

Automoción

# Contratos de agencia genuinos (y no genuinos) en el sector de la automoción y el derecho de la competencia

Se analizan las diferencias entre agente genuino y no genuino a los efectos del derecho de la competencia a la vista de los cambios anunciados por algunas marcas de automoción en los contratos con sus redes (*dealers*), así como los modelos de doble función que están siendo objeto de estudio actualmente por la Comisión Europea.

## AINARA RENTERÍA TAZO

Abogada, responsable del Grupo de Automoción de Gómez-Acebo & Pombo

## RICARDO ALONSO SOTO

Catedrático de Derecho Mercantil de la Universidad Autónoma de Madrid  
Consejero académico de Gómez-Acebo & Pombo

### 1. Introducción

Existe un interés en el sector de la automoción por conocer las diferencias entre los agentes genuinos y no genuinos a los efectos del derecho de la competencia, a la vista de los cambios anunciados por algunas marcas de automoción en los contratos de concesión actuales y del replanteamiento de sus redes de distribución de vehículos. Las marcas se plantean que los actuales concesionarios se conviertan en agentes y cobren una comisión fija o variable en función de sus ventas, al menos para algunos productos.

### 2. Análisis

#### 2.1. Contratos de agencia genuinos

En derecho de la competencia se considera que el agente que desarrolla su actividad por cuenta del fabricante y siguiendo las instrucciones de éste (se dedica sólo a promover la venta de los productos y no a comprarlos para revenderlos) no tiene una voluntad independiente distinta de la del fabricante, de tal manera que su actuación se asimila a la venta directa por el fabricante por medio de trabajadores de la empresa

(comerciales), de modo que, al no existir dos voluntades independientes que puedan pactar, no hay práctica colusoria prohibida por los artículos 101.1 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea y 1.1 de la Ley de Defensa de la Competencia. Esto significa que el fabricante puede fijar los precios y condiciones con que debe promover las ventas el agente.

Al agente que actúa siempre por cuenta del fabricante sin asumir el riesgo de las operaciones en que interviene se lo denomina *agente genuino*.

Para constatar la inexistencia de autonomía del agente, esto es, para ser considerado «agente genuino» habrá que analizar lo siguiente: a) que el agente no asuma el riesgo de las operaciones en las que interviene; b) que no mantenga a su costa un importante *stock* de productos (puede tener algo de *stock* propio); c) que no asuma el coste de la organización de los servicios de atención al cliente (aunque sí podrá tener empleados a su cargo para sus labores de promoción y administrativas, por ejemplo); d) que sea el fabricante quien fije los precios y las condiciones de venta; e) que la remuneración del agente consista en una comisión por las ventas que se han generado con su intervención, comisión que puede ser fija y variable. En definitiva, si no asume ninguno de los riesgos enumerados ni ostenta la propiedad de los productos que promueve, si el precio de venta al público de dichos productos lo fija el fabricante y no puede desarrollar un comportamiento independiente con respecto a las instrucciones del fabricante, será un verdadero agente genuino (*vide* la Comunicación de la Comunidad Europea de 24 de

diciembre de 1962 —*JOCE* núm. 2921, de 24 de diciembre de 1962— y las Directrices sobre restricciones verticales de la competencia de 19 de mayo del 2010, II. Acuerdos excluidos, 2. Acuerdos de agencia, párrafos 12 a 21).

Se plantea el sector de la automoción ciertas cuestiones prácticas a la hora de valorar la opción de agencia genuina:

- 1) Inversiones que se vayan a realizar en las instalaciones del agente (punto de venta) en la medida en que todas ellas tendrán que guardar una imagen de marca.

En este sentido, no hay problema en que las inversiones en las instalaciones del agente, esto es, en los puntos de venta, sean efectuadas por el propio agente genuino. En este sentido, el artículo 29 de la Ley de Contrato de Agencia prevé que el fabricante inste al agente a llevar a cabo determinadas inversiones para la ejecución del contrato, las cuales le tendrán que ser indemnizadas si el contrato se extingue antes de que el agente pueda amortizarlas. De ahí se deduce que los gastos de instalación impuestos por el fabricante corren a cargo de éste.

- 2) Mecanismos de recogida de vehículo usado como pago de parte del precio de compra del vehículo nuevo (*trade in*).

Con el modelo de agencia genuino habrá que dar una vuelta también a la articulación de los mecanismos

de recogida del vehículo usado como pago de parte del precio del vehículo nuevo que vende el agente genuino por cuenta del fabricante; en estos casos, el propietario del vehículo usado que se recoge tendrá que ser el fabricante, que será quien lo reciba como pago del precio, sin perjuicio de que encomiende su reventa al agente o se lo venda o ceda para que, en otra línea de actividad —diferente a la de agencia—, el agente pueda seguir con una actividad de compraventa de vehículos usados.

## 2.2. *Contratos de agencia no genuinos*

Cuando no se dan las condiciones anteriores y el agente asume los riesgos de la operación de venta, financia a su costa la comercialización de los productos y tiene capacidad para fijar los precios y las condiciones de venta, se convierte en un *agente no genuino* equiparable a un distribuidor, que revende los productos que ha comprado al fabricante. Su retribución, en este caso, se determinaría por el margen comercial consistente en la diferencia entre el precio de compra al fabricante y el de venta al público de los productos. El contrato con un agente no genuino, sea cual sea su denominación, tendría la naturaleza jurídica de un contrato de distribución sometido a las normas de competencia, especialmente al Reglamento (UE) núm. 330/2010, de exención por categorías para los acuerdos de suministro y distribución.

La jurisprudencia ha tenido ocasión de pronunciarse sobre esta distinción entre agentes genuinos y no genuinos en múltiples ocasiones (SSTJCE de 3 de julio

de 1966, as. Grundig, y de 16 de diciembre de 1975, as. Azúcar; STPI de 15 de septiembre del 2005, as. Daimler; Decisiones de la CE de 10 de octubre del 2001, as. Mercedes Benz, y de 12 de abril del 2006, as. Repsol).

En España hay jurisprudencia abundante sobre el tema, fundamentalmente en materia de gasolineras o estaciones de servicio en las que se dilucida si la gasolinera es agente genuino o distribuidor (SAP de Madrid de 5 de marzo del 2009; Resoluciones del TDC de 30 de marzo de 1974, as. Perfumes Rochas; de 30 de mayo del 2001, as. Cepsa, y de 11 de junio del 2001, as. Repsol).

## 2.3. *Modelos de doble función*

La Comisión Europea está estudiando actualmente unas directrices aplicables a las situaciones de doble función en las que una misma empresa actúa como agente para la comercialización de unos productos y como distribuidor independiente para la venta de otros del mismo fabricante: «Working paper: Distributors that also act as agents for certain products for the same supplier». En el primer caso, el fabricante podría fijar el precio de venta al público del producto, mientras que, en el segundo, sería el distribuidor el que lo fijara.

La Comisión Europea está preocupada por el modelo de doble función, puesto que un empresario podría abusar del concepto de 'agencia' para eludir la aplicación de las normas de competencia. Las principales cuestiones a este respecto serían las siguientes: 1) que el distribuidor, al fijar su propio precio de venta al público del producto se

deje influir, siga o asuma el precio de venta al público que el fabricante fije para el agente genuino, y 2) la dificultad para distinguir las inversiones y los costes que deben ser cubiertos por el fabricante en el caso de agencia y por el propio distribuidor en caso de distribución cuando los mercados sean los mismos.

Por lo tanto, las directrices ven mayor justificación en los casos en que se distingue entre productos con características objetivas diferenciadas. Por ejemplo, que opere una agencia genuina en vehículos

de alta gama o eléctricos y para el resto no, de forma que no pueda haber indicios de influencia de las condiciones de venta de este tipo de productos diferenciados sobre otro tipo de productos en régimen de distribución por sus características objetivas diferenciadas. Sólo será válido si el distribuidor es completamente libre para firmar el contrato de agencia, es decir, que el acuerdo no sea impuesto por el fabricante bajo amenazas o coacciones y si todos los riesgos relevantes vinculados a la venta de bienes bajo el acuerdo de agencia son asumidos por el fabricante.