de debate y contiendas legales e interpretativas sobre la aplicabilidad a este distribuidor de la compensación por clientela establecida en el artículo 28 de la LCA. Pero este agraciado distribuidor de la LES lo tiene aún mejor que los simples agentes; la simple analogía ya le queda corta.

El agente de la LCA tiene derecho a esta compensación sólo «cuando hubiese aportado nuevos clientes al empresario o incrementado sensiblemente las operaciones con la clientela preexistente» y cuando su actividad anterior pueda continuar produciendo ventajas «sustanciales» al empresario. Al distribuidor de la LES no se le imponen tales condiciones. Mas es evidente que han de serle aplicables porque la compensación por clientela se justifica sólo en un enriquecimiento (futuro) impuesto por el concesionario al principal y no compensado dentro del contrato. Si la clientela está vinculada a la marca —como difícilmente dejará de ocurrir en vehículos automóviles—, la creación o el incremento será imputable a la marca del fabricante, no al desempeño del distribuidor. Por tanto, propongo que *se siga aplicando* la analogía de la LCA, si bien ahora *in malam partem* para el distribuidor.

También ha de ser aplicable la tercera restricción establecida por el artículo 28.1 de la LCA, a saber, que esta compensación «resulte equitativa» por la existencia de pactos de limitación de compensación, «por las (ventas) que pierda o por las demás circunstancias que concurren».

La desmesura del legislador «clandestino» de la LES no acaba aquí. La compensación por clientela del agente «no puede exceder en ningún caso» del importe medio anual de las remuneraciones percibidas por el agente durante los últimos cinco años. Pero la del distribuidor de la LES «en ningún caso podrá ser inferior» a la cantidad establecida. Es decir, que lo que en el agente sería el tope máximo, aquí se concedería como regla. Y la base del cálculo, que no pueden ser ahora las comisiones, pasa a ser el importe medio de las ventas anuales efectuadas por el proveedor durante los últimos cinco años. Es decir, ni siquiera el «margen» del distribuidor, sino el precio bruto cobrado por el concedente, lo que es absurdo.

Finalmente, pero lo más grave, la indemnización por clientela es un derecho del distribuidor que se halla a prueba de su propio incumplimiento, porque, nueva diferencia con el agente, conserva la pretensión compensatoria aunque el contrato se haya extinguido por resolución instada por el principal por incumplimiento del distribuidor.

Otras compensaciones

La LES concede al distribuidor compensaciones que no eran imaginables siquiera por un agente «protegido» por la Ley 12/1992. Además de las ya examinadas, el distribuidor tiene en todo caso derecho a ser compensado por las indemnizaciones del personal laboral del que haya tenido que prescindir por la extinción del contrato y el precio de recompra de las mercancías que se hallaren en *stock*.



Estas normas son descabelladas hasta lo indecible. Imagínese que la LES está obligando al principal a indemnizar los costes laborales de despido, incluso si el contrato hubiese terminado por cumplimiento regular de su plazo o si el distribuidor hubiere desistido o incumplido o caído en concurso de acreedores. Respecto de la readquisición del *stock*, no sólo puede darse el caso, conforme a lo dicho, de que el contrato haya terminado por razones que no dependan de la voluntad o criterio del proveedor, sino que las mercancías ya no se encuentren en el mismo estado en que fueron adquiridas, o que fueron adquiridas sin imposición por el proveedor de un deber de *stockage* mínimo. Y como en esta norma todo es imperativo, no podrá el concedente exonerarse de este deber mediante el expediente de conceder al distribuidor saliente un plazo suplementario suficiente para liquidar su *stock*.

Las cuatro modalidades de compensación establecidas en el apartado 6 son compatibles («sin perjuicio») con las indemnizaciones que conforme al derecho común procedan por incumplimiento contractual de las partes, siendo nulo cualquier pacto en contrario. Es decir, no será válido el pacto que limite las compensaciones del distribuidor a las ya expuestas, si el incumplimiento es imputable al proveedor. Tampoco será válido (?) el pacto de limitación cuantitativa de la indemnización pagadera ni la exclusión de cierto tipo de daños, como los incidentales o el lucro cesante. Me imagino que también se verán con sospechas las cláusulas penales, especialmente en favor del proveedor.

Cesión del contrato

El apartado 7 de la Disposición adicional 16.^a de la LES constituye el fondo de comercio como un derecho patrimonializable en beneficio del distribuidor al permitirle transferirlo sin necesidad de consen-

timiento del proveedor, apropiándose de sus plusvalías. La opción no es criticable, pero la solución no puede ser tan limpia como supone el legislador. El proveedor no puede impedir el traspaso del fondo de comercio, pero sí podrá convenirse que el cedente permanezca obligado por las deudas pasadas, y acaso también las futuras, si resulta que el proveedor está obligado a soportar al cesionario y no puede rechazar su aceptación por meras razones de solvencia comparativa.

«El proveedor no podrá negar su consentimiento», se expresa el legislador, con lenguaje importado de los contratos internacionales usuales. La locución es desafortunada. El proveedor no está obligado a consentir, sino simplemente está sujeto a la cesión, le guste o no. Podrá objetar la cesión si ésta no cumple con las exigencias expuestas y, entonces, será preciso litigar o transigir. Pero la sentencia o laudo desestimatorios de su pretensión no le van a condenar a emitir una declaración de voluntad, sino que declararán bien producida la cesión.

Competencia judicial y ley aplicable

Se reproduce para el presente la norma de competencia judicial exclusiva dictada por la LCA y, con ello, también se trasladan los problemas interpretativos. ¿No cabrá arbitraje en lugar de proceso? ¿Pueden los contratantes someter su contrato a derecho extranjero? Evidentemente sí, pues la LES no puede derogar los compromisos de España en esta materia, que se contienen en el Reglamento *Roma I* de la UE. La posible elección (incentivada por la LES) de un derecho extranjero —que no podrá ser impedida— genera incertidumbres de toda clase sobre si el juez español eventualmente competente podrá entonces aplicar el régimen legal como una suerte de norma imperativa o principio de orden público del foro. Dejo este tema abierto.



¿Se aplicará la norma de competencia exclusiva cuando resulte competente un tribunal extranjero conforme a alguno de los criterios del Reglamento 44/2001? Evidentemente no, pues la ley interna no puede derogar los foros de competencia, incluso electiva, de esta norma comunitaria (conforme, STS 15 noviembre del 2010, para un contrato de agencia).

El pronóstico no es dudoso. Fabricantes e importadores querrán imponer en sus contratos un derecho extranjero y someterán las contiendas futuras a arbitraje comercial o a jurisdicción extranjera. Pero las incertidumbres no habrán acabado con ello.

Otros contratos de distribución

La Disposición adicional 16.^a de la LES se aplica sólo a contratos de distribución de vehículos automóviles e industriales. Pero quien conozca la experiencia judicial producida desde la promulgación de la LCA en 1992 sabe bien los perversos resultados a que puede conducir la alegre postulación de aplicaciones analógicas. Si *hoy por hoy* nuestra jurisprudencia civil no ha conseguido liberarse de la sombra de la aplicación analógica de la LCA a los contratos de distribución, téngase por asegurada la aplicación analógica de esta nueva ley al resto de los contratos de distribución distintos de los de la Disposición adicional 16.^a de la LES. Mucho menos trecho tiene que recorrer el juez para llegar des-

de esta ley a los otros contratos de distribución que el que ha tenido que recorrer para llegar desde la Ley de Contrato de Agencia a los contratos de concesión mercantil. No es preciso magnificar el impacto brutal que en nuestro sistema jurídico va a producir esta deplorable aventura legislativa nocturna y clandestina del Senado español.

Transitoriedad

El Congreso rechazó que el nuevo régimen se aplicara a los contratos de distribución ya existentes. Pero ¿de verdad hizo esto el Congreso?

Lo que se produjo fue el rechazo de la enmienda del Senado por la que esta ley se aplicaría a los contratos de distribución celebrados con anterioridad a la fecha de entrada en vigor de la LES. Con esto no se quiere suponer que la nueva ley no tenga eficacia retroactiva, sino exclusivamente *que se aplican las reglas generales* de derecho intertemporal. Advierto que el dilema se halla en la añeja diversidad de principios que rigen las Disposiciones transitorias 1.^a y 4.^a del Código Civil y que aquélla se hace manifiesta cuando las situaciones intertemporales son, como los contratos de distribución, relaciones jurídicas de tracto duradero. La cuestión es lo bastante grave como para dejarla, de momento, irresuelta.