

UNIVERSIDAD PANAMERICANA

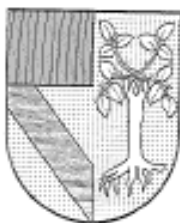
CAMPUS GUADALAJARA

JUAN FRANCISCO BARRERA ALARCÓN

**“EL CONTRATO DE AGENCIA Y LA FIGURA DE
LA INDEMNIZACIÓN AL AGENTE DESDE UNA
PERSPECTIVA DE DERECHO COMPARADO”**

**Tesis presentada para optar por el título de Licenciado en
Derecho con Reconocimiento de Validez
Oficial de Estudios de la SECRETARÍA DE EDUCACIÓN PÚBLICA,
según acuerdo número 86809 con fecha 13-VIII-86**

Zapopan, Jalisco, Marzo de 2018.



UNIVERSIDAD PANAMERICANA
CAMPUS GUADALAJARA

DICTAMEN DEL TRABAJO DE TITULACIÓN

C. JUAN FRANCISCO BARRERA ALARCÓN
Presente.

En mi calidad de Presidente de la Comisión de Exámenes Profesionales y después de haber analizado el trabajo de titulación en la opción TESIS titulado: **"EL CONTRATO DE AGENCIA Y LA FIGURA DE LA INDEMNIZACIÓN AL AGENTE DESDE UNA PERSPECTIVA DE DERECHO COMPARADO"**, presentado por Usted, le manifiesto que reúne los requisitos a que obligan los reglamentos para ser presentado ante el H. Jurado del Examen Profesional, por lo que deberá entregar siete ejemplares como parte de su expediente al solicitar el examen.

Atentamente

EL PRESIDENTE DE LA COMISIÓN



DR. EDUARDO ISAIÁS RIVERA RODRÍGUEZ



Guadalajara, Jalisco, a 25 de octubre de 2017

MAESTRO MANUEL ENRIQUE TOVAR HERNÁNDEZ
SECRETARIO ACADÉMICO DE LA LICENCIATURA DE DERECHO
DE LA UNIVERSIDAD PANAMERICANA, CAMPUS GUADALAJRA.
P R E S E N T E

Apreciable Maestro,

Por medio del presente hago de su conocimiento que JUAN FRANCISCO BARRERA ALARCÓN, quién cursó la Licenciatura de Derecho en esta Universidad, ha concluido satisfactoriamente su trabajo de tesis titulado: *"EL CONTRATO DE AGENCIA Y LA FIGURA DE LA INDEMNIZACIÓN AL AGENTE DESDE UNA PERSPECTIVA DE DERECHO COMPARADO"*.

Le comunico después de haber sido revisado el trabajo por la suscrita, que reúne todos los requisitos técnicos y académicos para solicitar fecha de Examen Profesional.

Agradezco de antemano la atención que puedan brindar al presente, reiterándome a sus órdenes.

ATENTAMENTE



Dra. Soyla H. León Tovar
Directora de Tesis

A mi padre.

ÍNDICE

| | |
|---|-----------|
| INTRODUCCIÓN | 7 |
| I. ANTECEDENTES HISTÓRICOS | 9 |
| 1. CÓDIGO DE HAMMURABI..... | 9 |
| 2. DERECHO ROMANO | 10 |
| 3. EDAD MEDIA..... | 14 |
| A) Representación en el Derecho Canónico..... | 15 |
| B) <i>Commenda</i>..... | 16 |
| 4. ANTECEDENTES MODERNOS | 16 |
| II. GESTIÓN DE NEGOCIOS AJENOS | 18 |
| 1. REPRESENTACIÓN, PODER Y MANDATO | 18 |
| A) Definición de representación..... | 18 |
| B) Representación y poder | 19 |
| C) Distinción de la representación de otras figuras..... | 21 |
| D) Representación y mandato..... | 22 |
| E) Contrato de prestación de servicios y mandato | 25 |
| F) Mandato, comisión y agencia..... | 27 |
| III. ASPECTOS GENERALES DEL CONTRATO DE AGENCIA | 31 |
| 1. JUSTIFICACIÓN ECONÓMICA | 31 |
| 2. CONTRATO DE AGENCIA..... | 35 |
| A) Concepto de agente..... | 35 |
| B) Carácter mercantil de la agencia | 37 |
| C) Características Principales | 40 |
| D) Derechos y Obligaciones de las Partes | 41 |
| E) Terminación | 42 |
| F) Indemnización o Compensación al Agente | 43 |
| IV. REGULACIÓN DEL CONTRATO DE AGENCIA EN MÉXICO..... | 46 |
| 1. CÓDIGO DE COMERCIO..... | 46 |
| 2. AGENTES DE SEGUROS Y DE FIANZAS | 47 |
| 3. AGENTES ADUANALES..... | 50 |

| | |
|---|------------|
| 4. AGENTES NAVIEROS | 51 |
| 5. AGENTES DE COMERCIO DE LA LEY FEDERAL DEL TRABAJO..... | 52 |
| V. REGULACIÓN DE LA AGENCIA EN EL MUNDO | 54 |
| 1. UNIÓN EUROPEA..... | 54 |
| A) Directiva 86/653-CEE..... | 54 |
| B) Italia | 83 |
| C) España | 94 |
| D) Alemania..... | 104 |
| E) Francia..... | 115 |
| 2. LATINOAMÉRICA..... | 123 |
| A) Argentina | 123 |
| B) Otros países de Latinoamérica | 131 |
| 3. REGULACIÓN INTERNACIONAL..... | 143 |
| A) Contrato Modelo de la CCI..... | 143 |
| B) Convención de Ginebra sobre representación (Agency) en la compraventa internacional de mercaderías..... | 151 |
| VI. CONCLUSIONES..... | 156 |
| VII. PROPUESTA DE REGULACIÓN..... | 159 |
| BIBLIOGRAFÍA | 175 |

INTRODUCCIÓN

En la economía actual, el contrato de agencia es un contrato de suma importancia y uso extendido en el comercio internacional, ya que es una manera simple y económica de incursionar en nuevos mercados y/o ampliar el mercado de productos o servicios.

El contrato de agencia se distingue de otras figuras principalmente por ser un contrato de larga duración en el cual el agente actúa de manera independiente, a efecto de promover y en algunos casos concluir contratos, a cambio de una retribución, para la compraventa de bienes o servicios. En dicho contrato interviene la figura del mandato, y en ciertos casos la representación y procura.

No obstante lo anterior, nuestra regulación actual no prevé una regulación específica para el contrato de agencia u otros contratos de larga duración, generando incertidumbre jurídica para las partes, inhibiendo el comercio y permitiendo abusos en detrimento del agente. Conforme a lo anterior, el propósito de este trabajo es entender la naturaleza jurídica del contrato de agencia, las normas que le son aplicables actualmente, y proponer una regulación específica, que proteja de manera adecuada al agente.

Para lograr lo anterior, en el primer capítulo se realiza un análisis histórico de figuras similares al contrato de agencia; en el segundo capítulo se analizan las figuras de la representación, poder y mandato; en el tercer capítulo la justificación económica del contrato de agencia y sus características principales, de acuerdo con la doctrina y la mayoría de las legislaciones; en el cuarto capítulo se analiza su regulación, o falta de regulación en México, y; por último, en el quinto capítulo se realiza un análisis de derecho comparado de su regulación en el mundo.

En primer lugar, resulta relevante conocer los antecedentes históricos de dicho contrato, a efecto de entender de qué figuras y en qué contexto nace dicho contrato, mismo que se encuentra estrechamente relacionado con las figuras de representación y mandato.

En segundo lugar, a efecto de determinar en dónde encuadra la figura de la agencia y de qué manera se diferencia de figuras similares como el mandato *stricto sensu*, comisión mercantil

o el contrato de prestación de servicios, entre otros, resulta necesario analizar las figuras de representación, poder y mandato como se entienden actualmente. De lo anterior se advierte que existen diferencias sustanciales que justifican su regulación, y deficiencias que no permiten su aplicación analógica de manera adecuada.

En adición a lo anterior, existe una necesidad económica que justifica su regulación, ya que dicho contrato representa un método fácil y económico de incursionar en nuevos mercados y/o ampliar el mercado, lo cual conlleva mejoras en eficiencia y reducción de costes tanto para los productores como para los consumidores, y otorga seguridad jurídica a las partes contratantes y a terceros.

Una vez realizado lo anterior, se analiza de manera abstracta lo que han entendido la doctrina y la mayoría de las legislaciones por contrato de agencia y cómo se encuentra regulada dicha figura en México.

Finalmente, se realiza un análisis de derecho comparado de la figura de la agencia y la figura de la indemnización al agente, con principal enfoque en la Directiva 86/653-CEE de la Unión Europea, la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, la aplicación de la Directiva en distintas legislaciones europeas, su regulación en los principales países de Latinoamérica, las interpretaciones que han adoptado los tribunales de muchos de estos países y los instrumentos internacionales que regulan dicha figura.

Conforme a todo lo anterior, el presente trabajo concluye con una propuesta de regulación del contrato de agencia dentro del Código de Comercio, basada en la naturaleza jurídica de dicho contrato y la experiencia del derecho comparado, cuya finalidad es otorgar certeza jurídica a las partes y proteger de manera adecuada al agente.

I. ANTECEDENTES HISTÓRICOS

A diferencia de otras figuras similares, el contrato de agencia y el agente de comercio son figuras del Derecho Mercantil relativamente recientes. Dichas figuras surgen en el siglo XIX como consecuencia de la expansión económica generada por la Revolución Industrial que generó la necesidad de que los comerciantes ampliaran su mercado¹.

El agente toma diversos aspectos de otras figuras del derecho mercantil, particularmente las relacionadas con la representación y la comisión, para así aparecer dentro del derecho como una nueva figura.

De los comisionistas y de los mediadores toma el agente su carácter de comerciante independiente; de los auxiliares independientes del comerciante recibe la nota de la permanencia en la relación que le une a otros comerciantes; y con unos y con otros coincide su actividad como actividad mediadora y representativa².

Como comenta el maestro Garrigues, el antecedente inmediato del agente comercial es la figura del viajante dependiente de su principal, sin embargo existen diversos antecedentes, que si bien no son directos de la figura del agente, sí lo son de las figuras de la representación y de la comisión, instituciones de suma relevancia para entender la figura del agente.

1. CÓDIGO DE HAMMURABI

El antecedente más lejano que se puede encontrar en relación con la figura del agente es en el Código de Hammurabi. Dicho Código consiste en la compilación de leyes que al día de hoy se considera el documento jurídico más importante sobre la civilización mesopotámica, realizado por el rey Babilonio Hammurabi, quien comenzó su reinado en el año 1750 a. C. Dicha compilación de leyes es una de las más antiguas que se han descubierto al día de hoy, únicamente precedida por los códigos de Códigos de Lipit-Istar, Bilalama y el más antiguo conocido, el de Ur-Nammu³.

¹GARRIGUES, Joaquín, *Curso de Derecho Mercantil*, Tomo I, Séptima Edición, Editorial Porrúa, México, 1979, p. 118.

²*Idem.*

³KRAMER, Samuel Noah, *La historia empieza en Sumer*, Ediciones Orbis, España, S.A., 1985, pp. 79-80.

Del Código de Hammurabi, así como de diversas tabletas contractuales se observa la costumbre de que los comerciantes se establecieran en centros comerciales en donde tenían “bodegas” y resguardaban su mercancía. Debido a lo anterior resultaba necesario que diversos “agentes” se encargaran de la comercialización y venta de los diversos productos⁴.

Al “principal” o “comerciante” se le denominaba *tamkar*, mientras que al “agente”⁵ o “vendedor” se le denominaba *shamallu*. La función del agente consistía tanto en la venta de los bienes del comerciante, la compra de productos por parte del agente o el préstamo de dinero al agente para la compra y venta de productos por su cuenta, de la cual se repartían las ganancias entre las partes. El agente podía ser tanto un esclavo dedicado al comercio, como un “vendedor ambulante”⁶.

Como se puede ver, a pesar de que se encontrara regulada una figura llamada “agente”, éste resulta un concepto muy general y hoy en día puede comprender diversas figuras jurídicas, como lo puede ser desde la relación laboral, comisión o distribución, entre otras.

2. DERECHO ROMANO

El derecho romano, considerado como uno de los tres fundamentos de la cultura occidental, reguló de una manera amplia la figura de la representación, concepto fundamental para entender la figura del agente y al cual se le dedica un apartado en la presente obra⁷.

En términos generales, el derecho romano solo admitía la representación indirecta. La representación directa en principio no era admitida, sin embargo se daba a través de los propios hijos o esclavos, ya sea por adquisición de derechos o por obligaciones contraídas, que según el caso, podían llegar a conducir a una condena contra el padre o dueño⁸.

Sin embargo, la representación directa en épocas posteriores se extendió:

⁴ EDWARDS, Chipleric, *The Hammurabi Code and the Sinaitic Legislation*, England, Watts & Co., 1921, pp. 74

⁵ Chipleric Edwards en su libro *The Hammurabi Code and the Sinaitic Legislation*, que consiste en una traducción al inglés del Código, así como notas explicativas, utiliza las palabras “agent” o “retailer” indistintamente, para denominar a la parte que se encargaba de la comercialización y venta, quien comenta podría ser tanto un “vendedor ambulante, como un esclavo dedicado al comercio” – “*The retailer might be a pedlar, or slave merchant, and carry his goods with him*”. Vid. EDWARDS, Chipleric, *The Hammurabi Code and the Sinaitic Legislation*, Watts & Co., England, 1921, pp. 74 y ss.

⁶ *Idem*.

⁷ Vid. Capítulo II.

⁸ D’ORS, Álvaro, *Derecho Privado Romano*, Quinta edición, Ediciones Universidad de Navarra, España, 1983, p. 533. Et.. DI PIETRO, Alfredo, *Institutas de Gayo*, Quinta edición, Abeledo-Perrot, Argentina, 1997, 2, 87-94; 3, 163-167.

La representación directa de personas *in potestate* se extendió al caso de que el encargado de un negocio (*praepositus*) fuera una persona extraña a la potestad del representado (*actio exercitoria e institoria*), pero de una manera más amplia Papiano introdujo una acción análoga a la *actio institoria* (*actio ad exemplum institoriae actionis*), gracias a la cual, podría alcanzar ese mismo resultado toda gestión realizada por persona extraña a la familia del representado, cuando aquélla contraía una deuda por encargo de éste (acción <<*quasi institoria*>> de los post-clásicos). Los últimos clásicos admiten igualmente la adquisición de la posesión y de la propiedad a través de tales representantes⁹.

La representación indirecta se realizaba por mediación de la figura del *procurator*, dentro del contrato de mandato, el cuarto de los contratos consensuales de acuerdo con la enumeración de Gayo, quien lo define en sus *Institutas*, como:

Instituta 3, 155. El mandato consiste en que mandemos hacer algo en nuestro favor o en favor de un tercero; así, si yo te he mandado administrar mis negocios o los de otra persona, se ha contraído la obligación del mandato, y recíprocamente quedamos obligados el uno hacia el otro a cumplir todas las prestaciones que la buena fe ordena¹⁰.

El contrato de mandato, debido a su naturaleza, es un contrato basado en la buena fe y confianza entre las partes en la cual se encomienda a otro a actuar en favor de sí mismo sobre cierta actividad, o hasta administrar sus negocios. En su obra “Etimologías¹¹”, “Isidoro de Sevilla comenta que el término *mandatum* se debe a que antiguamente, como vínculo de buena fe “*fides*”, las partes se daban la mano (*manum dabat; manus datum = mandatum*). También se entiende *manus* como “poder”, se puede decir que *mandare – manum dare = “dar poder”* (de actuar en mi nombre)¹². Por otro lado, comenta el autor Ricardo D. Rabinovich-Berkman que “*el mandato es uno de los contratos más romanos que existen... [pues]... Se fundaba en una relación de estrecha confianza entre las partes, y probablemente tuviera especial empleo en las épocas formativas de la República*”¹³.

En Roma existían dos tipos de mandato, el general (*omnium rerum*) o para un negocio concreto (*unius rei*), las cuales en tiempos de Cicerón se encontraban divididos en dos figuras diferentes (mandato y procura)¹⁴. Posteriormente, o se fusionaron, o la figura de la procura cedió al mandato. El procurador (“el que cuida por otro”), era un encargado de negocios de

⁹ D’ORS, *op. cit.*, p. 533.

¹⁰ DI PIETRO, *op. cit.*

¹¹ *Ibidem*, citando la obra “Etimologías” (orig. 4, 24, 20).

¹² *Ibidem*, citando la obra “Etimologías” (orig. 4, 24, 20).

¹³ RABINOVICH-BERKMAN, Ricardo D., *Derecho Romano*, Editorial Astrea, Argentina, 2001, p. 603.

¹⁴ *Ibidem*, p. 604. Dicho autor hace referencia particular a las Instituciones de Justiniano 3, 26, 1-6.

manera estable y permanente, originalmente administrador del patrimonio en ausencia del dueño, y luego en asuntos judiciales. No se sabe si en épocas posteriores ambas figuras se fusionaron, o el procurador, tras haber tenido un último momento de auge en el Principado, se extinguió. Parece desprenderse que el mandato general se basase en la antigua figura de la procura¹⁵.

El mandato podía ser otorgado de manera expresa o tácita y éste era esencialmente gratuito, sin embargo, como expresión de gratitud por el servicio se daba un donativo honorífico (*honorarium, salarium*), debido a que su origen se encuentra en el deber moral de asistencia entre el liberto y patrono o entre amigos.¹⁶ En un principio si el mandato no era gratuito caía dentro de la figura de la locación “*locatio conductio*”¹⁷, sin embargo en la época clásica tardía podía llegar a ser exigido a través de una acción (*extraordinaria cognitio*)¹⁸.

El mandato debía ser sobre un objeto lícito, el mandato sobre cosa inmoral o ilícita era nulo¹⁹, asimismo el mandato debía ser en interés del mandante (*mea gratia*) o de un tercero (*aliena gratia*), o de los dos, pero nunca en interés exclusivo del *procurator*²⁰. Las Institutas de Justiniano establecen que “*El mandato se contrata de cinco modos, sea que alguien te mande en su propio beneficio, o en el de ambos, o en el de otro, o en el de otro y él, o en el tuyo y de otro. Pero si el mandato fuera sólo en tu beneficio, sería superfluo, y no nacería de él ninguna obligación, ni la acción de mandato...*”²¹.

Respecto de las obligaciones de las partes, por un lado el *mandator* se encontraba obligado a indemnizar al *procurator* por los gastos efectuados o daños sufridos en el cumplimiento del mandato²². Por el otro lado, el *procurator* se encontraba obligado a apearse a las instrucciones del *mandator* sin rebasar los *finis mandati*²³, a rendir cuentas al *mandator* transfiriéndole todo lo conseguido en la gestión, incluidos frutos y accesiones²⁴, responder de

¹⁵*Idem.*

¹⁶GORDILLO MONTESINOS, Roberto Héctor, *Derecho Privado Romano*, Segunda Edición, Editorial Porrúa, México, 2008, p. 629.

¹⁷RABINOVICH-BERKMAN, *op. cit.*, p. 603. Dicho autor hace referencia particular a las Instituciones de Justiniano 3, 26, 13.

¹⁸GARCÍA DEL CORRAL, Ildefonso L., *Cuerpo del Derecho Civil Romano. Primera Parte. Instituta-Digesto*, Editorial Lex Nova, España, 2004, Institutas. 3, 26, 7.

¹⁹GORDILLO MONTESINOS, *op. cit.*, p. 629

²⁰*Ibidem*, p. 630.

²¹RABINOVICH-BERKMAN, *op. cit.*, p. 601. Dicho autor hace referencia particular a las Instituciones de Justiniano 3, 26.

²²GARCÍA DEL CORRAL, *op. cit.*, Digesto 17, 1, 27, 4 *et.* 17, 1, 56, 4.

²³*Ibidem*, Institutas. 3, 26, 8; Digesto. 17, 1, 5.

²⁴*Ibidem*, Digesto. 17, 1, 8, 10. 17, 1, 10, 3, *et.* 17, 1, 12, 9.

su dolo y de su culpa²⁵ y, salvo prohibición expresa se encontraba facultado para nombrar a su vez otro *procurator*²⁶.

Por último, el mandato se podía extinguir por diversas causas²⁷: (i) por cumplimiento del negocio; (ii) imposibilidad de realizarlo; (iii) vencimiento del término establecido; (iv) voluntad de las partes; (v) *revocatio* del mandante²⁸, misma que producía sus efectos hasta que el *procurator* tuviera conocimiento de ello; (vi) *renuntiatio* del *procurator*, y; (vii) muerte o *capitis deminutio* de cualquiera de las partes, siendo válido el mandato en dicho caso hasta que el *procurator* se entere de la muerte del *mandator*²⁹.

Por otro lado, como se comentó anteriormente, cuando el mandato no era gratuito, caía dentro de la figura de la *locatio conductio*, Armando Torrent, en su “Diccionario de derecho romano” la define de la siguiente manera:

Locatio Conductio. Arrendamiento. Contrato consensual, bilateral y perfecto empleado en Roma para situaciones muy diversas entre ellas... se comenzó a distinguir bajo tres figuras: *locatio-conductio rei*, *operarum* y *operis faciendi*, en que una persona (*locator*, arrendador) se obligaba a conceder a otra (*conductor*, arrendatario) el uso y disfrute de una cosa contra el pago de una merced, (*locatio rei*); o a realizar una actividad normalmente sobre una cosa del *conductor* como el transporte de una cosa de un lugar a otro o para que la trasformase en utilidad de éste (*locatio operis*, arrendamiento de obra); o a poner a disposición de otra su propia fuerza de trabajo (*locatio operarum*, lo que hoy llamaríamos contrato de trabajo)...Catón en su tratado *De agri cultura* apunta ejemplos de los tres tipos de arrendamiento (de cosas, de obra y de servicios)”...”Característica esencial de este contrato que lo distingue de otras figuras como el mandato, es su carácter oneroso. La contraprestación consiste en el pago de un canon llamado siempre *merces* (y muy raramente *pretium*). Elementos constitutivos del contrato son por tanto la cosa (*res locata*) y la *merces*³⁰.

Como se puede advertir, la figura de la *locatio-conductio rei* se refiere al arrendamiento puro, y la *locatio-conductio operis* se refiere al contrato por el cual se entregaba una cosa para que la otra parte la transformase (para que realizara una obra). Nos enfocaremos en la *locatio-conductio operarum* que es el antecedente de la relación laboral o el contrato de trabajo, y que además consiste en uno de los antecedentes del contrato de agencia.

²⁵Vid. *ibidem*, Digesto. 15, 3, 17.

²⁶Vid. *ibidem*, Digesto. 17, 1, 8, 3.

²⁷ Respecto de las características del mandato, véanse: GARCÍA DEL CORRAL, *op.cit.*, Institutas de Justiniano (3,26). Et; GORDILLO MONTESINOS, *op. cit.*, p.p. 629-631.

²⁸ GARCÍA DEL CORRAL, *op. cit.*, Institutas. 3, 26, 9; Digesto. 17, 1, 15.

²⁹*Ibidem*. Institutas. 3, 26, 10; Digesto. 17, 1, 26.

³⁰ TORRENT RUIZ, Armando, *Diccionario de Derecho Romano*, Edisofer Libros Jurídicos, España, 2005, pp. 654-655.

La *locatio-conductio operarum* aparece a finales del siglo I a.C., y por esta el arrendador (*locator*) pone su fuerza laboral a disposición del arrendatario (*conductor*), quien se obliga a pagar una contraprestación (*merces*)³¹. Dicha figura consiste en el antecedente directo del contrato de trabajo, en el que en un principio solo era prestado por esclavos (por ello es probable que en un principio fuera considerada una *locatio conductio rei*, siendo el esclavo considerado como una cosa), sin embargo posteriormente los servicios empezaron a ser prestados por personas libres³². Resulta determinante de la relación, el carácter personal de la prestación del servicio, y la subordinación al mando e instrucciones del *conductor*³³. Aspectos que como se dijo, consisten en el antecedente directo del contrato de trabajo y hasta cierto punto lo distancian del contrato de agencia, principalmente debido a la subordinación de la relación y porque consistía principalmente en la prestación de trabajos manuales.

No obstante ello, resulta importante hacer mención y estudiar la *locatio conductio operarum*, pues cuando el mandato romano, no fuere gratuito, se consideraba arrendamiento:

Inst. 3, 26, 13. Ha de saberse, por último, que el mandato, si no fuere gratuito, cae en otra forma de negocio; porque habiéndose fijado estipendio, comienza á ser arrendamiento: y para hablar en general, en aquellos casos en que, habiéndose aceptado un encargo sin retribución, se celebra un contrato de mandato ó de depósito, en estos mismos casos, mediando retribución, se entiende que se hace un arrendamiento. Y por consiguiente, si alguno hubiese dado al batanero vestidos para lavarlos ó cuidarlos, ó al sastre para componerlos, sin haberse fijado ni prometido estipendio, compete la acción de mandato³⁴.

De las figuras antes estudiadas se advierten los antecedentes principales del contrato de agencia, que consistían en el mandato y el arrendamiento de obra, en los cuales se desarrollaron las figuras de la representación y de la remuneración al agente.

3. EDAD MEDIA

El derecho mercantil nace en la Edad Media debido a las necesidades especiales que llevaron a la exigencia de un Derecho especial destinado originariamente al comercio (no obstante que hoy en día en nuestro país se trate de meramente un derecho del “acto de comercio”³⁵) ya que el Derecho civil resultó insuficiente y no se adaptó a las exigencias

³¹ *Idem*.

³² *Idem*.

³³ *Ibidem*, p. 655, El autor cita particularmente cita a Ulp. D. 19, 2, 19, 8.

³⁴ GARCÍA DEL CORRAL, *op. cit.*, Institutas. 3, 26, 13.

³⁵ GARRIGUES, Tomo I, *op. cit.*, p. 13.

técnicas del comercio, lo anterior principalmente debido a que el derecho romano había perdido la “elasticidad” que le caracterizaba tras la pérdida del Pretor, su órgano de creación³⁶. En virtud de lo anterior, se fueron separando poco a poco los comerciantes del Derecho civil, adoptando sus propias costumbres, principios e instituciones totalmente desconocidas para el Derecho Civil, para finalmente reglamentarse de manera separada y el funcionamiento de organismos completamente ajenos al Derecho civil, tales como los bancos. Dicha separación se debió a la realidad económica de la Edad media y no fue un mero capricho ni criterio dogmático³⁷.

Sin embargo, tal cual dice Garrigues *“La consideración de la historia del Derecho privado nos muestra que la separación entre Derecho civil y Derecho mercantil no es un hecho universal ni permanente. Antiguamente no existió en Roma, y modernamente no existe en Suiza, en Italia, y en los países anglosajones... la desaparición del Derecho mercantil del marco legislativo contemporáneo se debe primordialmente al fenómeno de la generalización del Derecho mercantil”*³⁸, pues bien, tal como en la Edad Media diversas necesidades llevaron a realizar dicha separación, hoy en día la tendencia es contraria.

En conjunto con el nacimiento del derecho mercantil en la Edad Media, nacen, se retoman y se modifican diversas figuras del derecho, que consisten en antecedentes del moderno contrato de agencia comercial, a continuación se exponen las diversas figuras que han influido y sirven como antecedente del contrato de agencia.

A) Representación en el Derecho Canónico

“El Derecho Canónico acogió ya la institución de la representación, prescindiendo de las limitaciones del Derecho Romano. Ello dice Saggese, *“era consecuencia lógica de aquella profunda tendencia ética que alimentaba a todo el Derecho Canónico, y que colocaba en lugar superior a la buena fe para contratar, y a la corrección en la celebración de los contratos... La obligación, consecuentemente, asumía un carácter verdaderamente económico, y con ello el Derecho Canónico influye profundamente en la vida comercial, que*

³⁶ *Ibidem*, p. 29.

³⁷ *Ibidem*, pp. 29-30.

³⁸ *Idem*.

ya en aquella época surgía y se desarrollaba vigorosamente en las ciudades italianas, haciendo sentir su influjo, inclusive a través de los estatutos municipales”³⁹. Al respecto, los cánones 1104⁴⁰ y 1105⁴¹, hablan de la posibilidad de contraer matrimonio por medio de un *procurador*.

B) *Commenda*

La antigua *commenda* de la Edad Media, no obstante ser antecedente directo de la Sociedad en comandita y de manera más cercana a la asociación de en participación⁴², también es antecedente del contrato de mandato y por ende del contrato de agencia. Comenta Garrigues que la *comenda* constaba de la “...participación de un capitalista (*commendator*) en la especulación de un negociante (*tractator*), encomendándole mercancías para la venta o dinero para la compra”⁴³. Sin embargo menciona Garrigues que se distingue de las figuras modernas por el hecho de que en la primitiva *commenda* no existía todavía la figura social, no obstante que en la práctica se le llamase *societas*, pues el capital seguía siendo propiedad del capitalista. Comenta Garrigues que existe más bien un “arrendamiento de obra con participación en las ganancias”, lo cual nos lleva a suponer que nace a partir de la figura de la *locatio conductio*. La forma social aparece hasta después, distinguiéndose la *accomandita*, antecedente directo de la sociedad en comandita, y la *participatio*, antecedente de la asociación en participación y la que conservó la mayor esencia de la *commenda*⁴⁴.

4. ANTECEDENTES MODERNOS

Del antiguo contrato de *commenda* ya descrito, en el cual la persona que viajaba a un país extranjero para vender mercancías de otros, obteniendo una retribución a cambio, nace la figura del comisionista. Dicha figura aparece desde el siglo XII, siendo en un principio un

³⁹ BARRERA GRAF, Jorge, *La representación voluntaria en derecho privado. Representación de sociedades*, Universidad Nacional Autónoma de México, México, 1967, p. 15.

⁴⁰ Código Canónico, Canon 1104: (1) Para contraer válidamente matrimonio es necesario que ambos contrayentes se hallen presentes en el mismo lugar, o en persona o por medio de un procurador.

⁴¹ *Ibidem*, Canon 1105: (1). Para contraer válidamente matrimonio por procurador, se requiere: 1. Que se haya dado mandato especial para contraer con persona determinada; 2. Que el procurador haya sido designado por el mandante, y desempeñe personalmente esa función.

⁴² GARRIGUES, Tomo I, *op. cit.*, p. 378.

⁴³ *Idem*.

⁴⁴ *Idem*.

servidor o empleado del comerciante que ayuda a sus operaciones comerciales más allá de las fronteras de su país (viajante dependiente de su principal), para convertirse en estable e independiente, momento en el que surge el comisionista moderno⁴⁵.

Posteriormente, con la expansión económica del siglo XIX en el ámbito de la industria y del comercio exterior surge la figura del agente comercial “...como una figura compleja en la que se funden los elementos de otras figuras mercantiles. De los comisionistas y de los mediadores toma el agente su carácter de comerciante independiente; de los auxiliares independientes del comerciante recibe la nota de la permanencia en la relación que le une a otros comerciantes; y con unos y con otros coincide su actividad como actividad mediadora y representativa”⁴⁶. Del agente dedicado a la venta de mercancías en específico, dice Garrigues, su antecedente directo se encuentra en la figura del viajante dependiente de su principal, de la cual se habló.

⁴⁵GARRIGUES, Joaquín, *Curso de Derecho Mercantil*, Tomo II, Sexta Edición, Editorial Porrúa, México, 1979, pp. 100-101.

⁴⁶*Ibidem*, p. 118.

II. GESTIÓN DE NEGOCIOS AJENOS

1. REPRESENTACIÓN, PODER Y MANDATO

A) Definición de representación.

“El término representación viene del latín <<repraesentatio>>, que en la época clásica describía la acción de representar o de poner algo ante los ojos de alguien, y que terminó significando lo que en alguna acepción del español moderno: la acción de sustituir a una persona, de hacer sus veces o de cumplir su función”⁴⁷.

Como se mencionó en el capítulo de Antecedentes Históricos, en el Derecho Romano anterior a Justiniano se desconoció la representación, pues el Derecho Romano clásico no admitió que un acto o negocio jurídico celebrado por una persona produjera efectos en otra, lo cual se resolvía a través de la representación indirecta. Posteriormente, con el Derecho Canónico se acogió la institución de la representación sin los límites del Derecho Romano.

Barrera Graf define a la representación como *“...la realización y ejecución de actos jurídicos a nombre de otro; es decir, el obrar a nombre ajeno para la realización y ejecución de un acto o la celebración de un negocio jurídico”⁴⁸.*

Por otro lado, Alfredo Rocco define a la representación como *“...la situación jurídica mediante la que se da vida por el representante a una declaración de voluntad para realizar un fin, cuyo destinatario es otro sujeto, haciendo conocer a los terceros, a quienes va dirigida la declaración, que aquél obra en interés ajeno y consecuentemente todos los efectos jurídicos de esa declaración de voluntad se producen para el sujeto en cuyo interés se está obrando”⁴⁹.*

La representación generalmente supone la previa concesión de atribuciones y facultades ya sea por una persona o por la ley, sin embargo es posible obrar a nombre de otro sin que se hayan conferido previamente dichas atribuciones y facultades, y será representación siempre y cuando se sujete a una ratificación posterior.

⁴⁷ NEGRO COSTEA, José Luis, *Representación, Mandato y Poder*, Ministerio de Defensa, España, 2011, p. 13.

⁴⁸ BARRERA GRAF, Jorge, *La representación voluntaria en derecho privado. Representación de sociedades*, México, Universidad Nacional Autónoma de México, 1967. p. 11.

⁴⁹ NEGRO COSTEA, *op. cit.* pp. 13-14.

Como se puede observar, aunque dichas definiciones no coinciden totalmente, si son similares y apuntan hacia un mismo concepto de representación. Sin embargo, la teoría de la representación, y su diferenciación con el poder y el mandato no son universales, los autores franceses, por ejemplo, suelen fundir las ideas de poder, mandato y representación, “*Gaillard... define el <<pouvoir>> como la <<prérogative conférée (la charge confiée) a l’agent juridique dans un intérêt au moins partiellement distinct du sien>>*”⁵⁰.

Por otro lado, el *Uniform Commercial Code* norteamericano define al representante como cualquier persona con poder de actuar por otro, incluyendo al agente, entre otros⁵¹. Por su parte, cabe aclarar que el agente del *common law* no coincide con el agente que conocemos y que se estudia en el presente trabajo. La definición de agente en *common law* es mucho más general y más parecida a la figura de mandato y/o representación.⁵²

Arce Gargollo comenta que en el derecho de Estados Unidos de América, el término *agency* tiene varias aplicaciones y en general se refiere a una relación en la cual el agente está autorizado para actuar por y bajo el control de otra persona en negocios de naturaleza contractual, con terceras personas⁵³.

B) Representación y poder

La representación puede derivar de la voluntad de las partes (representación voluntaria), o de la ley (representación legal⁵⁴) como la patria potestad o la tutela. Para efectos del presente trabajo nos enfocaremos en la representación voluntaria.

⁵⁰*Ibidem*, p. 14, citando a GAILLARD, Emmanuel, “Le pouvoir en droit privé, Editions Economica, Paris, 1985.

⁵¹ *Uniform Commercial Code. 1-201 (33)*: “Representative” means a person empowered to act for another, including an agent, an officer of a corporation or association, and a trustee, executor, or administrator of an estate.

⁵² *Agency Defined: Agency is the fiduciary relationship that arises when one person (a “principal”) manifests assent to another person (an “agent”) that the agent shall act on the principal’s behalf and subject to the principal’s control, and the agent manifests assent or otherwise consents so to act.*

AMERICAN LAW INSTITUTE, *Restatement of the Law – Agency. Restatement (Third) Of Agency. Estados Unidos de América, 2017, sección 1.01*

⁵³ ARCE GARGOLLO, Javier, *Contratos Mercantiles Atípicos*, Editorial Porrúa, México, 1996, p. 246.

⁵⁴ Francesco Messineo, entre otros autores, no considera a la representación legal como una verdadera forma de representación, pues considera que al prescindir de la voluntad del titular y ser objeto de una ordenación normativa (es decir la necesidad de la representación legal), la desvirtúa o impide que se trate como una verdadera representación, por otro lado Barrera Graf considera que la nota esencial versa en el actuar en nombre e interés del representado, siendo la representación voluntaria o legal un hecho accesorio, tesis a la cual me adhiero. Al respecto, *vid. NEGRO COSTEA, op. cit.*, pp. 26- 34.

Se entiende por representación voluntaria “*un poder que se concede a una persona para celebrar actos jurídicos a nombre de otra y sobre todo, en el ejercicio o manifestación de tal poder frente a terceros*”⁵⁵.

La representación voluntaria por un lado supone un negocio eminentemente unilateral, que es la fuente de la representación, y constituye el poder o procura. El poder o procura es el acto o la manifestación de la voluntad de una persona (acto unilateral), que concede un poder a otra, y al ser unilateral no necesita el consentimiento o ejecución por parte del representante, para su perfección. En segundo lugar, como acto ulterior, se encuentra la aceptación del representante, la cual plantea la relación bilateral y supone el actuar del representante dentro de las facultades conferidas, y su posterior ejecución frente a terceros⁵⁶.

*“Existe pues, decíamos, un acto unilateral, poder o procura, enseguida y a virtud de otra actividad unilateral como es la aceptación (o ratificación posterior) del representado, surge una relación bilateral, la que plantea relaciones internas entre representado y representante, y después de todo ello se tiene la actuación del representante frente a terceros, es decir, la ejecución del poder o procura, que acarrea las manifestaciones externas de la representación y hace introducir un nuevo sujeto a la relación para convertirla de bilateral en trilateral”*⁵⁷.

Comenta Pérez Fernández del Castillo que el poder o apoderamiento no tiene un fin en sí mismo, sino que es un medio, o negocio independiente, como lo cataloga Ihering, que para su realización va unido a otra figura jurídica⁵⁸.

La figura de la representación supone por una parte la sustitución⁵⁹ (un *negocio de sustitución*, diría el maestro Barrera Graf) del representado por el representante, y por otra parte, la afectación de un patrimonio ajeno al suyo.

El *negocio de sustitución* supone que el representante se ostente como tal frente a terceros con quienes contrata, abiertamente obrando a nombre del representado, a lo anterior la

⁵⁵ BARRERA GRAF, Jorge, *La Representación de Sociedades .Conferencia dictada en el Ilustre y Nacional Colegio de Abogados el 21 de julio de 1964*, Librería de Manuel Porrúa, México, 1964, p. 12.

⁵⁶ *Idem. Et. PÉREZFERNÁNDEZ DEL CASTILLO, Bernardo, Representación, poder y mandato. Prestación de servicios profesionales y su ética*, Decimosegunda edición, Editorial Porrúa, México, 2003, pp. 14-16.

⁵⁷ BARRERA GRAF, *La Representación de Sociedades, op. cit.*, pp. 12-13.

⁵⁸ PÉREZ FERNÁNDEZ DEL CASTILLO, *op. cit.* pp. 14-15.

⁵⁹ No existe unanimidad en la doctrina respecto a la sustitución. Ciertos autores que hablan únicamente de una ficción. Al respecto, Manuel Borja Soriano comenta que: “*La teoría de la sustitución real de la personalidad jurídica del representado por la del representante, es a mi juicio la mejor desde el punto de vista doctrinal. Sin embargo, teniendo en cuenta que los artículos de nuestros Códigos de 1884 y de 1928 en materia de representación proceden del Código de 1870, época en la que entre nosotros la teoría conocida era la de la ficción, que ésta es la tradicional en México, como en Francia, creemos que con el criterio de esa teoría es como debemos interpretar nuestros preceptos legales en materia de representación, aceptando esa teoría, como la acepta Geny*”. BORJA SORIANO, Manuel, *Teoría general de las obligaciones*, Vigesimoprimera edición, Editorial Porrúa, México, 2014, p. 250.

doctrina le denomina *contemplatio domini*. De lo contrario, si el representante ocultara la relación con su representado, se estaría ante una representación indirecta⁶⁰.

La segunda característica de la representación (afectación de un patrimonio ajeno al suyo), la cual es consecuencia del obrar a nombre de su principal, consiste en el hecho de que el acto o negocio celebrado no sea propiamente del representante, sino de la persona de la que a cuyo nombre y por cuyo interés obra (el representado), de tal manera que el tercero nunca se relaciona con el representante, sino que inmediata y directamente con el representado⁶¹.

Como se comentó, nuestro derecho distingue la representación directa (de la cual se ha estado hablando) de la representación indirecta, resulta importante resaltarlo, pues en la representación indirecta no existe realmente representación⁶². En aquella “*el mandatario oculta su carácter de tal, y finge al relacionarse con un tercero, que actúa como interesado directo obrando a nombre y en interés propio...; en tal caso no existe representación alguna, sino un fenómeno distinto y especial, de un género más amplio, a saber, un negocio indirecto, una interposición gestoría como propone Betti que se la denomine*”⁶³.

Cabe resaltar que en la representación indirecta, el representante (a quien le denominan *prestanombre* los franceses y *empresario oculto* los italianos), a diferencia de la representación directa, quedará vinculado con el tercero contratante, sin embargo la relación interna entre él y el representado se impone en definitiva e impide que la situación aparente prevalezca. Es por ello que en caso de transmisión de la propiedad, no sería necesario un acto de transmisión posterior entre el representante y representado⁶⁴.

C) Distinción de la representación de otras figuras

La representación se distingue de otras figuras afines como la de corretaje, o mediación, y la agencia (sin representación, tal cual se verá más adelante), debido a que en estas figuras quien actúa nunca se relaciona con los terceros, sino que solo con el principal. En dichos

⁶⁰ RICO ÁLVAREZ, Fausto, GARZA BANDALA, Patricio y COHEN CHICUREL, Mischel, *Tratado teórico-práctico de derecho de obligaciones*, Editorial Porrúa, México, 2013, p. 236. Et. BARRERA GRAF, La representación voluntaria en derecho privado, *op. cit.*, pp. 25- 26.

⁶¹ *Idem*.

⁶² PÉREZ FERNÁNDEZ DEL CASTILLO, Representación, poder y mandato, *op. cit.* pp. 11-13.

⁶³ BARRERA GRAF, La representación voluntaria en derecho privado. *op. cit.*, p. 32.

⁶⁴ *Ibidem*, pp. 31-38. Cfr. PÉREZ FERNÁNDEZ DEL CASTILLO, *op. cit.* pp. 26- 27. Et. RICO ÁLVAREZ, *op. cit.* p. 237.

casos, quien actúa únicamente se encarga de realizar una “gestión” (“*un mero instrumento jurídico para que el representado se vincule con tercero mediante [su] intervención...*”⁶⁵), siendo que solo intervendrán las voluntades del principal y del tercero co-contratante, mientras que el representante sí manifiesta la voluntad propia frente al tercero, claro, siempre a nombre y por cuenta del representado⁶⁶.

D) Representación y mandato

La representación se diferencia del mandato debido a que el segundo es siempre un contrato, mientras que la representación deriva y tiene como fuente un acto unilateral. Además, el mandato es un negocio de gestión, mientras que la representación implica y supone un verdadero actuar a cuenta de otro y en nombre ajeno.

...mientras el mandato, de acuerdo con su definición legal, estriba en ejecutar actos jurídicos por cuenta de tercero (el mandante), la representación estriba fundamentalmente en celebrar actos y negocios jurídicos a nombre del representado; hay una interposición material, como dice la doctrina italiana, en el mandato, y en cambio hay una interposición jurídica, una sustitución pudiéramos decir, en la representación⁶⁷.

Es muy común que se ligue al mandato con la representación, debido a ello su frecuente confusión. Se suele usar de manera indiferenciada, ya que la forma más común de mandato es el mandato con representación (obrando a nombre ajeno), sin embargo nada impide que el mandato se celebre sin otorgar representación. En el mandato sin representación la función del mandatario se reduce a gestionar un acto por cuenta del mandante, sin actuar de manera representativa, es decir, sin obrar a nombre del mandante, o actuando frente a terceros en nombre propio (en cuyo caso estaríamos hablando de representación indirecta), pero siempre por cuenta o interés del mandante. Tampoco nada impide que haya representación sin mandato, como se da en los casos de representación legal o la representación que proviene de un acto unilateral⁶⁸.

⁶⁵*Ibidem*, p. 27.

⁶⁶*Ibidem*, p. 39, et. BARRERA GRAF, *op. cit.*, La Representación de Sociedades. Conferencia..., p. 13.

⁶⁷*Ibidem*, p. 14.

⁶⁸ PÉREZ FERNÁNDEZ DEL CASTILLO, *op. cit.*, pp. 17 - 18. Et. BARRERA GRAF, La representación voluntaria en derecho privado, *op. cit.*, p. 110.

Tanto en el Código Civil⁶⁹ (artículo 2560), como en el Código de Comercio (artículo 273) distinguen de manera implícita pero clara, la representación del mandato (al mandato aplicado a actos concretos de comercio se le denomina comisión), pues permiten que el mandatario obre a nombre propio, permitiendo que haya mandato sin representación, y representación sin mandato.⁷⁰

Dicha distinción sigue la doctrina del derecho alemán, suizo e italiano, los cuales separan ambas figuras⁷¹. De igual manera, muchos de los códigos civiles y códigos de comercio de Iberoamérica se adhieren y realizan una distinción entre mandato con y sin representación (Véase. Guatemala art. 1686 CC; México arts. 2560, 2561 CC; Perú arts. 1806,1809 CC; Perú (sic) Arts. 1178, 1180 CC; España⁷² Art. 1717 CC; Venezuela art. 1.684 CC; Laudo Final CCI Caso No. 9400 *Lex Contractus* Derecho Colombiano y Laudo Final CCI Caso No. 10818 *Lex Contractus* Derecho Portugués)⁷³.

Por otro lado “El *Code Civil* francés (artículos 1.984 y 1.985) y muchos de los que se inspiraron en él, confunden el mandato y la representación, y consideran que la nota esencial del mandato es la representación del mandante por el mandatario. Algunos de los Códigos Civiles y Códigos de Comercio que siguen al francés son los de Argentina, Bolivia, República Dominicana y Uruguay”⁷⁴.

Diversos autores como Garrigues, Nattini, Ihering y Popesco Ramniceano, según comenta el maestro Barrera Graf, suelen hablar de mandato para referirse a la relación interna (relación entre representado y representante), y de procura para referirse a la relación externa (entre el representante y el tercero). Sin embargo, el maestro Barrera no se adhiere a esta postura, pues considera que por una parte, confunde las dos relaciones distintas, del mandato,

⁶⁹ Comenta Pérez Fernández del Castillo que “La exposición de motivos del proyecto de Código de 1928, al referirse al mandato dice: “Se desarrolló francamente la teoría que no exige para que haya mandato que se obre forzosamente en nombre y representación de otra persona, siguiendo en esta parte las teorías más modernas sobre la materia y teniéndose a la vista las disposiciones de los códigos últimamente publicados”. PÉREZ FERNÁNDEZ DEL CASTILLO, *op. cit.*, p. 25.

⁷⁰*Ibidem*, p. 16.

⁷¹ *Idem.*, et. RAMELLA, Agustín, *Del Contrato de Cuenta Corriente, Del Mandato Comercial y de la Comisión*, Volumen I, Bolaffio, Rocco, Vivante, *Derecho Comercial* T. 10, Tr. Rodolfo O. Fontanarrosa, Ediar, S.A. Editores, Argentina, 1951, p. 118.

⁷² Comenta Negro Costea que la mayoría de autores y tratadistas españoles del primer tercio del siglo XX, más próximos a la promulgación del Código Civil de 1889, siguiendo al Código de Napoleón, se inclinaban a considerar que la representación era una nota distintiva del mandato, entre ellos Francisco Bonet Ramón menciona a Felipe Sánchez-Román y Gallifa, a Gregorio Burón García, a José María Manresa y Navarro, y a Calixto Valverde y Valverde, entre otros, sin embargo, con el tiempo la influencia de Sánchez-Román sobre la doctrina científica española comenzó a evolucionar de acuerdo con la doctrina germánica, misma que finalmente admitió la jurisprudencia del Tribunal Supremo. *Vid.* NEGRO COSTEA, *op. cit.* pp. 11-12.

⁷³ MUÑOZ, Edgardo, *El Derecho de los Contratos y de la Compraventa en Iberoamérica*, Tirant lo Blanch, México, 2015, p. 151.

Asimismo, comenta Negro Costea que el derecho español, así como los países de Colombia, Chile, Ecuador, Guatemala y Perú tampoco regulan la figura de la representación sin embargo permiten distinguirla del mandato al permitir la posibilidad del mandato sin representación”. *Vid.* NEGRO COSTEA, *op. cit.* pp. 22- 23.

⁷⁴ *Ibidem*, pp. 21-22.

como gestión de un interés ajeno, y el poder, que es por esencia, la atribución de la facultad jurídica de obrar a nombre del poderdante⁷⁵.

En primer lugar, en la relación interna únicamente se debe tener en cuenta el obrar y el haber obrado por el representante a nombre del representado y no el obrar en interés o por cuenta del otro, ya que ello solo corresponde al mandato, pues el poder puede ser en interés y beneficio del representante o de un tercero y no del representado. En segundo lugar, es falso también que la representación o apoderamiento siempre vayan acompañados de mandato, pues puede ir acompañado de un contrato distinto (donación, prestación de servicios, etc.), e incluso puede pactarse aisladamente (poder general de administración, etc). Por último Barrera Graf recalca que dicha visión que confunde ambas figuras también limita el concepto de poder⁷⁶.

Por lo tanto, podemos concluir que el mandato o la comisión son dos contratos a los que, a pesar de que tradicionalmente se les vincule con la representación, *per se* no son negocios representativos⁷⁷, sino gestión de actos ajenos, cada uno en su respectivo ámbito, el mandato en el derecho civil y la comisión en el derecho mercantil. Asimismo, cabe resaltar que el mandato puede ser general (pudiendo abarcar actos civiles y mercantiles), mientras que la comisión siempre deberá ser de naturaleza especial, en cuanto se aplica a actos de comercio o diferentes actos regulados por las leyes mercantiles.

La diferencia entre estas tres figuras estriba en que “... *el mandato, es un contrato, un pacto que requiere el acuerdo de las dos partes, en tanto que la representación es una relación jurídica no contractual, sino unilateral, que nace de la autorización, de la procura, del poder que otorga el principal y que no requiere ni de la aceptación de la gente, ni de su conocimiento o la de tercero con quien él se relaciona*”⁷⁸.

⁷⁵ BARRERA GRAF, La representación voluntaria en derecho privado *op. cit.* pp. 56-57.

⁷⁶ *Idem.*

⁷⁷ *Ibidem*, p. 111. “*En el derecho francés y en el italiano, la comisión es siempre y por ley un negocio no representativo, lo que lo distingue del mandato civil que puede ser representativo o no, según lo que dispongan las partes; entre nosotros, ambas figuras pueden constituir negocios representativos y no representativos*”.

⁷⁸ *Ibidem*, p. 109.

E) Contrato de prestación de servicios y mandato

Como se comentó, desde el Derecho Romano el contrato de prestación de servicios y el mandato tuvieron una diferenciación sutil, ya que la locación era onerosa y mandato no, pues éste se basaba en la confianza.

Muchas veces se suelen confundir el contrato de mandato con los contratos de prestación de servicios, algunos autores incluso han llegado a clasificar al mandato como un contrato de prestación de servicios, ello en virtud de la conducta realizada por el mandatario⁷⁹, sin embargo, como bien se señaló, desde el derecho romano dichas figuras se han diferenciado. Hoy en día las diferencias son más sutiles, sin embargo se siguen considerando como dos figuras independientes y ajenas.

Nuestro Código Civil Federal en su artículo 2546 establece que el mandato es un contrato para la ejecución de actos jurídicos, mientras que el contrato de prestación de servicios profesionales, como su nombre lo dice, versa sobre la prestación de un servicio. No obstante lo anterior, algunas legislaciones como la española comprenden dentro de la definición de mandato la prestación de un servicio.

Art. 1709: Por el contrato de mandato se obliga una persona a prestar algún servicio o hacer alguna cosa, por cuenta o encargo de otra.

Si bien, el contrato de mandato en España incluye la prestación de servicios, se ha establecido a través de jurisprudencia que el criterio esencial para distinguir al mandato de la prestación de servicios, es “...*el criterio de la sustituibilidad, no confundible con el de la representación, de tal manera que sólo puedan ser objeto de mandato aquellos actos en que quepa la sustitución, o sea los que el empresario realizaría normalmente por sí mismo, que pertenecen a la esfera propia de su misma actividad. Cuando no es así, o sea cuando se encomiendan a otra persona servicios que normalmente no pueden ser realizados por la persona que los encomienda, que precisamente necesita acudir a otro para que lleve a cabo la actividad, se da el arrendamiento (prestación de servicios)...*”⁸⁰

⁷⁹ ZAMORA Y VALENCIA, Miguel Ángel, *Contratos Civiles*, Editorial Porrúa, México, 1981, p.183.

⁸⁰ Consejo General del Poder Judicial, Sentencia de 14 de marzo de 1986, Núm 173, Tribunal Supremo. Sala de lo Civil, Madrid, España, Recurso de Casación, Ponente: Antonio Fernández Rodríguez.

Por otro lado, el mandato en México (art. 2546 CCF), al igual que en Italia (Art. 1703 CC) se limita a la ejecución o realización de actos jurídicos⁸¹. Dicha limitación proviene del Código de Napoleón (Art. 1984), mismo que fue seguido por la mayoría de legislaciones de origen latino, exceptuando la brasileña, y ahora la española.

El antiguo Código de Comercio Italiano al igual que el actual Código Civil, limitaba el mandato a la ejecución de actos jurídicos, considerando que se daba el contrato de locación de obra cuando se ejecutaban prestaciones de carácter material o de hecho. Agustín Ramella consideró que dicha doctrina no era aceptable, porque en primer lugar no iba acorde con el derecho romano, y en segundo, porque para las más modernas concepciones de la época; tomadas por el Código Civil alemán, el suizo de las obligaciones de 1911 y la jurisprudencia de dicho país, el mandato era un contrato mediante el cual el mandatario se obliga, en los términos convenidos, a gestionar el negocio del que está encargado o a efectuar los servicios que ha prometido, es decir, extiende al mandato a la prestación de ciertos servicios, tal cual se hizo con el código civil brasileño de 1916 (art. 288) y el Código Civil español. No así el actual Código Civil Italiano⁸².

Admitía el propio Ramella que era una tarea ardua el delimitar exactamente los encargos de uno y otro contrato, que como lo demostraba el Código Civil Alemán, que por su estrecha conexión las reglas del mandato en sus puntos esenciales también se aplicaron al contrato de locación de servicios. Ramella consideró, sin embargo, diversos puntos que distinguieran ambas figuras, como es la retribución, la relación de confianza que existe en el mandato y no en la locación, así como la subordinación.

*“Puede sin embargo considerarse un criterio distintivo de cierto valor el ser fijadas las prestaciones en la locación de servicios teniendo en cuenta el tiempo con que ordinariamente se mide el precio debido, en tanto que en el mandato la retribución no se calcula normalmente de acuerdo con el tiempo de despacho del negocio, dada la mayor importancia de éste; el estar caracterizado el mandato por consideraciones de confianza personal, tanto que por lo común no se admite la sustitución del mandatario, lo que no vale para la locación de servicios; el ir unidos a ésta ciertos vínculos de subordinación, dependencia o vigilancia de la persona a cuyo favor se presta el servicio, en tanto que el mandatario asume, respecto del mandante, una posición más libre...”*⁸³

<http://www.poderjudicial.es/search/doAction?action=contentpdf&databasematch=TS&reference=4396571&links=mandato&optimize=19960111&publicinterface=true>, fecha de consulta: 08/05/2016.

⁸¹ FERNÁNDEZ PÉREZ DEL CASTILLO, *op.cit.* p. 18.

⁸² RAMELLA, Volumen I, *op. cit.*, pp. 257- 259.

⁸³ *Ibidem*, pp. 259-260.

No obstante ello, a pesar de que la definición actual de mandato en muchos países no incluya expresamente la prestación de servicios, se debe considerar que para la ejecución de actos jurídicos en muchos casos es necesario que se realicen otros actos meramente materiales o de hecho, en los cuales siempre se tiende a la ejecución de un acto jurídico. En el caso del contrato de agencia, a pesar de que solo se pacte la promoción de contratos, dejando al principal la facultad de concluirlos, se debe tomar en cuenta que el fin de dicho “mandato mercantil”, es la conclusión de dichos contratos. Tan es así, que si el principal no concluye un contrato con un tercero, el agente no tendrá derecho a la comisión.

Además cabe resaltar que en los contratos de prestación de servicios se pacta una contraprestación sujeta a la obra realizada, mientras que el mandato por naturaleza podrá ser gratuito o no, y en caso de ser oneroso, se otorgará una comisión, sujeta a la conclusión del negocio⁸⁴.

Por lo tanto, se puede concluir que debido a la sustituibilidad que se da en el mandato, por ser negocios que normalmente realizaría el mandante (a pesar de que no exista representación, por la relación de confianza, la manera en que se retribuye al mandatario y la importancia de la finalidad del mismo, se debe de diferenciar dicha figura del contrato de locación o prestación de servicios).

F) Mandato, comisión y agencia

Como vimos anteriormente, el artículo 273 del Código de Comercio establece que “el mandato aplicado a actos concretos de comercio se reputa comisión mercantil”, pudiéndose referir; según opina el maestro Barrera Graf, tanto a un acto individual y concreto, así como a varios de ellos, pero especificados y comprendidos en el mismo género o categoría que indique el contrato⁸⁵. De lo anterior queda excluida la representación general (la cual debe

⁸⁴ “*Tampoco la mediación debe ser confundida con la locación de servicios o contrato de trabajo. En éste (locación de servicios) vale el principio de que para toda actividad del hombre dirigida a satisfacer las necesidades ajenas corresponde una retribución... sin consideración a lo que pueda interponerse para conseguir su resultado. En cambio en la mediación se toma en consideración solamente el producto de la actividad misma, y ésta es contemplada sólo como un medio dirigido a la consecución del resultado. Esto explica cómo la mediación da derecho a comisión, no puramente por los servicios prestados sin consideración al resultado, al efecto económico derivado, sino solamente cuando haya sido concluido el negocio*”. Vid. RAMELLA, Agustín, *Del Contrato de Cuenta Corriente, Del Mandato Comercial y de la Comisión*, Volumen II, Bolaffio, Rocco, Vivante, *Derecho Comercial* T. 11, Tr. Rodolfo O. Fontanarrosa, Ediar, S.A. Editores, Argentina, 1951, pp. 245- 247.

⁸⁵ BARRERA GRAF, La representación voluntaria en derecho privado, *op. cit.* p. 112. Cfr. MANTILLA MOLINA, Roberto L., *Derecho Mercantil*, Vigésimo novena Edición, Editorial Porrúa, México, 1993, p. 157.

regirse necesariamente como mandato civil o mediante la representación mercantil del factor o del gerente⁸⁶).

Se puede decir que la figura de la comisión es un “mandato mercantil”, sin embargo no todo mandato mercantil es comisión. El primer caso en que el mandato mercantil no será comisión es cuando éste o un poder especial mercantil no se refieran a “actos concretos de comercio”, pero tengan carácter mercantil (por referirse a una materia regulada en el Código de Comercio), como lo es un poder para ciertos juicios mercantiles, o para representar a una persona o un comerciante en la celebración y ejecución de ciertos negocios mercantiles⁸⁷. El segundo caso será cuando el mandato mercantil sea con representación, pues el artículo 285 del Código de Comercio establece que: “Cuando el comisionista contratarse expresamente en nombre del comitente, no contraerá obligación propia, rigiéndose en este caso sus derechos y obligaciones como simple mandatario mercantil, por las disposiciones del derecho común”.

Lo anterior implica dos soluciones diferentes, para el primer caso (cuando no sean actos concretos de comercio), se atiende a las normas de la comisión por analogía, y a su falta a las normas del Código Civil Federal. Por otro lado, en el segundo caso (mandato mercantil con representación), al haber orden expresa, es necesario acudir a las normas del Código Civil Federal (derecho común). Lamentablemente, dicha solución resulta deficiente para los casos en que la regulación no sea exhaustiva.

La remisión del artículo 285 del Código de Comercio a las normas del Código Civil Federal cuando el mandato mercantil es representativo, muy probablemente fue tomada de los derechos francés e italiano. Los artículos 94 (hoy Artículo L132-1) del Código de Comercio francés, y 380 del abrogado Código de Comercio italiano de 1882, establecen que la comisión es siempre y por ley un negocio no representativo, y en caso de ser representativo se registrará conforme a las reglas del derecho civil, el cual puede ser representativo o no.⁸⁸.

Comenta Mantilla Molina que “*el comisionista como persona que ofrece al público encargarse de las comisiones que se le confieran y que, por lo tanto, las desempeña habitualmente... no es desconocido del Código de Comercio, aun cuando se confunda y mezcle con el primero [para actos concretos de comercio]: indudablemente, si el artículo 275 declara que “es libre el comisionista para aceptar o no el encargo que se le hace”, se refiere a una persona que aún no ha aceptado la comisión, y que, en consecuencia, no es un comisionista en el sentido del artículo 273...*”

⁸⁶ BARRERA GRAF, Jorge, *La rappresentanza*, Società Tipografica Modenese, Módena, 1962, p. 46.

⁸⁷ *Idem*.

⁸⁸ *Ibidem*, p. 111

El Código de Comercio francés, como vimos, hoy en día mantiene dicha diferenciación, sin embargo diversos Códigos han optado por otras soluciones. En el Código Civil italiano el mandato puede ser tanto civil como mercantil (arts.1703 y sig.), mientras que el contrato de comisión tiene por objeto específico la adquisición o venta de bienes por cuenta del comitente y en nombre del comisionista (art. 1731). Por otro lado, el Código de Comercio español establece que “*Se reputará comisión mercantil el mandato, cuando tenga por objeto un acto u operación de comercio y sea comerciante o agente mediador del comercio el comitente o el comisionista*” (Art. 244) y la misma podrá ser representativa o no (Art. 245). Como se vio, las legislaciones italiana y española otorgan una solución más efectiva que la dada por nuestro Código de Comercio, ya que éste en la práctica solo conlleva problemas de interpretación y aplicación de las normas.

Ahora bien, la agencia, a diferencia del mandato, la comisión y la mediación o corretaje, es un contrato de tracto sucesivo de naturaleza mercantil, por lo tanto es una forma de mandato mercantil *lato sensu*⁸⁹ (no es mandato *stricto sensu* por no ser de carácter civil, y no es comisión por no restringirse a un acto concreto de comercio o actos aislados).

Por ello, se considera que debe aplicarse la primera solución mencionada (remitirse a las normas de la comisión por analogía, cuando el mandato mercantil no se refiera a actos concretos de comercio). Por su parte, se considera que el citado artículo 285 del Código de Comercio, que remite a las normas del Código Civil Federal cuando la comisión mercantil es representativa, no es aplicable en el caso de la agencia. Al efecto se cita el artículo:

Art. 285: Cuando el comisionista contratare expresamente en nombre del comitente, no contraerá obligación propia, rigiéndose en este caso sus derechos y obligaciones como simple mandatario mercantil, por las disposiciones del derecho común.

Como se advierte, dicho artículo habla de comisión mercantil con representación. El Código de Comercio en su artículo 273 establece que “*el mandato aplicado a actos concretos de comercio se reputa comisión mercantil*”. Por lo tanto, cuando el artículo 285 se refiere a la comisión representativa se debe entender ésta como un mandato mercantil restringido a actos concretos de comercio. Debido a que la agencia es un mandato mercantil *lato sensu* que se refiere a actos mercantiles de larga duración o de tracto sucesivo, el artículo 285 que establece

⁸⁹ En contrario, Ramella considera que la agencia es un contrato de locación de obra. Cfr. RAMELLA, Volumen II, *op. cit.*, p. 258.

la remisión a las normas del Código Civil Federal no se debe aplicar, sino que se aplicarán las reglas ordinarias de interpretación, y se aplican por analogía las normas de la comisión, por ser la figura más similar que se regula en el código de comercio.

Por su parte, Arce Gargollo considera lo siguiente:

“En mi concepto, el contrato de agencia tiene características que le dan una naturaleza contractual propia, distinta de la de los contratos mercantiles ya mencionados y dentro de los cuales no puede encuadrarse como una modalidad. Las normas de los contratos típicos que le resultan aplicables supletoriamente son, en este orden, las de la comisión, por la mercantilidad de la relación; las del mandato, como contrato de gestión de intereses ajenos y las propias del contrato de prestación de servicios, por la actividad de actos materiales que debe desarrollar el agente.”⁹⁰

Ahora, el contrato de agencia puede ser sin representación y con representación. La agencia sin representación consiste en el contrato en el que el agente solo se dedicará a la promoción de los contratos u operaciones, más no su conclusión, es decir actúa por cuenta del empresario como gestor para la promoción de los contratos (mandatario), más nunca celebra actos o negocios a su nombre, ya que la facultad de concluir los contratos queda reservada al principal o empresario. Por otro lado, en el contrato de agencia con representación nace en primer lugar del otorgamiento de la procura por parte del principal, concretándose el mandato y la representación en el momento que lo acepta el agente.

En la agencia con representación pueden identificar dos momentos, en cuanto al actuar del agente. En un primer momento, para la promoción de los contratos el agente únicamente actúa como un mandatario, mientras que en un segundo momento, en el que el agente concluye los contratos a nombre del principal, el agente actúa con representación del principal, pues a través de dicho acto se da tanto la *contemplatio domini* de la doctrina, como la interposición jurídica, o sustitución por parte del agente, relacionando inmediatamente al tercero y al principal.

⁹⁰ ARCE GARGOLLO, Javier, *Contratos Mercantiles Atípicos*, Editorial Porrúa, México, 1996, p. 264.

III. ASPECTOS GENERALES DEL CONTRATO DE AGENCIA

1. JUSTIFICACIÓN ECONÓMICA

En la economía actual, los contratos de agencia representan una actividad indispensable y de gran crecimiento, principalmente debido a su facilidad de uso y aplicación y a que representan la manera más sencilla de organización para la venta en países extranjeros.

Debido a los altos costos de incursionar a otro país, razón por la cual nació la figura de la agencia, resulta muy conveniente la utilización de agentes para la promoción y venta de servicios y bienes en nuevos mercados. En el prefacio del Contrato Modelo de Agencia de la *International Chamber of Commerce* (ICC) (Cámara de Comercio Internacional – CCI), ésta plantea lo siguiente:

*Commercial agency agreements are the simplest and probably the most frequently used means for organising the distribution of goods in a foreign country. Almost every company engaged in international trade has at least some agents abroad, which means that most exporters (whether large or small) must face the problem of drafting an international agency agreement*⁹¹.

La economía de México y del mundo a finales del siglo XIX se basaba en pequeñas y medianas empresas que distaban mucho de la actual actividad económica. Hoy en día dichas empresas, así como las grandes empresas, buscan la distribución de sus productos y servicios de manera estable y sin las dificultades de su aplicación en mercados distintos a los suyos, o hasta en su mismo mercado. Philip Kotler señala que “*en la economía de hoy la mayoría de los productores no venden sus artículos directamente a los usuarios finales. Entre unos y otros se alza una legión de intermediarios de mercadotecnia que desempeñan gran variedad de funciones y ostentan gran variedad de nombres: corredores, representantes, mayoristas, agentes, distribuidores, cooperativistas, comerciantes al detalle, etc.*”⁹²

Tan solo en la Unión Europea, en 1998 los agentes europeos se encargaban de promover más del 50% de los intercambios comerciales. En dicha fecha los agentes europeos

⁹¹ INTERNATIONAL CHAMBER OF COMMERCE, *The ICC Model Commercial Agency Contract*, France, ICC Publishing, 1991, preface, IV.

⁹² ARCE GARGOLLO, Javier, *Los contratos de agencia y distribución*, Revista Perspectiva Jurídica UP, Año 2, Número 4, Universidad Panamericana, México, 2015, p. 15, citando a: Kotler, Philip, *Dirección de mercadotecnia. Análisis, planeación y control*, traducción de Ramón Palazón Bertrand, Editorial Diana, México, 1973, p. 449.

representaban aproximadamente 450,000 de un mercado de 36,000,000 consumidores, según el Informe COM(96)0530-C4-0646/96 (Dicho informe toma en cuenta a los agentes, tanto los independientes como dependientes).

Derivado del II Congreso Iberoamericano de los Agentes Comerciales, diversos agentes comerciales de la Unión Europea y Latinoamérica, realizaron un proyecto denominado “Manifiesto del Agente Comercial”⁹³, el cual fue presentado ante el Parlamento Europeo en 1998, con la finalidad de dar a conocer la situación en que se encontraba dicha profesión y la situación de quienes la ejercen, así como resaltar el rol y la importancia que la agencia juega en el comercio.

En dicho proyecto se resaltó la importancia de la actividad al agente, la cual conlleva a mejoras en eficiencia y reducción de costes tanto para los productores como para los consumidores y se señalaron los retos que enfrenta y enfrentará la agencia en el futuro.

A través del contrato de agencia los productores se benefician debido a diferentes razones.⁹⁴

1. El costo que antes asumía la empresa lo deja de erogar y lo traslada al agente (de distribución, etc.) y en su lugar la empresa lo puede enfocar a producción, bajo el “principio de especialización”. Si la empresa se dedica a ambas tareas nunca sería posible que la empresa alcance un nivel óptimo de operación, mientras que al ser un especialista el agente, le permite ofrecer un mejor servicio y más barato.
2. Información sobre los mercados y la oportunidad del mercado tanto para aprovisionamiento como para la venta. El agente además tiene legalmente el deber de informar sobre su actuación, lo que es conveniente para éste y el empresario. La información es de gran relevancia y funciona como un factor clave para que las empresas puedan tener una operación óptima (reducción de costos en línea, en relación con aprovisionamiento y comercialización). Dicha información además permite optimizar la calidad, el nivel de servicio y una mejor orientación al segmento de demanda.

⁹³GASTALDI, José María, *El Contrato de Agencia Comercial .Su armonización legislativa en el Mercosur y la unión europea*, Editorial de Belgrano, Argentina, 1998, Apéndice I: Manifiesto del Agente Comercial.

⁹⁴ *Idem*.

3. El agente comercial permite que lo que antes eran costes fijos dentro de la estructura interna de la comercialización, se conviertan en costes variables, correspondientes al precio percibido por los especialistas externos (dependiendo de lo que gane al empresario, gana el agente).

Por otro lado, los beneficios a los consumidores, entre otros, son los siguientes⁹⁵:

1. Los agentes fomentan la oferta mediante nuevos productos de nuevos mercados (muchas veces sin el agente es imposible que un producto entre a un mercado). Asimismo, los agentes tienen un rol clave de la liberalización de los mercados y el comercio internacional.
2. Mejora en la calidad, ya que los agentes son expertos en el mercado y conocen los gustos de los consumidores, ofreciendo así mejores productos.
3. Mayor eficiencia debido a la diversificación de productos.

De acuerdo a lo antes expuesto, Broseta Pont señala lo siguiente respecto a la función económica, y las notas características de la agencia:

Entre comisión y agencia existe una estrecha relación funcional. Mientras la comisión permite una colaboración aislada y esporádica para contratar, la agencia instituye una colaboración estable o duradera para que un empresario desarrolle su actividad por medio de un agente representante en una zona determinada. De ahí que cuando un empresario desea extender en forma masiva o constante su actividad en una zona, no recurra a un comisionista, sino a dos posibles y distintas formas de colaboración: crear una sucursal o delegación propia que, integrada en su empresa y con dependencia económica y jurídica de ella, promueva su actividad contractual (captación de clientela) en su nombre y por cuenta de aquél; o, por el contrario, nombrar a un agente quien con su propia empresa, en forma jurídica y económicamente independientes y, por ende, fuera de la empresa del empresario representado, se dedica profesionalmente a captar clientela para él, bien mediante su simple promoción o bien por medio de la conclusión de contratos por cuenta, en nombre e interés de aquél. Esta segunda forma de colaboración posee sobre la primera la ventaja de ahorrar al empresario representado la inversión de los grandes costes fijos que exigen la creación y mantenimiento del establecimiento propio en otra zona (instalaciones, salarios, cuotas de seguridad social, etc.) trasladándolos sobre el agente, el cual suele limitarse a percibir una retribución por contrato promovido o concluido. Pero posee el inconveniente de que el empresario representado no percibe los beneficios directos que genera la agencia, cuando ésta está en pleno rendimiento, introducida y acreditada en la zona. La agencia es una forma de colaboración enormemente practicada por las industrias de producción y de transformación que así logran, a

⁹⁵ *Idem.*

veces, poseer extensas cadenas de comercialización por medio de agentes, sin las grandes inversiones que exigiría su creación.⁹⁶

Por otro lado, José Luis Zúñiga Ordoñez, Docente de la Universidad Cooperativa de Colombia, comenta que “*Sin lugar a dudas, hoy por hoy los contratos de agencia comercial y franquicia son de las más destacadas alternativas jurídicas, a efecto de que los empresarios puedan expandir sus servicios y aumentar su clientela, así como posicionar sus productos, por lo cual, es posible que empresarios extranjeros quieran extender puntos de negocio en nuestro país*”⁹⁷.

Por otro lado, en 2016 se aprobó la cuarta versión de los Principios UNIDROIT para los contratos comerciales internacionales (*Unidroit Principles of International Commercial Contracts*), con especial énfasis en contratos de larga duración⁹⁸, entre los cuales se encuentra comprendido el contrato de agencia.

No obstante lo anterior, las agencias hoy en día tienen grandes retos ante los cuales deben saber cómo superarlos y como adaptarse al mercado. Por un lado, el desarrollo de grandes organizaciones comerciales ha creado una tendencia de concentración, lo cual es perjudicial para el agente. Sin embargo, dentro de dichos mercados los agentes pueden seguir tomando un rol importante debido a su experiencia en el mercado. Por otro lado, y el tema que considero es el mayor reto, se encuentra la difusión de diversas formas de ventas, principalmente el internet. Sin embargo, con la adaptación a la tecnología y modernización de servicios, el internet en vez de perjudicar, creo que puede beneficiar a los agentes en el desempeño de su labor.

Independientemente de los retos a los que se enfrenta la agencia, hoy en día dicha figura sigue representando grandes ventajas que hacen atractivo su uso, con beneficios tanto para productores y para consumidores. Cabe resaltar que una de sus mayores ventajas se da respecto de la internacionalización de los mercados, pues al entrar a un nuevo mercado existen

⁹⁶ BROSETA PONT, Manuel, *Manual de Derecho Mercantil*, Editorial Tecnos, España, 1972, pp. 373- 374.

⁹⁷ ZÚÑIGA ORDÓÑEZ, José Luis, *Contratos de Concesión Mercantil de Agencia y Franquicia Internacional que se Ejecutan en Colombia*, Colombia, Jurídicas CUC, 11(1), 267-292 2015, tomado de: <http://revistascientificas.cuc.edu.co/index.php/juridicascuc/article/view/704/12>, el: 03/02/2018, p. 269

⁹⁸ INTERNATIONAL INSTITUTE FOR THE UNIFICATION OF PRIVATE LAW, *UNIDROIT Principles*, Rome, 2016, Foreword to the 2016 edition. También ver: Sesión 95 del Consejo de Gobierno: <https://www.unidroit.org/english/governments/councildocuments/2016session/cd-95-03-e.pdf>

grandes riesgos tanto para importadores como para exportadores, pudiendo ser el agente una pieza clave. Debido a que el agente conoce el mercado, reduce los riesgos comerciales existentes y permite de manera simultánea a quien intenta entrar al mercado, conocer el mercado al que se dirige y adaptarse al él, lo cual sin la participación del agente sería inalcanzable.

2. CONTRATO DE AGENCIA

A) Concepto de agente

El artículo 1(2) de la Directiva 86/653-CEE de la Unión Europea, obligatoria para los Estados Miembros de la Unión Europea, define al agente como *toda persona que, como intermediario independiente, se encargue de manera permanente ya sea de negociar por cuenta de otra persona, denominada en lo sucesivo el «empresario», la venta o la compra de mercancías, ya sea de negociar y concluir estas operaciones en nombre y por cuenta del empresario.*

Por su parte, el artículo 1742 del Código Civil Italiano, seguido por la mayoría de códigos latinos, define el contrato de agencia como el contrato por el cual una parte asume establemente el encargo de promover, por cuenta de otra, a cambio de retribución, la conclusión de contratos en una zona determinada.

Mantilla Molina considera que el “*Agente de comercio es la persona, física o moral que de modo independiente, se encarga de fomentar los negocios de uno o varios comerciantes.*”⁹⁹

Soyla H. León define al contrato de agencia como “*...el contrato por virtud del cual una persona denominada agente asume de modo permanente y mediante una retribución, el encargo de promover y de concretar contratos en nombre y por cuenta de otro, en una zona determinada, sin asumir el riesgo de tales operaciones, salvo pacto.*”¹⁰⁰

⁹⁹ MANTILLA MOLINA, *op. cit.* p. 167.

¹⁰⁰ LEÓN TOVAR, Soyla H, *Contratos Mercantiles*, Segunda edición, Editorial Oxford University Press, México, 2016, p. 282

Ortega Prieto considera que “...en el contrato de agencia, el agente, como mandatario está ligado a una de las partes – su principal – por un contrato estable, duradero y continuo, realizando, además, su actividad en interés de aquél.”¹⁰¹

Broseta Pont considera que la agencia puede definirse como “el contrato por el cual un empresario mercantil asume, de modo permanente y mediante retribución, la tarea de promover o de concertar contratos en nombre y por cuenta de otro, en una zona determinada.”¹⁰²

Vicent Chuliá menciona que “En virtud de este contrato un empresario mercantil, llamado agente, se obliga a promover y/o estipular contratos en una zona determinada, por cuenta y en nombre de otro, durante un tiempo, determinado o indeterminado, a cambio de una retribución.”¹⁰³

Valenzuela Garach lo define como “...una relación contractual de intermediación por la que una persona, el agente comercial precisamente se encarga de manera permanente y profesional bien sea de promover o negociar con un tercero las operaciones mercantiles – en concreto, la compraventa de las mercancías – del empresario por cuenta de quien actúa, bien sea de negociar y concluir esas operaciones no sólo ya por cuenta de tal empresario sino también en su nombre.”¹⁰⁴

Conforme a las definiciones anteriores podemos concluir que la agencia o contrato de agencia consiste en un contrato mercantil en el cual una parte a la que se denomina agente, asume de manera estable e independiente el deber de colaborar, promover y en algunos casos concluir contratos, a cambio de una retribución, para la compraventa de bienes o servicios, por cuenta de otra persona a la que se le denomina principal.

¹⁰¹ VICENT CHULIÁ, Eduardo, et. BELTRÁN ALANDETE, Teresa, *Aspectos Jurídicos de los Contratos Atípicos*. Volumen II, José María Bosch Editor, Barcelona, 1995, p. 383. Citando a: Ortega Prieto, Eduardo, *El contrato de agencia*, Deusto, 1993.

¹⁰² BROSETA PONT, Manuel, *op.cit.*, p. 374.

¹⁰³ VICÉNT CHULIA, *op. cit.*, p. 384. Citando a: Vicent Chuliá, Francisco, “Compendio crítico de Derecho Mercantil”, Editorial Bosch, 1990.

¹⁰⁴ *Idem*. Citando a: Valenzuela Garach, Fernando, *El agente comercial*. Algunos apuntes sobre la delimitación y la disciplina jurídica de su actividad mercantil. La Ley n.º 2.377, 8-12-1989.

B) Carácter mercantil de la agencia

Como ya se adelantó, el contrato de agencia es un contrato de naturaleza mercantil, ya que parte de una relación entre comerciantes, para la realización de actos de comercio.

La exposición de motivos de la Ley de 27 de mayo de 1992 de España, en ese sentido, establece que “...*el carácter mercantil de este contrato está fuera de toda duda*”¹⁰⁵

Asimismo, el carácter mercantil de la agencia, se desprende debido a que es una figura que se rige conforme al Código de Comercio. Si bien, no es una figura expresamente regulada por el Código de Comercio, tal cual se verá más adelante, éste sí considera actos de comercio los realizados por las empresas de agencia. Por otro lado, tal cual se mencionó, se aplican de manera supletoria las normas de la comisión mercantil.

Por su parte, diversos autores clasifican a los agentes de comercio como auxiliares mercantiles o auxiliares del comercio. De acuerdo con la doctrina existen dos tipos de auxiliares, los auxiliares independientes o libres, y los auxiliares dependientes, quienes a diferencia de los primeros, tienen una relación de subordinación frente al comerciante¹⁰⁶.

Comenta Garrigues que el concepto de “auxiliar del comerciante” puede ser visto de manera amplia o estricta. El concepto amplio incluye a toda persona que emplea su actividad en la misma dirección o finalidad del comerciante, pero no se propone exclusivamente ser auxiliar del comerciante, pues antes bien, son ellas por sí comerciantes substantivos cuyo genero de comercio se coordina o subordina al de otros comerciantes, como es el caso del agente de comercio o agente mediador, (como le denomina Garrigues), quienes ejercen una “industria independiente”. A los auxiliares en sentido amplio les denomina “auxiliares del comercio”¹⁰⁷.

Por otro lado, comenta que los auxiliares en sentido estricto son los colaboradores mercantiles del comerciante, que en mayor o menor medida, realizan siempre actos jurídicos por cuenta y en nombre del comerciante. Dichos auxiliares son necesariamente dependientes

¹⁰⁵ Ley 12/1992, de 27 de mayo, sobre Contrato de Agencia

<http://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-1992-12347>, exposición de motivos, párrafo 4.

¹⁰⁶ “En verdad, es carácter sustancial del agente de comercio, sancionado en las leyes citadas y también en el §84 Cód. alemán y en el art. 36 Cód. japonés con la limitación negativa de que él no sea tomado como empleado de un comerciante determinado, sino por el contrario, que desarrolle una actividad por cuenta ajena pero mediante el ejercicio de una empresa propia existente de por sí... de manera que él, aunque esté investido y realice actos de verdadera y activa representación del dominus, mantiene siempre una situación independiente de éste...”.

RAMELLA, Volumen II, *op. cit.*, p. 252.

¹⁰⁷GARRIGUES, Tomo I, *op. cit.*, pp. 658- 659 y 680.

del comerciante, con las notas distintivas de subordinación al comerciante y permanencia en el negocio.

Por último, Garrigues concluye con lo siguiente:

Consecuencia inmediata de esta delimitación es que decae la clasificación usual en auxiliares dependientes e independientes del comerciante. “Auxiliar” e “independiente” son términos inconciliables. Todos los auxiliares, en estricto sentido, son dependientes del comerciante. Allí donde falte una relación de dependencia que de modo *estable* ligue a una persona con una empresa mercantil, no puede hablarse de auxiliar con mejor razón que cuando se trata de esas otras personas que sólo en forma intermitente y ocasional auxilian efectivamente al comerciante en su comercio. El agente mediador, prototipo del llamado “auxiliar independiente”, no es, en tal sentido, más auxiliar del comerciante que el banquero que le facilita el crédito o los capitales necesarios.¹⁰⁸

De lo anterior se advierte que si bien, Garrigues reconoce que los agentes son auxiliares del comerciante, éstos no se pueden considerar auxiliares en sentido estricto debido a la falta de subordinación frente al comerciante y debido a que antes de ser auxiliares del comerciante, son por sí mismos comerciantes.

Por su parte, Barrera Graf se adhiere parcialmente a la postura de Garrigues, pues considera correcta su objeción al término auxiliares independientes. Barrera Graf prefiere llamarlos “auxiliares libres” o “auxiliares de la empresa”, frente a los “auxiliares del empresario”, quienes son dependientes de éste¹⁰⁹.

Barrera Graf identifica dos características principales de los auxiliares mercantiles independientes, en primer lugar dice que se tratan de prestadores de servicios *lato sensu*, ya sean personas físicas o morales, en segundo lugar que se trate de actividades propias del negocio o de la empresa con la cual se relaciona su actuación¹¹⁰.

Al respecto, coincido con lo planteado por Garrigues, en cuanto a que si bien los agentes si auxilian en cierto modo al principal, éstos antes de auxiliares, son empresarios por sí mismos. En cuanto a las características identificadas por Barrera Graf, cabe mencionar que el contrato de agencia no se trata de un contrato de prestación de servicios (*Vid. Supra.*), y, si bien su actividad si es propia del negocio del principal, no necesariamente es de exclusividad con un solo principal.

¹⁰⁸ *Ibidem*, p. 659.

¹⁰⁹ BARRERA GRAF, Jorge, *Instituciones de Derecho Mercantil*, Octava Reimpresión, Editorial Porrúa, México, 2010, p. 211.

¹¹⁰ *Idem*.

Cabe resaltar que si bien Barrera Graf identifica al agente como un auxiliar mercantil, al tener las características de autonomía, libertad o independencia, lo considera un comerciante¹¹¹. Por su parte, Broseta Pont (quien les denomina colaboradores independientes del empresario) considera que éstos son verdaderos empresarios mercantiles, cuya actividad consiste en poner su organización y servicios a disposición del empresario representado¹¹².

Por último, Mantilla Molina niega la postura de Garrigues, al considerar que es erróneo negar la existencia de auxiliares mercantiles independientes, y que existe una diferencia esencial entre un banquero y un agente mediador. Al respecto manifiesta lo siguiente:

“...hay una diferencia esencial entre el caso del banquero y el del agente mediador: éste ofrece al comercio sus propios servicios; aquel capitales ajenos. En un caso hay interposición en el uso del crédito, en el otro, la interposición no existe. El banquero es, él mismo, comerciante; el agente mediador, como demostraremos en seguida, no es comerciante, como no lo es, *en cuanto tal*, ningún auxiliar mercantil”.¹¹³

Si bien Mantilla reconoce que cuando se constituya una *empresa de agencia*, cuyo carácter comercial resulta de la fracción X del artículo 75 del Código de Comercio, el agente se podrá constituir como comerciante, considera que el ejercicio personal de la funciones de agente no es suficiente para conferirle el carácter de comerciante¹¹⁴. Mantilla Molina considera que los agentes, comisionistas y otros auxiliares independientes, en cuanto tal, no son comerciantes por no poder darse esta calificación a quien se limita a prestar su propia actividad, y prestar a nombre y/o por cuenta de otro cierta actividad¹¹⁵.

Contrario a lo manifestado por Mantilla Molina, considero que si bien el agente actúa a nombre y cuenta de otro, éste hace del comercio su actividad ordinaria o habitual (artículo 3° del Código de Comercio), sujeta a especulación comercial, por lo que se le debe considerar como un comerciante.

Como se adelantó, considero que es erróneo designar al agente únicamente como un auxiliar del comercio, por ser una característica secundaria de su función, siendo en primer lugar un empresario que se coordina o actúa de manera paralela con otros comerciantes o empresarios para hacer del comercio su actividad habitual.

¹¹¹*Ibidem*, p. 219.

¹¹²BROSETA PONT, Manuel, op.cit., p. 119.

¹¹³MANTILLA MOLINA, Roberto L., *Derecho Mercantil*, Vigésimonovena Edición, Editorial Porrúa, México, 1993, pp. 161-162

¹¹⁴*Ibidem*, p. 169.

¹¹⁵*Ibidem*, p. 163.

Por último, cabe resaltar que el hecho de que el agente actúe en nombre y por cuenta de un tercero, de ninguna manera impide que sea comerciante, por los efectos que tiene dicha actividad en su propia esfera jurídica, el carácter especulativo de la agencia y el riesgo del agente al asumir los gastos de su actividad, y en ciertos casos, garantizar la solvencia o pago del tercero. El mismo Mantilla Molina reconoce que el actuar en nombre propio no es un requisito para ser considerado comerciante¹¹⁶. Por su parte, Barrera Graf considera que es necesario que el comerciante actúe a nombre propio, en cuanto a que se ostente como comerciante, no necesariamente que no actúe a nombre de un tercero¹¹⁷.

C) Características Principales

Se identifican diversas notas características del contrato de agencia. En primer lugar resalta la independencia del agente, quien no se encuentra subordinado al empresario, y por lo tanto no se trata de una relación laboral, sino de una relación meramente comercial. La independencia permite que el agente organice su empresa de manera libre y conforme le parezca más adecuado.

Otro rasgo esencial de la agencia es la duración, el contrato de agencia es un contrato *estable* o de *larga duración* (en oposición al contrato de comisión mercantil, el cual se basa en uno o ciertos actos de comercio), el cual las partes buscan prolongar el contrato en el tiempo, a efecto de generar un mayor beneficio para ambos. Debido a la característica de larga duración, ciertas legislaciones y ciertos autores han considerado que no es un contrato libremente revocable¹¹⁸, y en ciertos casos se debe pagar una indemnización al agente.

Muy ligado con la característica de la estabilidad, se encuentra la confianza entre las partes, rasgo esencial, ya que el contrato se basa en gran medida en la confianza y el deber de información entre las partes. La jurisprudencia alemana incluso considera una causal de terminación justificada del contrato la pérdida de la confianza de alguna de las partes hacia la otra¹¹⁹. Asimismo, destaca la característica de la confianza debido a que se trata de un contrato

¹¹⁶*Ibidem*, p. 98.

¹¹⁷ BARRERA GRAF, *Instituciones de Derecho Mercantil*, op. cit. p. 167.

¹¹⁸ BROSETA PONT, op. cit. p. 376. *Apud* VICENT CHULLÁ, volumen II, op. cit., p. 380.

¹¹⁹*Vid.* Capítulo IV. Regulación del Contrato de Agencia en el Mundo, I. Unión Europea, D) Alemania, p. 107.

intuitu personae, en el cual resulta muy importante la persona del agente con quien se contrata.

Otra de las características principales del contrato consiste en la remuneración, la cual generalmente consiste en una comisión, la cual será variable según el volumen o valor de la mercancía o negocios promovidos y/o concluidos.

De conformidad con lo antes mencionado, se puede identificar como objeto del contrato de agencia la promoción, y en algunos casos también la conclusión de contratos, ya sea únicamente de mercancías, o también de servicios, tal cual lo han ido reconociendo algunas legislaciones.

Otras características que se llegan a ver en los contratos de agencia, pero que no son rasgos característicos o distintivos del contrato son, la exclusividad, ya que el contrato permite a las partes pactar exclusividad respecto a cierto territorio o grupo de personas, la asunción de los gastos y en ciertos casos del riesgo por parte del agente y las cláusulas de no competencia una vez terminada la relación.

D) Derechos y Obligaciones de las Partes

Como derechos y obligaciones de ambas partes se identifica el deber de información y de rendición de cuentas. Por un lado el agente deberá informar y rendir cuentas sobre los terceros que contacte o con los que haya contratado, así como de la situación del mercado, mientras que el principal, por el otro lado, deberá informarle sobre los productos o servicios, de las operaciones que concluya o no, así como todos los aspectos relacionados con su remuneración. Algunas legislaciones incluso le otorgan al agente ciertas facultades para auditar la contabilidad del principal¹²⁰.

En cuanto a las obligaciones únicas de cada parte, el agente tiene la obligación de seguir las instrucciones del principal y de promover o concluir contratos en el interés del principal, pudiendo incluso llegar a ser causal de terminación justificada la disminución sustancial en el volumen de los negocios

¹²⁰Vid. Capítulo IV. Regulación del Contrato de Agencia en el Mundo, 1. Unión Europea, D) Alemania, p. 102. Et. Capítulo IV. Regulación del Contrato de Agencia en el Mundo, 3. Regulación Internacional, A) Contrato Modelo de la CCI, p. 139.

El principal se encuentra obligado a pagar la remuneración al agente cuando sea procedente. Generalmente se prevé que la remuneración es exigible hasta que el tercero haya pagado al principal. Asimismo, muchas legislaciones, como protección al agente, prevén que éste no será responsable de la insolvencia o inejecución de los contratos con terceros¹²¹.

E) Terminación

Generalmente se prevén como causales de extinción o terminación del contrato, las siguientes:

1) El transcurso del tiempo cuando el contrato es de duración definida.

Cuando el contrato es por tiempo indeterminado no está claro si podrá ser terminado unilateralmente o no. Como se adelantó, muchos autores, así como la mayoría de las legislaciones hoy en día, consideran que no podrá ser terminado, *ad nutum*, como comenta Garrigues¹²². Ello debido a que se trata de un contrato de larga duración, en el que muchas veces el agente se encuentra en cierta desventaja.

Como solución, muchas legislaciones prevén la terminación de los contratos por tiempo indeterminado mediante un preaviso, que generalmente será mayor conforme sea más larga la relación entre el agente y el principal. Además del preaviso, cuando no es justificada la terminación, muchas legislaciones prevén el pago de una indemnización o compensación, tal cual se verá más adelante¹²³.

2) Muerte o incapacidad del agente. En virtud de que se trata de un contrato *intuitu personae*, la muerte o incapacidad del agente, así como cualquier otra causa que no le permita continuar con el contrato, generalmente serán causales de terminación¹²⁴.

3) Incumplimiento de alguna de las partes. Como tercer causal de terminación se prevé el incumplimiento de alguna de las partes. Dicha causal variará en gran medida dependiendo de cada legislación y la manera en que se regule el incumplimiento. Por su parte, como es

¹²¹Vid. Capítulo IV. Regulación del Contrato de Agencia en el Mundo, 1. Unión Europea, B) Italia, p. 82. Et. C) España, p. 86. Et. D) Alemania, p. 107.

¹²²GARRIGUES, Tomo II, *op. cit.*, p. 122.

¹²³Vid. Capítulo V. Regulación de la Agencia en el Mundo.

¹²⁴Vid. Capítulo V. Regulación de la Agencia en el Mundo.

lógico, cuando exista incumplimiento de alguna de las partes, no existirá necesidad de otorgar un preaviso. No obstante lo anterior, generalmente será necesario notificar, y en algunos casos, obtener una declaración de rescisión o resolución contractual.

Por su parte, en el derecho mexicano, al no existir una regulación respecto a la agencia, se podría considerar, aplicando por analogía las reglas de la comisión, que conforme al artículo 307 del Código de comercio, el principal podrá revocar en cualquier tiempo el contrato. Por su parte, respecto al agente, debido a que no existe disposición expresa, se deben aplicar de manera supletoria las reglas del mandato, las cuales permiten al agente renunciar en cualquier momento al mandato (art. 2595, fr. II del Código Civil Federal).

Soyla H. León Tovar considera que se deben aplicar por analogía las disposiciones especiales respecto de los arrendamientos por tiempo indeterminado¹²⁵, en las cuales se establece que el agente deberá dar un aviso con una antelación de cuanto menos un mes de anticipación (art. 2478 del Código Civil Federal). No obstante lo anterior, no coincido con dicha postura, ya que el contrato de arrendamiento es un contrato que no guarda relación con la agencia, mientras que sí se debe aplicar de manera supletoria la figura del mandato.

Si bien, resulta lamentable que conforme a la legislación mexicana no se establezca un plazo de preaviso previo a la terminación del contrato, dada la naturaleza del mismo, considero que no existe disposición alguna que otorgue a las partes dicha protección, por lo que éstas se deben atener a las reglas de la comisión mercantil y del mandato.

F) Indemnización o Compensación al Agente

Por último, cabe analizar de manera breve la figura de la indemnización o compensación al agente, reconocida por algunas legislaciones.

La indemnización o compensación al agente se previó como una forma de protección a éste frente al principal, debido al aviamiento generado por el agente, y lo desprotegido que se puede llegar a encontrar si se termina el contrato de manera unilateral.

¹²⁵ LEÓN TOVAR, *op. cit.* p. 290.

En virtud de lo anterior, la mayoría de las legislaciones que regulan la figura del agente han establecido el derecho a cierta indemnización o compensación las ventajas sustanciales que haya aportado al principal, o por el perjuicio que le ocasione la terminación de la relación.

Dicha indemnización y/o compensación al agente se analizan a detalle en el capítulo correspondiente a la Directiva 86/653-CEE de la Unión Europea.

Por su parte, ciertas legislaciones no prevén el pago de dicha indemnización o compensación, sin embargo, en el caso de México, debido a la naturaleza de la relación, considero que en ciertos casos sí resulta procedente el pago de cierta indemnización por el perjuicio sufrido con la terminación de la relación.

La indemnización y/o compensación tienen como fundamento la ganancia generada al empresario o principal y por otro lado, el perjuicio que sufre el agente con la terminación de la relación, particularmente, las ganancias que se dejan de percibir por los clientes generados o con quienes el agente hubiera incrementado la relación. En virtud de que el contrato de agencia es un contrato de larga duración, por el cual el agente consigue los clientes, éste tiene la expectativa de seguir obteniendo una ganancia de dichos clientes por tiempo indeterminado, y por lo tanto, si se da por terminada la relación, éste tiene derecho a ser indemnizado. Lo anterior se refuerza si se toma en consideración que diversos autores han considerado que es un contrato que no puede ser libremente revocado, sino que se tiene que otorgar un preaviso y/o una indemnización al agente (a pesar de que no coincidamos con la necesidad de otorgar preaviso conforme a la legislación mexicana).

Por otro lado, tal cual comenta Arce Gargollo¹²⁶, puede servir de fundamento al reclamo de la indemnización al agente el artículo 2596 del Código Civil Federal, mismo que establece lo siguiente respecto al mandato¹²⁷:

Artículo 2596.- El mandante puede revocar el mandato cuando y como le parezca; menos en aquellos casos en que su otorgamiento se hubiere estipulado como una condición en un contrato bilateral, o como un medio para cumplir una obligación contraída.

(...)

¹²⁶ ARCE GARGOLLO, Contratos Mercantiles Atípicos, *op. cit.*, p. 261.

¹²⁷ También comenta Arce Gargollo que resulta aplicable por analogía el artículo 328 del Código de Comercio que regula a los factores y dependientes, y que establece que cuando el principal da por terminada la relación antes del plazo pactado, debe indemnizarlo. No obstante lo anterior, no coincide en cuanto a la aplicabilidad de dicho precepto. Dichas disposiciones no se deben aplicar supletoriamente debido a que los factores y dependientes son subordinados del principal y no tienen la calidad de comerciantes. *Vid. Ibídem*, p. 262.

Es por todo lo anterior, que considero que aún en los casos en que la legislación no prevea expresamente el pago de la indemnización, éste puede resultar procedente debido al lucro cesante del agente y/o al enriquecimiento ilegítimo del principal. Más adelante se analiza a detalle la naturaleza y función de la indemnización al agente, lo cual sirve como sustento para reforzar la postura aquí expresada.

IV. REGULACIÓN DEL CONTRATO DE AGENCIA EN MÉXICO

1. CÓDIGO DE COMERCIO

El contrato de agencia mercantil, al igual que el contrato de distribución es una figura atípica en el derecho mexicano, a pesar de su frecuente uso en la práctica. La única referencia al contrato de agencia en el Código de Comercio se advierte de la fracción X del artículo 75, en la cual se establece que la ley reputa como actos de comercio los realizados por empresas de agencia, sin embargo, el citado Código de Comercio no regula dicho contrato.

Como comenta Arce Gargollo, *“La economía que tenían México y el mundo a finales del siglo XIX, de pequeñas y medianas empresas, dista mucho de la actividad económica actual. Las leyes mercantiles regían contratos de corto plazo, de tracto único, de prestaciones que, en casi todos los casos, se cumplían inmediatamente. No se contemplaban en estas leyes contratos de duración, que son los propios de la gran empresa que tiene una programación para la distribución de sus productos y servicios, y para el aprovisionamiento de materias primas de forma estable que busca eludir las dificultades que la aplicación de los esquemas legales relativos a contratos aislados y prestaciones de una economía distinta a la actual puede crear en su gestión empresarial.”*¹²⁸

Como ya se comentó en el capítulo anterior, la naturaleza mercantil del contrato de agencia deriva de la calidad de comerciantes tanto del principal como del agente, quien realiza actos de comercio de manera independiente. La independencia del agente es reconocida por la Ley del Impuesto al Valor Agregado, misma que establece en la fracción IV del artículo 14 que se considerará prestación de servicio sin dependientes (a pesar de que, como ya se discutió, no se trata de contratos de prestación de servicios) al mandato, la comisión, la mediación, la agencia, la representación, la correduría, la consignación y la distribución.

Por su parte, si bien la Ley Federal del Trabajo (“LFT”) regula una figura denominada agentes de comercio, tal cual se verá más adelante, la diferencia con el agente que se analiza estriba en la relación de independencia frente a la subordinación del agente trabajador frente a su patrón de la LFT.

¹²⁸ ARCE GARGOLLO, Los contratos de agencia y distribución, *op.cit.*

Al respecto la extinta Cuarta Sala de la SCJN¹²⁹ y el Segundo Tribunal Colegiado del Primer Circuito¹³⁰ han establecido en diversas tesis aisladas que el elemento esencial para que un agente sea considerado trabajador, es la subordinación.

Respecto a la tesis del Segundo Tribunal Colegiado del Primer Circuito, considero que es equivocada al establecer que la permanencia de la relación constituye un elemento que hace presumir la existencia de una relación laboral, pues es una característica clave del contrato de agencia, así como de otro tipo de contratos de carácter mercantil como lo son el suministro o al distribución, y que de ninguna manera forman parte o son características de contratos laborales.

Además de la LFT, diversos ordenamientos específicos regulan el contrato de agencia, en su materia. Tal como se verá más adelante, la Ley de Instituciones de Seguros y Fianzas, Ley Aduanera y la Ley de Navegación y Comercio Marítimos, regulan distintos tipos de agente.

En virtud de la falta de regulación de la agencia en México, para su aplicación resulta conveniente acudir a las reglas descritas en el capítulo anterior, en donde se enumeran sus características principales, tales como la permanencia de la relación y la independencia del agente, así como los derechos y obligaciones de las partes. Por su parte, como ya se comentó, de manera supletoria se deben aplicar las normas relativas a la comisión mercantil.

2. AGENTES DE SEGUROS Y DE FIANZAS

Al igual que muchas otras legislaciones, la legislación mexicana establece una regulación específica para los agentes de seguros y fianzas.

La figura del agente de seguros y fianzas se regula en la Ley de Instituciones de Seguros y Fianzas, misma que fue publicada el 10 de enero de 2014. Antes de la publicación de la citada ley, la figura del agente de seguros y fianzas se encontraba regulada en la Ley Federal

¹²⁹Semanario Judicial de la Federación, Tesis, Cuarta Sala, Sexta Época, Volumen CII, Quinta Parte, p. 25, Registro N° 273430, Rubro: "AGENTES DE COMERCIO. CASO EN QUE TIENEN EL CARACTER DE TRABAJADORES."

¹³⁰Semanario Judicial de la Federación, Tesis: I.6o.T.190 L, Tomo XVIII, Agosto de 2003, p. 1669, Registro N° 183641, Rubro: "AGENTES DE COMERCIO. EL ELEMENTO ESENCIAL PARA ACREDITAR SU RELACIÓN DE TRABAJO ES LA EXISTENCIA DE LA SUBORDINACIÓN."

de Fianzas, la Ley General de Instituciones y Sociedades Mutualistas de Seguros y el Reglamento de Agentes de Seguros y Fianzas.

Los artículos 91 y 92 de la citada Ley de Instituciones de Seguros y Fianzas establecen que se considerarán agentes de seguros y de fianzas a las personas que intervengan en la contratación de seguros o fianzas, según sea el caso, mediante el intercambio de propuestas y aceptación de las mismas, comercialización y asesoramiento para celebrar, para conservar o modificar los contratos, según la mejor conveniencia de los contratantes.

La citada ley además establece que estará reservada exclusivamente a los agentes de seguros la intermediación de contratos de seguros que no tengan el carácter de contratos de adhesión (art. 91). En el caso de los contratos de adhesión, excepto al tratarse de seguros de pensiones derivados de las leyes de seguridad social y los contratos de seguro de caución, su contratación se podrá realizar a través de una persona moral (siempre y cuando las instituciones celebren un contrato de prestación de servicios con ellas), sin necesidad de que intervenga un agente de seguros (arts. 91 y 102).

Para poder ejercer la actividad de agente de seguros o de fianzas se requiere autorización de la Comisión Nacional de Seguros y Fianzas (“CNSF”), la cual se encuentra encargada de la inspección y vigilancia de los agentes (art. 94) y está facultada para aplicar multas, amonestaciones, suspender o incluso revocar la autorización del agente (art. 93).

Las autorizaciones que otorgue a Comisión se limitarán a ciertas operaciones y ramos que determine la comisión, según sea el caso, y serán intransferibles. Únicamente podrán ejercer la actividad de agente de seguros o fianzas: (i) las personas físicas vinculadas a una Institución de seguros o fianzas por una relación de trabajo; (ii) las personas físicas que se dediquen a dicha actividad con base en contratos mercantiles, y; (iii) las personas morales que se constituyan para operar en esa actividad, las cuales ejercerán su actividad a través de apoderados (art. 93).

De lo anterior se advierte que el agente de seguros o fianzas podrá ser un empleado, cuya relación con la institución se registrará conforme a la Ley Federal del Trabajo, u otro comerciante, persona física o moral.

La Ley de Instituciones de Seguros y Fianzas distingue entre el agente sin representación y el agente con representación, al cual erróneamente denomina “agente mandatario”. El último párrafo del artículo 93 establece que para que los agentes de seguros o de fianzas puedan celebrar contratos a nombre y por cuenta de una Institución de Seguros o de Fianzas (agentes mandatarios), éstos requerirán autorización previa de la CNSF, en los términos del reglamento respectivo.

Muchos de los derechos, obligaciones o requisitos que debe cumplir el agente se delegan al reglamento. A la fecha no existe un reglamento de la Ley de Instituciones de Seguros y Fianzas, sin embargo conforme a su transitorio tercero, se deberán seguir aplicando todos los reglamentos anteriores a su vigencia, en lo que no contravengan o se opongan a la Ley. El reglamento que regula a los agentes de seguros y fianzas se denomina Reglamento de Agentes de Seguros y de Fianzas. El reglamento fue publicado el 4 de junio de 2002, y éste originalmente reglamentaba la Ley General de Instituciones y Sociedades Mutualistas de Seguros, y la Ley Federal de Instituciones de Fianzas, ya abrogadas.

Los agentes de seguros y fianzas tienen ciertos deberes de información tanto hacia el cliente como hacia la institución. Los agentes deberán de informar al cliente con el que contratan de manera amplia y detallada sobre el alcance real del seguro o fianza, y las maneras de terminarla o en el caso del seguro, conservarlo (art. 96, fr. I). Por su parte, los agentes deberán informar a la institución respecto del riesgo cuya cobertura se propone o la obligación que se garantiza, en el caso de las fianzas además deberán informar la capacidad técnica del fiado para cumplir, su situación económica y financiera, así como la de su obligado solidario, y las garantías de recuperación que se ofrezcan (art. 96, fr. II). Por último, los agentes deberán apearse a la información que proporcionen las Instituciones, así como a sus tarifas, pólizas, endosos y cualquier otra información técnica (art. 96, fr. II).

En caso de cambio de domicilio, establecimiento o clausura, los agentes deberán avisar a la CNSF y a sus asegurados y fiados, con por lo menos diez días de anticipación (art. 95).

Los agentes únicamente tendrán derecho a recibir su comisión o cualquier otra contraprestación, sobre las primas que efectivamente hayan ingresado a la institución (art. 101). Asimismo, los agentes estarán obligados a entregar a la Institución dentro de los diez

días siguientes a su recepción, todo pago o cantidad recibido en relación con los contratos (art. 99).

Las Instituciones podrán aplicar total o parcialmente las comisiones correspondientes a los agentes, en beneficio de los asegurados o contratantes, debiendo especificar en el contrato o póliza, el monto de la reducción que corresponda a la comisión (art. 101). Al respecto, no resulta claro en qué casos será posible realizarlo, presumiéndose que se necesita autorización expresa del agente.

3. AGENTES ADUANALES

El artículo 159 de la Ley Aduanera define al agente aduanal como “...*la persona física autorizada por el Servicio de Administración Tributaria, mediante una patente, para promover por cuenta ajena el despacho de las mercancías, en los diferentes regímenes aduaneros...*”.

Para poder obtener la patente se deben cumplir diversos requisitos señalados en el citado artículo 159, previa convocatoria que se publique en el Diario Oficial de la Federación.

El despacho de las mercancías o despacho aduanero se entiende por la Ley Aduanera como el conjunto de actos y formalidades relativos a la entrada de mercancías al territorio nacional y a su salida (art. 35). Podrán realizar el despacho aduanero, tanto el agente aduanal, como los importadores y exportadores (art. 40). Los agentes aduanales serán representantes de los importadores o exportadores, tratándose de las actuaciones que deriven del despacho aduanero de las mercancías (art. 41)

Entre las responsabilidades del agente están el determinar las contribuciones, cuotas compensatorias, en su caso, descripción, estado y origen de la mercancía, clasificación arancelaria, entre otros (art. 81).

4. AGENTES NAVIEROS

El artículo 22 de la Ley de Navegación y Comercio Marítimos define al Agente Naviero como la persona física o moral que está facultada para que en nombre del naviero¹³¹ u operador, bajo el carácter de mandatario o comisionista mercantil, actúe en su nombre o representación como agente naviero general, agente naviero consignatario de buques o agente naviero protector.

Al respecto resulta inadecuado que se le denomine mandatario o comisionista mercantil, ya que las figuras de mandatario *stricto sensu* es una figura civil y la figura del comisionista mercantil se distinguen del agente por no ser de tracto sucesivo.

Como se adelantó, existen tres tipos de agentes navieros regulados por la Ley de Navegación y Comercio Marítimos. El agente naviero general es el naviero que tiene la facultad de representar a su mandante en los contratos de transporte de mercancías, de arrendamiento y de fletamento; nombrar agente naviero consignatario de buques y realizar los demás actos de comercio que su mandante o comitente le encomienden, así como todo lo que corresponda al contrato de agencia marítima. Como se advierte, dicha representación va mucho más allá que la de un agente, pues se trata de un representante o mandatario con facultades generales.

El agente naviero consignatario de buques tiene la facultad de realizar los actos y gestiones administrativas con relación a la embarcación en el puerto de consignación, pudiendo recibir y asistir en el puerto a la embarcación que se le haya consignado, y en general realizar todos los actos y gestiones que se le encomienden en relación con la embarcación en el puerto de consignación y para su navegación, transporte y comercio marítimo (art. 24).

¹³¹ Ley de Navegación y Comercio Marítimo.

Artículo 2.- Para efectos de esta Ley se entenderá por:

(...)

IX. Naviero o empresa naviera: Armador o empresa armadora, de modo sinónimo: la persona física o moral que teniendo bajo su propiedad o posesión una o varias embarcaciones, y/o artefactos navales, y sin que necesariamente constituya su actividad principal, realice las siguientes funciones: equipar, avituallar, aprovisionar, dotar de tripulación, mantener en estado de navegabilidad, operar por sí mismo y explotar embarcaciones.

X. Operador: La persona física o moral, que sin tener la calidad de propietario o naviero, celebra a nombre propio los contratos de utilización de embarcaciones y/o artefactos navales, o del espacio de éstos, que a su vez, haya contratado con el propietario, naviero o armador.

(...)

Por último, el agente naviero protector será contratado por el naviero o por el fletador para proteger sus intereses y supervisar el trabajo que realice el agente naviero consignatario. La penúltima fracción del citado artículo 22 establece lo siguiente respecto al agente naviero protector:

El agente naviero protector, antes de ser admitido, deberá garantizar que el interesado pasará por lo que él haga y pagará lo juzgado y sentenciado. La garantía será calificada por la autoridad bajo su responsabilidad y se otorgará por el agente naviero protector, comprometiéndose con el dueño del negocio a pagar los daños, perjuicios y gastos que se le irroguen a éste por su culpa o negligencia.

Por último, dicho artículo establece que todo agente naviero estará legitimado para recibir notificaciones, aún de emplazamiento, en representación del naviero u operador.

Los agentes navieros requieren autorización de la Secretaría de Comunicaciones y Transportes (art. 23) y deberán de inscribirse en el Registro Público Marítimo Nacional (art. 17).

Todo naviero que opere en un puerto mexicano, necesariamente necesitará designar un agente naviero consignatario, salvo que sea un naviero mexicano que cuente con oficinas en dicho puerto (art. 24).

5. AGENTES DE COMERCIO DE LA LEY FEDERAL DEL TRABAJO

La Ley Federal del Trabajo contiene un capítulo que regula a los “Agentes de Comercio y otros Semejantes”. El artículo 285 de la citada ley establece lo siguiente:

Artículo 285.- los agentes de comercio, de seguros, los vendedores, viajantes, propagandistas o impulsores de ventas y otros semejantes, son trabajadores de la empresa o empresas a las que presten sus servicios, cuando su actividad sea permanente, salvo que no ejecuten personalmente el trabajo o que únicamente intervengan en operaciones aisladas.

Resulta particularmente interesante la regulación del agente en la LFT, ya que éste no necesariamente debe percibir un salario fijo, sino que puede estar basado en comisiones, que puede comprender: (i) una prima sobre el valor de la mercancía vendida o colocada, y/o; (ii)

una prima sobre el pago inicial, y/o; (iii) una prima sobre los pagos periódicos (art. 286). Para determinar el monto del salario del agente se tomará como base el promedio que resulte de los salarios del último año o del total de los percibidos si la relación fue menor a un año (art. 289).

El derecho del trabajador a percibir la prima será en el momento en que se perfeccione la operación, si se pactó una prima única, y en el momento en que se haga el pago, si se pactó sobre pagos periódicos (art. 287). Por otro lado, si una vez realizado el pago se deja sin efectos la operación, las primas pagadas no podrán ser retenidas o descontadas (art. 288).

La LFT también establece que los trabajadores no podrán ser removidos de la zona o ruta que se les haya asignado, sin su consentimiento (290) y que será causa de rescisión de la relación laboral, la disminución importante y reiterada del volumen de las operaciones, salvo que se dé una circunstancia que lo justifique (art. 291).

Como ya se ha mencionado en múltiples ocasiones, el agente que se estudia en el presente trabajo es un comerciante, que no se encuentra subordinado al principal ni depende económicamente de éste, por lo que no le resultan aplicables las disposiciones de la Ley Federal del Trabajo, sino que se rige conforme a las disposiciones mercantiles.

V. REGULACIÓN DE LA AGENCIA EN EL MUNDO

1. UNIÓN EUROPEA

A) Directiva 86/653-CEE

La CEE (Comunidad Económica Europea), se constituye por el Tratado Constitutivo de la Comunidad Económica Europea, firmado en Roma el 25 de marzo de 1957, y posteriormente se consolida a través del “Tratado de la Unión Europea” o Tratado de Maastricht, firmado el 7 de febrero de 1992. El artículo 2º del citado Tratado de la CEE¹³² establecía como misión de ésta, el promover una aproximación progresiva de la Comunidad, un desarrollo continuo y equilibrado, mayor estabilidad, elevación del nivel de vida y estrechamiento de relaciones entre los estados miembros a través de la creación de un mercado común o interno.

Los medios para alcanzar dicho mercado interior se establecieron en los artículos 3, 14 y 15 de dicho tratado (hoy artículos 26 y siguientes del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea), el cual implica, un espacio sin fronteras interiores, en el que se garantice la libre circulación de mercancías, personas, servicios y capitales logrando un mercado único europeo.

El mercado en la Unión Europea se encuentra regulado en diferentes niveles. En primer lugar se encuentran los tratados que establecen las bases para las acciones de la Unión Europea. En segundo lugar se encuentran las regulaciones por parte de la Unión Europea. La regulación de la Unión Europea se puede dar a través de la inaplicación de normas por parte de los tribunales, cuando éstas no se encuentren de acuerdo con los principios y libertades fundamentales de la Unión Europea, o a través de la creación de normas que buscan armonizar la legislación; ya sea a través de reglamentos o directivas, entre otros¹³³.

¹³² Hoy artículo 3(3) del Tratado de la Unión Europea, que a la letra dice:

Artículo 3(3). La Unión establecerá un mercado interior. Obrará en pro del desarrollo sostenible de Europa basado en un crecimiento económico equilibrado y en la estabilidad de los precios, en una economía social de mercado altamente competitiva, tendente al pleno empleo y al progreso social, y en un nivel elevado de protección y mejora de la calidad del medio ambiente. Asimismo, promoverá el progreso científico y técnico.

El antecedente de dicho artículo se encuentra en el Artículo 2 del Tratado de Roma de 1957 de la Comunidad Económica Europea.

¹³³Para mayor información Vid. Eur-Lex. *Access to European Union Law*: <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/?uri=URISERV%3A114527> https://europa.eu/european-union/law/treaties_en, et. http://europa.eu/eu-law/decision-making/legal-acts/index_es.html. Consultado el: 20/05/2016

Los Reglamentos consisten en actos legislativos que se deben adoptar y aplicar en su integridad por los Estados Miembros de la UE, mientras que las Directivas son actos legislativos que establecen ciertos objetivos que los Estados Miembros deben cumplir, correspondiendo a cada país la facultad de elaborar leyes de acuerdo a lo establecido por la directiva¹³⁴.

La Comisión Europea al considerar que existía conflicto entre las legislaciones de los diferentes Estados Miembros que afectaba el debido funcionamiento del mercado interno respecto del contrato de agencia, propuso al Consejo de las Comunidades Europeas la adopción de una directiva para regularlo, misma que fue aprobada y se adoptó el 18 de diciembre de 1986. A ésta se le denominó: 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 (la “Directiva”).

La Directiva entró en vigor el 1° de enero de 1990, con las excepciones de Irlanda y Reino Unido, en donde entró en vigor el 1° de enero de 1994. Respecto a Italia, en lo referente a la indemnización al agente, entró en vigor el 1° de enero de 1993.

A continuación se transcriben los considerandos de la citada Directiva, en los cuales se estableció la justificación de su adopción.

Considerando que las diferencias entre las legislaciones nacionales sobre representación comercial afectan sensiblemente dentro de la Comunidad las condiciones de competencia y al ejercicio de la profesión y afectan también al nivel de protección de los agentes comerciales en sus relaciones con sus poderdantes, así como a la seguridad de las operaciones comerciales; que, por otra parte, estas diferencias pueden perjudicar sensiblemente el establecimiento y el funcionamiento de los contratos de representación comercial entre un comerciante y un agente comercial establecidos en diferentes Estados miembros;

Considerando que los intercambios de mercancías entre Estados miembros deben llevarse a cabo en condiciones análogas a las de un mercado único, lo que impone la aproximación de los sistemas jurídicos de los Estados miembros en la medida que sea necesaria para el buen funcionamiento de este mercado común; que, a este respecto, las normas de conflicto entre leyes, incluso unificadas, no eliminan, en el ámbito de la representación comercial, los inconvenientes anteriormente citados y no eximen, por tanto, de la armonización propuesta;

Considerando, a este respecto, que las relaciones jurídicas entre el agente comercial y el comerciante deben tomarse en consideración con prioridad;

Considerando que por tanto existe motivo para inspirarse en los principios del artículo 117 del Tratado procediendo(sic) a una armonización en el progreso de la legislación de los Estados miembros en lo referente a los agentes comerciales;

¹³⁴Idem.

Considerando que deben concederse plazos transitorios suplementarios a determinados Estados miembros que están realizando especiales esfuerzos a fin de adaptar a los requisitos de la directiva sus normativas, en particular en lo relativo a la indemnización tras la terminación del contrato entre el comerciante y el agente comercial.

Tal cual se desprende de los considerandos citados, de lo establecido por la Jurisprudencia¹³⁵, y de las disposiciones que estudiaremos a continuación, la Directiva principalmente busca proteger al agente comercial, estableciendo normas armonizadas que beneficien la competencia y el establecimiento del mercado.

El artículo 1(2) de la Directiva define al agente como *toda persona que, como intermediario independiente, se encargue de manera permanente ya sea de negociar por cuenta de otra persona, denominada en lo sucesivo el «empresario», la venta o la compra de mercancías, ya sea de negociar y concluir estas operaciones en nombre y por cuenta del empresario.*

De lo anterior se desprende que podrá existir la figura del agente con y sin representación, limitando su actuar a la compra y venta de mercancías. Dicha facultad podrá ser ampliada por los Estados a la prestación de servicios u otros contratos, según prevea la legislación nacional, ya que la Directiva prevé que los Estados Miembros puedan ampliar los derechos del agente y la aplicación de la Directiva.

El mismo artículo establece que no se considerarán como agentes las personas que en calidad de órgano tengan el poder de obligar a una sociedad o asociación, los asociados que estén legalmente facultados para obligar a los demás asociados, los administradores judiciales, liquidador o síndico de quiebra, es decir, quien tenga la representación orgánica, legal o judicial, las cuales como vimos anteriormente, son figuras distintas a la de la agencia.

Las partes tienen derecho a obtener de la otra un escrito firmado en el que se mencione el contenido del contrato, el contrato en principio no estará sujeto a ningún requisito formal. Sin embargo, los Estados podrán establecer como requisito de validez que el contrato sea por escrito¹³⁶, sin que puedan establecer diversos requisitos de validez¹³⁷.

¹³⁵ Tribunal de Justicia de la Unión Europea, Sentencia de 30 de abril de 1998, *Bárbara Bellone contra Yokohama SpA*, Asunto C-215/97, <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=CELEX:61997CJ0215> fecha de consulta: 22/05/2016, párrafo 13.

¹³⁶ Directiva 86/653/CEE, art. 13.

a) Ámbito de aplicación

La Directiva establece en su artículo primero que se aplicará únicamente a disposiciones relativas a las relaciones entre agentes comerciales y sus poderdantes (principal o empresario). Por su parte, el artículo segundo dispone que ésta no será aplicable a los agentes comerciales cuya actividad no esté remunerada, a los que operen en bolsas de comercio o mercados de materias primas ni al organismo conocido con el nombre de “*Crown Agents for Overseas Governments Administration*” de Reino Unido, mismos que tienen una regulación especial¹³⁸.

Asimismo, en el caso *Abbey Life Co.* se determinó que no están comprendidos dentro del ámbito de aplicación de la Directiva los contratos de seguros, de rentas o de ahorro¹³⁹.

Ahora, cabe recordar que la Directiva, no es auto-aplicativa para los Estados miembros, sino que funciona como un elemento armonizador de las legislaciones, el cual establece objetivos y obligaciones que los Estados Miembros deben transponer a una ley nacional. La Directiva da libertad a los Estados sobre los medios de alcanzarlo y sobre ciertas cuestiones, como por ejemplo la libertad que se da a cada Estado de disponer o no que la Directiva se aplique a ciertas personas que desempeñen actividades de agente como accesorias¹⁴⁰.

Una vez implementada en la legislación nacional, la Directiva aplicará tanto para relaciones transfronterizas (entre diversos Estados miembros de la Unión Europea o cuando un Estado Miembro sea parte) o para relaciones meramente internas de un Estado¹⁴¹. Los Estados

¹³⁷ *Ibidem*, párrafos 14 y 15. Et. Tribunal de Justicia de la Unión Europea, Sentencia de 13 de julio de 2000, *Centro Steel Srl contra Adipol GmbH*, Asunto C-456/98, <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/HTML/?uri=CELEX:61998CJ0456&from=EN> fecha de consulta: 20/06/2016, párrafos. 14 y 17. En dichos casos se estableció que además de la posibilidad de los Estados de establecer como requisito de validez que el contrato conste por escrito, los Estados no pueden establecer otros requisitos. Por otro lado, en el caso *Caprini* se aclaró que se pueden imponer otros requisitos además de los establecidos en la directiva (la obligación del agente de inscribirse en un registro), siempre y cuando no afecte la validez del contrato y no menoscabe de cualquier otro modo la protección que concede la Directiva a los agentes. *Vid.* Tribunal de Justicia de la Unión Europea, Sentencia de 6 de marzo de 2003, *Francesca Caprini contra Conservatore di Commercio, Industria, Artigianato e agricoltura (CCIAA)*, Asunto C-485/01.

<http://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/?uri=CELEX:62001CJ0485> fecha de consulta: 24/05/2016, párrafos 17 a 20.

¹³⁸ En el caso *Mavrona* se establece que no podrían aplicarse por analogía las disposiciones de la Directiva al contrato de comisión, pues ésta claramente delimita el concepto de agente comercial, lo cual no impide que los Estados en su derecho interno adopten disposiciones similares, o que de considerarlo en su momento la Comisión lo hiciera a nivel comunitario. *Vid.* Tribunal de Justicia de la Unión Europea, Auto de 10 de febrero de 2004, *Mavrona & Sia OE v Delta Etairaia Symmetochon AE, formerly Delta Prottypos Viomichania Galaktos AE.*, Asunto C-85/03, <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/PDF/?uri=CELEX:62003CO0085&qid=1464135229353&from=EN> fecha de consulta: 25/05/2016, Párrafos 16 y 20.

¹³⁹ Tribunal de Justicia de la Unión Europea, Auto de 6 de marzo de 2003, *Abbey Life Co. Ltd contra Kok Theam Yeap*, Caso C-449/01, <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/PDF/?uri=CELEX:C2003/146/21&from=ES> fecha de consulta: 26/05/2016.

¹⁴⁰ Directiva 86/653/CEE, art. 2(2).

¹⁴¹ En general las libertades fundamentales y el derecho de la UE se aplica sólo a relaciones transfronterizas, sin embargo, una de las finalidades de las Directivas es el armonizar el derecho de los Estados miembros de la UE, por lo que su ámbito de aplicación es más amplio, estando incluso obligados los tribunales al aplicar e interpretar el derecho nacional (anterior o posterior a la Directiva) a la luz del tenor literal

únicamente podrán adoptar excepciones a la Directiva cuando ésta lo permita, o el Estado estime necesario mantener una disposición nacional que se encuentre justificada¹⁴². Dicha justificación se podrá basar en el orden público, moral, seguridad pública y salud entre otras¹⁴³. Por el otro lado, los Estados podrán libremente ampliar u otorgar más derechos de los que otorga la Directiva¹⁴⁴, pudiéndose incluso dar el caso en que se deje de aplicar la ley elegida por las partes, (aun siendo la ley de un Estado miembro que transpuso correctamente la Directiva), y se aplique en vez la *lex fori*, por su carácter imperativo respecto de la situación del agente comercial, en virtud de que concede una protección más amplia que la Directiva¹⁴⁵.

Al respecto, en otro caso, los Países Bajos al adoptar la Directiva a su derecho nacional decidieron extender su ámbito de aplicación a las operaciones de prestación de servicios. En el caso *Poseidon*, el legislador neerlandés decidió aplicar un trato idéntico a dos situaciones, pues adoptó la Directiva tanto para contratos de prestación de servicios como de compra y venta. Al resolver dicho caso, el Tribunal de Justicia de la Unión Europea (“Tribunal de Justicia”) consideró que éste resultaba competente para admitir y resolver una petición de decisión prejudicial sobre la interpretación de una disposición de la Directiva, aun cuando se trataba de servicios¹⁴⁶, por su parte el Abogado General consideró además que en el caso

y de la finalidad de la Directiva. *Vid.* Tribunal de Justicia de la Unión Europea, Sentencia de 13 de julio de 2000, *Centro Steel Srl contra Adipol GmbH*, Asunto C-456/98.

<http://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/HTML/?uri=CELEX:61998CJ0456&from=EN> fecha de consulta: 20/06/2016, párrafos. 13 y 16.

¹⁴² Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea, art. 114(4).

¹⁴³ Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea.

Artículo 36

(antiguo artículo 30 TCE)

Las disposiciones de los artículos 34 y 35 no serán obstáculos para las prohibiciones o restricciones a la importación, exportación o tránsito justificadas por razones de orden público, moralidad y seguridad públicas, protección de la salud y vida de las personas y animales, preservación de los vegetales, protección del patrimonio artístico, histórico o arqueológico nacional o protección de la propiedad industrial y comercial. No obstante, tales prohibiciones o restricciones no deberán constituir un medio de discriminación arbitraria ni una restricción encubierta del comercio entre los Estados miembros.

Artículo 114

(antiguo artículo 95 TCE)

(...)

4. Si, tras la adopción por el Parlamento Europeo y el Consejo, por el Consejo o por la Comisión de una medida de armonización, un Estado miembro estimare necesario mantener disposiciones nacionales, justificadas por alguna de las razones importantes contempladas en el artículo 36 o relacionadas con la protección del medio de trabajo o del medio ambiente, dicho Estado miembro notificará a la Comisión dichas disposiciones así como los motivos de su mantenimiento.

(...)

¹⁴⁴ El abogado General Wahl consideró en el caso *Unamar* que la armonización por parte de las directivas puede ser mínima o exhaustiva. En el caso de que sea mínima (como es el caso de esta Directiva), los Estados miembros podrán mantener o adoptar disposiciones más estrictas, es decir extender tanto el ámbito de aplicación como el nivel de la protección consagrada por la citada directiva con miras a defender intereses que consideren fundamentales. *Vid.* Abogado General Wahl, Conclusiones presentadas el 15 de mayo de 2013, *United Antwerp Maritime Agencies (Unamar) NV contra Navigation Maritime Bulgare*, Asunto C-184/12, <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/?qid=1469807707225&uri=CELEX:62012CC0184#Footref13> fecha de consulta: 29/07/2016, párrafos 39 a 41, 44

¹⁴⁵ *Ibidem*, párrafos 50- 52.

¹⁴⁶ De acuerdo al artículo 267 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (TFUE), corresponde al Tribunal de Justicia de la Unión Europea resolver respecto de cuestiones prejudiciales planteados por los jueces nacionales para la interpretación de una disposición del Derecho de la Unión Europea necesaria para resolver un asunto en concreto. El Tribunal de Justicia solo podrá declarar la inadmisibilidad de una petición de decisión prejudicial planteada por un órgano jurisdiccional nacional cuando resulte evidente que la interpretación solicitada

existía un fin comunitario para evitar futuras divergencias de interpretación, pues no obstante de que se tratara de un contrato de agencia de servicios, el cuestionamiento también resultaba aplicable a casos de compraventa¹⁴⁷. De igual manera, en los casos *Volvo* y *Unamar*, el Tribunal de Justicia determinó que cuando los Estados miembros apliquen por analogía las disposiciones del contrato de agencia a otros contratos, será competente el Tribunal de Justicia para interpretar y resolver cuestiones prejudiciales respecto de dicho contrato¹⁴⁸.

Respecto a la ley aplicable en relaciones transfronterizas, cuando sean casos concernientes únicamente a la Unión Europea, o las reglas del Derecho Internacional Privado lleven a la aplicación del derecho de un país de la Unión Europea, estos se regirán de acuerdo al Reglamento Roma I¹⁴⁹ sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales en materias civil y mercantil, debiéndose aplicar forzosamente las obligaciones dispuestas en la Directiva.

Por su parte, aún en el caso de que sea aplicable la ley de un Tercer estado, incluso se podrán aplicar ciertas obligaciones dispuestas en la Directiva, si es que existen “leyes de policía”(lois de police¹⁵⁰) que hagan su aplicación obligatoria. En el caso *Ingmar*¹⁵¹, el Tribunal de Justicia de la Unión Europea estableció que las disposiciones de los Estados miembros de la Unión Europea que garanticen determinados derechos al agente se deberán aplicar cuando el agente haya ejercido su actividad en un Estado miembro, incluso cuando el

del Derecho de la Unión no guarda relación alguna con la realidad o con el objeto del litigio principal, o cuando la cuestión sea general o hipotética. Vid. Tribunal de Justicia de la Unión Europea, Sentencia de 16 de marzo de 2006, *Poseidon Chartering BV contra Marianne Zeeschip VOF y otros*, Asunto C-3/04.

<http://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/?uri=CELEX:62004CJ0003> fecha de consulta: 26/05/2016, párrafos 14 y 17.

La interpretación del Tribunal de Justicia respecto de la admisibilidad o no de cuestiones prejudiciales ha sido de carácter estricto, pues ha considerado que deben corresponder exactamente con los hechos controvertidos (Vid. Tribunal de Justicia de la Unión a Europea, Sentencia de 28 de octubre de 2010, *Volvo Car Germany GmbH contra Autohof Weidendorf GmbH*, Asunto C-203/09.

<http://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/?qid=1469026261391&uri=CELEX:62009CJ0203> fecha de consulta: 20/07/2016, párrafos 29 y 30). En contrario, en dicho caso el Abogado General Bot consideró, a mi parecer de manera más adecuada, que cuando una cuestión planteada no corresponda exactamente a los hechos del litigio principal, pero que se encuentre íntimamente ligada y resulte determinante para su resolución, se debe admitir (Vid. Abogado General Bot, Conclusiones presentadas el 3 de junio de 2010, *Volvo Car Germany GmbH contra Autohof Weidendorf GmbH*, Asunto C-203/09.

<http://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/?qid=1469026261391&uri=CELEX:62009CC0203#Footref16> fecha de consulta: 20/07/2016, párrafos 31 a 34).

¹⁴⁷ Abogado General Geelhoed, Conclusiones presentadas el 28 de abril de 2005, *Poseidon Chartering BV contra Marianne Zeeschip VOF y otros*, Asunto C-3/04

<http://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/?qid=1499138371641&uri=CELEX:62004CC0003> fecha de consulta: 26/05/2016, párrafos 14 a 16.

¹⁴⁸ Sentencia Caso Volvo, *op. cit.* párrafos 10, 25- 27.

“De acuerdo con la jurisprudencia reiterada del Bundesgerichtshof, invocada en la resolución de remisión, la normativa referente a la indemnización del agente comercial contenida en el artículo 89b del HGB es aplicable por analogía a un contrato de concesión...” (párrafo 10). *Et.* Sentencia Caso Unamar, *op. cit.*, párrafo 30.

¹⁴⁹ Dinamarca es el único país de la Unión Europea que no adoptó dicho reglamento, por lo que no está sujeta a su aplicación.

¹⁵⁰ El artículo 9 del Reglamento Roma I define a las Leyes de Policía como disposiciones cuya observancia un país considera esencial para la salvaguardia de sus intereses públicos, tales como su organización política, social o económica, hasta el punto de exigir su aplicación a toda situación comprendida dentro de su ámbito de aplicación, cualquiera que fuese la ley aplicable al contrato...

¹⁵¹ Tribunal de Justicia de la Unión Europea, Sentencia de 9 de noviembre de 2000, *Ingmar GB Ltd contra Eaton Leonard Technologies Inc.*, Asunto C-381/98.

<http://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/?uri=CELEX%3A61998CJ0381> fecha de consulta: 22/05/2016.

empresario este establecido en un tercer Estado, e incluso si el contrato se rige por las leyes del tercer Estado. Asimismo, en el posterior caso *Unamar*¹⁵² el Tribunal de Justicia determinó, tal cual ya se mencionó anteriormente, que se podrá dejar de aplicar la ley de un Estado miembro elegida por las partes, cuando la *lex fori* contenga disposiciones de carácter imperativo, o leyes de policía, que concedan al agente una protección más amplia que la Directiva, y la ley elegida por las partes. Cabe resaltar que dichos casos son previos a la adopción del reglamento Roma I, el cual fortalece a las denominadas “leyes de policía”¹⁵³.

En el citado caso, *Ingmar GB Ltd* (Ingmar) como agente establecido en Reino Unido, celebró un contrato de agencia con *Eaton Leonard Technologies Inc* (Eaton), con domicilio en California, E.U.A., en dicho contratos se había pactado como ley aplicable la ley del Estado de California, sin embargo, después de terminada la relación Ingmar demandó ante una corte de Reino Unido por el pago de una comisión, así como la reparación del perjuicio causado por la terminación de la relación en los términos del artículo 17 del Reglamento Roma I. En sentencia, se estableció que no era aplicable el reglamento ya que el contrato se regía por la ley del Estado de California, sin embargo dicha resolución fue impugnada ante la *Court of Appeal (England & Wales)(Civil Division)*, la que planteo al Tribunal de Justicia la siguiente cuestión prejudicial:

«Según las normas del Derecho inglés, procede aplicar la ley elegida por las partes como ley aplicable, salvo que exista una razón de orden público, como una disposición imperativa que lo impida. En estas circunstancias, ¿son de aplicación las disposiciones de la Directiva 86/653/CEE del Consejo, en la forma en que se hayan adaptado a ella las legislaciones de los Estados miembros, y en particular, las referentes al pago de una reparación a los agentes, en el momento de terminar el contrato con su empresario cuando:

a) un empresario nombra un agente exclusivo en el Reino Unido y en Irlanda para la venta de sus productos en dichos países y

b) por lo que se refiere a la venta de dichos productos en el Reino Unido, el agente ejerce sus actividades en el propio Reino Unido y

c) el empresario es una sociedad constituida en un Estado tercero y, en concreto, en el Estado de California, Estados Unidos de América, en el que se halla su domicilio social, y

d) la ley elegida expresamente por las partes como ley aplicable al contrato es la del Estado de California, Estados Unidos de América?»¹⁵⁴

¹⁵² Sentencia Caso Unamar, *op. cit.*

¹⁵³ Reglamento de Roma I, artículo 9.

¹⁵⁴ Sentencia Caso Ingmar, *op. cit.*, párrafo 13.

Ante lo anterior, el Tribunal de Justicia consideró que los derechos establecidos por los artículos 17 y 18 de la Directiva que garantizan una indemnización o reparación de perjuicio al agente después de terminada la relación, deben aplicarse cuando el agente haya ejercido su actividad en un Estado miembro de la Unión Europea, aun cuando el empresario esté establecido en un país tercero y el contrato se rija conforme a las leyes de dicho país¹⁵⁵.

En el caso anterior, el Tribunal de Justicia, en primer lugar estableció que la libertad contractual de que gozan las partes para elegir convencionalmente la ley; principio fundamental del derecho internacional privado, solo cesa cuando existen disposiciones imperativas o leyes de policía¹⁵⁶. Éste resaltó que una de las finalidades de la Directiva en cuestión es proteger a los agentes comerciales, particularmente en lo que respecta a los artículos 17 y 18 que garantizan al agente, después de terminada la relación contractual una indemnización o reparación del perjuicio, disposiciones que en virtud del artículo 19, son imperativas, pues no se permite pactar en contrario a ellas en perjuicio del agente¹⁵⁷. En segundo lugar, el Tribunal resaltó, como lo había hecho en el caso *Bellone*, que una de las finalidades de la directiva fue suprimir las restricciones a la profesión del agente, uniformar las cuestiones de competencia e incrementar la seguridad de las operaciones comerciales a través de la armonización por parte de la Directiva, por lo que a su parecer, resulta necesaria la observancia de las disposiciones de la Directiva, por su estrecha relación con la Comunidad Europea, particularmente en el caso en que el agente comercial desempeñe su actividad en el territorio de un Estado miembro.

*Por consiguiente, es forzoso reconocer que resulta esencial para el ordenamiento jurídico comunitario que un empresario establecido en un país tercero, cuyo agente comercial ejerce su actividad dentro de la Comunidad, no pueda eludir las citadas disposiciones mediante el simple juego de una cláusula de elección de la ley aplicable. En efecto, la función que desempeñan las disposiciones de que se trata exige que éstas se apliquen cuando la situación tenga una relación estrecha con la Comunidad, en particular, cuando el agente comercial desempeñe su actividad en el territorio de un Estado miembro, sea cual fuere la ley a la que las partes hayan pretendido someter el contrato*¹⁵⁸.

¹⁵⁵ *Ibidem*, párrafo 26.

¹⁵⁶ *Ibidem*, párrafo 15.

¹⁵⁷ *Ibidem*, párrafos 20 a 22. Asimismo, *vid.* Tribunal de Justicia de la Unión Europea, Sentencia de 23 de marzo de 2006, *Honyvem Informazioni Commerciali Srl contra Mariella De Zotti*, Asunto C-465/04.

<http://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/?qid=1464364935536&uri=CELEX:62004CJ0465> fecha de consulta: 27/05/2016, párrafo 22. *Et.* Tribunal de Justicia de la Unión Europea, Sentencia de 26 de marzo de 2009, *Turgay Semen contra Deutsche Tamoil GmbH*, Asunto C-348/07.

<http://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/?qid=1468249042782&uri=CELEX:62007CJ0348> fecha de consulta: 11/07/2016, párrafo 17.

¹⁵⁸ Sentencia Caso Ingmar, *op. cit.*, párrafo 25.

De manera similar, la Suprema Corte de Austria (*Oberster Gerichtshof*) recientemente determinó que un agente puede demandar el pago de la indemnización ante las cortes Austriacas aun cuando en el contrato de agencia existiera un acuerdo arbitral en el cual se estableciera como

La sentencia anterior se dictó, no obstante de que el contrato no se encuentre dentro del ámbito de aplicación de libertad de establecimiento o de libre prestación de servicios de la Unión Europea (Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea). Por otro lado, el considerando número dos de la Directiva expresamente se refiere a contratos entre un comerciante y un agente comercial establecidos en diferentes Estados miembros, cuando en este caso una de las partes se encuentra en un tercer Estado¹⁵⁹.

La extensión del ámbito de aplicación, bajo dicha argumentación no solo sería aplicable a esta Directiva, sino a cualquier regulación que implique normas de policía, como puede ser el caso en normas de protección a los consumidores. Por otro lado, no resulta claro si la extensión del ámbito de aplicación solo se aplicará a normas de armonización, como la Directiva en cuestión, o si también se aplicará directamente a las libertades dispuestas en el Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea como la libertad de establecimiento, prestación de servicios o libertad de movimiento. Respecto a las leyes de policía, se menciona que la excepción relativa a la existencia de una ley de policía debe interpretarse en sentido estricto¹⁶⁰, y que “...incumbe al juez nacional, a la hora de apreciar el carácter de «ley de policía» de la ley nacional que se propone aplicar en lugar de la ley elegida expresamente por las partes en el contrato, tener en cuenta no sólo los términos exactos de aquella ley sino también su concepción general y el conjunto de circunstancias en las que se promulgó, para poder deducir de ello que tal ley reviste carácter imperativo, en la medida en que conste que el legislador nacional la adoptó con la finalidad de proteger un interés considerado esencial por el Estado miembro... pero ello únicamente si dicho tribunal comprueba de manera circunstanciada que, en el marco de la transposición, el legislador del Estado del foro consideró crucial, en el seno del correspondiente ordenamiento jurídico, conceder al agente comercial una protección más amplia que la protección prevista en la citada Directiva,

derecho aplicable el de Nueva York. Dicha demanda fue admitida después de que el tribunal arbitral se negara a tomar en consideración el reclamo de indemnización del agente.

Vid. GOSCH, Tobias, *Another Win for European Commercial Agents: Overriding Mandatory Austrian Law Provisions to Supersede Arbitration Agreement*, Kluwer Arbitration Blog, August 10, 2017.

<http://arbitrationblog.kluwerarbitration.com/2017/08/10/another-win-european-commercial-agents-overriding-mandatory-austrian-law-provisions-supersede-arbitration-agreement/>, fecha de consulta: 2/2/2018.

¹⁵⁹ Al respecto, Vitellino considera que no resulta convincente el justificar la aplicación extra-territorial de la ley de la Unión Europea con un caso que no tiene un elemento intracomunitario. Vid. VITELLINO, Gaetano, *Rome II from an Internal Market Perspective* (January 8, 2006). A. MALATESTA (Ed.), *The Unification of Choice of Law Rules on Torts and Other Non-Contractual Obligations in Europe. The “Rome II” Proposal*, Padova, Cedam, 2006, p. 283.

¹⁶⁰ Sentencia Caso Unamar, *op. cit.*, párrafo 49.

teniendo en cuenta a este respecto la naturaleza y el objeto de tales disposiciones imperativas”¹⁶¹. Sin embargo, considero que no resulta claro el alcance de dichas normas imperativas o de policía, pues no se debe permitir a los Estados miembros determinar unilateral y abiertamente cuáles serán estas, únicamente con el objetivo de extender el ámbito de aplicación de sus normas a diversos casos, como en los que no existe ninguna relación intracomunitaria¹⁶².

En el caso contrario, es decir cuando un agente se encuentre establecido en un tercer Estado, el Tribunal de Justicia ha considerado que los Estados miembros podrán limitar el ámbito de aplicación de la Directiva y la protección que otorga a los agentes, a su aplicación dentro de los Estados Miembros. En el caso *Agro Foreign Trade*, se analizó una disposición de la ley belga relativa a la agencia, la cual establecía que será aplicable únicamente a los agentes comerciales con establecimiento principal en Bélgica, al respecto el Tribunal de Justicia determinó que *“En estas circunstancias, un agente comercial que ejerce las actividades derivadas de un contrato de agencia comercial en Turquía, como el demandante en el litigio principal, no entra dentro del ámbito de aplicación de la Directiva 86/653, con independencia de que el poderdante esté establecido en un Estado miembro, y, por tanto, no tiene por qué disfrutar imperativamente de la protección que esta Directiva ofrece a los agentes comerciales... Por consiguiente, los Estados miembros no están obligados a adoptar medidas de armonización, únicamente en virtud de la Directiva 86/653, en lo que respecta a los agentes comerciales que se encuentren en una situación como la del litigio principal y, por ende, esta Directiva no se opone a una normativa nacional como la controvertida en el litigio principal.”*¹⁶³

De lo anterior se desprende que el Tribunal de Justicia ha considerado que los Estados Miembros pueden limitar el ámbito de aplicación de las Directivas y la protección que otorgan

¹⁶¹Tribunal de Justicia de la Unión Europea, Sentencia de 17 de octubre de 2013, *United Antwerp Maritime Agencies (Unamar) NV contra Navigation Maritime Bulgare*, Asunto C-184/12, European Court Reports 2013 – 00000, Disponible en: <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/?qid=1469807707225&uri=CELEX:62012CJ0184> consultado el: 29/07/2016, párrafos 50 y 53.

¹⁶²VITELLINO, Gaetano, *Rome II from an Internal Market Perspective* (January 8, 2006). A. MALATESTA (Ed.), *The Unification of Choice of Law Rules on Torts and Other Non-Contractual Obligations in Europe. The “Rome II” Proposal*, Padova, Cedam, 2006, pp. 282 y 283. Et. Tribunal de Justicia de la Unión Europea, Sentencia de 17 de octubre de 2013, *United Antwerp Maritime Agencies (Unamar) NV contra Navigation Maritime Bulgare*, Asunto C-184/12, European Court Reports 2013 – 00000, Disponible en: <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/?qid=1469807707225&uri=CELEX:62012CJ0184> consultado el: 29/07/2016, párrafo 35.

¹⁶³Tribunal de Justicia de la Unión Europea, Sentencia de 16 de febrero de 2017, *Agro Foreign Trade & Agency Ltd contra Petersime NV*, Asunto C-507/15. <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/?uri=CELEX:62015CJ0507&qid=1498951483369> fecha de consulta: 01/07/2017, párrafos 35 y 36.

a los agentes u otras partes, únicamente dentro de los Estados Miembros, excluyendo a otros Estados, es decir, únicamente se debe proteger al agente que actúa dentro del mercado interior¹⁶⁴. Lo anterior me parece totalmente inadecuado, pues también es una decisión extrema. Considero que si un agente, aun estando en un Tercer Estado, pacta la aplicación de la ley de un Estado Miembro, se deberán respetar las disposiciones que protegen al agente en dicho Estado, tales como la indemnización una vez terminada la relación. Por otro lado, dicha diferenciación podría llegar a violar el principio de que toda norma debe ser general. Asimismo, dicha decisión resulta de gran relevancia debido a la clara distinción que se hace entre la aplicación del Derecho de la Unión Europea dentro del mercado interno, frente a su aplicación en otros Estados.

b) Características

De la regulación del contrato por parte de la Directiva se pueden observar las siguientes características principales:

El Capítulo III de la directiva habla de la *remuneración*, que es una de las características principales del contrato, la forma común y habitual es a través de una “comisión”, la cual el artículo 6(2) define como *cualquier elemento de la remuneración que varíe según el número o el valor de las operaciones*.

Sin embargo, cuando no haya sido pactada por las partes, esta se determinará; sin perjuicio de las disposiciones obligatorias de los Estados, de acuerdo a los usos habituales de acuerdo con la actividad y la materia objeto del contrato, y en caso de no existirlos deberá de ser razonable, teniendo en cuenta todos los elementos que hayan intervenido en la operación¹⁶⁵.

Cabe aclarar que la remuneración no necesariamente será una retribución monetaria. Al respecto, las leyes de ciertos Estados o los usos podrán establecer otro tipo de remuneración, en cuyo caso no se aplicará ninguna de las disposiciones relativas a la comisión que veremos a

¹⁶⁴ Abogado General M. Szpunar, Conclusiones presentadas el 26 de octubre de 2016, *Agro Foreign Trade & Agency Ltd contra Petersime NV*, Asunto C-507/15.

<http://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/?uri=CELEX:62015CC0507&qid=1498951483369> fecha de consulta: 01/07/2017, párrafo 60.

¹⁶⁵ Directiva 86/653/CEE, art. 2(2).

continuación. Lo anterior se desprende del artículo 6(3) de la Directiva, mismo que establece que “*Los artículos 7 a 12 no se aplicarán cuando el agente comercial no sea remunerado, en todo o en parte, mediante comisión*”.

Los artículos 7 a 12 establecen diversas reglas respecto a la comisión y cuándo tendrá derecho a ella el agente. Mientras dure la relación, el agente tendrá derecho a la comisión cuando la operación se haya concluido gracias a su intervención, o con un tercero que ya hubiera sido cliente del agente anteriormente para operaciones del mismo tipo¹⁶⁶.

Además, la Directiva en su artículo 7(2) agrega otros dos casos de los cuales los Estados miembros deberán de incorporar a su ley por lo menos uno. Dichos casos hablan del derecho a la comisión del agente cuando se concluya una operación con un cliente que pertenezca al sector geográfico¹⁶⁷ o grupo de personas, que ya sea, se encuentre a su cargo (primer caso), o sobre el cual disfrute de derecho de exclusividad (segundo caso). Claramente respecto de los Estados que decidan adoptar el segundo caso, el agente gozará de menor protección, pues en caso de que el agente no tuviera exclusividad, no tendría derecho a dichas comisiones.

Una vez terminada la relación, el agente podrá tener derecho a la comisión en ciertos casos; el artículo 8 establece que se devengará una comisión en favor del agente a pesar de que ya se haya concluido el contrato, si la operación comercial se hubiese debido principalmente a su actuar, siempre y cuando se hubiese concluido dentro de un plazo razonable a la terminación de su contrato, o si mientras siguiera vigente el contrato, el agente hubiera recibido una orden o encargo de un cliente y este se concluyera después de terminada la relación.

¹⁶⁶ *Ibidem*, art. 7(1).

¹⁶⁷ En la sentencia *Kontogeorgas* (Tribunal de Justicia de la Unión Europea, Sentencia de 12 de diciembre de 1996, Georgios Kontogeorgas contra Kartonpak AE., Asunto C-104/95, <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/?uri=CELEX%3A61995CJ0104> fecha de consulta: 23/05/2016), se estableció, atendiendo al tenor literal de dichas disposiciones, que el agente tendrá derecho a la comisión por operaciones concluidas en un sector geográfico del que esté encargado, aun cuando se hayan efectuado sin su intervención (párrafo 19). Por otro lado, en dicho caso se definió lo que se debe entender por: “que el cliente pertenece a dicho sector geográfico”. Hablando de personas morales, será cuando sus actividades comerciales efectivas se encuentren ahí, en caso de que las partes operen en varios territorios se estableció que se podrán tomar en cuenta otros elementos para determinarlo, “...en particular, el lugar donde las negociaciones con el agente se llevaron a cabo o donde normalmente deberían haberse llevado a cabo, el sitio donde se entrega la mercancía, así como el lugar donde se halla el establecimiento que ha efectuado el pedido” (párrafo 30).

Posteriormente en el caso *Chevassus* (Tribunal de Justicia de la Unión Europea, Sentencia de 17 de enero de 2008, *Herederos de Paul Chevassus-Marche contra Groupe Danone, Société Kro beer brands SA (BKSA) y Société Évian eaux minérales d'Évian SA (SAEME)*, Asunto C-19/07, <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/?qid=1467910239584&uri=CELEX:62007CJ0019> fecha de consulta: 07/07/2016), se determinó, al interpretar el artículo 7(2) en conjunto con los artículos 10 y 11(1), que el agente no tendrá derecho a la comisión de operaciones concluidas dentro de su sector geográfico, cuando el principal no haya intervenido ni directa ni indirectamente en la conclusión de la operación (párrafo 21). Sin embargo, debido a que el empresario tiene la obligación de actuar de buena fe (Caso *Honyvem*, párrafo 19), se estableció que los tribunales nacionales podrán y deberán determinar si existió intervención por parte del empresario, ya sea tanto por su naturaleza jurídica como su naturaleza fáctica (párrafo 22), ello en aras de proteger al agente.

En caso de existir un nuevo agente, la comisión en los casos del párrafo anterior se pagará al agente anterior, salvo que sea equitativo según las circunstancias dividirla entre los agentes¹⁶⁸.

El artículo 10 establece el momento en que se devengará y se pagará la comisión, sin que se puedan pactar condiciones distintas en detrimento del agente. Cuando el empresario o tercero hubiesen ejecutado la operación, o cuando el empresario hubiere debido ejecutar la operación en virtud del acuerdo con el tercero se devengará la comisión, cualquiera que suceda primero. La Directiva da como plazo máximo, el momento en que el tercero haya ejecutado su parte o hubiere debido ejecutarla si el empresario ya hubiere ejecutado su parte de la operación. Por otro lado deberá ser pagada a más tardar el último día del mes siguiente al trimestre durante el que ésta se haya devengado.

El agente no tendrá derecho a la comisión o deberá devolver la comisión ya pagada solo en los casos en que el contrato entre el empresario y el tercero no puede ser ejecutado¹⁶⁹ por circunstancias no atribuibles al empresario¹⁷⁰.

El artículo 12 establece el deber de informar del empresario, quien estará obligado a entregar una relación al agente de las comisiones devengadas mencionando como se calcularon, dicha relación se deberá entregar a más tardar el último día del mes siguiente al trimestre en que se devengaron. Además el agente tendrá derecho a que se le proporcione toda la información necesaria para verificar el importe de las comisiones que le correspondan, en particular un extracto de los libros de contabilidad.

Por su parte, el artículo 20 establece la cláusula de no competencia, la cual se define *comotodo convenio que prevea la restricción de las actividades del agente tras la terminación de las actividades profesionales del agente comercial tras la terminación del contrato*. Dicha cláusula sólo será válida si se estableció por escrito y se delimitó, ya sea al sector geográfico únicamente, o al sector geográfico y al grupo de clientes confiados al agente, respecto del tipo

¹⁶⁸ Directiva 86/653/CEE, art. 9.

¹⁶⁹ *Ibidem*, art. 11.

En caso de que sea inejecución parcial, la comisión se reducirá proporcionalmente. *Vid.* Tribunal de Justicia de la Unión Europea, Sentencia de 17 de mayo de 2017, *ERGO Poist'ovňa a.s. contra Alžbeta Barliková*, Asunto C-48/16, <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/?uri=CELEX:62016CJ0048&qid=1498951483369> fecha de consulta: 01/07/2017, párrafo 44.

¹⁷⁰ De conformidad con el caso Ergo antes citado, para determinar si una circunstancia es atribuible al empresario se deberán de tomar en cuenta todas las circunstancias fácticas y Jurídicas pertinentes. *Vid. ibidem*, párrafo 59.

de mercancías materia del contrato de agencia. Por otro lado, la cláusula de no competencia no podrá ser válida por un periodo mayor a dos años después de terminada la relación.

La Directiva prevé que los Estados de la Unión puedan imponer restricciones adicionales a la validez o aplicabilidad de la cláusula de no competencia, o establecer que los tribunales puedan disminuir las obligaciones de las partes derivadas de dicha cláusula.

Por último, la Directiva en su artículo 21 establece una disposición en busca de la protección de datos, estableciendo que ninguna disposición de la Directiva pueda obligar a un Estado miembro a prever la divulgación de datos en caso de que fuera contraria al orden público.

c) Derechos y Obligaciones del Agente

El agente deberá velar por los intereses del empresario y actuar de forma leal y buena fe. Conforme al artículo 3, el Agente en particular deberá:

- i. Ocuparse como es debido de la negociación y en su caso de la conclusión de las operaciones.
- ii. Comunicar al empresario toda la información necesaria de la que disponga, y
- iii. Ajustarse a las instrucciones razonables que le haya dado el empresario.

La jurisprudencia ha establecido que la Directiva será aun aplicable cuando el agente se encargue únicamente de una operación comercial o un solo contrato, siendo relevante en dicho caso la permanencia de la relación, es decir, que dicho contrato se hubiera prorrogado o renegociado por el agente, siempre tomando en consideración que efectivamente se le hubieran encargado dichas prórrogas o su negociación¹⁷¹, lo cual parece adecuado para diferenciarlo del comisionista.

¹⁷¹Cabe añadir que no obstante que se utilicen las palabras cliente y contrato de manera singular y plural a lo largo de la Directiva, en Abogado General no lo consideró determinante para la interpretación del concepto de encargo permanente, por otro lado cabe mencionar (como lo hizo el Abogado General) que en la propuesta original de la Comisión se establecía que la Directiva no se aplicaría a los intermediarios cuya función se limitara a la negociación o la conclusión de una o más operaciones determinadas en nombre de un único principal, sin embargo dicha disposición fue suprimida del texto final. *Vid.* Tribunal de Justicia de la Unión Europea, Sentencia de 16 de marzo de 2006, *Poseidon Chartering BV contra Marianne Zeeschip VOF y otros*, Asunto C-3/04, <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/?uri=CELEX:62004CJ0003> fecha de consulta: 26/05/2016, párrafos 26 y 27. et. Abogado General Geelhoed, Conclusiones

d) Derechos y Obligaciones del Empresario

Por su parte el empresario conforme al artículo 4 deberá actuar de forma leal y de buena fe respecto de sus relaciones con el agente. En particular deberá:

- i. Poner a disposición del agente la documentación necesaria relacionada con las mercancías.
- ii. Procurar la información necesaria al agente para la ejecución del contrato, en particular poner al corriente con razonable antelación si se prevé que el volumen de las operaciones será sensiblemente inferior al esperado.
- iii. Informar dentro de un plazo razonable sobre la aceptación o rechazo o no ejecución de una operación.

El artículo 5 establece que no podrán pactarse condiciones distintas sobre las disposiciones que regulan los derechos y obligaciones de las partes antes vistas¹⁷².

e) Terminación

Para la poner fin a un contrato de duración “*ilimitada*”, en aras de proteger a las partes, y principalmente al agente se buscó establecer determinadas protecciones a través de la Directiva.

El artículo 15 establece que para poner fin a un contrato de duración “*ilimitada*”¹⁷³ se deberá otorgar un preaviso, mismo que tendrá que ser de un mes para el primer año, dos meses para el segundo año y tres meses para el tercer año y los sucesivos, no pudiéndose pactar plazos más cortos, pero si más largos (hasta seis meses por el sexto año), si decide implementarlo el Estado.

presentadas el 28 de abril de 2005, *Poseidon Chartering BV contra Marianne Zeeschip VOF y otros*, Asunto C-3/04, <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/?qid=1499138371641&uri=CELEX:62004CC0003> fecha de consulta: 26/05/2016, párrafos 19 a 24.

¹⁷²Directiva 86/653/CEE, arts. 3 y 4.

¹⁷³ La versión en inglés de la Directiva habla de “*Indefinite period*”, la traducción correcta hubiera sido periodo *indefinido* o *indeterminado*.

Las partes podrán pactar plazos más largos a los determinados, sin embargo se establece que el plazo que deberá respetar el empresario nunca podrá ser más corto que deba observar el agente.

El final del plazo del preaviso deberá coincidir con el fin de mes, a menos que las partes pacten otra condición.

Como se vio, a los contratos de duración limitada que se transformen en contratos de duración ilimitada se aplicarán dichas disposiciones, claramente tomando en cuenta todo el plazo que duró la relación. Sin embargo la Directiva no establece un plazo máximo para los contratos de duración limitada. Al respecto, no resulta claro si los contratos podrán seguir siendo prorrogados por plazos determinados, o se transforman en contratos de plazo indeterminado. El primero supuesto puede ser más perjudicial para las partes, al no haber necesidad de otorgar un preaviso, lo cual puede generar mayor incertidumbre.

La Directiva no afectará las disposiciones del derecho de un Estado miembro que prevea la terminación sin preaviso debido a un incumplimiento total o parcial de las obligaciones de una parte o cuando intervengan circunstancias excepcionales¹⁷⁴, buscando respetar las causas de rescisión justificadas establecidas por los Estados y los casos en que consideren que no es necesario el preaviso.

f) Indemnización o Reparación del Perjuicio

El artículo 17 de la Directiva prevé una de las obligaciones más interesantes establecidas en ésta, que es la indemnización o compensación al agente por parte del empresario después de terminada la relación contractual. La Directiva otorga a los Estados la opción de optar por cualquiera de los dos sistemas, el sistema de indemnización o el sistema de reparación de perjuicio, las cuales no podrán ser acumuladas o combinadas¹⁷⁵.

¹⁷⁴Directiva 86/653/CEE, art. 16.

¹⁷⁵ En el caso *Quenon* del Tribunal de Justicia de la Unión Europea se estableció que la concesión de la indemnización por clientela y la reparación del perjuicio no podrán ser acumuladas, ello sin dejar de tomar en cuenta que conforme al derecho nacional, las partes podrán reclamar además el pago de daños y perjuicios por responsabilidad contractual o extracontractual, siempre que sea distinto al perjuicio reparado por la indemnización de la clientela. *Vid.* Tribunal de Justicia de la Unión Europea, Sentencia de 3 de diciembre de 2015, *Quenon K. SPRL contra Beobank SA y Metlife Insurance SA.*, Asunto C-338/14, <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/?uri=CELEX:62014CJ0338> fecha de consulta: 01/07/2017, párrafos 31, 34, 35, 37 y 42.

i) Sistema de Indemnización

El apartado segundo de dicho artículo establece que el agente tendrá derecho a una indemnización en la siguiente circunstancia:

Artículo 17(2), a) El agente comercial tendrá derecho a una indemnización en el supuesto y en la medida en que:

- Hubiere aportado nuevos clientes al empresario o hubiere desarrollado sensiblemente las operaciones con los clientes existentes, siempre y cuando dicha actividad pueda reportar todavía ventajas sustanciales al empresario; y

- El pago de dicha indemnización fuere equitativo, habida cuenta de todas las circunstancias, en particular, de las comisiones que el agente comercial pierda y que resulten de las operaciones con dichos clientes. Los Estados miembros podrán prever que dichas circunstancias incluyan también la aplicación o la no aplicación de una cláusula de no competencia con arreglo al artículo 20.

Como se aprecia del artículo 17(2) de la Directiva, bajo el sistema de indemnización, el agente tendrá derecho después de la terminación del contrato al pago de una indemnización (o compensación), siempre y cuando hubiere aportado nuevos clientes al empresario o hubiere desarrollado sensiblemente las operaciones con clientes existentes, y ello genere ventajas sustanciales al empresario. Dicha indemnización busca que al agente se le pague una cantidad por su trabajo aportado durante la relación y las ventajas que reportó al agente, fundada en términos de equidad. La indemnización se basa principalmente por las comisiones que hubiera seguido percibiendo el agente, que en caso de que continuara la relación.

El sistema de indemnización fue modelado conforme al régimen establecido en la década de los cincuenta por el artículo 89b del Código de Comercio alemán, el *Handelsgesetzbuch (HGB)*¹⁷⁶. Dicha indemnización se justifica debido a la plusvalía generada al principal, por lo que comercialmente se justifica el pago de una indemnización por el aviamiento¹⁷⁷, por lo que solo se deberá una indemnización en caso de que se haya generado

¹⁷⁶ Abogado General Poiares Maduro, Concusiones presentadas el 25 de octubre de 2005, *Honyvem Informazioni Commerciali Srl contra Mariella De Zotti*, Asunto C-465/04, <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/?qid=1464364935536&uri=CELEX:62004CC0465#Footnote12> fecha de consulta: 27/05/2016, párrafo 14. *Et. Vid. COMMISSION OF THE EUROPEAN COMMUNITIES, Report on the Application of Article 17 of Council Directive on the Co-ordination of the Laws of the Member States Relating to Self-Employed Commercial Agents (86/653-ECC), COM(96) 364 final*, Bruselas, 23/07/1996, http://aei.pitt.edu/1489/1/commercial_agents_COM_96_364.pdf, fecha de consulta: 28/05/2016, p. 1.

¹⁷⁷ En el Reporte sobre la aplicación del artículo 17 de la Directiva de la Comisión de las Comunidades Europeas [COM(96) 364 final] en idioma inglés, se define como *goodwill indemnity*, palabra definida por el Black's Law Dictionary de la siguiente manera: *Goodwill: The favor which the management of a business wins from the public. The fixed and favorable consideration of customers arising from established and well-conducted business. (...)*. [HENRY CAMPBELL BLACK, M.A., "Black's Law Dictionary. Definitions of the Terms and Phrases of American and English Jurisprudence, Ancient and Modern", Abridged Fifth Edition, U.S.A., West Publishing Co., 1983, p. 354.]

dicha plusvalía en favor del principal, de ahí que el pago de una indemnización en favor del agente resulta razonable¹⁷⁸.

Como comenta Barrera Graf, aunque la clientela en sí misma “...carece de unidad y de sustancia propia, hace referencia a las relaciones del empresario con todos y cada una de las personas –clientes- que la componen, quienes son eminentemente fungibles y cambiantes; cuando se habla de cesión de la clientela de la empresa (vgr. En las agencias de seguros), se alude a su valor y a su composición en un momento determinado...”¹⁷⁹ de lo que se concluye que el aviamiento generado por el agente sí puede ser calculado y determinado, y por lo tanto, al haber dejado al empresario en una mejor situación de la que se encontraba, resulta equitativo indemnizar al agente.

El Abogado General Poiares Maduoro en el caso Honyvem considera que desde el punto del agente comercial, la indemnización tiene un carácter compensatorio “*Le compensa por el buen desempeño de sus funciones, en la medida en que existan beneficios económicos para el empresario, que continúen obteniéndose como consecuencia de la actividad efectuada por el agente comercial en la captación de clientes o en el desarrollo de operaciones con tales clientes*”¹⁸⁰, en cuanto al empresario, éste considera que permite evitar una situación de enriquecimiento injusto¹⁸¹, pues “...si no existiera la obligación de indemnizar una vez terminado el contrato, el empresario –sin tener que pagar ninguna contrapartida al agente comercial– podría seguir gozando de plusvalías que, de alguna manera, se han generado con la participación del agente comercial.”¹⁸², pues en caso de no existir dicha indemnización se propiciaría o existiría el riesgo de que el empresario observara “comportamientos oportunistas” a la hora de terminar la relación, por último menciona que los beneficios no se

Por su parte, Barrera Graf define el valor del aviamiento como “Lo que para la empresa significa esa labor intelectual y material del empresario y del personal, el prestigio y la fama, que sea posible cuantificar en dinero, se indica en el activo del balance de la negociación, sobre todo cuando ésta se fusiona o se transfiere, y entonces los bienes y derechos adquieren un sobreprecio que se conoce con el nombre de *gantes*, y con la expresión inglesa de *good will*... Asimismo, forman parte del activo de la sociedad las relaciones con la clientela, la cual es manifestación y consecuencia del aviamiento.” BARRERA GRAF, Instituciones de Derecho Mercantil, *op. cit.*, p. 108. También es utilizado el término “Indemnización de clientela” *Vid.* Conclusiones Abogado General Poiares Maduoro Caso Honyvem, *op. cit.*, párrafo 17.

¹⁷⁸ COMMISSION OF THE EUROPEAN COMMUNITIES, *op. cit.*, p. 1.

¹⁷⁹ BARRERA GRAF, Instituciones de Derecho Mercantil, *op. cit.*, pp. 108-109.

¹⁸⁰ Conclusiones Abogado General Poiares Maduoro Caso Honyvem, *op. cit.*, párrafo 17.

¹⁸¹ Por otro lado, el Abogado General Bot en el Caso *Volvo*, considera que los casos en que se excluye el pago de la indemnización persiguen un objetivo paralelo al impedir que el agente al haber observado un comportamiento culposo, se enriquezca injustificadamente o fraudulentamente. *Vid.* Abogado General Bot, Conclusiones presentadas el 3 de junio de 2010, *Volvo Car Germany GmbH contra AutohofWeidensdorf GmbH*, Asunto C-203/09, <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/?qid=1469026261391&uri=CELEX:62009CC0203#Footref16> fecha de consulta: 20/07/2016, párrafo 50.

¹⁸² Conclusiones Abogado General Poiares Maduoro Caso Honyvem, *op. cit.*, párrafo 17.

agotan en el momento del término del contrato, sino que podrán seguirse prolongando en el tiempo, por lo que deberá ser lo mismo al tomar en cuenta el monto de la indemnización.

Debido a que el sistema de indemnización fue modelado bajo el sistema Alemán, la Comisión de las Comunidades Europeas en su reporte COM(96) 364 final sobre la aplicación del artículo 17 de la Directiva, resaltó que la jurisprudencia de los Tribunales alemanes y la manera en que ésta se ha aplicado en dicho país, resultan de gran asistencia para las cortes de otros Estados miembros en cuanto a la interpretación del artículo 17(2) de la Directiva¹⁸³, asimismo menciona diversas condiciones para que se dé o no el pago de la indemnización.

Para determinar la indemnización correspondiente cuando se desarrollaron operaciones con clientes existentes, los tribunales alemanes han tomado en consideración el que dichas operaciones puedan ser consideradas como equivalentes a la adquisición de un nuevo cliente. Por otro lado, han considerado que la sola aportación de un nuevo cliente es suficiente para la indemnización, y un pequeño nivel de participación en su obtención por parte del agente es suficiente para que se considere que aportó un nuevo cliente. Sin embargo si el cliente no se encuentra dentro del territorio del agente, éste no tendrá derecho a la comisión ni indemnización por su pérdida. Por otro lado, el simple hecho de que un nuevo cliente se encuentre dentro del ámbito territorial del agente no bastará, pues aunque su participación sea mínima, deberá tener un rol activo en su obtención¹⁸⁴. Por último, si se dan las condiciones de excepción del artículo 18 de la Directiva (que se verán más adelante), el agente tampoco tendrá derecho al pago de la indemnización.

Por su parte, conforme a lo anterior, en el caso Marchon se determinó que la frase “nuevos clientes” se debe de interpretar de una manera amplia, por lo que se podrán considerar como nuevos clientes aún los clientes con los que el principal ya mantenía relaciones comerciales con respecto a otras mercancías, siempre y cuando se instaure una relación comercial nueva. En dicho caso será tomado en cuenta el criterio de equidad para determinar si debe ser reducida la indemnización o no¹⁸⁵.

¹⁸³ COMMISSION OF THE EUROPEAN COMMUNITIES, *op. cit.*, p. 1.

¹⁸⁴ *Ibidem*, p. 2.

¹⁸⁵ Tribunal de Justicia de la Unión Europea, Sentencia de 7 de abril de 2016, *Marchon Germany GmbH contra Yvonne Karaszkievicz*, Asunto C-315/14.

<http://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/?uri=CELEX:62014CJ0315&qid=1498952270570> fecha de consulta: 01/07/2017.

En resumen, según lo establecido por el artículo 17(2) y conforme a lo ya comentado, para que sea procedente la indemnización, el agente tendrá que haber aportado nuevos clientes o desarrollado las relaciones con los ya existentes, otorgando ventajas sustanciales al empresario. Dicha indemnización deberá basarse en la equidad, teniendo en cuenta todas las circunstancias del caso, particularmente las comisiones perdidas por el agente y que resulten de las nuevas operaciones con los clientes.

El artículo 17(2) otorga la facultad a los Estados miembros de determinar si las “circunstancias del caso” de las que habla el citado artículo, incluyen o no la aplicación de la cláusula de no competencia, (sobre la cual se habla más adelante), es decir, que la cláusula de no competencia influya en las circunstancias para determinar el monto de la indemnización. Sin embargo, no resulta claro el alcance de dicha disposición, pues podría ir desde un incremento o reducción en el monto de la indemnización, hasta la pérdida del derecho a ella, en caso de que no se pacte una cláusula de no competencia, o ésta se viole. Al respecto el Reporte COM(96) 364 final, únicamente menciona que en caso de existir una cláusula de no competencia claramente se requerirá al principal el pago de una mayor indemnización¹⁸⁶.

Ahora bien, para la determinación de la indemnización el artículo 17(2), b), establece lo siguiente:

b) El importe de la indemnización no podrá exceder de una cifra equivalente a una indemnización anual calculada a partir de la media anual de las remuneraciones percibidas por el agente comercial durante los últimos cinco años, y si el contrato remontare a menos de cinco años, se calculará la indemnización a partir de la media del período.

En cuanto a la manera en que se debe calcular dicha indemnización, el Reporte COM (96) 364 final, establece un sistema de tres etapas para su cálculo.

En la primera etapa se debe determinar:

- a) el número de nuevos clientes y las relaciones desarrolladas con clientes ya existentes para realizar el cálculo de la indemnización conforme a los últimos 12 meses a *grosso modo*.

¹⁸⁶COMMISSION OF THE EUROPEAN COMMUNITIES, *op. cit.*, p. 3.

- b) posteriormente se realiza un estimado sobre cuánto tiempo durarán los beneficios para el empresario después de terminada la relación, tomando en consideración la situación y el sector del mercado. El periodo suele ser de 2-3 años, y puede ser de hasta 5 años.
- c) El siguiente factor a considerar es la tasa de migración, pues es natural que por el paso del tiempo se pierdan clientes, esta se calcula sobre un porcentaje de las comisiones de manera anual según cada caso en particular, en un caso del Bundesgerichtshof (Case VIII ZR 94/93 Bundesgerichtshof of 23.2.1994) se estableció que la tasa de migración era del 38%.
- d) Por último se realiza una reducción, tomando en consideración que el pago se realiza en una sola exhibición. (*Accelerated receipt of income*)

Como se puede observar, de dicha primera etapa se toman en cuenta principalmente los beneficios que seguirá recibiendo el empresario después de la terminación del contrato en relación con los nuevos clientes adquiridos por el agente y las relaciones desarrolladas con los ya existentes, con sus debidas reducciones.

En la segunda etapa se toma en cuenta el factor de la equidad del artículo 17(2)(a), es decir, que la indemnización sea equitativa de acuerdo a las circunstancias particulares, el Reporte menciona que raramente se realiza un ajuste por cuestiones de equidad y menciona los factores a tomar en consideración para el ajuste, mismos que se enlistan a continuación:

- Si el agente es retenido por otro principal
- La culpa del agente
- El nivel de remuneración del agente. Por ejemplo, si de manera reciente el principal redujo el porcentaje de su comisión por considerarla muy alta, compensaciones especiales por inventario, incrementos por clientes nuevos, comisión por solvencia¹⁸⁷, pago extra por sub-agentes, o si incurrió en costo debido a la pérdida de sus sub-agentes.

¹⁸⁷*Del Credere commission.* Del Credere. An agreement by which a factor, when he sells goods on credit, or an additional commission (called a “*del credere commission*”), guaranties the solvency of the purchaser and his performance of the contract. Such a factor is called a “*del credere agent*.” He is a mere surety, liable to his principal only in case the purchaser makes default. Agent who is obligated to indemnify his principal in event of loss to principal as result of credit extended by agent to third party. HENRY CAMPBELL BLACK, M.A., “Black’s Law Dictionary. *Definitions of the Terms and Phrases of American and English Jurisprudence, Ancient and Modern*”, Abridged Fifth Edition, West Publishing Co., U.S.A., 1983.

- Baja en volumen de ventas del principal
- Extensión de las ventajas recibidas por el principal
- Pago de contribuciones a pensión por parte del principal
- Existencia de cláusulas de no competencia. Claramente el principal tendrá que pagar una mayor indemnización por ello.

El Tribunal de Justicia en el caso *Honyvem* estableció que para determinar la indemnización, los Estados miembros disfrutarán de una facultad de apreciación, que se deberá ejercer, en especial conforme al criterio de equidad¹⁸⁸. Por su parte, el Abogado General Poiares Maduro en dicho caso consideró que *“La equidad desempeña un papel secundario... como una válvula de seguridad puesta a consideración del juez para, teniendo en cuenta las circunstancias especiales del caso concreto, ajustar el importe de la indemnización o incluso, en su caso, excluir su paso en situaciones excepcionales”*¹⁸⁹. Posteriormente en el caso *Turgay Semen*, el Tribunal de Justicia reiteró la importancia del criterio de la equidad, y como a través de éste; tomando en cuenta los diversos criterios mencionados, se puede ajustar la indemnización tanto a la alta como a la baja, en beneficio o perjuicio del agente, siempre teniendo en cuenta todas las circunstancias del particulares del caso¹⁹⁰.

Por último, en la tercera etapa se compara la indemnización resultante de las etapas 1 y 2 con el tope del artículo 17(2) (b), el cual establece que la indemnización no podrá exceder de una cifra equivalente a una indemnización anual calculada a partir de la media anual de las remuneraciones percibidas por el agente durante los últimos cinco años o la media del periodo

¹⁸⁸ Sentencia Caso *Honyvem*, *op. cit.* párrafo 36.

¹⁸⁹ Conclusiones Abogado General Poiares Maduroo Caso *Honyvem*, *op. cit.*, párrafo 47.

¹⁹⁰En dicho caso el Tribunal de Justicia determinó que los tribunales nacionales no podían limitar de oficio la indemnización, tomando en cuenta únicamente las comisiones perdidas por el agente como consecuencia de la terminación de la relación contractual (aun cuando las ventajas del empresario fueran superiores), pues la indemnización se podrá ajustar conforme al criterio de equidad, tanto a la alta, como a la baja. *Vid.* Tribunal de Justicia de la Unión Europea, Sentencia de 26 de marzo de 2009, *Turgay Semen contra Deutsche Tamoil GmbH*, Asunto C-348/07

<http://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/?qid=1468249042782&uri=CELEX:62007CJ0348> fecha de consulta: 11/07/2016, párrafos 20, 22 a 25.

Por su parte el Abogado General, contrario a lo establecido en la sentencia, consideró que corresponde a cada Estado interpretar el concepto de equidad, por lo que a su parecer, la interpretación de éste que excluye la concesión de una indemnización superior a la cuantía de las comisiones perdidas, no contraviene la obligación de tener en cuenta dichas comisiones, resultando secundario el límite mínimo o máximo del concepto de equidad. *Vid.* Abogado General Poiares Maduroo, Conclusiones presentadas el 19 de noviembre de 2008, *Turgay Semen contra Deutsche Tamoil GmbH*, Asunto C-348/07, <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/?qid=1468249042782&uri=CELEX:62007CC0348> fecha de consulta: 11/07/2016, párrafos 22 a 26.

en caso de ser menor. Por lo que en caso de que la indemnización resultante de las etapas 1 y 2 resultara mayor a dicho tope, ésta se deberá de ajustar conforme al tope mencionado.

Para el cálculo de dicho tope se deberán de tomar en cuenta todas las formas de pago al agente y las comisiones resultantes de todos los clientes, no solo de los clientes nuevos o sobre los cuales se incrementó la clientela.

Respecto al Reporte COM (96) 364 final, y su aplicación en los juicios, en el caso Honyvem se establece que éste “... *aporta información detallada sobre el cálculo efectivo de la indemnización y pretende facilitar una interpretación más uniforme de dicho artículo 17.*”¹⁹¹. Por su parte, considero más adecuada y extensa la interpretación del Abogado General Poiars Maduoro, quien en dicho caso considera y explica las razones por las cuales el artículo 17 establece los elementos necesarios para el cálculo de la indemnización, cálculo que se debe dividir en el sistema de tres fases establecido en el citado Reporte¹⁹². Posteriormente en el caso *Turgay Semen* el Tribunal de Justicia adecuadamente consideró que para el cálculo de la indemnización, los Estados deberán aplicar el sistema de cálculo de tres fases del citado Reporte, poniendo especial énfasis en el criterio de la equidad:¹⁹³

El sistema del procedimiento establecido por el artículo 17 de la Directiva se articula en tres fases. La primera de estas fases tiene por objeto, en primer lugar, calcular las ventajas que resultan para el empresario de las operaciones con los clientes aportados por el agente comercial, de conformidad con las disposiciones del artículo 17, apartado 2, letra a), primer guión, de esta Directiva. La segunda tiene por objeto verificar a continuación, de acuerdo con el segundo guión de esta disposición, si el importe obtenido conforme a los criterios antes descritos es equitativo, teniendo en cuenta todas las circunstancias del caso de que se trate y en particular las pérdidas de comisiones sufridas por el agente comercial. Finalmente, en la tercera fase, el importe de la indemnización se somete al límite máximo previsto en el artículo 17, apartado 2, letra b) de la Directiva, que únicamente se aplica si este importe, resultante de las dos fases de cálculo anteriores, lo excede¹⁹⁴.

Dicha resolución del Tribunal de Justicia resulta muy adecuada para interpretaciones futuras de los tribunales nacionales, pues funciona como una guía armonizadora que sin embargo les otorga suficiente libertad a los tribunales para la apreciación e interpretación al caso en concreto. Por otro lado, como se ha mencionado anteriormente, los Estados podrán

¹⁹¹ Sentencia Caso Honyvem, *op. cit.*, párrafo 35.

¹⁹² Vid. Conclusiones Abogado General Poiars Maduoro Caso Honyvem, *op. cit.*, párrafos 41 a 49.

¹⁹³ Vid. Sentencia Caso Turgay Semen, *op. cit.*, párrafos 19 y 22.

¹⁹⁴ *Ibidem*, párrafo 19.

optar por otro sistema de indemnización diverso a los establecidos en la Directiva, siempre y cuando en todos los casos sea en beneficio del agente¹⁹⁵.

Por último, la fracción c) de dicho artículo, establece lo siguiente:

c) La concesión de esta indemnización no impedirá al agente reclamar por daños y perjuicios.

Conforme al caso Quenon, el posible reclamo por daños y perjuicios deberá ser determinado conforme al derecho interno de cada Estado, y éste necesariamente deberá ser distinto al perjuicio reparado por la indemnización de clientela¹⁹⁶.

ii) Sistema de Reparación del Perjuicio

El apartado tercero del artículo 17 de la Directiva establece el derecho a la reparación del perjuicio:

3. El agente comercial tendrá derecho a la reparación del perjuicio que le ocasione la terminación de sus relaciones con el empresario.

Dicho perjuicio resulta, en particular, de la terminación en unas condiciones:

- que priven al agente comercial de las comisiones de las que hubiera podido beneficiarse con una ejecución normal del contrato a la vez que le hubiese facilitado al empresario unos beneficios sustanciales debidos a la actividad del agente comercial;

- y /o que no hayan permitido al agente comercial amortizar los gastos que hubiere realizado para la ejecución del contrato aconsejado por el empresario.

La *ratio* de dicha reparación se enfoca más en el *perjuicio* causado al agente después de terminada la relación, mientras que la indemnización se enfoca en los *beneficios* que causo el agente. En éste caso se habla de las comisiones de las que se privó al agente por no permitirle la continuación normal del contrato, sin dejar de hacer énfasis en los beneficios sustanciales causados al empresario y/o de los gastos de los que no le fue posible amortizar.

Aunque el enfoque es un poco diferente, las primeras fracciones son muy similares, pues ambas, en principio, buscan se compense al agente por la ganancia dejada de obtener de haber

¹⁹⁵*Ibidem*, párrafo 21. Et. Sentencia Caso Honyvem., *op. cit.*, párrafo 32.

¹⁹⁶*Vid.* Sentencia Caso Quenon, *op. cit.*, párrafos 31, 34, 35, 37, 42 y 43.

continuado el contrato (lucro cesante), sin dejar de lado la necesidad de haberle causado beneficios sustanciales al empresario. Sin embargo, en el caso de la reparación del perjuicio se advierte que la indemnización no está topada por no haber disposición que lo establezca, lo cual deberán ir determinando los tribunales. Simultáneamente, dicho sistema no establece que quedará a salvo el derecho del agente de reclamar daños y perjuicios, puesto que condicha acción se reclama todo el daño y perjuicio sufrido.

Por otro lado, dicha reparación puede resultar más limitada que la del sistema de indemnización, ya que se basa en la existencia de un perjuicio real (*que priven al agente comercial de las comisiones de las que hubiera podido beneficiarse con una ejecución normal del contrato...*), mientras que el sistema de indemnización no tiene dicha limitante. Por ejemplo, en un contrato de duración limitada, podría darse el caso en que bajo el sistema de reparación del perjuicio, el agente obtuviera una indemnización o reparación menor.

Se considera innecesario entrar más a fondo al estudio del sistema de reparación del perjuicio, debido a la poca importancia que ha tenido en su aplicación, al ser Francia el único país que ha mantenido dicho sistema totalmente¹⁹⁷. La Directiva se basó en el derecho francés para la adopción del sistema de reparación del perjuicio, razón por la cual en el capítulo correspondiente a Francia se habla más a fondo de cómo funciona dicho sistema y la jurisprudencia que han desarrollado los tribunales franceses.

iii) Aspectos Comunes

Tanto la indemnización como la reparación del perjuicio se deberán en el caso de que la terminación se deba al fallecimiento del agente. Por su parte, el derecho a reclamar por parte del agente será de un año desde la terminación del contrato.

¹⁹⁷ Reino Unido e Irlanda han “adoptado” dicho sistema parcialmente. Reino Unido ha permitido ambos sistemas, sin embargo, de no existir disposición contractual al respecto aplicará el sistema de reparación del perjuicio. Por su parte, Irlanda no transpuso dicha disposición, por lo que, conforme a *common law*, aplica un sistema similar a la reparación del perjuicio. Vid. COMMISSION OF THE EUROPEAN COMMUNITIES, *Report on the Application of Article 17 of Council Directive on the Co-ordination of the Laws of the Member States Relating to Self-Employed Commercial Agents (86/653-ECC)*, COM (96) 364 final, Bruselas, 23/07/1996, http://aei.pitt.edu/1489/1/commercial_agents_COM_96_364.pdf, fecha de consulta: 28/05/2016, pp. 7, 20 y 25.

El artículo 18 de la Directiva establece los supuestos en que el principal no deberá pagar al agente la indemnización o la reparación del perjuicio antes estudiados. El artículo 18 establece que la indemnización o reparación no se deberá:

- a) Cuando el empresario ponga fin a la relación debido a un incumplimiento del agente, que en virtud de la legislación nacional justificare la terminación del contrato sin preaviso.
- b) Cuando el agente haya puesto fin a la relación, a menos que estuviese justificado por circunstancias atribuibles al empresario o por edad, invalidez o enfermedad del agente que no puedan exigir razonablemente la continuidad de sus actividades.
- c) Cuando en virtud de un pacto con el empresario, el agente ceda a un tercero sus derechos y obligaciones.

Generalmente la legislación nacional justifica la terminación del contrato por parte del empresario sin preaviso, únicamente cuando concurre una causa que ésta considera “grave”, tal cual se verá más adelante. El Tribunal de Justicia (caso *Volvo*¹⁹⁸), ha adoptado una interpretación literal del artículo 18,a), según la cual debe existir una relación de causalidad entre el incumplimiento imputable al agente y la decisión del empresario de poner fin al contrato¹⁹⁹. Dicho caso se puede dar en el supuesto en que el empresario descubra la existencia de un incumplimiento después de notificada mediante aviso la terminación de la relación, ya sea antes de la expiración o ya concluida la relación. El Tribunal de Justicia justifica su razonamiento conforme a un análisis de la propuesta inicial de la Directiva, la cual en un principio propuso que “...no hubiese lugar a la indemnización por clientela cuando el empresario hubiera puesto fin o «hubiera podido poner fin al contrato» en caso de un incumplimiento de tal gravedad por parte del agente comercial que no se pudiese exigir al

¹⁹⁸ Sentencia Caso Volvo, *op. cit.*

¹⁹⁹ *Ibidem*, párrafos 37-39.

empresario la continuación de la relación contractual.”²⁰⁰, el cual no se mantuvo en la versión final.

La resolución del Tribunal de Justicia implica que a pesar de existiera una causa justificada para terminar la relación, que eximiera al principal o empresario de la obligación de indemnizar al agente, al no haber terminado la relación por dicha causa (a pesar de no haber tenido conocimiento), se encuentra obligado a indemnizar al agente. La solución que da el Tribunal de Justicia es en el momento de establecer si el pago resulta equitativo (segunda etapa para el cálculo de la indemnización en el sistema de indemnización)²⁰¹, pudiendo modificarse en consecuencia la cuantía de la indemnización por motivos de equidad, sin embargo dicha solución resulta insuficiente, pues como bien señala el Abogado General Bot en el Caso *Volvo*²⁰², dicha solución solo es aplicable al sistema de indemnización de la Directiva (legislación alemana, sistema aplicable en el caso *Volvo*), y no al sistema de reparación del perjuicio, el cual no hace referencia alguna a la equidad, por lo que dicha solución no puede ser una alternativa general a la exclusión de la indemnización del artículo 18(a)²⁰³. Por otro lado, con dicha solución se podría dejar al empresario en una situación de desventaja, pues a través del examen de equidad no necesariamente se eliminaría totalmente la indemnización. Si bien el artículo 17, 2, a) segundo párrafo establece que el agente tendrá derecho a la indemnización en el supuesto y en la medida en que su pago sea equitativo²⁰⁴, y a través del examen de equidad se puede ajustar el importe de la indemnización o en su caso, excluir su pago en situaciones excepcionales²⁰⁵, quedará a criterio de los tribunales nacionales el considerar si a pesar de un incumplimiento grave se debe excluir totalmente la indemnización o únicamente reducirla, siendo que en realidad desde un principio no existe la obligación de indemnizar debido a dicho incumplimiento, resulta ilógico que por falta de conocimiento, a pesar del incumplimiento del agente, el principal se encuentre obligado a indemnizar al agente.

²⁰⁰*Ibidem*, párrafo 40.

²⁰¹*Ibidem*, párrafo 44.

²⁰²Abogado General Bot, Conclusiones presentadas el 3 de junio de 2010, *Volvo Car Germany GmbH contra AutohofWeidendorf GmbH*, Asunto C-203/09.

<http://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/?qid=1469026261391&uri=CELEX:62009CC0203#Footref16> fecha de consulta: 20/07/2016.

²⁰³*Ibidem*, párrafo 68.

²⁰⁴Sentencia Caso *Volvo*, *op. cit.*, párrafo 44.

²⁰⁵ Vid. Abogado General Poiares Maduro, Conclusiones presentadas el 25 de octubre de 2005, *Honyvem Informazioni Commerciali Srl contra Mariella De Zotti*, Asunto C-465/04, *European Court Reports 2006 I-02879*, Disponible en: <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/?qid=1464364935536&uri=CELEX:62004CC0465#Footnote12> consultado el: 27/05/2016, párrafo 47. Et. Abogado General Bot, Conclusiones presentadas el 3 de junio de 2010, *Volvo Car Germany GmbH contra AutohofWeidendorf GmbH*, Asunto C-203/09, *European Court Reports 2010 I-10721*, Disponible en: <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/?qid=1469026261391&uri=CELEX:62009CC0203#Footref16> consultado el: 20/07/2016, párrafo 66.

Conforme a lo anterior, considero que resulta más adecuada la interpretación del Abogado General Bot, pues no obstante lo indicado por el Tribunal de Justicia en cuanto a que las excepciones al derecho del agente a recibir una indemnización deben interpretarse estrictamente²⁰⁶, al interpretar de manera armónica el artículo 18,a) con diversos artículos y la intención de la Directiva, se puede concluir que, en principio, cuando el agente incumplió de tal manera que se hubiere justificado la terminación de la relación sin preaviso y el principal no lo sabía hasta el término de la relación, éste no deberá indemnizar al agente²⁰⁷. De contrario el agente se estaría enriqueciendo injustificadamente²⁰⁸, pues al no haber actuado conforme a sus instrucciones, con diligencia, deslealmente, ni dar cuenta al empresario de su actuar²⁰⁹, está incumpliendo sus obligaciones conforme a la Directiva, por lo que resultaría injusto y un contrasentido a ésta, a su intención y a la naturaleza de la indemnización al agente. Poco importa que el incumplimiento se haya producido antes o después de que se resolviera el contrato o que el principal no se hubiera enterado del incumplimiento, pues al tratarse de una infracción de las obligaciones que le corresponden al agente durante la duración del contrato, se justifica en un principio la exclusión de la indemnización²¹⁰.

El artículo 19 prevé que no se podrán pactar condiciones distintas a las anteriormente analizadas en perjuicio del agente. De este apartado se puede observar que uno de los propósitos de la Directiva, además de buscar la uniformidad en este contrato, era el de proteger la figura del agente, y asegurarle cierta compensación económica en el caso de que se terminara la relación sin causa y en una situación en la que el agente hubiera aportado y conseguido beneficios sustanciales al empresario.

Por último, cabe mencionar, como se vio anteriormente (ámbito de aplicación de la Directiva), que las disposiciones de este apartado; que tienen como finalidad proteger al agente comercial una vez que se haya extinguido el contrato, tienen carácter imperativo, y no se pueden eludir mediante el simple juego de una cláusula de elección de ley aplicable²¹¹. Por su parte, el Tribunal de Justicia al interpretar el artículo 19, estableció en el caso *Honyvem* que para pactar condiciones distintas o excepciones a lo dispuesto por los anteriores artículos, ésta

²⁰⁶Sentencia Caso Volvo, *op. cit.*, párrafo 42.

²⁰⁷Conclusiones del Abogado General Bot, Caso Volvo, *op. cit.*, párrafos 39-53.

²⁰⁸*Ibidem*, párrafo 50.

²⁰⁹*Ibidem*, párrafos 41-45 y 59.

²¹⁰*Ibidem*, párrafo 51.

²¹¹*Vid.* Sentencia Caso Ingmar, *op. cit.*, párrafos 21 y 25. *Et.* Capítulo V, 1. Unión Europea, A) Directiva 86/653-CEE, a) Ámbito de aplicación.

solo podrá admitirse si *ex ante* se excluye la posibilidad de que el método alternativo de compensación resulte perjudicial para el agente al término de la relación. Es decir, que *ex ante*²¹² (y no después de terminada la relación), se garantice que el método alternativo no será jamás desfavorable para el agente, ello con la finalidad de proteger la seguridad jurídica y la seguridad de las operaciones comerciales. Asimismo, aclara el Tribunal, que el mero hecho de que el agente pudiera tener derecho a la indemnización del artículo 17(2) en todos los casos, independientemente de los casos de excepción establecidos, no es suficiente para considerar que ésta es más favorable²¹³, pues bajo dicho pretexto se podría pactar una indemnización por una cantidad menor en perjuicio del agente²¹⁴.

“A la vista de las consideraciones anteriores, procede responder a la primera cuestión que el artículo 19 de la Directiva debe interpretarse en el sentido de que la indemnización por terminación del contrato que resulte de la aplicación del artículo 17, apartado 2, de la Directiva no puede sustituirse, con arreglo a un convenio colectivo, por una indemnización determinada en función de criterios distintos a los fijados por este último artículo, salvo si se acredita que la aplicación del convenio garantiza, en todos los casos, al agente comercial una indemnización igual o superior a la que resultaría de la aplicación de dicha disposición”²¹⁵.

Por otro lado, cuando el principal pertenece a un grupo de sociedades, en el caso *Turgay Semen*, el Tribunal de Justicia estableció que para la determinación de la indemnización, en principio solo se tendrá en cuenta la sociedad del principal y no las ventajas obtenidas por las demás sociedades de dicho grupo, pues éstas resultan ajenas a la relación contractual²¹⁶, sin embargo, existe la posibilidad de que se pudieran tomar en cuenta las diversas sociedades, pues como estableció el Abogado General en dicho caso, “... los Estados miembros están obligados a tener en cuenta «todas las circunstancias» al apreciar el carácter equitativo de la indemnización... La cuestión de hasta qué punto puede considerarse que un agente de la filial de una sociedad matriz tiene una relación con esta última en virtud de su contrato con el empresario se debe decidir en virtud del Derecho nacional y teniendo en cuenta, en cada caso concreto, la relación contractual específica del agente con el empresario y sus posibles

²¹² El Abogado General, considera que una indemnización *ex post* generaría una situación de incertidumbre e inseguridad en cuanto a su legalidad, hasta el momento de la terminación del contrato, que además podría inducir al empresario a mantener contratos ineficientes. *Vid.* Conclusiones Abogado General Poiares Maduoro Caso Honyvem, *op. cit.*, párrafos, 23, 26, 29 y 30.

²¹³ Al respecto, el Abogado General en el mismo sentido, comenta que no resulta suficiente dicha argumentación, pues bajo dicha lógica, cualquier indemnización que fuera mayor a 0 se podría considerar más favorable. Asimismo, aclara que los casos de excepción establecidos en el artículo 17 son casos hipotéticos, mientras que el artículo 19 que establece que no se podrá acordar ninguna excepción en perjuicio del agente comercial, se refiere a todo agente, sin importar si se encuentra en los casos de excepción o no. *Vid. Ibidem*, párrafos, 35 y 36.

²¹⁴ *Vid.* Sentencia Caso Honyvem, *op. cit.*, párrafos 19, 25 a 29 y 32.

²¹⁵ *Ibidem*, párrafo 32.

²¹⁶ *Vid.* Sentencia Caso Turgay Semen, *op. cit.*, párrafos 28 a 32.

vínculos con la sociedad matriz."²¹⁷. Lo anterior, siempre y cuando el Derecho nacional reconozca la relación entre el agente y la sociedad matriz, que el contrato establezca que se tengan en cuenta las ventajas obtenidas por terceros o que se pueda establecer una relación causal directa entre dicho beneficio y el agente. Asimismo cabe recordar que los tribunales nacionales podrán determinar la existencia de intervención por parte del empresario, aun cuando esta sea únicamente de naturaleza fáctica²¹⁸, lo cual podría suceder en el caso de que otras empresas del grupo obtengan beneficios cuando dichos beneficios debieron haber correspondido al empresario.

B) Italia

El contrato de agencia se encuentra regulado en el Código Civil Italiano, de los artículos 1742 al 1753.

El artículo 1742 del citado Código Civil, define el contrato de agencia como el contrato por el cual una parte asume establemente el encargo de promover, por cuenta de otra, a cambio de retribución, la conclusión de contratos en una zona determinada. Lo anterior parece indicar que la actividad del agente se concreta a la promoción, sin embargo en un precepto posterior²¹⁹ se establece que las mismas disposiciones serán aplicadas en el caso en que al agente le sea conferida además la representación para la conclusión de contratos en nombre y por cuenta del principal. En dicho caso el agente asume el nombre de *rappresentante di commercio* (representante de comercio)²²⁰, sin embargo, como se mencionó, se aplicarán las mismas disposiciones. Las disposiciones de este contrato también serán aplicables para los agentes de seguros, en cuanto no sean derogadas y sean compatibles con la naturaleza de la actividad del agente de seguros²²¹.

Cabe destacar que la actividad del agente comercial no se limita a contratos de mercancías, sino que se extiende a los contratos de prestación de servicios, yendo más allá de lo establecido por la Directiva.

²¹⁷ Conclusiones Abogado General Poiars Maduoro Caso Turgay Semen, *op. cit.*, párrafo 36.

²¹⁸ *Vid.* Caso Herederos de Paul Chevassus-Marche, *op. cit.*, párrafo 22.

²¹⁹ Código Civil Italiano, art. 1752.

²²⁰ CAMPOBASSO, Gian Franco, *Manuale di Diritto Commerciale*, Quinta edizione, Ed. UTET, Italia, Giuridica, 2015, p. 444.

²²¹ Código Civil Italiano, art. 1753.

Además de la regulación en el Código Civil, la actividad del agente podrá estar regulada por acuerdos económicos colectivos del sector, pactados con asociaciones profesionales de empresarios²²². Respecto a dichos acuerdos cabe destacar que el Tribunal de Justicia ha considerado que, respecto de la indemnización por terminación de la relación, no pueden sustituir a la indemnización fijada de acuerdo a la Directiva, salvo si se acredita que su aplicación en todos los casos otorgaría al agente una indemnización igual o superior²²³, lo cual nos lleva a suponer que dicho criterio se aplicará para todas las obligaciones de la Directiva, por lo menos las que tienen la finalidad de proteger al agente.

Por último cabe mencionar que para ciertas categorías de agentes existe una disciplina especial, como es el caso de agentes promotores de servicios financieros. Dichas categorías especiales de agentes no se analizarán en el presente trabajo.

a) Características principales

Comenta el autor Campobasso que el agente y los representantes de comercio forman parte de una categoría de auxiliares autónomos del principal (*ausiliari autonomi dell'imprenditore*), distinguiéndose del simple *procacciatore di affari occasionale* por la estabilidad de la relación y su actuar dentro de una zona determinada²²⁴. Por su parte, comenta Angelo Luminoso de igual manera que el agente es un auxiliar autónomo del principal, quien también tiene calidad de empresario y se hace valer de su propia organización. Por otro lado, dicho autor menciona que los elementos esenciales de la relación son la estabilidad del encargo, la exclusión a una determinada zona y la obligación de promover del agente²²⁵.

Se distingue al agente del trabajador subordinado debido a la autonomía del agente y el riesgo que este asume, al cual se le denomina riesgo de promoción y riesgo de ejecución (*rischio promozione e rischio esecuzione*).

È tuttavia mantenuto fermo il principio che sull'agente grava il rischio del <buon fine> dell'affare; vale a dire della regolare esecuzione da parte di entrambi i contraenti (preponente e terzo) delle rispettive obbligazioni. IN caso contrario, l'agente non ha dritto neppure al rimborso

²²² CAMPOBASSO, *op cit.*, p. 445.

²²³ *Vid.* Sentencia Caso Honyvem, *op. cit.*, párrafo 32. Et. Capítulo V, 1. Unión Europea, A) Directiva 86/653-CEE, f) Indemnización o reparación del perjuicio.

²²⁴ CAMPOBASSO, *op. cit.*, p. 444.

²²⁵ BASSI, Amadeo, et. al., *Manuale di Diritto Commerciale*, Settima edizione, Italia, Ed. G. Giappichelli Editore, 2006, pp. 1047 y 1048.

*delle sepe (art. 1748, 7° comma). Sull'agente grava perciò integralmente il rischio della propria attività: il rischio di non trovare clienti, quello di non vedere accettati dal preponente gli affari proposti (rischio promozione), quello infine del buon fine degli affari conclusi (rischio esecuzione)*²²⁶.

Como se menciona, dicho riesgo incluye desde la posibilidad de no obtener ni concluir operaciones con clientes, así como el hecho de que el agente, en el desempeño de su actividad no tiene derecho al reembolso de sus gastos²²⁷, puesto que el agente, al igual que el principal, es un empresario o comerciante (*Imprenditore commerciale*).

No obstante lo anterior, en Italia en ciertas situaciones o para ciertos efectos el agente es todavía considerado como un trabajador, debido al carácter continuo de la relación que lo liga al principal y a la posible dependencia económica. Hasta la reforma de 1991 en materia de terminación de la relación contractual, se aplicaban sustancialmente las mismas normas que a las relaciones de trabajadores subordinadas. Por otro lado, el crédito y la indemnización del agente tienen un carácter prioritario, inmediatamente después de los créditos debidos a los trabajadores subordinados²²⁸.

Asimismo, se puede llegar a encuadrar como trabajadores subordinados a diversos tipos de agentes, como es el caso de los agentes que prestan un trabajo prevalentemente personal, a quienes les aplica el procedimiento laboral²²⁹.

Sobre lo anterior, comenta Campobasso que se trata de normas excepcionales, que no legitiman, ni siquiera en el caso de los “*piccoli agenti*” (pequeños agentes), el encuadramiento de estos como trabajadores subordinados²³⁰.

El contrato puede ser concluido verbalmente pero se debe formalizar por escrito (requisito probatorio/*ad probationem*), cualquiera de las partes tendrá derecho a obtener de la otra parte una copia firmada del contrato²³¹.

Además del requisito de que el contrato conste por escrito, la Directiva establece que los Estados no podrán establecer diversos requisitos de validez del contrato. No obstante lo

²²⁶ CAMPOBASSO, *op. cit.*, p. 446.

²²⁷ Código Civil Italiano, art. 1748(7).

²²⁸ Código Civil Italiano, arts. 2751 bis (3) y 2777, b. Para profundizar al respecto, *Vid.* CAMPOBASSO, *op. cit.* pp. 444- 445.

²²⁹ *Codice di procedura civile*, arts. 409(3) y 413.

²³⁰ CAMPOBASSO, *op. cit.*, p. 445.

²³¹ Código Civil Italiano, art. 1742(2).

anterior, en Italia se prevé que para ejercer la profesión del agente, este debe realizar una declaración de inicio de actividad a la Cámara de Comercio, quien lo inscribe en el registro de empresas.²³² Al respecto el Tribunal de Justicia ha establecido que dichos requisitos no pueden condicionar ni afectar la validez del contrato ni menoscabar la protección que se concede a través de la Directiva al agente²³³.

Una de las características principales del contrato es el derecho de exclusividad del que gozan tanto el agente como el principal, derecho que, salvo pacto en contrario, implica que ninguna de las dos partes podrá contratar con terceras personas respecto de la zona y sobre la naturaleza de la actividad respecto de los cuales se contrató²³⁴.

En principio el agente no estará facultado para el cobro o para recibir pagos, en caso de si estarlo no podrá conceder descuentos ni prórrogas al tercero sin autorización expresa del principal²³⁵.

En caso de que la agencia sea con representación, cualquier cuestión relacionada con la ejecución o incumplimiento del contrato podrán ser hechas valer ante el agente, por otro lado el agente estará facultado para iniciar medidas cautelares o cualquier otro acto en el interés y que busque tutelar los derechos del principal²³⁶. Es común que cuando el agente negocia y concluye los contratos directamente, se incluya una cláusula “*salvo approvazione della casa*”²³⁷, teniendo como consecuencia que posteriormente dicha operación requiera ser aprobada por el empresario. Queda en duda en dicho caso si en verdad existe una verdadera representación o si se estaría hablando más bien de un agente sin representación.

Por otro lado, las partes podrán celebrar un pacto de no competencia que limita la posibilidad de competir o seguir ejerciendo la profesión de al agente después de terminada la relación, este deberá ser por escrito y sobre la misma zona, clientela y bienes o servicios sobre

²³² CAMPOBASSO, *op. cit.*, p. 445., *L. 3 maggio 1985, n. 204 (1) et.* Tribunal de Justicia de la Unión Europea, Sentencia de 30 de abril de 1998, *Barbara Bellone contra Yokohama SpA*, Asunto C-215/97, <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=CELEX:61997CJ0215> fecha de consulta: 22/05/2016.

²³³ *Vid.* Capítulo V, 1. Unión Europea, A) Directiva 86/653-CEE, *et.* Tribunal de Justicia de la Unión Europea, Sentencia de 30 de abril de 1998, *Barbara Bellone contra Yokohama SpA*, Asunto C-215/97, <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=CELEX:61997CJ0215> fecha de consulta: 22/05/2016, párrafos 14 y 15. *Et.* Tribunal de Justicia de la Unión Europea, Sentencia de 13 de julio de 2000, *Centrosteeel Srl contra Adipol GmbH*, Asunto C-456/98, <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/HTML/?uri=CELEX:61998CJ0456&from=EN> fecha de consulta: 20/06/2016, párrafos. 14 y 17.

²³⁴ Código Civil Italiano, art. 1743.

²³⁵ *Ibidem*, art. 1744.

²³⁶ *Ibidem*, art. 1745.

²³⁷ CAMPOBASSO, *op. cit.*, p. 446.

los cuales versaba el contrato y su duración no podrá exceder de 2 años posteriores a la terminación del contrato²³⁸.

El pacto de no competencia implica el pago de una indemnización, misma que se calcula con base en: (i) la duración de la cláusula (no superior a dos años posteriores a la terminación de la relación), (ii) a la naturaleza del contrato y (iii) la indemnización por la terminación de la relación.

Dicha indemnización será determinada por las partes teniendo en cuenta los acuerdos económicos nacionales, de lo contrario será determinada por un Juez de manera equitativa, quien deberá tomar en cuenta el promedio de lo percibido por el agente en el contrato y al volumen de los negocios, la causa de terminación del contrato, la zona asignada y la existencia o no de la exclusividad por un solo principal²³⁹.

El citado pacto de no competencia establecido por el legislador italiano va más allá de lo establecido por la Directiva. Si bien, en la Directiva se toma en cuenta la existencia o no de un pacto de no competencia para determinar la indemnización al agente después de terminada la relación, en el artículo 1751 bis del Código Civil italiano se establece una indemnización adicional que deberá ser pactada por las partes en caso de que exista una cláusula o pacto de no competencia.

La legislación italiana, salvo pacto en contrario, permite la figura de la sub-agencia²⁴⁰. El sub-agente se encontrará de igual manera sujeto a las normas que ahora se estudian, al ser éste a su vez un auxiliar autónomo del agente, sin embargo, el agente responderá directamente ante el principal por el actuar del sub-agente²⁴¹.

b) Derechos y obligaciones del agente

El agente deberá promover, y en su caso concluir los contratos por cuenta del principal en la zona asignada, siempre actuando conforme a los intereses del principal con lealtad y buena fe, ateniéndose a las instrucciones del principal e informándolo respecto de las

²³⁸ Código Civil Italiano, art. 1751 bis.

²³⁹ *Idem*.

²⁴⁰ *Ibidem*, art. 1228.

²⁴¹ BASSI, *op. cit.* pp. 1051- 1052.

condiciones del mercado de la zona asignada y cualquier otra información útil relacionada, respecto de dichas obligaciones no se aceptará pacto en contrario²⁴².

Comenta Luminoso que incluso si no ha sido pactado un volumen mínimo de negocios, en caso de que el agente no promueva ni procure su obtención dará derecho al principal para la resolución del contrato y exigir el pago de daños²⁴³.

Por su parte, el mismo artículo 1746 establece que el agente deberá observar además las obligaciones aplicables al comisionista, con excepción del *Star del credere*²⁴⁴ (responder por la insolvencia o incumplimiento del tercero). El artículo 1736 relativo al contrato de comisión, otorga de la posibilidad de pactar la cláusula *Star del credere*, que establece la obligación del comisionista de responder por la debida ejecución o cumplimiento del contrato, estando obligado el comitente a otorgar a cambio de una mayor comisión o compensación. De manera muy similar el Reporte COM(96) 364 final, de la Directiva considera que al analizarse el factor de equidad para la indemnización al agente, debe tomarse en cuenta si existieron “*Del credere commissions*”, lo que nos lleva a concluir que conforme a la Directiva si es posible pactar una cláusula *Star del Credere*.

Por su parte, el legislador italiano en una reforma en 1999 prohibió la posibilidad de establecer en los contratos de agencia la cláusula *Star del Credere*, permitiendo sin embargo, de manera excepcional y respecto a operaciones individuales, el pactar que el agente otorgue una garantía no mayor a la comisión a la que tendría derecho, y siempre que el principal otorgue respectivamente una garantía en favor del agente²⁴⁵.

El agente estará obligado a dar aviso inmediato al principal en el caso en que no sea capaz de seguir con su encargo, de lo contrario éste estará obligado a resarcimiento de daños²⁴⁶.

²⁴²Código Civil Italiano, art. 1746.

²⁴³*Ibidem*, p. 1049.

²⁴⁴ Garrigues comenta que *Star del credere* significa responder del crédito por la necesidad sentida por el comitente en el comercio a distancia de garantizarse frente a la posible insolvencia o incumplimiento del tercero, haciendo recaer dicha responsabilidad lógicamente sobre el comisionista.

Por su parte, el *Black's Law Dictionary* define el término *Del Credere commission*. *Del Credere. An agreement by which a factor, when he sells goods on credit, or an additional commission (called a "del credere commission"), guarantees the solvency of the purchaser and his performance of the contract. Such a factor is called a "del credere agent." He is a mere surety, liable to his principal only in case the purchaser makes default. Agent who is obligated to indemnify his principal in event of loss to principal as result of credit extended by agent to third party.* HENRY CAMPBELL BLACK, M.A., *op. cit.*

²⁴⁵ Código Civil Italiano, art. 1743(3), Para profundizar al respecto, *Vid. CAMPOBASSO, op. cit.*, p. 447.

²⁴⁶ Código Civil Italiano, art. 1747.

Uno de los derechos fundamentales del agente consiste en una contraprestación o compensación por sus actividades. En Italia éste normalmente consiste en una cantidad porcentual de cada operación concluida por intervención del agente, es decir en una comisión o “*provvigione*”, la cual se encuentra regulada como “*Diritti dell’agente*” en el artículo 1748, tal cual se expone a continuación.²⁴⁷

Dicha comisión se deberá cuando se haya concluido la operación debido a la intervención del agente o incluso, y salvo pacto en contrario, por los negocios concluidos directamente por el principal con clientes que hubieran sido primero del agente o pertenecientes a la zona y grupo pactado, situación que a mi parecer no debería permitir el pacto en contrario, pues se puede prestar a abusos en detrimento del agente.

Asimismo, el agente tendrá derecho a la comisión por negocios concluidos posteriormente a la terminación del contrato si la propuesta o negociación se realizó antes de la terminación del contrato, o si la conclusión se debió prevalentemente a la actividad del agente siempre que se haya dado dentro de un plazo razonable al término de la relación. Dicha comisión podrá ser repartida con el nuevo agente en caso de que por las circunstancias específicas del caso resulte equitativo.

El agente tendrá derecho a la comisión a partir de que el principal ha podido ejecutar o debió ejecutar la prestación frente al tercero. Es posible pactar que ésta sea exigible en un momento posterior, debiendo ser a más tardar en el momento en que el tercero exigió o debió exigir la prestación debida a su favor, siempre y cuando el principal ya haya cumplido. Me parece que la redacción original del artículo es innecesariamente compleja, pues resultaría más fácil establecer un solo momento a partir del cual se tendrá derecho a la comisión y la posibilidad de pactar otro momento anterior a éste, si la finalidad hubiera sido la de proteger al agente, se hubiera establecido únicamente el primer momento para que sea exigible la comisión. Dicho artículo es muy similar al artículo 10 de la Directiva, sin embargo por su redacción resulta más confuso y creo que como se mencionó, es innecesario establecer tantas situaciones o hipótesis a partir de las cuales se tendrá derecho a la comisión. En caso de que el principal y el tercero acuerdan no ejecutar el contrato en su totalidad, el agente tendrá derecho a una comisión reducida según los usos o la equidad, (situación que no prevé la directiva) por

²⁴⁷ CAMPOBASSO, *op. cit.*, pp. 446- 447.

otro lado, en caso de que el contrato no se pueda ejecutar por causas no imputables al principal, el agente deberá devolver la comisión pagada.

Por último, cabe recordar que el principal no está obligado a aceptar los negocios propuestos por el agente, ello salvo que la negativa sea sistemática e injustificada, debiendo responder entonces frente al agente por incumplimiento contractual²⁴⁸.

c) Derechos y obligaciones del principal

El artículo 1749 habla únicamente de las obligaciones del principal, las obligaciones establecidas en dicho artículo no admiten pacto en contrario.

En la relación el Principal también deberá actuar con lealtad y buena fe respecto de su relación con el agente. Éste deberá poner a disposición del agente la documentación necesaria relativa a los bienes o servicios y proporcionar información respecto de la ejecución de los contratos, particularmente advertir si el volumen de las operaciones será menor de lo normal, buscando que el agente pueda prever cualquier situación con sus clientes y no les incumpla a ellos al no poder concluir transacciones. Además deberá Informar en un término razonable respecto de la aceptación o rechazo y de la falta de ejecución de los contratos procurados.

Como se mencionó, el principal deberá pagar al agente a más tardar el último día del mes sucesivo al trimestre en que se volvió exigible, proporcionando un recibo o factura que indique la base sobre las cuales se calcularon las comisiones, teniendo derecho el agente a solicitar toda la información necesaria para verificar el importe de la comisión, particularmente un extracto de los libros contables del principal.

d) Duración y terminación

El contrato de agencia puede ser a tiempo determinado o indeterminado. El contrato a tiempo determinado que se siga ejecutando o se prorrogue después de vencido el plazo original se vuelve a tiempo indeterminado²⁴⁹.

²⁴⁸ BASSI, *op. cit.*, p. 1049.

Por su parte, cuando el contrato es a tiempo indeterminado, éste se debe rescindir por cualquiera de las partes dando un “preaviso”, que no podrá ser inferior a un mes por el primer año del contrato, dos por el segundo, y así sucesivamente hasta 6 meses por el sexto año y los sucesivos. Los plazos podrán ser mayores, pero en protección al agente se establece que el plazo del agente no podrá ser menor al del principal.

e) Indemnización al agente

El legislador italiano al implementar la Directiva optó por el sistema de indemnización después de terminada la relación contractual.

En el texto original de la ley de 1942 la indemnización debía ser proporcional a las comisiones que se hubieran obtenido por el tiempo de duración del contrato, siempre que la terminación de la relación no fuera por causa imputable al agente. Posteriormente con la reforma de 1971 (L. 15 ottobre 1971, n° 911) la indemnización se equiparó a la indemnización del trabajo subordinado y muchas veces basado en convenios colectivos, que tenía la característica de que se otorgaba en todos los casos y a manera de sanción o castigo hacia el principal²⁵⁰.

“13. Consta que en Italia, antes de la adaptación del ordenamiento jurídico interno a la Directiva 86/653, existía un régimen indemnizatorio por terminación del contrato de agencia basado, en gran medida, en convenios colectivos y distinto de cualquiera de los dos regímenes alternativos previstos en los apartados 2 y 3 del artículo 17. (5) En estas circunstancias se concedió un plazo más largo a la República Italiana para la adaptación a la Directiva en lo que al artículo 17 se refiere. (6) Si bien la consagración de tal régimen refleja claramente el afán por dejar un cierto margen de elección a los Estados miembros, el legislador dio a cada Estado miembro la posibilidad de optar por uno de los dos regímenes alternativos previstos en el artículo 17, apartados 2 y 3, pero no, obviamente, la posibilidad de adoptar un régimen legal de tertium genus incompatible con cualquiera de los dos regímenes mencionados.”²⁵¹

Como se mencionó, en 1991, debido a que se otorgó un plazo más largo a la República Italiana para reformar sus disposiciones respecto a la indemnización al agente, se reformó nuevamente dicha disposición para seguir los lineamientos establecidos por la Directiva y quedar como se encuentra hoy en día en el artículo 1751.

²⁴⁹Código Civil Italiano, art. 1750. Para profundizar al respecto, Vid. BASSI, *op. cit.* p. 1050.

²⁵⁰*Idem.*

²⁵¹ Conclusiones Abogado General Poiras Maduoro Caso Honyvem, *op. cit.* párrafo 13.

A través de dicha reforma se aleja de la regulación a los trabajadores subordinados y, tal cual dice Luminoso “*pone en primer plano la calidad de empresario del agente y el riesgo inherente al ejercicio de su profesión*”²⁵², considerando éste que la naturaleza de la indemnización se inspira en la figura de enriquecimiento injustificado y tiene naturaleza retributiva.

Para que el agente pueda recibir la indemnización es necesario que después de terminada la relación el agente hubiere aportado nuevos clientes o desarrollado sensiblemente las operaciones con los clientes existentes y el principal continúe recibiendo ventajas sustanciales “*sostanziali vantaggi*” de las relaciones con la clientela procurada por el agente.

Dicha indemnización debe ser justa o equitativa “*equo*” teniendo en cuenta todas las circunstancias del caso, particularmente en cuenta las comisiones perdidas por el agente y que resultan de la relación con los clientes mencionados.

El derecho o la concesión de la indemnización no privará al agente de su derecho a la eventual reparación del daño²⁵³. Por otro lado, el agente no tendrá derecho a recibir la indemnización si se dan diversas circunstancias.

En primer lugar no se deberá la indemnización cuando el principal rescinda el contrato por un incumplimiento imputable al agente, que por su gravedad no resulte posible continuar con la relación ni provisionalmente²⁵⁴.

La rescisión²⁵⁵ por incumplimiento se regula en el Código Civil Italiano a partir del artículo 1218. Ésta, en un principio implica la terminación de la relación y en su caso el pago para resarcir los daños y perjuicios de la parte que no incumplió²⁵⁶. Si el daño no fue doloso, el agente solo deberá pagar por el daño que se podía prever en el momento del nacimiento de la obligación²⁵⁷, sin embargo, la causa más importante a considerar será si el incumplimiento del agente se considera grave.

²⁵² “...e che mette in primo piano la qualità di imprenditore dell’agente e il rischio inherente all’esercizio della sua impresa”. BASSI, *op. cit.* p. 1051.

²⁵³ Código Civil Italiano, arts. 1218 y ss.

²⁵⁴ *Ibidem*, art. 1751.

²⁵⁵ En italiano se utiliza el término *risoluzione*, (la *rescissione* tiene un significado diverso), sin embargo, conforme a derecho mexicano el término correcto es rescisión, ya que ésta no tiene efectos retroactivos.

²⁵⁶ Código Civil Italiano, art. 1223.

²⁵⁷ *Ibidem*, art. 1225.

Si el agente rescinde el contrato sin causa justificada, este no tendrá derecho a la indemnización. Se considerará que la rescisión es por causa justificada cuando se debe a una circunstancia atribuible al principal o cuando se debe a circunstancias atribuibles al agente, como la edad, enfermedad o invalidez por las cuales no se pueda exigir razonablemente que continúe sus actividades, así como su muerte²⁵⁸.

Por último, de conformidad con el citado artículo, no se deberá la indemnización cuando de acuerdo con el principal, el agente cede a un tercero los derechos y obligaciones del contrato de agencia, éste no tendrá derecho a la indemnización.

El monto de la indemnización no podrá ser mayor a una anualidad calculada sobre la media de los últimos 5 años o en su caso del periodo de la duración, provisión que puede ser modificada a favor del agente²⁵⁹.

El agente perderá el derecho a la indemnización, si en el término de un año a partir de la terminación de la relación no comunica al principal la intención de hacer valer dicho derecho²⁶⁰.

En general las disposiciones del Código Civil italiano respecto de la indemnización al agente resultan prácticamente idénticas a las de la Directiva. Al respecto, únicamente cabe destacar dos puntos. En primer lugar, el legislador italiano optó; al igual que la mayoría de los Estados lo han hecho, por la causal de terminación por parte del principal, sin necesidad de preaviso cuando concurre una causa considerada grave. Al respecto, la Directiva establece que cuando haya un incumplimiento por parte del agente, conforme a la legislación nacional se establecerán las causas de terminación sin preaviso. En segundo lugar, y tal cual se mencionó anteriormente, el legislador italiano optó por establecer una indemnización adicional e independiente en el caso en que exista un pacto o cláusula de no competencia, mientras que la Directiva establece que éste podrá influir en la indemnización después de terminada la relación, el legislador italiano con dicha disposición otorga mayor protección al agente.

²⁵⁸ *Ibidem*, art. 1751.

²⁵⁹ *Idem*.

²⁶⁰ *Idem*.

C) España

En España el contrato de agencia se encuentra regulado por la Ley 12/1992, de 27 de mayo, sobre Contrato de Agencia²⁶¹ (“Ley sobre el Contrato de Agencia”), la cual incorporó la figura de la Agencia al derecho español, a partir de la Directiva 86/653/CEE, figura que antes no se encontraba tipificada en derecho español. El único contrato de colaboración que regulaba el Código de Comercio de 1885 era el de comisión, denominado mandato mercantil, mientras que la agencia había sido creada y desarrollada en la práctica “... *impulsados por nuevas necesidades económicas y sociales resultantes de las transformaciones del sistema de distribución de bienes y servicios*”²⁶² al igual que muchos otros contratos que en España se denominan “contratos de colaboración”. A este contrato los autores también le suelen denominar contrato de “gestión y custodia”, y de manera más específica como contrato de “prestación de servicios y de gestión”²⁶³.

Se optó por no incluir la figura de la agencia dentro del Código de Comercio debido a que en la época la tendencia era aprobar diversas leyes mercantiles en lugar de unificarlas en un solo Código, por lo que se consideró que se necesitaba una ley especial con un régimen jurídico independiente²⁶⁴, argumento que no me parece suficiente ni justifica su inclusión dentro de una ley especial, más aun teniendo en consideración la tendencia moderna a la unificación. Ejemplo perfecto de dicha tendencia es el “Anteproyecto de Ley del Código Mercantil”²⁶⁵, una ambiciosa propuesta en la cual se pretendió unificar y actualizar la legislación mercantil. En dicho proyecto se transcribe de manera prácticamente literal la Ley 12/1992, sobre Contrato de Agencia (arts. 542-1 a 542-31), sin embargo dicho proyecto a la fecha no ha sido aprobado.

Según comentan Vicent Chuliá y Beltrán Alandete, La Ley 12/1992 “...*ha sido en general bien acogida por los mercantilistas; aunque no han faltado críticas, especialmente por los laboristas, por creer que se contraponen al Real Decreto 1.438/85 de 1 de agosto que incluye a los agentes comerciales dentro del ámbito laboral...*”²⁶⁶. Sin embargo, de las

²⁶¹Ley 12/1992, de 27 de mayo, sobre Contrato de Agencia, <http://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-1992-12347> fecha de consulta: 18/08/2016.

²⁶²*Ibidem*, Exposición de motivos, párr. 2.

²⁶³VICENT CHULIÁ, Volumen II, *op. cit.*, p. 379.

²⁶⁴ Ley 12/1992, de 27 de mayo, sobre Contrato de Agencia, <http://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-1992-12347> fecha de consulta: 18/08/2016, exposición de motivos, párrafos. 6 y 7.

²⁶⁵ Anteproyecto de Ley del Código Mercantil español.

²⁶⁶ VICENT CHULIÁ, Volumen II, *op. cit.*, pp. 382.

excepciones del citado Decreto, se puede advertir que no obstante la similitud de su definición²⁶⁷, quedan excluidos de su ámbito de aplicación quienes trabajen de manera “independiente”²⁶⁸. Asimismo, comentan dichos autores que por razón de carácter jerárquico, una Ley es superior a un Real Decreto.

En el artículo primero de la ley sobre el contrato de Agencia, se establece lo que se entiende por contrato de agencia:

Artículo 1. Por el contrato de agencia una persona natural o jurídica, denominada agente, se obliga frente a otra, de manera continuada o estable, a cambio de una remuneración, 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 riesgo y ventura de tales operaciones.

a) Características principales

De la definición anteriormente expuesta se desprenden diversas características. En primer lugar se resalta el carácter de permanencia o estabilidad de la relación que se opone al contrato de comisión que tiene la característica de ser un contrato de colaboración aislada y esporádica, mientras que la agencia es un contrato de duración, sea por tiempo determinado o indeterminado.

Por otro lado, no se limita el contrato de agencia a la promoción por cuenta del principal, sino también se permite al agente la conclusión de las operaciones por cuenta y nombre del principal. En principio el agente estará únicamente facultado para la promoción, para la conclusión deberá tener atribuida dicha facultad²⁶⁹, es decir necesita autorización expresa.

Por su parte, el artículo 5 de una manera implícita reconoce el carácter de empresario que tiene el agente, al establecer que este debe actuar por sí mismo o por medio de sus dependientes para la promoción o conclusión de los actos u operaciones de comercio,

²⁶⁷ Real Decreto 1.438/85: Artículo 1.º Ámbito de aplicación: Uno. El presente Real Decreto será de aplicación a las relaciones en virtud de las cuales una persona natural, actuando bajo la denominación de representante, mediador o cualquiera otra con la que se le identifique en el ámbito laboral, se obliga con uno o más empresarios, a cambio de una retribución, a promover o concertar personalmente operaciones mercantiles por cuenta de los mismos, sin asumir el riesgo y ventura de tales operaciones. Dicha actividad principal puede o no ir acompañada de la distribución o reparto de los bienes objeto de la operación.

²⁶⁸ Real Decreto 1.438/85: Artículo 1.º Ámbito de aplicación: Uno (...) Dos. Quedan excluidos de su ámbito de aplicación: a)(...) b) Quienes se dediquen a promover o concertar operaciones mercantiles de forma continuada por cuenta de uno o más empresarios, como titulares de una organización empresarial autónoma, entendiéndose por tal aquella que cuenta con instalaciones y personal propios. Se presumirá que no existe esta organización empresarial autónoma cuando quienes se dediquen a promover o concertar operaciones mercantiles actúen conforme a las instrucciones de su empresario con respecto a materias como horarios de trabajo, itinerario, criterios de distribución, precios o forma de realizar los pedidos y contratos.

²⁶⁹ Real Decreto 1.438/85, art. 6.

asimismo podrá tener subagentes, sobre quienes debe responder el agente y además requiere autorización expresa del empresario.

El objeto del contrato, a diferencia de la Directiva, no se limita a la venta o compra de mercancías, pues se consideró que dicho criterio era demasiado estrecho y se optó por el término de “actos u operaciones de comercio”, siguiendo la tradición del Código de Comercio, particularmente contrato de comisión regulado en el mismo,²⁷⁰ así como de la anacrónica regulación objetiva del derecho mercantil, adoptada por diversos países del sistema francés (entre ellos México). Tal cual se desprende del preámbulo de la Ley sobre el Contrato de Agencia, dichos actos u operaciones de comercio no se limitan a las mercancías, sino que más genéricamente a la circulación de bienes e incluso servicios.²⁷¹

En España, al igual que en México, se distingue la legislación civil de la mercantil por lo que puede generar duda la naturaleza del contrato, sin embargo, tal cual se comenta en el preámbulo de dicha ley²⁷², y al analizar la naturaleza de la relación, que versa sobre “actos u operaciones de comercio”, no queda a duda el carácter mercantil de la relación.

A pesar de ser una relación de carácter mercantil, en esta ley no opera el principio dispositivo de las relaciones mercantiles, sino que se consideró que aplicaba el “principio general de la imperatividad de los preceptos de la ley”. En virtud de lo anterior, sus preceptos tienen un carácter imperativo, a no ser que se disponga expresamente otra cosa²⁷³. Lo anterior muy probablemente se debe a que en el contrato de agencia y en las obligaciones establecidas

²⁷⁰ Código de Comercio español.

Artículo 2. Los actos de comercio, sean o no comerciantes los que los ejecuten, y estén o no especificados en este Código, se regirán por las disposiciones contenidas en él; en su defecto, por los usos del comercio observados generalmente en cada plaza, y, a falta de ambas reglas, por las del Derecho común.

Serán reputados actos de comercio los comprendidos en este Código y cualesquiera otros de naturaleza análoga.

Artículo 244. Se reputará comisión mercantil el mandato, cuando tenga por objeto un acto u operación de comercio y sea comerciante o agente mediador del comercio el comitente o el comisionista.

²⁷¹ Ley 12/1992, de 27 de mayo, sobre Contrato de Agencia, <http://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-1992-12347> fecha de consulta: 18/08/2016, exposición de motivos, 2, párrafos. 4 y 5

²⁷² *Ibidem*, párr. 5.

²⁷³ Real Decreto 1.438/85, art.3.

“No parece cuestionable este principio dispositivo, presente tanto en la contratación civil como en la mercantil; sin embargo, puede advertirse que muchas de las normas que después se extienden a lo largo de los Libros IV y V recogen la salvedad del pacto en contrario (p.ej., 415-1, 417-5, 440-1, 450-2, 450-6, 511-6...), pero rara vez afirman expresamente la salvedad contraria (esto es, el carácter imperativo o no dispositivo de la norma); y, en la mayoría de los casos, guardan silencio al respecto. Ello determina que, en ocasiones, sea dudoso el carácter imperativo o dispositivo de disposiciones concretas, especialmente si utilizan una redacción poco terminante sobre su índole imperativa o no, lo que aconseja extremar el celo para dejar claro ese carácter imperativo cuando así quiera establecerse, bien afirmándolo expresamente, bien por los términos utilizados. Nótese, en todo caso, que según la redacción proyectada en el artículo 411-1 sólo cede el carácter dispositivo cuando se establezca “expresamente” otra cosa, lo que ciertamente ocurre en muy contadas ocasiones (como en el artículo 542-3, en relación con el contrato de agencia, y en el artículo 581-2, en relación con el contrato de seguro), por lo que, si se quiere mantener el carácter imperativo de determinadas disposiciones en los que no se afirma “expresamente” ese carácter -aun cuando pueda deducirse de su tenor-, habría que matizar lo dispuesto en el artículo 411-1”. Vid. Texto del Dictamen del Anteproyecto de Ley del Código Mercantil español. Disponible en: <http://www.boe.es/buscar/doc.php?id=CE-D-2014-837> fecha de consulta: 24/08/2016.

por la Directiva, los preceptos suelen tener el carácter de imperativos²⁷⁴, sin embargo creo que resulta más adecuada y acorde con los principios del derecho mercantil la solución otorgada por la Directiva, en la que opera el principio dispositivo a menos que se establezca que las obligaciones no aceptan pacto en contrario.

Un principio que comúnmente se establece en el contrato de agencia es el de exclusividad de la relación, salvo pacto en contrario. La ley española aporta una alternativa interesante en la cual establece que el agente podrá actuar por cuenta de varios empresarios, salvo pacto en contrario, sin embargo, si las actividades que realiza son “...*de igual o análoga naturaleza y concurrentes o competitivos*...” necesitará el consentimiento del empresario²⁷⁵, ello debido a que el agente—como se comentó—también es un empresario y debe estar facultado para realizar otras actividades. Sin embargo creo que el derecho de exclusividad, aunque no se establezca expresamente, no debe ir más allá de las operaciones del mismo ramo o en las que pueda existir un conflicto, pues de esa manera se estaría restringiendo innecesariamente al agente.

Otra de las características principales del contrato es la remuneración, regulada en los artículos 11 a 19. Dicha remuneración puede consistir en una cantidad fija, una comisión o una combinación de los dos, en caso de no ser pactada se fijará conforme a los usos, y en caso de no existir será una retribución razonable teniendo en cuenta las circunstancias de la operación²⁷⁶.

Al igual que la Directiva, únicamente se encuentra regulada en artículos posteriores la remuneración por comisión, ya sea total o parcialmente²⁷⁷, el legislador español da una definición de comisión prácticamente idéntica a la de la Directiva, definiéndola como “...*cualquier elemento de la remuneración que sea variable según el volumen o el valor de los actos u operaciones promovidos, y, en su caso, concluidos por el agente*”²⁷⁸.

²⁷⁴ “Al igual que las disposiciones de la Ley 12/1992 (artículo 3.1), las normas de este Capítulo II tienen, por excepción a la regla general del artículo 411-1, carácter imperativo, a no ser que en ellas se disponga otra cosa. Esta imperatividad viene en gran parte determinada por el hecho de que numerosos aspectos de la regulación del contrato de agencia tienen origen en las disposiciones de la 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, incorporada al ordenamiento español por la citada Ley 12/1992” Vid. Texto del Dictamen del Anteproyecto de Ley del Código Mercantil español. <http://www.boe.es/buscar/doc.php?id=CE-D-2014-837> fecha de consulta: 24/08/2016.

²⁷⁵ Real Decreto 1.438/85, art. 7.

²⁷⁶ *Ibidem*, art. 11.

²⁷⁷ *Ibidem*, art. 11(3).

²⁷⁸ *Ibidem*, art. 11(2).

El artículo 12 regula la comisión por actos u operaciones concluidos durante la vigencia del contrato, y esta se deberá cuando la operación se haya concluido debido a su intervención o con un tercero que ya era cliente del agente, en segundo lugar se optó por la opción menos protectora al agente, al establecer la tercera situación en que se le deberá la comisión, que esta es cuando tenga la exclusiva para la zona geográfica o grupo determinado de personas, y no se haya concluido por su intervención o con un cliente suyo.

En el artículo 13 se regula la comisión por actos u operaciones después de la “extinción” del contrato, esta se deberá cuando: a) el acto u operación se deba principalmente a la actividad desarrollada por el agente durante la vigencia del contrato y siempre y cuando se hubiera concluido dentro de los tres meses siguientes a partir de la extinción, de nueva cuenta se optó por un plazo determinado (tres meses) en vez de usar el “plazo razonable”, y b) que se haya recibido el encargo o pedido antes de que extinguiera el contrato, y que en caso de que se hubiera concluido durante su vigencia, el agente tuviera derecho a la comisión.

Durante la vigencia del contrato no se deberá la comisión cuando corresponda a un agente anterior por las circunstancias antes establecidas, salvo que debido a las circunstancias sea equitativo distribuirla entre ambos agentes.

Respecto al momento en que se devenga la comisión²⁷⁹, el legislador español optó por una solución más sencilla que la establecida en la Directiva, estableciendo un solo momento en que se devengará, que es en el momento en que el empresario hubiera ejecutado o hubiera debido ejecutar el acto u operación de comercio, o que éstos hubieran sido ejecutados total o parcialmente por el tercero. Asimismo, dicha disposición resulta más protectora para el agente.

Por su parte, se debe pagar la comisión a más tardar el último día del mes siguiente al trimestre natural en que se hubiere devengado, salvo que se pacte un plazo inferior²⁸⁰. En el mismo plazo el empresario debe entregar al agente una relación de las comisiones devengadas, en el que se deben consignar los elementos esenciales en base a los cuales se calculó la comisión, pudiendo el agente exigir al empresario la exhibición de la contabilidad o cualquier

²⁷⁹ *Ibidem*, art. 14.

²⁸⁰ *Ibidem*, art. 16.

otra información de la que disponga el empresario, con el fin de verificar todo lo relativo a la comisión²⁸¹.

Por último, el artículo 17 establece que el agente pierde o no tiene derecho a la comisión si el empresario prueba que el acto u operaciones concluidas no se ejecutan por circunstancias no imputables al empresario, debiendo en su caso restituirla al empresario.

Asimismo, otro de las características comunes de la agencia que se prevé es el no derecho al reembolso de los gastos por el ejercicio de la actividad del agente, salvo pacto en contrario²⁸².

Se prevé además la posibilidad de pactar una cláusula *Star del Credere*, por la cual el agente asuma el riesgo y ventura de uno, varios o todos los actos u operaciones. Dicho pacto es nulo si no consta por escrito y si no se establece la comisión a percibir por parte del agente²⁸³. De dicho artículo se desprenden diversos problemas: (i) no queda claro qué alcance tiene el asumir “el riesgo y la ventura” de las operaciones, (ii) no queda claro si el monto de la comisión debe ser adicional, implícitamente parece ser que debe una comisión adicional, lo que creo es lo correcto. Sin embargo, las partes podrían establecer el monto de la comisión original, sin necesariamente vulnerar dicho artículo. Sin embargo, muy probablemente si se infringen las disposiciones de la Directiva, principalmente al examinar la indemnización al agente después de terminada la relación. De conformidad con el Reporte COM(96) 364 final, al analizar el factor de equidad para la indemnización al agente, debe tomarse en cuenta si existieron “*Del credere commissions*”.²⁸⁴ Por otro lado, como se vio, en Italia, al pactar una cláusula *del Credere*, el principal debe otorgar una mayor compensación.²⁸⁵

Por último, es posible pactar una cláusula de no competencia, que limite o restrinja las actividades profesionales a desarrollar por el agente una vez extinguido el contrato. Ésta cláusula no podrá tener una duración mayor a dos años, y si el contrato es por un tiempo menor, no podrá durar más de un año.²⁸⁶ La directiva únicamente establece un plazo máximo

²⁸¹ *Ibidem*, art. 15.

²⁸² *Ibidem*, art. 18.

²⁸³ *Ibidem*, art. 19.

²⁸⁴ Commission of the European Communities, Report on the Application of Article 17 of Council Directive on the Co-ordination of the Laws of the Member States Relating to Self-Employed Commercial Agents (86/653-ECC), COM (96) 364 final, Bruselas, 23/07/1996, http://aei.pitt.edu/1489/1/commercial_agents_COM_96_364.pdf, fecha de consulta: 28/05/2016, p. 3.

²⁸⁵ Capítulo V. Regulación de la Agencia en el Mundo, 1. Unión Europea, B) Italia, p. 83.

²⁸⁶ Real Decreto 1.438/85, arts. 20 y 21.

(dos años), sin embargo, creo que resulta razonable concluir que dicho pacto no podrá ser mayor al tiempo que duró el contrato. Por su parte, del texto literal de la legislación española, parece ser que la legislación española permite que dicho pacto tenga la duración de un año, aun cuando el contrato haya sido por un menor tiempo, lo que hace que este sea excesivo y perjudicial para el agente.

Al igual que la directiva, dicho pacto se deberá limitar a la zona geográfica, o a la zona geográfica y grupo de personas conferidos al agente, y solo ser respecto de los bienes o servicios objeto del contrato. Para ser válido deberá formalizarse por escrito.

De la misma manera, el contrato de agencia deberá formalizarse por escrito, lo que podrá ser exigido por las partes en cualquier momento²⁸⁷.

b) Derechos y obligaciones del agente

Las obligaciones del agente se establecen en el artículo 9. En primer lugar se establece que el agente deberá actuar lealmente y de buena fe, velando por los intereses del empresario o empresarios por cuya cuenta actúe, reiterando así el carácter (en principio) no exclusivo de la relación por parte del agente.

Particularmente deberá el empresario, a) ocuparse “con la diligencia de un ordenado comerciante” de la promoción y en su caso conclusión de los actos u operaciones encomendados. b) comunicar al empresario toda la información de la cual dispone, a diferencia de la Directiva, no es necesario en todo caso, sino que solo se deberá realizar cuando la información sea necesaria para la buena gestión de los actos u operaciones encomendados y cuando sea relativa a la solvencia de los terceros con quien se contrata. c) realizar la actividad con arreglo a las instrucciones razonables del empresario, “siempre que no afecten su independencia”.

Además, de manera similar a la legislación italiana, se establecen obligaciones adicionales que son, d) recibir reclamaciones de terceros, sobre defectos, vicios de calidad o cantidad de los bienes o servicios, aún en el caso en que no hubiera concluido las operaciones.

²⁸⁷*Ibidem*, art. 22.

Y e) llevar una contabilidad independiente de los actos u operaciones relativos a cada uno de los empresarios por los que se actúa.

c) Derechos y obligaciones del empresario

En cuanto a las obligaciones del empresario, cambia un poco la redacción de la establecida en la Directiva. El empresario debe actuar lealmente y de buena fe respecto del agente²⁸⁸, particularmente poniendo a su disposición, “...*con antelación suficiente y en cantidad apropiada, los muestrarios, catálogos, tarifas y demás documentos necesarios para el ejercicio de su actividad profesional*”²⁸⁹. Asimismo, el empresario deberá procurar al agente toda la información necesaria para la ejecución del contrato y advertirle cuando prevea que el volumen de los actos u operaciones será sensiblemente inferior al esperado.

Siguiendo una tradición continental, se optó por establecer un plazo de 15 días, en vez de un “plazo razonable”, para que el empresario comunique al agente la aceptación o rechazo de la operación, y que dentro “del plazo más breve posible”, habida cuenta de la naturaleza de la operación, se comunique la ejecución total o parcial, o la falta de ejecución de una operación²⁹⁰.

d) Duración y terminación

El contrato se puede pactar por tiempo determinado o por tiempo indefinido, en caso de no establecerse el plazo se entiende que el contrato es por tiempo indefinido²⁹¹.

Los contratos por tiempo determinado se consideran extinguidos cuando transcurre el plazo pactado, en caso de que se continúe ejecutando después del plazo inicial, se transformará en contrato de término indefinido²⁹².

²⁸⁸ *Ibidem*, art. 10.

²⁸⁹ *Ibidem*, art. 10, a.

²⁹⁰ *Ibidem*, art. 10, 3.

²⁹¹ *Ibidem*, art. 23.

²⁹² *Ibidem*, art. 24.

Por su parte, los contratos por término indefinido se extinguen mediante preaviso²⁹³. Dicho preaviso lo puede otorgar cualquiera de las partes debiendo ser necesariamente por escrito, requisito adicional a lo establecido por la Directiva. El plazo para otorgar el preaviso deberá ser de un mes por cada año del contrato o tiempo menor, hasta un plazo máximo de seis meses, es decir, se optó por el mayor plazo legal posible de la Directiva, las partes pueden pactar plazos mayores, sin que el plazo para el agente pueda ser menor al del empresario. En los contratos que iniciaron por tiempo definido y se transformaron se deberá tomar en cuenta todo el plazo. Por último, siempre se debe considerar que el final del plazo coincida con el fin de mes, salvo que se pacte en contrario.

En cualquiera de los casos se puede dar por terminado el contrato sin necesidad de preaviso cuando concurra alguna de las siguientes situaciones. a) que una de las partes incumpla total o parcialmente las obligaciones contractuales, y, b) que sea declarada en concurso una de las partes²⁹⁴.

Como se desprende de lo anterior, se consideró que por cualquier incumplimiento contractual se podrá rescindir el contrato sin preaviso, lo cual no me parece la solución más adecuada, pues por el mínimo incumplimiento se privaría a las partes de su derecho al preaviso, considero que una solución más adecuada es cuando exista un “incumplimiento grave”, o cuando se incumplan las obligaciones principales de las partes, por otro lado, se añade una causal de rescisión que es la de concurso de una de las partes, lo que parece inadecuado, ya que dicha rescisión puede resultar contradictoria con los fines del concurso mercantil y afectar de manera severa a la parte en estado de insolvencia.

Para la terminación sin necesidad de preaviso se debe entregar una notificación por escrito en la que conste la voluntad de terminar o dar por extinguido el contrato y la causa²⁹⁵.

En caso de muerte del agente se extinguirá el contrato, por su parte, si muere el empresario continúa el contrato, pudiendo denunciarlo sus sucesores con el debido preaviso²⁹⁶, situación que resulta innecesario que se resalte.

²⁹³ *Ibidem*, art. 25.

²⁹⁴ *Ibidem*, art. 26.

²⁹⁵ *Ibidem*, art. 26(2).

²⁹⁶ *Ibidem*, art. 27.

e) Indemnización al agente

En cuanto a la indemnización o compensación al agente, España optó por el sistema de indemnización, distinguiendo y regulando separadamente tanto la indemnización por razón de clientela y la indemnización de daños y perjuicios.

El artículo 28 regula la indemnización por clientela, a la que tiene derecho el agente siempre y cuando 1) haya aportado nuevos clientes o incrementado sensiblemente las operaciones con los clientes ya existentes, 2) que la actividad del agente continúe produciendo ventajas sustanciales al empresario, y que resulte equitativa la indemnización por la existencia de pactos de limitación de competencia, comisiones perdidas o demás circunstancias.

Resulta importante destacar que el legislador español estableció como supuestos específicos de equidad; tal cual lo permite la Directiva, la existencia de pactos para limitar la competencia.

Dicha indemnización, también se debe cuando el contrato se extingue por muerte del agente. Al igual que la Directiva, la indemnización no puede ser mayor del importe medio anual de las remuneraciones percibidas por el agente durante los últimos cinco años, o del periodo del contrato en caso de ser menor.

Por otro lado, el Tribunal Supremo español, ha aplicado analógicamente la indemnización por clientela para contratos de distribución²⁹⁷.

Por otro lado, el artículo 29 regula la indemnización de daños y perjuicios, estableciendo que esta se puede dar sin perjuicio de la indemnización por clientela. De acuerdo a dicha ley, solamente procederá la indemnización cuando el empresario denuncie unilateralmente el contrato de duración indefinida, debiendo indemnizar los daños y perjuicios que “...*la extinción anticipada haya causado al agente, siempre que la misma no permita la amortización de los gastos que el agente, instruido por el empresario, haya realizado para la ejecución del contrato*”.

²⁹⁷Vid. STS 886/2005, Tribunal Supremo, Sala Primera de lo Civil., <http://www.poderjudicial.es/search/contenidos.action?action=contentpdf&database=match=TS&reference=1081117&links=%22886%2F2005%22&optimize=20051215&publicinterface=true> fecha de consulta: 27/10/2017, p. 4.

El artículo 30 regula los supuestos en que el agente no tiene derecho a la indemnización. A diferencia de la Directiva, la cual únicamente establece que “*la concesión de dicha indemnización no impedirá al agente reclamar por daños y perjuicios*”²⁹⁸, el legislador español decidió establecer los supuestos de excepción tanto para la indemnización por clientela como para a la indemnización por daños y perjuicios.

El agente no tendrá derecho a la indemnización cuando a) el contrato se extinga por incumplimiento de las obligaciones del agente, b) cuando el agente denuncie el contrato, salvo que sea por circunstancias imputables al empresario, edad, invalidez o enfermedad del agente que no pudieran exigirle razonablemente continuar con sus actividades, y, c) si el agente con consentimiento del empresario ceda a un tercer los derechos y obligaciones derivados del contrato de agencia. La acción para reclamar cualquiera de las indemnizaciones prescribe en un año a partir de la extinción del contrato²⁹⁹.

En cuanto a la indemnización por daños y perjuicios, considero que resulta inadecuado el limitarla a los mismos supuestos de procedencia de la indemnización por clientela³⁰⁰, así como a que el contrato sea por tiempo indefinido³⁰¹, pues las indemnizaciones no necesariamente tienen la misma naturaleza. Mientras que la indemnización por clientela tiene principalmente una naturaleza equitativa³⁰², siempre que se cumplan supuestos muy específicos, la indemnización por daños y perjuicios, como su nombre lo dice, se debe centrar en la pérdida o menoscabo y en la privación de ganancias lícitas.

D) Alemania

En Alemania el contrato de agencia se encuentra regulado en la Parte Séptima del Primer Libro del Código de Comercio de Alemania (en alemán *Handelsgesetzbuch* o *HGB*), el cual entró en vigor en conjunto con el Código Civil de Alemania (en alemán *Bürgerliches Gesetzbuch* o *BGB*) el 1º de enero de 1990. El HGB tiene sus orígenes en el Código de

²⁹⁸ Directiva, artículo 17(2),c.

²⁹⁹ Real Decreto 1.438/85, art. 31.

³⁰⁰ *Ibidem*, art. 30.

³⁰¹ *Ibidem*, art. 29.

³⁰² *Vid.* V. Regulación de la Agencia en el Mundo, I. Unión Europea, A) Directiva 86/653-CEE, p. 66.

comercio General Germánico (*Allgemeines deutsches Handelsgesetzbuch –ADHGB*) de 1861, el cual fue adoptado por los pueblos germánicos diez años antes de su unificación.³⁰³

El artículo 84 del HGB define al agente de la siguiente manera:

*“El agente comercial es un intermediario independiente que tiene autoridad continua para negociar transacciones a nombre de otro empresario (el principal) o concluir transacciones a nombre de éste. Una persona es independiente si esencialmente se encuentra facultado para disponer de sus actividades de trabajo de manera libre y determinar sus horas de trabajo”.*³⁰⁴

Por el contrario, dicho artículo establece que el “agente” será considerado un empleado cuando no pueda disponer de sus actividades de trabajo de manera libre ni determinar sus horas de trabajo.

a) Características principales

De la definición antes citada se desprenden diversas características, en primer lugar, tal cual lo establece su definición, una de las características más representativas de la agencia que es la permanencia de la relación.

Por otro lado, de la definición se desprende que el agente no solo estará facultado para negociar transacciones, como se da en algunas leyes, sino que también estará facultado para concluir las.

En general la regulación de los agentes comerciales y el contrato de agencia del HGB resulta demasiado compleja y a mi parecer llega a tratar temas muy específicos, por ejemplo, el artículo 84 del HGB, establece que el principal o empresario, también podrá ser un agente y que las disposiciones relativas a los agentes comerciales, también aplicarán a los agentes que por razón de su tamaño o naturaleza no necesiten organizarse a través de una sociedad, es decir, que sean personas físicas. Si bien la aclaración respecto a que también será aplicable a personas físicas se pudiera llegar a entender debido a la definición de comerciante establecida

³⁰³Vid. MARTÍNEZ-ECHEVARRÍA y GARCÍA DE DUEÑAS, *Código de Comercio Alemán y Ley de Introducción del Código de Comercio*, Editorial Marcial Pons, España, 2005. <http://www.marcialpons.es/static/pdf/100766346.pdf> fecha de consulta: 3/02/2017.

³⁰⁴HGB, section 84(1): A commercial agent is a self-employed intermediary who has continuing authority to negotiate transactions on behalf of another entrepreneur (the “principal”) or to conclude transactions in the latter’s name. A person is self-employed if he is essentially able to arrange his activities freely and to determine his working hours. Tomado de: http://www.gesetze-im-internet.de/englisch_hgb/englisch_hgb.html#p0318, el: 02/02/2016.

en el artículo 1 del HGB³⁰⁵, como veremos, a lo largo de las disposiciones aplicables a la agencia se establecen situaciones muy específicas que fácilmente se pudieron haber evitado.

Otra característica relevante de la regulación alemana es que las disposiciones aplicables al contrato de agencia, también son aplicables a los agentes de seguros y a los agentes de *Bausparkassen*³⁰⁶, con ciertas excepciones que se verán más adelante.

Por último, el artículo 85 establece que las partes tendrán el derecho de solicitar que los términos del contrato y sus enmiendas se establezcan por escrito, sin embargo dicho derecho no se establece como un requisito de validez del contrato.

b) Derechos y obligaciones del agente

El agente deberá hacer esfuerzos para negociar o concluir transacciones, siempre tomando en cuenta y actuando conforme a los intereses del principal y con el cuidado de un “comerciante prudente”³⁰⁷.

Asimismo, el agente se encuentra obligado a proporcionar toda la información necesaria al principal de cada una de las negociaciones y conclusión de transacciones.

Por otro lado, el artículo 86b del HGB prevé la posibilidad de pactar una cláusula *Star del credere*, por medio de la cual se otorga una remuneración especial (*del credere commission*) al agente que garantiza el cumplimiento del contrato. El derecho a dicha comisión nace a partir de la conclusión de la transacción y no se puede renunciar a éste de manera previa. Contrario al caso italiano, la cláusula *star del credere*, no se encuentra tan limitada, sin embargo si se establece que deberá de ser para transacciones específicas o con terceros en específico, y necesariamente deberá de ser por escrito.

Sin embargo, la cláusula *star del credere* no será aplicable cuando el agente tiene autoridad ilimitada, lo cual no es lo mismo que la facultad de concluir operaciones, o cuando

³⁰⁵ HGB. Section 1:

(1) A merchant within the meaning of this Code is a person who carries on a commercial business.

(2) A commercial business is any commercial enterprise unless, by reason of its nature or size, the enterprise does not require a commercially organised business operation.

³⁰⁶ En inglés se les define como “*Building Societies*” y consisten en sociedades cooperativas o uniones de crédito que prestan servicios de banca y otros servicios financieros, particularmente enfocadas en préstamos hipotecarios.

³⁰⁷ HGB, art. 86(1) y (3).

el principal o el tercero tienen su establecimiento o residencia en el extranjero. Al referirse a extranjero se infiere que únicamente será aplicable al caso de Alemania, sin embargo se podría dar la posibilidad de que se aplique dicha cláusula en toda la Unión Europea.

El derecho a la comisión del agente se encuentra regulado en el artículo 87 del HGB. Durante la relación contractual, el agente tendrá derecho a la comisión en las transacciones concluidas gracias a su intervención o en las transacciones concluidas con terceros que sean clientes del agente para transacciones similares. Por su parte, cuando el agente tiene a su cargo una zona específica o un grupo específico de personas, éste tendrá derecho a la comisión incluso cuando no haya participado en la transacción.

Una vez terminada la relación contractual el agente tendrá derecho a la comisión cuando la oferta del tercero se haya recibido antes de la terminación del contrato o cuando el agente haya negociado o preparado la transacción de manera que su conclusión sea atribuible principalmente a sus esfuerzos y ésta se haya concluido en un plazo razonable³⁰⁸.

Cuando un agente tenga derecho a recibir comisión después de terminada la relación el agente subsecuente no tendrá derecho a ésta, a menos que debido a las circunstancias particulares del caso sea equitativo dividirlo a *pro rata*.

Además de la comisión y de la posibilidad de obtener una remuneración por la cláusula *star del credere*, el agente tendrá derecho a una “comisión de cobro” cuando bajo órdenes del principal se encargue de realizar el cobro de las transacciones. Dicha comisión de cobro no se encuentra prevista por la Directiva ni por otras regulaciones, ya que en principio el agente no se encontrará encargado del cobro por las transacciones realizadas, teniéndolo algunas veces hasta prohibido.

Por último, cabe manifestar que las disposiciones relativas a la comisión sí admiten pacto en contrario.

Por su parte, el derecho a recibir la comisión nace a partir de que el principal ejecute la transacción. Es posible que las partes pacten un momento posterior, sin embargo a partir de que el principal ejecute la transacción por lo menos debe nacer el derecho a recibir un adelanto, mismo que se deberá pagar a más tardar el último día del siguiente mes. A más

³⁰⁸ HGB, art. 87(3).

tardar el derecho a la comisión deberá de nacer cuando el tercero ejecutó la transacción³⁰⁹. De manera similar al artículo 10 de la Directiva y más aún del caso italiano, me parece que es un artículo innecesariamente complejo y resultaría más fácil establecer una única fecha.

El derecho a la comisión se extingue si se determina que el tercero no ejecutará su parte de la transacción o si por cualquier otra razón no atribuible al principal no es posible ejecutar la transacción, dicho derecho únicamente admite pacto en contrario en perjuicio del principal, el derecho a la comisión de ninguna manera admite pacto en contrario en perjuicio del agente³¹⁰.

En caso de que no se especifique el monto de la comisión, éste se calculará conforme a los usos³¹¹.

Para el cálculo de la comisión se debe tomar como base el pago realizado por el tercero, sin poder realizar deducciones por pagos en efectivo, costos incidentales (fletes, paquetería, tarifas, derechos aduanales), asimismo se prevé que cuando el pago del Impuesto al Valor Agregado se detalle por separado, no se considerará que se cobra por separado. Retomando la crítica anterior, creo que la legislación alemana muchas veces entra en excesivo detalle, siendo un ejemplo claro el anteriormente mencionado.

Respecto al pago de la comisión, el artículo 87a(4) establece que la comisión se pagará el último día del mes en el que ésta se calcule, sin embargo para su cálculo se establecen tres reglas diferentes. El artículo 87c establece que la comisión se deberá calcular cada mes, pudiendo extender dicho periodo hasta un máximo de tres meses, sin embargo el segundo párrafo de dicho artículo establece que el cálculo se deberá hacer a más tardar al final del siguiente mes. De lo anterior se desprende que el principal tendrá hasta cuatro meses para realizar el cálculo y pago de la comisión, plazo que no podrá ser extendido por voluntad de las partes.

Una vez calculada la comisión el agente tendrá derecho a demandar un extracto de la contabilidad en lo concerniente a las operaciones realizadas y sobre las cuales tiene derecho a una comisión, asimismo, el agente tendrá derecho a solicitar toda la información que resulte

³⁰⁹ *Ibidem*, art. 87a.

³¹⁰ *Ibidem*, art. 87a (2), (3) y (5).

³¹¹ *Ibidem*, art. 87b (1).

relevante en relación con su derecho a recibir una comisión, derecho que no se encuentra previsto en la Directiva³¹².

Otro derecho previsto por el legislador alemán que resulta interesante es el “derecho de auditoría”, mismo que consiste en el derecho de una de las partes a auditar a la otra, para verificar el debido cumplimiento. En este caso, el artículo 87c(4) establece que si el principal se niega a otorgar el extracto de su contabilidad o si existe duda razonable sobre el monto de la comisión, el agente tendrá derecho a demandar a elección del principal, ya sea que el agente o que un auditor inspeccione los libros del principal.

Los derechos de información sobre la comisión y de auditoría no admiten pacto en contrario³¹³.

El HGB además prevé la posibilidad de que el agente tenga derecho al reembolso de los gastos, como hemos visto, la mayoría de las legislaciones no permiten el reembolso de los gastos al agente, pues consideran que el agente lleva consigo el riesgo del negocio (en Italia *rischio promozione e rischio esecuzione*), sin embargo, el artículo 87d establece que el agente tendrá derecho al reembolso de los gastos incurridos cuando sea uso o costumbre en su oficio.

Asimismo el HGB prevé que el agente tendrá derecho de retención en caso de incumplimiento por parte del principal, al igual que el reembolso de los gastos, no es común en otras legislaciones que se prevea el derecho de retención en favor del agente³¹⁴. En el caso de México existe derecho de retención en muy pocos contratos, como por ejemplo, el Contrato Mercantil de Transporte Terrestre³¹⁵, diversos contratos marítimos³¹⁶, entre otros.

c) Derechos y obligaciones del principal

El principal o empresario deberá proveer al agente con la documentación necesaria para el correcto desempeño de sus actividades, el artículo 86a(1) del HGB establece a manera de

³¹² *Ibidem*, art. 87c.

³¹³ *Ibidem*, art. 87c(5).

³¹⁴ *Ibidem*, art. 88a(1).

³¹⁵ Código de Comercio, art. 591, VII

³¹⁶ Ley de Navegación, arts. 77, 85, 89, 108, 118 y 124.

ejemplo que el agente deberá proveer muestras, dibujos, listas de precio, material publicitario y términos y condiciones.

Por otro lado, el artículo 86a (2) establece la obligación del principal a proporcionar información al agente, debiendo informar sin demora de la aceptación o rechazo de transacciones negociadas por el agente, las transacciones concluidas por éste cuando el agente no tenía facultades para ello, la no ejecución de una transacción o cuando es probable que el volumen de las operaciones será inferior a lo normal. Dichas disposiciones son irrenunciables³¹⁷.

Tal cual se puede advertir, los derechos y obligaciones del principal son prácticamente idénticos a los establecidos en la Directiva, con la única diferencia de que se establecen cuestiones más específicas.

De conformidad con el artículo 88a (2), después de terminada la relación el principal podrá exigir la devolución de toda la documentación que tenga el agente, éste sólo tendrá derecho a mantener la documentación relacionada con las comisiones y gastos que no le han sido pagados (no incluyendo la información de los libros y la contabilidad del principal)³¹⁸.

Más aún, el artículo 90 establece la obligación de confidencialidad del agente, prohibiéndole divulgar o comunicar a terceros el negocio o secretos comerciales que le fueron confiados o adquirió debido a su actividad como agente, lo anterior tomando en consideración todas las circunstancias y si es contrario a los estándares profesionales de un comerciante prudente.

En cuanto a la cláusula de no competencia, si esta se pacta se deberá hacer por escrito y no podrá ser mayor a dos años, restringiéndola al territorio o grupo de clientes asignados al agente y sin que pueda ir más allá de lo que consistía su actividad. Si se pacta dicha cláusula el principal estará obligado a pagar al agente una compensación razonable por el periodo de no competencia (art. 90a).

Por su parte, el artículo 90a(2) establece de manera extraña que el principal podrá renunciar a la cláusula de no competencia si es por escrito y hasta la terminación del contrato

³¹⁷ HGB, art. 86a (3).

³¹⁸ *Ibidem*, art. 88a (2).

de agencia, asimismo inexplicablemente se establece que hasta seis meses después de dicha declaración se le liberará de su obligación de pagar una compensación.

Por último, si existe una causa relevante que se deba a la conducta culpable de alguna de las partes, a la otra parte (quien necesariamente debe ser el agente) no le aplicará la cláusula de no competencia. Para que lo anterior sea aplicable el agente deberá hacérselo saber por escrito al principal dentro de un mes después de la terminación de la relación.

Respecto a lo expuesto sobre la cláusula de no competencia, cualquier pacto en contrario en detrimento del agente no será válido.

d) Duración y terminación

El contrato podrá ser de duración limitada o indefinida. En caso de que el contrato sea de duración indefinida, el contrato de duración limitada que se siga ejecutando después de su terminación se considerará de duración indefinida y se tendrá que contar el tiempo total transcurrido a efecto de su rescisión o terminación³¹⁹.

Para dar por terminado un contrato de duración indefinida las partes deberán dar aviso de terminación a la otra parte con cierta anticipación, la cual deberá ser de un mes para el primer año, dos meses para el segundo año, tres meses para los años tres a cinco, después de cinco años el contrato podrá ser terminado con un aviso de seis meses³²⁰. Tal cual se advierte, el legislador alemán tomó una opción intermedia a lo dispuesto por la Directiva, pues si bien del año tercero al quinto no aumenta el plazo para otorgar aviso, a partir del sexto año se reconoce la larga duración de la relación, y se establece un plazo de seis meses para poderla dar por terminada. Los plazos antes mencionados podrán ser extendidos, sin embargo en ningún caso podrá ser menor el plazo que se otorgue al agente, en caso de que fuera así, aplicarán los plazos aplicables al principal³²¹.

³¹⁹ *Ibidem*, art. 89 (3).

³²⁰ *Ibidem*, art. 89 (1).

³²¹ *Ibidem*, art. 89(2).

El artículo 89a del HGB establece que cualquiera de las partes podrá dar por terminado el contrato sin dar aviso cuando se dé una causa irresistible de terminación³²², mismas que se analizan más adelante. Si hubiere culpa de alguna de las partes por la terminación, dicha parte se encontrará obligada a pagar una compensación por los daños causados por la terminación del contrato.

e) Disposiciones aplicables a Agentes de Seguros y Agentes de *bausparkassen*

Las mismas disposiciones serán aplicables también a los agentes de seguros y a los agentes de *Bausparkassen*, con ciertas excepciones.

Los agentes de *Bausparkassen*, como se mencionó, son agentes de sociedades cooperativas o uniones de crédito que se dedican a prestar servicios de banca y otros servicios financieros, particularmente enfocados en préstamos hipotecarios.

En cuanto a la indemnización al agente (misma que se analiza a continuación), el artículo 89b(5) establece que las mismas disposiciones aplicarán pero con un cambio de redacción, en vez de hablar de relaciones contractuales con nuevos clientes o de relaciones con clientes con los cuales el agente incrementó de manera sustancial el volumen de negocios, se habla de obtención de nuevos contratos de seguro o la expansión de un contrato de seguro ya existente, mismo que se pueda considerar económicamente equivalente a la obtención de un nuevo contrato.

Por otro lado, se establece que el monto de la indemnización no podrá ser mayor a tres años de comisiones o remuneraciones anuales.

Lo anterior aplica *mutatis mutandis* a los agentes de *Bausparkassen*.

Resulta muy interesante que se extienda el derecho de indemnización y se otorgue una protección adicional a los agentes de seguros y a los agentes de *Bausparkassen*, pues la mayoría de las legislaciones no lo prevén así, incluso excluyéndolos expresamente.

³²² El término alemán es “*wichtiger Grund*”. Por su parte, la traducción al inglés del HGB utiliza el término “*Compelling reason*”. (Section 89a)

f) Indemnización al agente

Como ya se ha comentado anteriormente, el sistema de indemnización previsto en el artículo 17(2) de la Directiva 86/653/CEE fue tomado del artículo 89b del HGB.

Como se mencionó, el artículo 89b del HGB regula el derecho a la indemnización al agente, su primera parte establece que el agente tendrá derecho a demandar una “indemnización razonable” del principal, después de terminada la agencia cuando concurren dos situaciones:

- 1) Que después de terminada la relación, el principal continúe recibiendo ventajas sustanciales de las relaciones con los clientes que obtuvo el agente.
- 2) Que la indemnización sea equitativa tomando en cuenta todas las circunstancias del caso, y particularmente las comisiones perdidas por el agente debido a la terminación de la relación.
- 3) Que el agente haya incrementado de manera sustancial el volumen de negocios con los clientes ya existentes. Se considerará que se incrementó de manera sustancial el volumen de negocios cuando sea económicamente equivalente a la obtención de un nuevo cliente.

Como podemos ver, el derecho a la indemnización es prácticamente idéntico al previsto por el artículo 17(2) de la Directiva, salvo en dos temas. Contrario a la Directiva, la ley alemana no solo establece que el agente tendrá derecho a una “indemnización”, sino que agrega la palabra “razonable”, lo cual, no obstante que en la Directiva se establezca que la indemnización debe ser equitativa, el que además se utilice la palabra razonable se pudiera llegar a interpretar de una manera más restrictiva. Por otro lado, contrario a la Directiva, el legislador alemán sí define lo que se considera “incrementar de manera sustancial el volumen de negocios” (en la Directiva “desarrollar sensiblemente las operaciones con los clientes existentes”), lo cual resulta más claro a la hora de determinar el derecho a la indemnización.

El monto de la indemnización no podrá ser mayor de un año de comisión (o remuneración si se pacta otro modo de pago), calculado sobre el promedio de los últimos cinco años, o el periodo de su actividad en caso de ser menor a cinco años.

Sin embargo, el agente no tendrá derecho a la indemnización cuando se den ciertas circunstancias.

En primer lugar, el agente no tendrá derecho cuando éste termine la relación contractual, a menos de que haya sido por causa justificada debido a la conducta del principal, o no se pueda esperar de manera razonable que el agente continúe con sus actividades debido a su edad o por enfermedad.

Por otro lado, el agente no tendrá derecho a la indemnización si el principal da por terminado el contrato existiendo a una causa relevante o “irresistible”³²³ de terminación debido a una conducta culposa por parte del agente. El HGB no establece supuestos de lo que se considera una causa relevante de terminación, sin embargo el BGB, el cual aplica de forma subsidiaria al HGB, sí prevé diversas causales de terminación por una causa relevante.

El artículo 314 del BGB regula la terminación por causas relevantes en contratos de ejecución de una obligación continua. Dicho artículo establece que existe una causa relevante cuando, tomando en consideración las circunstancias específicas del caso y los intereses de las partes, no se puede esperar de manera razonable que se continúe con el contrato hasta su fecha de terminación.

Al respecto resulta de vital importancia considerar lo que ha determinado la jurisprudencia alemana como “incumplimiento contractual” y como “causas relevantes de terminación”, mismas que son analizadas caso por caso. Como ciertas causas relevantes de terminación por parte del principal se han establecido: (i) el incumplimiento a las obligaciones esenciales por parte del agente, (ii) la violación de la confianza, y, (iii) competencia ilegal o la violación al pacto de no competencia. En cuanto a la terminación por parte del agente se

³²³ El término alemán es “*Wichtiger Grund*”. Por su parte, la traducción al inglés del HGB utiliza el término “*Compelling reason*”. (Section 89a)

agrega además el que se vuelva imposible para el principal el seguir cumpliendo con el contrato, incluyendo en supuesto de insolvencia³²⁴.

Por último, el agente no tendrá derecho a la indemnización si por acuerdo del agente y del principal se determina que un tercero asuma la posición del agente (cesión de derechos). Al respecto resulta interesante la protección que se da al agente al establecer que dicho acuerdo no se podrá celebrar sino hasta una vez terminada la relación.

Conforme al artículo 89b(4), el reclamo de indemnización no podrá ser excluido de manera previa por las partes y deberá ser hecho valer dentro de un año a partir de la terminación de la relación contractual.

Por otro lado, cabe manifestar que de acuerdo a la jurisprudencia del *Bundesgerichtshof*, la normativa aplicable a la indemnización del agente comercial es aplicable por analogía a un contrato de concesión³²⁵.

E) Francia

La figura del agente comercial se regula en los artículos L134-1 a L134-17 del Código de Comercio francés³²⁶ (*Code de commerce*) y por los artículos R134-1 a R134-17 de la parte reglamentaria (reglamento) del Código de comercio francés. El artículo L134-1³²⁷ define al agente como un mandatario que a título de profesión independiente, sin estar ligado a un contrato de trabajo (*contrat de louage de services*), se encarga de manera permanente de negociar y eventualmente de concluir contratos de venta, de compra, de arrendamiento o de

³²⁴Vid. RÖDL & PARTNER, et al. *Manual del Derecho Internacional de Agencia*, Alemania, Ed. Bundesanzeiger Verlagsges, 2007.

³²⁵ “De acuerdo con la jurisprudencia reiterada del Bundesgerichtshof, invocada en la resolución de remisión, la normativa referente a la indemnización del agente comercial contenida en el artículo 89b del HGB es aplicable por analogía a un contrato de concesión como el contrato de que se trata en el litigio principal. Con arreglo a dicha jurisprudencia, basta con que, en el momento en que se decide poner fin al contrato sin preaviso, concorra objetivamente un motivo grave que justifique la decisión de poner fin al contrato. En la hipótesis de que el agente comercial haya incurrido, antes de la terminación prevista del contrato, en un incumplimiento que podría justificar una resolución sin preaviso, la jurisprudencia del Bundesgerichtshof autoriza incluso al empresario que ha decidido poner fin al contrato tras respetar un plazo de preaviso a tomar una nueva decisión por la que se resuelva el contrato sin preaviso, en el supuesto de que el incumplimiento haya llegado a su conocimiento antes de finalizar dicho plazo, o a denegar cualquier indemnización, en el supuesto de que no haya llegado a su conocimiento hasta después de la finalización prevista del contrato.” Sentencia Caso Volvo, *op. cit.*, párrafo 10.

³²⁶Vid. Code de commerce. Tomado de: https://www.legifrance.gouv.fr/affichCode.do;jsessionid=F7D56EF30E403257EB8FD8A5A029852A.tpdila21v_1?idSectionTA=LEGISCTA000006146035&cidTexte=LEGITEXT000005634379&dateTexte=20160831 consultado el: 23/03/2017.

³²⁷Article L134-1: *L'agent commercial est un mandataire qui, à titre de profession indépendante, sans être lié par un contrat de louage de services, est chargé, de façon permanente, de négocier et, éventuellement, de conclure des contrats de vente, d'achat, de location ou de prestation de services, au nom et pour le compte de producteurs, d'industriels, de commerçants ou d'autres agents commerciaux. Il peut être une personne physique ou une personne morale.*

Ne relèvent pas des dispositions du présent chapitre les agents dont la mission de représentation dispositions législatives particulières.

prestación de servicios, lo anterior a nombre y por cuenta de productores, fabricantes, comerciantes o de otros agentes comerciales.

Dicho artículo establece además que el agente podrá ser una persona física o moral y que no serán aplicables las disposiciones del Código de comercio a los agentes que ejerzan actividades económicas sujetas a una regulación legislativa específica.

De la definición anterior destaca el que se defina al agente como un mandatario. Como vimos anteriormente³²⁸, la doctrina francesa suele fundir las el poder, mandato y representación, por lo que no resulta extraño que se establezca a la agencia como un mandato *stricto sensu*, tan es así que al principal o empresario se le denomina “mandante”. Por otro lado, las actividades del agente son mucho más extensas de lo que prevén la mayoría de legislaciones de tradición latina, como se advierte, dichas actividades conforme a otras legislaciones pudieran recaer dentro de otras figuras, como por ejemplo el contrato de corretaje.

Por último, cabe mencionar que la parte reglamentaria del Código de Comercio en sus artículos R134-1 a R134-17, regula el derecho de información de las partes, la necesidad de inscripción del agente en un registro especial y la regulación del régimen del agente que actúa como persona física, lo cual incluye la posibilidad de afectar su actividad patrimonial conforme a un patrimonio separado de su patrimonio personal, en cuyo caso deberá manifestar el objeto de la actividad profesional a la que el patrimonio se encuentra afectado y las palabras “*entrepreneur individuel à responsabilité limitée*” o las iniciales “EIRL”³²⁹.

a) Características principales

Como ya vimos, se diferencia al agente comercial del agente sujeto a un contrato o a una relación laboral (*contrat de louage de services*).

³²⁸Vid. Capítulo II. Gestión de Negocios Ajenos, 1. Representación, poder y mandato, A) Definición de representación.

³²⁹*Code de commerce*, art. R134-12.

En caso de considerarlo necesario, cualquiera de las partes podrá solicitar se formalice el contrato por escrito así como sus modificaciones³³⁰. Dicha obligación no puede ser derogada por las partes.

En un principio el agente estará facultado a celebrar diversos contratos de agencia, exceptuando únicamente el caso de que represente a un competidor, ante lo cual será necesaria la autorización del primer mandatario³³¹.

Por su parte, la legislación francesa permite el pacto de no competencia después de terminada la relación por un máximo de dos años, siempre y cuando se realice por escrito y se limite a el sector geográfico, el grupo de personas a cargo del agente y a los tipos de bienes o servicios materia del contrato.³³² Por dicho pacto de no competencia no se prevé ninguna indemnización adicional, sin embargo, en virtud de que Francia optó por el sistema de reparación del perjuicio, podría ser que dicha cláusula pueda influir a la hora de determinar el monto de compensación.

Asimismo, el legislador francés optó por establecer la posibilidad de que las partes renuncien por escrito a la aplicación de las disposiciones del capítulo relativo al “agente comercial” cuando la agencia se ejerza de manera secundaria respecto de un diverso contrato principal. En caso de que la agencia en realidad se ejerza a título principal o de manera determinante, en todos los casos dicha renuncia será nula³³³. Dicho artículo se adoptó de conformidad con el artículo 2(2) de la Directiva, mismo que es opcional para los Estados miembros.

Por último, cabe resaltar que el legislador francés optó por poner en un solo artículo de la ley y del reglamento³³⁴, las obligaciones que serán inderogables o las obligaciones que no se podrán modificar en perjuicio del agente, lo cual resulta muy impráctico para una correcta lectura de la ley.

³³⁰*Ibidem*, art. L134-2.

³³¹*Ibidem*, art. L134-3.

³³²*Ibidem*, art. L134-14.

³³³*Ibidem*, art. L134-15.

³³⁴*Ibidem*, arts. L134-16 y R134-4.

b) Derechos y obligaciones de las partes

Como primera obligación de las partes, el artículo L134-4 establece que los contratos en los que intervenga el agente, deberán ser concluidos en interés común de las partes. Dicha obligación no se prevé en la Directiva. A pesar de que se encuentra implícito que los contratos deberán ser concluidos en interés común de las partes, pues el agente tiene un interés por lo menos para la obtención de la comisión, dicha obligación no se encuentra prevista explícitamente en diversas legislaciones.

El Código de Comercio de manera muy general establece el agente y el mandante tendrán obligación de lealtad y deber recíproco de información hacia el otro. Asimismo, se establece que el agente comercial deberá ejecutar su mandato como un “buen profesional” y el mandante deberá poner al agente en condiciones en que pueda dar cumplimiento a su mandato³³⁵. Conforme al artículo L134-16, estas obligaciones, así como la de interés común de las partes serán inderogables.

En cuanto a las obligaciones específicas de las partes en cuanto al derecho de información, como ya se comentó, el legislador francés optó por regularlas en la parte reglamentaria del Código de Comercio. El artículo R134-1 establece que el agente comercial deberá comunicar a su mandante toda la información necesaria para la ejecución de su contrato, por su parte, el mandante deberá poner a disposición del agente toda la documentación relevante para la promoción de los productos o servicios y deberá comunicar toda la información necesaria para la ejecución del contrato, debiendo avisar si prevé que el volumen de las operaciones será sustancialmente inferior³³⁶. Como se puede advertir, dichas obligaciones son idénticas a las establecidas por la Directiva, y al igual que en ésta, son irrenunciables³³⁷.

El artículo L134-5 define a la comisión como la remuneración que varía según el número o valor de los negocios, en caso de que se remunere al agente de manera total o parcial por medio de comisión, serán aplicables los artículos L134-6 a L134-9. De no establecerse en el contrato en qué consiste la comisión, ésta se determinará conforme a los usos habituales del

³³⁵*Ibidem*, art. L134-4.

³³⁶*Ibidem*, art. R134-2.

³³⁷*Ibidem*, art. R134-4.

sector, o en caso de que no haya usos, de manera razonable tomando en cuenta todos los elementos de la operación.

Durante la ejecución del contrato el agente tendrá derecho a la comisión cuando se concluya una transacción gracias a su intervención, cuando se concluya una transacción con clientes que hubiera obtenido con anterioridad o cuando se concluya una transacción dentro del sector geográfico o con el grupo de personas asignado a éste³³⁸.

Una vez terminado el contrato, el agente tendrá derecho a la comisión cuando la transacción se concluya principalmente debido a su actuar y dentro de un tiempo razonable a la terminación del contrato, asimismo tendrá derecho cuando la orden del tercero haya sido recibida antes de la terminación del contrato³³⁹. El agente no tendrá derecho a la comisión cuando ésta le corresponde al agente previo, a menos que sea equitativo que los dos agentes compartan la comisión³⁴⁰.

La comisión se devengará cuando el mandante ejecute o deba haber ejecutado la transacción con el tercero, o bien cuando el tercero ejecute la operación. No obstante lo anterior la comisión se devengará a más tardar cuando el tercero ejecute o deba haber ejecutado la transacción, por su parte, el mandante deberá pagar y proporcionar al agente una relación de las comisiones devengadas a más tardar el último día del mes siguiente al trimestre en que se devengó³⁴¹, provisión que no podrá ser modificada en perjuicio del agente³⁴².

Por último, se establece que el agente no tendrá derecho a la comisión cuando el contrato con el tercero no se ejecuta por causas no imputables al mandante, estando obligado el agente incluso a devolver la comisión ya pagada³⁴³. Conforme al artículo L134-16, dicha disposición no podrá ser modificada en perjuicio del agente.

Como se advierte los artículos relativos a la comisión son prácticamente idénticos a los establecidos en la Directiva.

³³⁸*Ibidem*, art. L134-6.

³³⁹*Ibidem*, art. L134-7.

³⁴⁰*Ibidem*, art. L134-8.

³⁴¹*Ibidem*, arts. L134-9 y R134-3.

³⁴²*Ibidem*, art. R134-4.

³⁴³*Ibidem*, art. L134-10.

c) Duración y terminación

La duración y terminación del contrato de agencia se regula en el artículo L134-11. El contrato podrá ser de duración determinada o indeterminada, el contrato de duración determinada que se siga ejecutando se convertirá en contrato de duración indeterminada.

Para poder dar por terminado un contrato de duración indeterminada, la parte que lo da por terminado deberá dar un preaviso, el cual deberá ser de un mes para el primer año, dos meses para el segundo año y tres meses para el tercer año y los años posteriores, las partes en ningún caso no podrán pactar plazos menores, pero si mayores, por otro lado, el plazo para el agente nunca podrá ser menor al del principal.

Las partes no estarán obligadas a otorgar un preaviso a la otra parte cuando se deba a una falta grave de la otra parte, o por sobrevenir una causa de *force majeure*. Más adelante se analiza lo que constituye una falta grave.

d) Reparación del perjuicio al agente

Como se ha comentado anteriormente, Francia optó por el sistema de reparación del perjuicio previsto en el artículo 17(2) de la Directiva, en vez del sistema de indemnización. Las disposiciones relativas al sistema de reparación del perjuicio no podrán ser modificadas en detrimento del agente³⁴⁴.

El artículo L134-12 del Código de comercio establece que una vez terminada la relación, el agente tendrá derecho a una indemnización compensatoria por el perjuicio sufrido (*indemnité compensatrice en réparation du préjudice subi*). El agente deberá notificar dentro del año siguiente a la terminación de la relación, pues de lo contrario el agente pierde dicho derecho.

Contrario a lo establecido en el artículo 17(3) de la Directiva, no se establecen los casos o las condiciones para que opere dicha indemnización, por lo que se tiene que atender a lo establecido por la jurisprudencia. La jurisprudencia generalmente ha establecido que dicha

³⁴⁴*Ibidem*, art. L134-16.

indemnización deberá ser igual a dos años de comisión³⁴⁵, lo anterior, incluso si el contrato ha tenido una duración menor a dos años. El cálculo de las comisiones de los últimos dos años se hace generalmente tomando en cuenta los últimos tres años de la relación. Asimismo el Juez deberá tomar en cuenta todos los elementos específicos del caso para determinar si la indemnización debe ser menor³⁴⁶.

Como se comentó anteriormente, el sistema de reparación del perjuicio parte del supuesto de que se debe indemnizar al agente por las pérdidas sufridas, incluyendo la pérdida de las remuneraciones percibidas durante el desarrollo de la actividad en interés común de las partes, debido a la terminación de la relación contractual en ese sentido, la *Cour de Cassation* estableció en una sentencia de 2005³⁴⁷ lo siguiente:

Attendu qu'en statuant ainsi, alors que l'indemnité de cessation de contrat due à l'agent commercial a pour objet de réparer le préjudice subi qui comprend la perte de toutes les rémunérations acquises lors de l'activité développée dans l'intérêt commun des parties...

Asimismo, la *Cour de Cassation* ha reiterado que la pérdida de los clientes que el agente había generado durante la relación contractual no es motivo de análisis para determinar la reparación del perjuicio, puesto que el legislador francés optó por el sistema de reparación del perjuicio previsto en el artículo 17(3) de la Directiva, y no por el sistema de indemnización previsto por el artículo 17(2). Al respecto la *Cour de Cassation* estableció lo siguiente³⁴⁸:

Attendu qu'en condamnant la société SDR à payer à la société Muso une indemnité de perte de clientèle, alors que l'article L. 134-12 du Code de commerce a transposé la directive en optant pour la réparation du préjudice causé par la cessation des relations contractuelles, et non la réparation de la perte de clientèle, la cour d'appel a violé les textes susvisés ;

Por su parte, el agente no tendrá derecho a la reparación del perjuicio cuando la terminación de la relación se deba a (1) una falta grave del agente comercial, (2) el agente

³⁴⁵Vid. Cour de cassation, chambre commerciale, Audience publique du mercredi 15 mars 2017, N° de pourvoi: 15-14699, <https://www.legifrance.gouv.fr/affichJuriJudi.do?oldAction=rechJuriJudi&idTexte=JURITEXT000034217968&fastReqId=2111186164&fastPos=9> fecha de consulta: 27/03/2017.

³⁴⁶Vid. ROZÉS, Jean-Baptiste, "Agents Commerciaux : Les Indemnités De Rupture Des Contrats", Village de la Justice, 2013, <http://www.village-justice.com/articles/Agents-commerciaux-indemnite-rupture,15350.html> fecha de consulta: 24/03/2017.

³⁴⁷ Cour de Cassation, Chambre commerciale, Audience publique du mardi 5 avril 2005, N° de pourvoi: 03-15316, <https://www.legifrance.gouv.fr/affichJuriJudi.do?oldAction=rechJuriJudi&idTexte=JURITEXT000007489866&fastReqId=1376793709&fastPos=18> fecha de consulta: 27/03/2017.

³⁴⁸ Cour de Cassation, Chambre commerciale, Audience publique du mardi 25 juin 2002, N° de pourvoi: 99-20959, <https://www.legifrance.gouv.fr/affichJuriJudi.do?oldAction=rechJuriJudi&idTexte=JURITEXT000007045467&fastReqId=2111186164&fastPos=15> fecha de consulta: 27/03/2017.

termine la relación contractual (a menos que se deba a causas imputables al mandante o a la edad, enfermedad o invalidez del agente, por lo que no se le pueda exigir razonablemente continuar con sus actividades), y (3) Cuando por acuerdo con el mandante cede al terceros los derechos y obligaciones derivados del contrato³⁴⁹. Por otro lado, en caso de muerte, los herederos del agente tendrán derecho a la reparación del perjuicio³⁵⁰.

En cuanto a la cesión de los derechos y obligaciones a terceros, cabe resaltar que, contrario al caso alemán, el legislador francés optó por no limitar dicha cláusula a poder pactar la cesión únicamente cuando haya terminado la relación contractual.

Por su parte, la legislación francesa no establece lo que constituye una falta grave, sin embargo la jurisprudencia de la *Cour de Cassation* ha definido a la falta grave como la conducta que atenta contra la finalidad común del mandato de interés común y hace que sea imposible mantener la relación contractual³⁵¹:

Mais attendu qu'après avoir exactement énoncé que seule la faute grave, c'est-à-dire celle qui porte atteinte à la finalité commune du mandat d'intérêt commun et rend impossible le maintien du lien contractuel, est privatrice de l'indemnité compensatrice du préjudice subi en cas de cessation du contrat d'agence commerciale

Dicha jurisprudencia, en concordancia con los casos *Barbara Bellone contra Yokohama SpA* y *Centrosteel Srl contra Adipol GmbH* del Tribunal de Justicia de la Unión Europea³⁵², también establece que no se considerará falta grave la falta de inscripción del agente en el registro especial. Asimismo la jurisprudencia ha ido determinando casos en concreto en los cuales se considera que la parte incurrió en una falta grave o no, siempre atendiendo a la finalidad común de las partes y al deber de lealtad que tiene uno con otro.

³⁴⁹ Code de Commerce, art. L134-13.

³⁵⁰ *Ibidem*, art. L134-12.

³⁵¹ “*Mais attendu qu'après avoir exactement énoncé que seule la faute grave, c'est-à-dire celle qui porte atteinte à la finalité commune du mandat d'intérêt commun et rend impossible le maintien du lien contractuel...*” *Vid.* Cour de Cassation, Chambre commerciale, Audience publique du 15 octobre 2002, N° de pourvoi: 00-18.122, <https://www.legifrance.gouv.fr/affichJuriJudi.do?oldAction=rechJuriJudi&idTexte=JURITEXT000007447118&fastReqId=1008674828&fastPos=1> fecha de consulta: 24/03/2017.

³⁵² *Vid.* Capítulo V, 1. Unión Europea, A) Directiva 86/653-CEE, *et.* Sentencia Caso Barbara Bellone, *op. cit.*, párrafos 14 y 15. *Et.* Sentencia Caso Centrosteel, *op. cit.*, párrafos. 14 y 17.

2. LATINOAMÉRICA

A) Argentina

En Argentina la figura del Agente Comercial se regula en el Código Civil y Comercial de la Nación³⁵³, el cual entró en vigor el 1° de agosto de 2015³⁵⁴. El Código Civil y Comercial de la Nación, reemplazó al Código de Comercio de la República Argentina de 1862 y al Código Civil de 1869.

Previo a la promulgación del Código Civil y Comercial de la Nación, la figura de la Agencia no se encontraba regulada expresamente, estando regulada únicamente la figura del llamado “viajante” en la ley 14.456, de 1958³⁵⁵, sin embargo a pesar de ser una figura muy similar a la actividad del agente, ésta se basaba en una relación de dependencia (laboral) y fue separada tanto por la doctrina como por la jurisprudencia de la figura del agente comercial³⁵⁶.

Por su parte, el Código Civil y Comercial de la Nación regula el contrato de agencia en los artículos 1479 a 1501. Tal cual se advierte de los “Fundamentos del Anteproyecto del Código Civil y Comercial de la Nación”, la regulación del Contrato de Agencia Argentino, comparte los principales caracteres de la Directiva 86/653/CEE y de su implementación en las legislaciones española y francesa³⁵⁷.

El artículo 1479 define a la agencia como el contrato por el cual el agente se obliga a promover negocios por cuenta del preponente o empresario, de manera estable, continuada e independiente, mediante una retribución y sin que medie relación laboral alguna. Dicha obligación además establece que el agente es un intermediario independiente, que no asume el riesgo de las operaciones ni representa al preponente, lo anterior con sus debidas excepciones, tal cual se verá más adelante.

³⁵³ Vid. Código Civil y Comercial de la Nación.

³⁵⁴ Inicialmente se encontraba previsto que el código entraría en vigor el 1° de enero de 2016, sin embargo por la Ley n° 27.077 se determinó que entraría en vigor el 1° de agosto de 2015.

³⁵⁵ Gastaldi, José María, *El Contrato de Agencia Comercial. Su armonización legislativa en el Mercosur y la unión europea*, Argentina, Editorial de Belgrano, 1998, Pág. 59

³⁵⁶ *Ibidem*, p. 59.

³⁵⁷ Lorenzetti, Ricardo Luis, et. al., *FUNDAMENTOS DEL ANTEPROYECTO DE CÓDIGO CIVIL Y COMERCIAL DE LA NACIÓN*, Argentina, [s.e.], [s.a.]

http://www.lavoz.com.ar/files/FUNDAMENTOS_DEL_ANTEPROYECTO_DE_CODIGO_CIVIL_Y_COMERCIAL_DE_LA_NACION.pdf
f fecha de consulta: 05/05/2017.

De la definición antes analizada, parece ser que el agente únicamente estará facultado para promover negocios por cuenta del principal, sin embargo al analizar diversas disposiciones, ello no resulta claro.

El artículo 1485 establece que el agente no representa al empresario a los fines de la conclusión y ejecución de los contratos en los que actúa, con la sola excepción de la recepción de reclamaciones por defectos o vicios. Es decir, el agente únicamente representará al empresario para recibir reclamaciones. No obstante lo anterior, de manera incongruente, el artículo 1483 establece como obligación del agente el *“ocuparse con la diligencia de un buen hombre de negocios de la promoción y, en su caso, la conclusión de los actos u operaciones que le encomendaron”*, *“informar al empresario, sin retraso, de todos los negocios tratados o concluidos...”*, que el agente deberá recibir reclamaciones sobre defectos o vicios de calidad o cantidad por los bienes o servicios, *“...aunque él no las haya concluido [las operaciones]...”* y *“asentar en su contabilidad en forma independiente los actos u operaciones relativos a cada empresario por cuya cuenta actúe”*. Por su parte, el artículo 1486 al hablar de la remuneración del agente, establece que la comisión variará según el volumen o valor de los actos o contratos promovidos y, en su caso, concluidos por el agente.

Conforme a lo anterior, parece ser que si se permite al agente concluir los contratos, y por ende, representar al agente. Es decir, si el agente se encuentra facultado para concluir contratos, debe actuar en representación del empresario, ya que los contratos, en principio, se concluyen a nombre de principal. No resulta claro cuáles son los alcances de la facultad de concluir contratos, ya que el artículo 1485 es muy claro al establecer el agente no representa al empresario para la conclusión y ejecución de los contratos, pero las diversas disposiciones citadas más arriba parecen establecer lo contrario.

En caso de que se facultara al agente para concluir contratos sin representación del principal podría tener como consecuencia que el agente asuma el riesgo que conlleva la operación, cuando la ley es muy clara en cuanto a que el agente no asume el riesgo de las operaciones.

Conforme a lo anterior, creo que el legislador argentino erró al establecer que el agente no podrá representar al preponente y paralelamente permitirle la conclusión de contratos.

a) Características principales

De la definición del artículo 1479 se desprenden diversas características comunes a los contratos de agencia, como lo son la permanencia de la relación, a la cual se le define como “*relación estable, continuada...*”, la independencia del agente, la retribución al agente y la naturaleza estrictamente comercial de la relación.

Asimismo, de la definición del contrato de agencia antes citada se advierte que el agente es un intermediario independiente, que no tiene relación laboral alguna con el proponente.

En un principio el agente no asume el riesgo y ventura de las operaciones que realiza. Sin embargo, conforme al artículo 1482, éste se podrá garantizar la cobranza efectiva del contrato negociado, hasta por el importe de su comisión. Dicho supuesto en un principio resulta redundante, debido a que, tal cual se verá más adelante, conforme a los artículos 1487 y 1488, en un principio, el agente tendrá derecho a la comisión hasta el pago del precio al empresario.

Por su parte, el legislador argentino optó por limitar la cláusula de no competencia a una duración máxima de un año, siempre y cuando el contrato prevea la exclusividad del agente en el ramo de negocios del empresario y el pacto de no competencia se aplique a un territorio o grupo de personas que resulten razonables “habida cuenta de las circunstancias”³⁵⁸.

Si bien, considero que resulta bastante razonable que se limite a un año la cláusula de no competencia, me parece que resulta innecesariamente compleja la regulación de dicha cláusula y se puede prestar a interpretaciones inadecuadas. Se optó por establecer que dicha cláusula será válida siempre y cuando se aplique a un territorio o grupo de personas que resulte razonable según las circunstancias, es decir, la validez de dicha cláusula innecesariamente se sujeta a un criterio de razonabilidad. Más adecuado y sencillo hubiera sido el establecer que la cláusula de no competencia se debe limitar al sector geográfico y/o grupo de personas sobre los cuales el agente cuenta con exclusividad, tal cual lo hace la Directiva 86/653/CEE.

³⁵⁸ Código Civil y Comercial de la Nación, art. 1499.

Cabe resaltar que el contrato deberá instrumentarse por escrito³⁵⁹, y que las normas regulan a la agencia no son aplicables a los agentes de bolsa o de mercados de valores, de futuros y opciones o derivados; a los productores o agentes de seguros; a los agentes financieros, o cambiarios, al os agentes marítimos o aeronáuticos y cualquier otro que se sus operaciones se rijan conforme a leyes especiales³⁶⁰.

Por último, conforme al artículo 962³⁶¹ del Código Civil y Comercial de la Nación, en principio se advierte que ninguno de los derechos y obligaciones relativos al contrato de agencia es irrenunciable, ya que en ninguna de las disposiciones del citado capítulo de la agencia se establece que es de carácter “indisponible”. Lo anterior hace que sea difícil dilucidar que disposiciones, por su contenido o contexto, se entienden como indisponibles, lo cual se considera un error, ya que debido a la naturaleza del contrato, se debió establecer el carácter indisponible de ciertas disposiciones, particularmente en lo que respecta a la indemnización al agente. Al respecto los tribunales tendrán que ir estableciendo que disposiciones, por su se deben entender como irrenunciables o indisponibles.

b) Derechos y Obligaciones del agente

El artículo 1843 del Código Civil y Comercial de la Nación establece un listado de obligaciones del agente. Las obligaciones del agente consisten en velar por intereses del empresario actuando de buena fe y con diligencia de un buen hombre de negocios en su cometido, cumplir con su cometido conforme a instrucciones y transmitir toda la información relativa a su gestión, informar al empresario de todos los negocios tratados o concluidos, en particular respecto a la solvencia de los terceros, recibir reclamaciones en nombre del empresario como consecuencia de las operaciones promovidas y transmitir las de inmediato y asentar en contabilidad de manera independiente los actos u operaciones relativos a cada empresario por cuya cuenta actúe.

³⁵⁹ *Ibidem*, art. 1479.

³⁶⁰ *Ibidem*, art. 1501.

³⁶¹ *Ibidem*,

Artículo 962: Carácter de las normas legales. Las normas legales relativas a los contratos son supletorias de la voluntad de las partes, a menos que de su modo de expresión, de su contenido, o de su contexto, resulte su carácter indisponible.

Como ya se comentó anteriormente, de las obligaciones del agente pareciera desprenderse, en contradicción a lo dispuesto por el artículo 1485, que el agente sí estará facultado para representar al agente. Por otro lado, destacan las obligaciones del agente de informar al empresario sobre la insolvencia de los terceros, y de recibir reclamaciones de terceros sobre defectos o vicios de calidad o cantidad.

Por otro lado, el artículo 1480 del Código Civil y Comercial de la Nación prevé que en principio, “...*El agente tiene derecho a la exclusividad en el ramo de los negocios, en el la zona geográfica, o respecto del grupo de personas, expresamente determinados en el contrato*”. Dicho derecho me parece excesivo, ya que limita mucho las posibilidades de desarrollo del preponente, particularmente al prever que el agente tiene derecho a la exclusividad en el ramo de los negocios. Al respecto, los preponentes deben ser cautelosos en limitar adecuadamente en el contrato la zona geográfica o grupo de personas sobre los cuales tendrá exclusividad el agente, claro, teniendo en cuenta que si no se otorga exclusividad al agente respecto del ramo de negocios, no se podrá pactar una cláusula de no competencia.

En oposición, el artículo 1481 prevé que el agente podrá tener relación con varios empresarios, con la limitación de que no sean del mismo ramo de negocios o que sean competencia, salvo autorización expresa. Por otro lado, el agente, salvo consentimiento expreso del empresario, podrá contratar o instituir sub agentes.

En caso de que el agente contrate subagentes³⁶², sus relaciones se regirán conforme al capítulo de agencia, y el agente deberá responder solidariamente por su actuación, sin que el subagente tenga vínculo directo con el empresario.

La remuneración se regula en el artículo 1486. De conformidad con el citado artículo, y salvo pacto en contrario, la remuneración será una comisión variable según el volumen o el valor de los actos o contratos promovidos y, en su caso, concluidos por el agente, conforme con los usos y prácticas del lugar de actuación del agente.

El agente tendrá derecho a la comisión por las operaciones concluidas con su intervención: a) durante la vigencia del contrato y siempre que el precio sea cobrado por el empresario; b) Si es con un tercero que sea cliente del agente sobre el mismo negocio, siempre

³⁶² *Ibidem*, art. 1500.

y cuando no exista un nuevo agente con derecho al pago, y; c) Si es respecto de la zona o grupo respecto del cual se había pactado exclusividad, aunque el agente no lo promueva, excepto pacto en contrario. El que se permita pactar en contrario respecto a una zona o grupo sobre la que se haya pactado exclusividad, y por lo tanto se permita que otro agente obtenga una comisión sobre dicha zona o grupo, hace que pierda sentido dicho pacto, ya que atenta contra su finalidad.

Una vez terminada la relación contractual, el agente tendrá derecho a la comisión por operaciones concluidas con posterioridad a terminación del contrato. Considero que dicho supuesto debería ser más específico en cuanto a la intervención necesaria del agente.

El artículo 1488 de manera errónea establece dos momentos en que surge el derecho a la comisión, esto es al momento de la conclusión del contrato con el tercero y del pago del precio al empresario. Sin embargo, al analizar dicho artículo en conjunto con el artículo 1487 antes citado, en términos prácticos, se advierte que el derecho a la comisión surgirá cuando el tercero haya pagado el precio al empresario. El pago de la comisión deberá ser realizado dentro de los veinte días hábiles contados a partir del pago total o parcial al empresario³⁶³.

Por otro lado, el segundo párrafo del artículo 1488 establece que cuando la actuación del agente se limite a la promoción del contrato, la orden se presumirá aceptada, excepto en caso de rechazo o reserva por parte del empresario en el término de 15 días. Asimismo, el artículo 1489 establece que es válida la cláusula que subordina la remuneración a la ejecución del contrato, si se pacta expresamente. Sin embargo, dichas obligaciones impuestas al empresario también resultan ociosas, ya que la comisión no se devengará hasta que pague el tercero, y no se establece sanción alguna a la falta de comunicación de rechazo por parte del empresario.

c) Derechos y Obligaciones del empresario

En cuanto a las obligaciones del empresario, el artículo 1484 establece un listado de diversas obligaciones frente al agente. Las obligaciones del empresario consisten en: a) Actuar de buena fe y hacer todo aquello que, según circunstancias del caso, permita al agente el ejercicio normal de su actividad; b) Poner a disposición del agente cualquier producto o

³⁶³ *Ibidem*, art. 1488.

elemento necesario para el desarrollo de su actividad; c) Pagar la remuneración pactada, tal cual se expuso en el apartado anterior, y; d) Comunicar al agente aceptación, rechazo, la falta de ejecución o ejecución parcial de propuestas, 15 días de la recepción.

Como ya vimos anteriormente, el cumplimiento o no de la obligación de comunicar al agente la aceptación o rechazo de las propuestas no tiene ninguna consecuencia, ya que la comisión se devengará hasta el pago al empresario. Por otra parte, a pesar de la falta de ejecución parcial de las propuestas, en virtud de que no existe disposición que regule dicho supuesto, el agente se encuentra obligado al pago del total de la comisión.

Por otro lado, el agente no tendrá derecho al reembolso de los gastos, salvo pacto en contrario³⁶⁴.

d) Duración y Terminación

El contrato será por tiempo indeterminado, salvo pacto en contrario. Si el contrato es por tiempo determinado y se sigue ejecutando, éste se volverá un contrato por tiempo indeterminado³⁶⁵.

Para poner fin a un contrato por tiempo indeterminado, la parte que quiera terminarlo deberá realizarlo a través de un preaviso, el cual será de 1 mes por cada año de vigencia, pudiendo las partes prever plazos mayores. En los contratos que se hayan transformado a tiempo indeterminado, necesariamente se debe incluir el plazo por tiempo determinado³⁶⁶.

De lo anterior destaca que el preaviso no se encuentre topado a cierto número de años, tal cual lo realizan la mayoría de legislaciones.

Por su parte, conforme al artículo 1493, la omisión de dar preaviso otorga a las partes derecho a indemnización por las ganancias dejadas de percibir en el periodo.

Por otro lado, el contrato se podrá rescindir sin necesidad de preaviso por diversas causas.

³⁶⁴ *Ibidem*, art. 1490.

³⁶⁵ *Ibidem*, art. 1491.

³⁶⁶ *Ibidem*, art. 1492.

Las causales para rescindir el contrato sin preaviso se establece en el artículo 1494 y son: a) muerte o incapacidad del agente; b) disolución de la persona jurídica que celebra el contrato, siempre que no derive de fusión o escisión; c) quiebra firme de cualquiera de las partes; d) vencimiento del plazo; e) incumplimiento grave o reiterado de las obligaciones de una de las partes, de forma de poner razonablemente en duda la posibilidad o la intención del incumplidor de atender con exactitud las obligaciones sucesivas; f) disminución significativa del volumen de negocios del agente, y; g) Si la fusión o escisión de la persona jurídica causa un detrimento sustancial en la posición del agente³⁶⁷.

En los casos a) a d) la resolución del contrato opera de pleno derecho, lo que es lógico ya que no requiere declaración judicial la terminación del contrato por muerte, disolución, quiebra y vencimiento del plazo. En los primeros tres casos se justifica porque el contrato es *intuitu personae* y el cuarto debido a que las partes previamente convinieron dicho plazo³⁶⁸.

Asimismo, la ley argentina prevé que en el supuesto de incumplimiento grave o reiterado a que se refiere el inciso e), el contrato se resuelve de manera directa de cualquiera de las partes.

En el supuesto del inciso f) se deberá otorgar preaviso, excepto si disminuye volumen de ventas por 2 ejercicios consecutivos en cuyo caso el aviso no excederá de 2 meses.

Por último, si la fusión o escisión de la persona jurídica causa un detrimento sustancial en la posición del agente, el contrato se rescinde y necesariamente se deberá indemnizar al agente conforme a las indemnizaciones correspondientes a la omisión de preaviso y compensación por clientela³⁶⁹.

e) Compensación por clientela

Además de la indemnización por falta de preaviso, el Código Civil y Comercial de la Nación en su artículo 1497 regula una “compensación por clientela” cuando el agente haya incrementado significativamente el giro de las operaciones del empresario y lo anterior puede

³⁶⁷ *Ibidem*, art. 1496.

³⁶⁸ *Ibidem*, art. 1495.

³⁶⁹ *Ibidem*, art. 1496.

continuar produciéndole ventajas al empresario, ya sea por tiempo determinado o indeterminado.

A falta de acuerdo la compensación se fijará judicialmente y no podrá exceder del importe equivalente a un año de remuneraciones, neto de gastos, promediándose las percibidas por los últimos 5 años, o si es menor, del periodo total. Dicha compensación no impide al agente, en su caso, reclamar daños derivados de la ruptura por culpa del empresario.

No resulta claro que se refiere dicho artículo al establecer “neto de gastos”, ya que la ley no define dicho concepto, y en principio, el agente no tendrá derecho al reembolso de los gastos.

Por último, el agente no tendrá derecho a compensación si la terminación es por incumplimiento del agente o el agente pone fin al contrato, a menos que sea por causa justificada (incumplimiento del empresario, edad, invalidez, enfermedad que no permitan exigir razonablemente la continuación)³⁷⁰.

Al respecto resulta importante distinguir en qué casos se considerará que el agente incumplió, si únicamente en los casos del inciso “e” del artículo 1494, o también en otros casos como lo podría ser por ejemplo, cuando el agente disminuya su volumen de negocios.

Como se puede advertir, el método de indemnización o compensación al agente adoptado por Argentina es muy similar al sistema de indemnización por clientela de la Directiva 86/653/CEE.

B) Otros países de Latinoamérica

Las legislaciones latinoamericanas se encuentran completamente divididas respecto al contrato de la agencia. La mayoría de los códigos de comercio de finales del siglo antepasado no regulan a la agencia, mientras que los Códigos y leyes más modernas si la prevén. Algunas legislaciones la regulan de manera deficiente y otros de una manera más amplia.

³⁷⁰ *Ibidem*, art. 1498.

Entre los códigos que no regulan la figura de la agencia se encuentran el Código de Comercio de la República de Chile (1865), el Código de Comercio de la República Oriental del Uruguay (1865), el Código de Comercio de la República de Nicaragua (1869), el Código de Comercio de la República del Perú (1902) y el Código de Comercio de la República del Ecuador (1960). Por su parte, el Código de Comercio de la República Bolivariana de Venezuela (1955) establece una sección denominada “De Los Agentes y Mediadores de Comercio y Sus Obligaciones Respectivas”, sin embargo únicamente regula las figuras de los “corredores y/o mediadores”.

Por el otro lado, la figura del agente comercial sí se encuentra regulada en diversos Códigos de Comercio. El Código de Comercio de la República de Honduras (1940)³⁷¹, el Código de Comercio de la República de Guatemala (1970)³⁷², el Código de Comercio de la República de El Salvador (1970)³⁷³, el Código de Comercio de la República de Colombia (1971)³⁷⁴ y el Código de Comercio del Estado Plurinacional de Bolivia (1977)³⁷⁵, sí regulan la figura del agente. Por su parte, la República Federativa de Brasil regula la figura del “Representante Comercial” (idéntica al agente comercial), en la Ley 4886 (1965) y sus reformas a través de las Leyes 8420 (1992) y 12,246 (2010), al respecto menciona Gastaldi que “*El marco jurídico de dichas leyes (la de 1965 y 1992) es el que más se asemeja al funcionamiento de la agencia comercial en los países de la Unión Europea*”³⁷⁶. Ello antes de la publicación del Código Civil y Comercial de la Nación argentino.

a) Definición

Las definiciones del contrato de agencia o de agente que dan las legislaciones latinoamericanas son muy similares y reúnen las características principales y concurrentes de la agencia, que ya hemos analizado a lo largo del presente trabajo. De las diversas definiciones

³⁷¹ Artículos 372 a 379.

³⁷² Artículos 280-291. Dichos artículos regulan las figuras de los agentes de comercio, distribuidores y representantes.

³⁷³ Artículos 392-410. A dicha sección se le denomina de los “Agentes Representantes o Distribuidores” y en ella se regula la agencia en conjunto con la distribución y los contratos de “corresponsalia y servicios”.

³⁷⁴ Artículos 1317-1331. Dichos artículos regulan la figura del “Agente Comercial”

³⁷⁵ Artículos 1248-1259

³⁷⁶ GASTALDI, José María, “El Contrato de Agencia Comercial. *Su armonización legislativa en el Mercosur y la unión europea*”, Editorial de Belgrano, Argentina, 1998, p. 52

de los citados códigos, me parece que la más acertada por su sencillez y comprensión es la definición que establece el Código de Comercio de Honduras.

El artículo 372 del Código de Comercio de Honduras establece que “*Son agentes de comercio, aquellas personas que por su cuenta y riesgo actúan de un modo permanente en relación con uno o varios comerciantes, preparando la realización de contratos o concluyéndolos en nombre de los mismos.*”

Por su parte, el artículo 1248 del Código de Comercio de Bolivia establece que “*Por el contrato de agencia o representación de negocios, un comerciante asume, en forma independiente y estable, el encargo de promover o explotar negocios en determinado ramo y dentro de una zona prefijada del país, como intermediario de otro empresario nacional o extranjero, con libertad para dedicarse a cualquier otra actividad comercial.*”

En Colombia, el artículo 1317 del Código de Comercio establece que “*Por medio del contrato de agencia, un comerciante asume en forma independiente y de manera estable el encargo de promover o explotar negocios en un determinado ramo y dentro de una zona prefijada en el territorio nacional, como representante o agente de un empresario nacional o extranjero o como fabricante o distribuidor de uno o varios productos del mismo.*”.

De dicho artículo no se advierte si el contrato puede incluir la conclusión de contratos o únicamente la promoción de los mismos, sin embargo, de una lectura integral de la regulación del contrato se puede asumir que el agente también se encuentra facultado para también la conclusión de contratos.

El artículo 392 del Código de Comercio de El Salvador define a las figuras de los “agentes representantes o distribuidores” como “*la persona natural o jurídica que, en forma continua, con o sin representación legal y mediante contrato, ha sido designada por un principal para la agencia-representación o distribución de determinados productos o servicios en el país.*”. Dicha definición me parece adecuada, sin embargo únicamente debe ser aplicable para los agentes y no para los distribuidores, debido a las particularidades de dicho contrato.

En Brasil, la ley 4,886 de Brasil, denomina al agente “representante comercial”, y establece en su artículo 1º que éste “*Ejerce la representación comercial independiente, la*

*persona física o jurídica, sin relación de trabajo, que desempeña con carácter no eventual por cuenta de una o más personas, la mediación para la realización de negocios mercantiles, agenciando propuestas o pedidos, para transmitirlos a los representados, practicando o no actos relacionados con la ejecución de los negocios.*³⁷⁷. Dicha definición no me parece adecuada en cuanto a que se refiere a la *mediación* de negocios mercantiles, cuando evidentemente el agente no es un mero mediador.

Por último, el Código de Comercio de Guatemala en su artículo 280 establece las definiciones tanto de los agentes dependientes (empleados) como de los agentes independientes, a quienes define como “...*las personas que actúen de modo permanente, en relación con uno o varios principales, promoviendo contratos mercantiles o celebrándolos en nombre y por cuenta de aquéllos. Los agentes de comercio pueden ser: 1) Dependientes, si actúan por orden y cuenta del principal, forman parte de su empresa y están ligados a éste por una relación de carácter laboral; 2) Independientes, si actúan por medio de su propia empresa y están ligados con el principal por un contrato mercantil, contrato de agencia. Los agentes de comercio independientes, también podrán celebrar contratos mercantiles por cuenta propia, para vender, distribuir, promocionar o colocar bienes o servicios en el territorio nacional, cuando así lo haya convenido con el principal.*”. El mismo artículo además regula a los distribuidores.

De las definiciones antes analizadas se advierte que no existe consenso en Latinoamérica respecto a la definición del contrato de agencia, y algunos códigos la confunden o mezclan de manera indebida con otras figuras. Por ejemplo, el Código de Comercio de El Salvador mezcla dicha figura con la distribución y las legislaciones de Bolivia y Brasil lo equiparan con un intermediario.

No obstante lo anterior, sí existe cierta uniformidad y consenso respecto a los aspectos o características principales de dicha figura. Por ejemplo, todas las legislaciones estudiadas asumen la característica de independencia y de estabilidad o larga duración de la relación para la promoción y en ciertos casos conclusión de negocios/contratos/productos o servicios. Por su

³⁷⁷Art . 1º Exerce a representação comercial autônoma a pessoa jurídica ou a pessoa física, sem relação de emprêgo, que desempenha, em caráter não eventual por conta de uma ou mais pessoas, a mediação para a realização de negócios mercantis, agenciando propostas ou pedidos, para, transmiti-los aos representados, praticando ou não atos relacionados com a execução dos negócios.

parte, ciertas de las legislaciones antes analizadas, prevén en la definición de agencia o agente la posibilidad de exclusividad respecto del ramo o zona.

b) Características relevantes

Tal cual se mencionó, el contrato de agencia comparte ciertas características comunes en las que existe prácticamente unanimidad al respecto. Conforme a lo anterior, en el presente apartado no entraremos al estudio de cada una de ellas, sino a las particularidades de cada una de las legislaciones latinoamericanas, y lo que las diferencia de otras legislaciones en el mundo, ya sea de manera positiva o negativa.

Al igual que ciertas legislaciones de la Unión Europea, algunos de los países latinoamericanos establecen como obligación del agente el registrarse para poder ejercer su actividad (al respecto cabe recordar que en la Unión Europea se ha limitado en gran medida dicha figura³⁷⁸). Tal es el caso de Colombia³⁷⁹, Bolivia³⁸⁰ y Brasil³⁸¹. Los dos primeros establecen la obligación de los agentes de inscribirse en un registro mercantil. Por su parte, Brasil establece la obligación de los llamados “representantes comerciales” de inscribirse en los “Consejos Regionales”, mismos que se encuentran ampliamente regulados en la Ley 4,886.

Respecto a la independencia del agente, el Código de Comercio de Honduras establece que el agente “*desarrollará sus actividades del modo que estime conveniente*”³⁸². Por otro lado, respecto a la comunicación con el principal sobre las propuestas y contratos celebrados, resulta interesante la regulación de dicho código, el cual establece que se deberá de utilizar “*el medio más rápido de comunicación que resulte conveniente según los usos y la importancia y urgencia del negocio*”³⁸³.

En cuanto a los gastos del agente, la mayoría de las legislaciones son mudas al respecto. Al respecto, los Códigos de Comercio de Guatemala³⁸⁴ y El Salvador³⁸⁵ prevén como parte de los daños o indemnización a pagar al agente, los gastos efectuados por éste y el valor de las

³⁷⁸ Vid. Capítulo V. Regulación de la Agencia en el Mundo, 1. Unión Europea, B) Italia, pp. 80 y 81.

³⁷⁹ Código de Comercio de la República de Colombia, art. 1320.

³⁸⁰ Código de Comercio del Estado Plurinacional de Bolivia, art. 1250.

³⁸¹ Ley 4886 y sus reformas a través de las leyes 8420 y 12,246, art. 2.

³⁸² Código de Comercio de la República de Honduras, art. 373.

³⁸³ *Ibidem*, art. 378.

³⁸⁴ Código de Comercio de la República de Guatemala, art. 291, b, 1 y 2.

³⁸⁵ Código de Comercio de la República de El Salvador, art. 397.

inversiones con algunos casos de excepción cuando el principal termine la relación sin causa justificada. De manera interesante la legislación colombiana prevé que a pesar de que los gastos del agente no sean reembolsables, éstos podrán ser deducidos como gastos generales cuando la remuneración del agente sea en base a un porcentaje de las utilidades³⁸⁶.

Por su parte, la única legislación que prohíbe expresamente las cláusulas de *star del credere* es la brasileña,³⁸⁷ mientras que el resto de las legislaciones son mudas al respecto. Asimismo, de manera interesante, la legislación brasileña prevé que se considerará como contrato de tiempo indeterminado, a todo contrato que sobrevenga a otro contrato por más de seis meses, sin importar si este último es un contrato por tiempo determinado o indeterminado³⁸⁸. De todas las legislaciones analizadas, la legislación brasileña es la única que limita la posibilidad de que los contratos sean por tiempo indeterminado *ad perpetuam*, sin embargo, ésta no limita la duración del primer contrato.

Otro derecho que resulta interesante es el derecho de retención para cualquiera de las partes. La legislación boliviana establece el derecho de “retención y privilegio” en favor del agente sobre la cantidad que le adeude el principal.³⁸⁹ De manera contraria, la legislación brasileña establece que el principal estará facultado para retener las comisiones del agente cuando exista causa justificada de rescisión, ello con la finalidad de resarcirle por los daños que se le causen³⁹⁰. Por último, en caso de concurso mercantil o insolvencia del principal, conforme a la legislación brasileña, el agente tendrá una prelación igual a la de los trabajadores³⁹¹.

En cuanto a la aplicación obligatoria de sus normas relativas a la agencia, tanto el legislador colombiano³⁹² como el boliviano³⁹³ optaron por establecer disposiciones de aplicación obligatoria del Código de Comercio cuando la agencia se ejecute en territorio nacional. Dichas disposiciones se pueden entender como “leyes de policía” ya que en todos los

³⁸⁶ Código de Comercio de la República de Colombia, art. 1323.

³⁸⁷ Ley 4886 y sus reformas a través de las leyes 8420 y 12,246, art. 43.

³⁸⁸ *Ibidem*, art. 27, j, 3.

³⁸⁹ Código de Comercio del Estado Plurinacional de Bolivia, art. 1250.

³⁹⁰ Ley 4886 y sus reformas a través de las leyes 8420 y 12,246, art. 38.

³⁹¹ *Ibidem*, art. 44.

³⁹² Código de Comercio de la República de Colombia, art. 1328.

³⁹³ Código de Comercio del Estado Plurinacional de Bolivia, art. 1251.

casos, cuando la agencia se ejecute en dicho territorio, llevan a la aplicación de las normas que establece cada uno de los respectivos códigos de comercio.

En el caso mexicano, conforme al artículo 15 del CCF se podría entender que respecto de las normas que sean consideradas de orden público (como pudiera ser el caso de la indemnización al agente), se debe aplicar necesariamente derecho mexicano.

Una de las disposiciones más criticables de las legislaciones estudiadas es la restricción a extranjeros que establece el Código de Comercio de El Salvador. Dicha legislación establece que si un principal extranjero fue condenado por sentencia ejecutoriada en favor del agente, éste no podrá seguir importando productos o marcas u ofreciendo servicios hasta no dar cumplimiento a la sentencia, es decir, cuando le pague al agente.³⁹⁴ Lo anterior resulta totalmente discriminatorio y reprobable, ya que no existe justificación para otorgar un trato desigual a los extranjeros frente a los nacionales. Además lo anterior puede desincentivar la inversión extranjera y utilizarse como un medio de presión o abuso en contra de los principales extranjeros.

Por último, el Código de Comercio de Bolivia establece que serán aplicables de manera supletoria a la agencia las disposiciones del mandato³⁹⁵ (equivalente a la comisión del Código de Comercio mexicano)³⁹⁶. El equivalente colombiano establece que serán supletorias las figuras del mandato y comisión³⁹⁷, la primera equivalente a la comisión del Código de Comercio mexicano³⁹⁸ y la segunda una figura con características *sui generis*³⁹⁹.

c) Terminación

Al igual que en el caso de la Unión Europea, las legislaciones de Guatemala, Honduras, Brasil y El Salvador prevén la terminación por medio de preaviso. Por su parte, las legislaciones de Colombia y Bolivia no prevén dicha característica.

³⁹⁴ Código de Comercio de la República de El Salvador, art. 399-b.

³⁹⁵ Código de Comercio del Estado Plurinacional de Bolivia, art. 1258.

³⁹⁶ *Ibidem*, art. 1237.- (CONCEPTO). Por el mandato comercial una de las partes se obliga a celebrar o ejecutar uno o más actos de comercio por cuenta de otra.

³⁹⁷ Código de Comercio de la República de Colombia, art. 1330.

³⁹⁸ *Ibidem*, art. 1262. DEFINICIÓN DE MANDATO COMERCIAL. El mandato comercial es un contrato por el cual una parte se obliga a celebrar o ejecutar uno o más actos de comercio por cuenta de otra.

³⁹⁹ *Ibidem*, art. 1287. COMISIÓN. La comisión es una especie de mandato por el cual se encomienda a una persona que se dedica profesionalmente a ello, la ejecución de uno o varios negocios, en nombre propio, pero por cuenta ajena.

En el caso de Honduras, cuando la agencia sea por tiempo indeterminado se deberá denunciar con tres meses de anticipación⁴⁰⁰. Curiosamente, el Código de Comercio no establece ningún caso en que las partes no deban otorgar preaviso, no establece las causales de terminación de la relación ni cuál será la regulación supletoria. Lamentablemente, a pesar de su acertada definición de los agentes, el Código de Comercio de Honduras regula de manera deficiente dicha figura, ya que la trata en muy pocos artículos y hay varias cuestiones que no son analizadas.

La regulación guatemalteca también resulta deficiente al respecto en virtud de que ésta establece al agente la obligación de otorgar un preaviso de 3 meses, con la obligación de rendir cuentas, mientras que no establece obligación alguna para el principal⁴⁰¹.

Por su parte, Brasil establece un preaviso de mínimo 30 días⁴⁰² y El Salvador un preaviso de 3 meses⁴⁰³, los cuales son aplicables para ambas partes. El caso de Brasil resulta particularmente interesante, ya que además de la indemnización por clientela, se establece la obligación de pagar 1/3 de las comisiones obtenidas por el agente en los últimos tres meses, a cualquiera de las partes que termine la relación sin otorgar el preaviso, salvo que exista causa justificada.⁴⁰⁴

Como ya se mencionó, cuando existe causa justificada, la relación se podrá terminar sin necesidad de otorgar el preaviso. De cada legislación destacan ciertas causales de terminación del contrato, mismas que se analizan a continuación.

En el caso de Colombia, la regulación remite a las causas de terminación del mandato⁴⁰⁵ y además establece ciertas “causas justas” de terminación de la agencia⁴⁰⁶. De estas últimas resulta interesante la causal de terminación consistente en cualquier acción u omisión del agente o del empresario “que afecte gravemente los intereses” de la otra parte. Por su parte, injustificadamente se establecen diferentes estándares para terminar el contrato por incumplimiento. Por una parte se establece como causal de terminación por parte del

⁴⁰⁰ Código de Comercio de la República de Honduras, art. 379.

⁴⁰¹ Código de Comercio de la República de Guatemala, art. 290.

⁴⁰² Ley 4886 y sus reformas a través de las leyes 8420 y 12,246, art. 34.

⁴⁰³ Código de Comercio de la República de El Salvador, art. 397.

⁴⁰⁴ Ley 4886 y sus reformas a través de las leyes 8420 y 12,246, art. 34.

⁴⁰⁵ Código de Comercio de la República de Colombia, art. 1324.

⁴⁰⁶ *Ibidem*, art. 1325.

empresario el “incumplimiento grave” del agente, mientras que el agente podrá terminar el contrato por cualquier incumplimiento al contrato o a la ley por parte del empresario.

En Bolivia destacan las causas de terminación consistentes en “*cualquier acto u omisión que afecte gravemente los intereses del otro contratante*”⁴⁰⁷ y “*La disminución ostensible del volumen de negocios encomendados al agente de acuerdo a lo previsto en el contrato*”⁴⁰⁸, sin que se establezca una definición ni un parámetro para determinar que se considera una disminución ostensible o manifiesta.

De manera similar en El Salvador se establece como causa justificada de terminación la *disminución continuada de ventas imputables al agente*⁴⁰⁹, sin embargo, al igual que en Bolivia, no se establece un parámetro para determinar lo que constituye una disminución continuada de ventas. Asimismo, destacan las causales justificadas de terminación consistentes en: Fraude, Ineptitud o negligencia grave, así como la facultad del agente de terminar el contrato cuando el principal modifique unilateralmente el contrato y con ello se lesionen los derechos o intereses del agente.⁴¹⁰

Por último, en Brasil resultan interesantes dos causales de terminación. Al agente se le otorga la facultad de rescindir el contrato cuando el principal abusivamente eleve los precios en su zona o grupo asignado, con la finalidad exclusiva de imposibilitar su trabajo de manera regular⁴¹¹. Por su parte, respecto al principal, se le permite rescindir el contrato cuando el agente realice actos que signifiquen el descrédito o afectación de su reputación⁴¹².

d) Indemnización al agente

Finalmente analizaremos la indemnización al agente, en donde se advierte particularmente la falta de uniformidad de las legislaciones latinoamericanas.

⁴⁰⁷ Código de Comercio del Estado Plurinacional de Bolivia, art. 1255,2.

⁴⁰⁸ *Ibidem*, art. 1255,3.

⁴⁰⁹ Código de Comercio de la República de El Salvador, art. 398, d.

⁴¹⁰ *Ibidem*, art. 398.

⁴¹¹ Ley 4886 y sus reformas a través de las leyes 8420 y 12,246, art. 36, c.

⁴¹² *Ibidem*, art. 35, b.

Ni las legislaciones boliviana ni hondureña prevén la indemnización al agente. Resulta particularmente interesante el caso de Honduras, ya tampoco prevé causales específicas de terminación de la relación contractual, tal cual se mencionó en el apartado anterior.

Por otro lado, Guatemala, Colombia y Brasil y El Salvador si regulan la indemnización al agente, cada uno de diferente manera.

El Código de Comercio Guatemalteco establece un tipo de indemnización basado en los daños y perjuicios causados, apoyado de ciertos criterios específicos para su cuantificación. El artículo 290 del Código de Comercio establece que en caso de que el principal termine la relación sin causa justificada (“causa justa”), o quien por causa justificada genere la rescisión o terminación del contrato, será responsable de los daños y perjuicios causados. En caso de no haber acuerdo, éstos serán determinados judicialmente, en la vía sumaria, sometiéndolo a dictamen de expertos, o en arbitraje comercial.

Por su parte, el artículo 291 establece que la sentencia o laudo que condene a la indemnización, podrá contemplar: a) la existencia o inexistencia de perjuicios y en caso de declararse su existencia, la cuantía de los mismos que en equidad corresponden, según la naturaleza y circunstancias del negocio, y b) la existencia o no de daños, la cual se cuantificará conforme a los gastos de promoción, inversiones irrecuperables que ocasionó el contrato y pago de mercancías existentes que ya no puedan venderse.

Cabe destacar que conforme al artículo 290 no únicamente se prevé que se pague la indemnización el favor del agente, sino que podrá ser en favor de ambas partes.

Por su parte, el artículo 1325 del Código de Comercio de Colombia prevé dos tipos de indemnizaciones.

En primer lugar se encuentra la indemnización basada en el promedio de comisiones generadas. El citado artículo prevé que a la terminación del contrato “...*el agente tendrá derecho a que el empresario le pague una suma equivalente a la doceava parte del promedio de la comisión, regalía o utilidad recibida en los tres últimos años, por cada uno de vigencia del contrato, o al promedio de todo lo recibido, si el tiempo del contrato fuere menor.*”. Según parece desprenderse del Código de Comercio, dicha indemnización se deberá en todos los casos.

Además de la indemnización anterior, cuando el empresario dé por terminado el contrato unilateralmente y “sin justa causa comprobada”, o el agente lo termine por “justa causa imputable al empresario”, éste último deberá pagar al agente una indemnización equitativa, “... como retribución a sus esfuerzos para acreditar la marca, la línea de productos o los servicios objeto del contrato.”. Para fijar la indemnización se debe tener en cuenta la extensión, la importancia y el volumen de los negocios que el agente “adelantó” en desarrollo del contrato.

De lo anterior se desprende que el agente puede tener derecho a dos indemnizaciones: una en base al promedio de comisiones generadas, la cual no tiene un límite máximo y se deberá en todos los casos. Y otra indemnización como retribución a sus esfuerzos, la cual se deberá cuando la terminación sea imputable al empresario, y se calculará según ciertos criterios objetivos.

Por último, caber resaltar que el Código de Comercio de Colombia no establece el derecho a las indemnizaciones antes analizadas en caso de muerte o incapacidad del agente.

Colombia optó por un sistema relativamente mixto entre la indemnización y reparación del perjuicio, pues por un lado establece una indemnización o compensación basada en el promedio de ganancias (similar al sistema de indemnización) y por otro lado establece una indemnización por equidad (similar al sistema de reparación del perjuicio), que además se basa en ciertos criterios objetivos para su cálculo. Considero que dichas indemnizaciones en conjunto se pueden tornar excesivas, particularmente porque ninguna tiene un límite máximo y no se encuentra justificado el separarlas, al tener la misma causa u origen.

El artículo 397 del Código de Comercio de El Salvador también establece un sistema mixto. Conforme a dicha legislación, una vez terminada la relación se debe pagar el perjuicio causado al agente, el cual se calculará conforme a ciertos criterios objetivos.

En caso de que el principal termine la relación sin que exista causa justificada o si el agente termine la relación en virtud de que el principal modificó unilateralmente el contrato y con ello se lesionen los derechos o intereses del agente, este último “...tendrá derecho a que se le indemnice por los perjuicios que se le irroguen”.

Para determinar el perjuicio causado al agente, la regulación de El Salvador establece diversos criterios a los cuales “se extiende” la indemnización. Dichos criterios son: (1) Gastos irrecuperables, (2) Valor de las inversiones en la medida en que únicamente sean aprovechables para la agencia, (3) Valor de la mercancía en caso de que ya no pueda ser vendida (en caso de que se trate de un contrato de distribución), (4) la utilidad bruta obtenida por el agente durante los tres últimos años, y (5) el valor de los créditos concedidos a terceros, para pagar las mercancías (también, generalmente aplicable únicamente al contrato de distribución).

Por último, en el caso de Brasil, además de la indemnización por falta de preaviso ya analizada, el artículo 27, j de la ley 4886 y sus reformas, prevé una indemnización por clientela para el agente cuando el principal rescinda el contrato sin causa justa. Dicha indemnización no podrá ser menor a 1/12 de las remuneraciones totales del agente durante el tiempo en que duró el contrato. Para el caso de los contratos de tiempo determinado, la indemnización se basará en la media mensual de la retribución del agente, hasta la fecha de terminación, multiplicada por la mitad de los meses del plazo total contractual. De manera similar al caso de Colombia, la indemnización brasileña puede resultar sumamente excesiva, por lo que éste no resulta un buen método de cálculo.

Una vez que ha sido analizada la regulación de cada uno de éstos países, se advierte que no existe uniformidad en Latinoamérica respecto a la figura del agente, y resulta necesaria una reforma a cada uno de sus códigos. Como vimos, las legislaciones colombiana y salvadoreña establecen sistemas mixtos, cada uno con sus propias características, en las cuales muchas veces se puede otorgar una doble indemnización por la misma conducta. Por su parte, la legislación guatemalteca establece un sistema de daños y perjuicios basado en ciertos criterios muy específicos que hace complicada y poco clara la indemnización. Por último, en los casos de Brasil y Colombia las indemnizaciones son descomunales, tergiversando el sentido y finalidad del contrato de agencia.

3. REGULACIÓN INTERNACIONAL

A) Contrato Modelo de la CCI

La Cámara de Comercio Internacional CCI (ICC International Chamber of Commerce) ha emitido un contrato modelo para la agencia internacional (*The ICC Model Commercial Agency Contract*), que si bien, no es una ley, éste busca unificar las reglas que rigen a una relación contractual, ante la falta de uniformidad y armonización para este tipo de contratos en el mundo.

“Under these conditions the ICC believes there is a need for uniform contractual rules which are not based on any specific national law but which incorporate the prevailing practice in international trade as well as the principles generally recognized by the domestic laws on agency”⁴¹³.

Para lograrlo, el grupo de trabajo buscó encontrar un balance entre los estándares legislativos que han prevalecido y los principios básicos de la agencia, por lo que el conflicto con las reglas de orden público de los Estados debería de ser casi inexistente, y en su caso, someter a consideración de los árbitros si su aplicación parece razonable en el contexto del comercio internacional, lo cual se encuentra establecido en el artículo 23.3⁴¹⁴.

El propósito del modelo es que este se aplique en sí mismo como la ley aplicable, buscando excluir el derecho doméstico y aplicar únicamente lo establecido en el mismo contrato y los principios reconocidos en el derecho comercial internacional (*lex mercatoria*), logrando así una aplicación uniforme, sin la interferencia de las leyes nacionales que pueden variar en diversos aspectos⁴¹⁵.

Para lograr lo anterior también se busca que la resolución de conflictos sea a través del arbitraje internacional, “*which permits a truly international approach and avoids the risk of differentiation that would arise in case of recourse to domestic courts*”⁴¹⁶, por lo que se consideró que el modelo no debe ser utilizado en casos en que se pueda considerar el caso como no arbitrable de acuerdo con la Convención de Nueva York de 1958. Un ejemplo de inarbitrabilidad sería en los casos en que puede considerarse al agente como un empleado, lo

⁴¹³ INTERNATIONAL CHAMBER OF COMMERCE, *The ICC Model Commercial Agency Contract*, France, ICC Publishing, 1991, p. V.

⁴¹⁴ *Idem*.

⁴¹⁵ *Ibidem*, pp. V y VI.

⁴¹⁶ *Ibidem*, p. VII

cual implica una jurisdicción especial (Vg. V.R.P. (*Voyageurs, représentants placiers* – Francia, *Représentants de commerce* – Bélgica, en los que se presume que el agente es un empleado. En los Países Bajos, las leyes laborales podrán aplicar a los agentes que tienen relación con un solo empresario *Einfirmenvertreter*. En Italia los agentes actuando principalmente con recursos propios se consideran empleados. En México los Agentes de Comercio regulados por la Ley Federal del Trabajo, que se encuentran subordinados al empresario, etc.). En virtud de ello, la ICC recomienda que el agente sea una persona moral, para así evitar que se considere como un empleado⁴¹⁷.

a) Ámbito de aplicación

El modelo fue diseñado únicamente para la aplicación de contratos de agencia internacional para la venta de bienes, en los que los agentes son “agentes comerciales independientes”.

Por lo tanto no se toman en cuenta los “agentes compradores” o de servicios, ni la figura de la consignación de bienes por parte del agente, lo cual implica diferentes problemas que se deberían de tratar en un contrato por separado.

b) Aspectos generales sobre la Indemnización

El contrato modelo reconoce que un gran número de países hoy en día permiten o prevén en su legislación la indemnización al agente por el avío (*goodwill*) generado por el agente, o la pérdida sufrida debido a la terminación del contrato, mientras que otras legislaciones no reconocen dicho derecho al agente.

Este contrato modelo denomina a la indemnización o compensación como *goodwill indemnity* (Indemnización por avío) y permite a las partes elegir entre incluirlo en su contrato

⁴¹⁷*Ibidem*, pp. VII y VIII.

o no⁴¹⁸. La indemnización por avío del contrato modelo se encuentra basada en el sistema alemán adoptado por la Directiva 86/653-CEE.

Se recomienda que la indemnización se prevea expresamente en el contrato, tanto para los casos de legislaciones que no la prevén como las que sí lo hacen. En cuanto a las legislaciones que no prevén la indemnización, el contrato modelo considera que “...it may be fair to grant the indemnity, particularly if this conforms with international trading practice in that particular business and/or area”⁴¹⁹. Por otro lado, la ICC recomienda encarecidamente que en los casos en que la ley del país del agente prevea el derecho a la indemnización, se incluya en el contrato, ya que de lo contrario se podría interferir con leyes de carácter imperativo (*lois de police*) del país del agente.

c) Características principales

El artículo 3 define las funciones del agente como el uso de sus mejores esfuerzos para la promoción de la venta de productos en el “territorio” (conforme se define en los anexos) de acuerdo con las instrucciones razonables del Principal, debiendo proteger los intereses del principal con diligencia y como un empresario responsable.

En principio la agencia será sin representación, sin embargo, las partes podrán pactar lo contrario⁴²⁰. Por otro lado, el agente no se encuentra facultado para recibir pagos a nombre del principal, y cuando lo esté, deberá entregarlos al Principal en cuanto antes⁴²¹.

El anexo 1 del contrato modelo define los productos que se comercializarán y el territorio en el que el agente desempeñará su labor⁴²². Una vez definido dicho territorio, el principal no otorgará a ninguna otra persona o empresa el derecho de representar o vender los productos en el territorio. (Art. 13.1). Por su parte, sin el agente obtiene algún cliente fuera del territorio, siempre que esté permitido, o si el principal trata directamente con “clientes

⁴¹⁸*Ibidem*, art. 21 A y B.

⁴¹⁹*Ibidem*, p. VII

⁴²⁰*Ibidem*, art. 3.3.

⁴²¹*Ibidem*, art. 3.5.

⁴²²*Ibidem*, art. 1.1.

especiales”, enlistados en el anexo VI, el agente tendrá derecho a recibir una comisión reducida⁴²³.

Conforme al artículo 13 el agente tiene derecho de exclusividad en el territorio, salvo en el caso antes mencionado, pudiendo el principal tratar directamente con los clientes, siempre que informe al agente y se le pague su comisión correspondiente.

Asimismo, se prevé un deber de no competir cuando se trate de productos que sean competencia, salvo que el principal lo permita. El agente no tendrá necesidad de informar al principal cuando sea razonable esperar que los intereses de éste no se afecten, debido a (i) las características del producto, y (ii) el ámbito de aplicación del producto (art. 5).

Por último, el Artículo 8 prevé dos posibilidades: (A) que el agente pueda contratar subagentes, siempre que informe al principal con antelación de mínimo un mes. En dicho caso, el agente será responsable de la actividad del sub-agente, y; (B) que el agente llevará a cabo sus actividades sin recurrir a subagentes. En caso de que las partes no decidan ninguna de dichas opciones, se aplicará la “A”.

d) Derechos y Obligaciones de las Partes

El artículo 2 establece que las partes actuarán siempre de buena fe y con total honradez, asimismo el contrato deberá ser interpretado conforme a la buena fe.

De conformidad con los artículos 9 y 14, las partes tendrán deber de informar a la otra parte. El agente deberá mantener informado al principal sobre sus actividades, la condición del mercado y competencia en el Territorio, así como las leyes y regulaciones aplicables en el Territorio. Asimismo, se encontrará obligado a responder cualquier solicitud razonable de información realizada por el principal⁴²⁴. Por su parte, el principal deberá dar al agente toda la información sobre los productos, a efecto de que pueda cumplir sus obligaciones bajo el contrato. Asimismo, deberá informarle sobre cualquier retraso, inejecución de los contratos o

⁴²³*Ibidem*, arts. 3.2, 13.3 y 15.2.

⁴²⁴*Ibidem*, art. 9.

disminución en la capacidad de suministro de productos, o cualquier otra información o comunicación relevante con los terceros.⁴²⁵

Por otro lado, el principal deberá informar al agente sin retrasos injustificados, de su aceptación o rechazo de las órdenes. El principal podrá rechazar una orden individual de manera discrecional, sin embargo, no podrá de manera irrazonable rechazar órdenes. El rechazo reiterado e injustificado de órdenes (con la intención de obstaculizar la actividad del agente), se considerará un incumplimiento contractual⁴²⁶.

Resulta interesante la obligación del artículo 6º, ya que prevé que el agente deba tener una adecuada organización para las ventas, y cuando sea apropiado, servicios post-venta, a efecto de lograr cumplir sus obligaciones. Asimismo, el agente podrá recibir quejas de los clientes, las cuales deberá informar al principal⁴²⁷. Ello parece resultar contrario a lo que prevén muchas legislaciones en cuanto a que el principal sea quien responda por cualquier vicio o defecto de los productos.

Por su parte, el artículo 10.2 prevé la posibilidad de que las partes pacten una cláusula *del credere*, la cual, de acuerdo con el anexo V, podrá ser limitada o ilimitada. El artículo 10.1, sin establecer una pena específica, establece que el agente siempre deberá informar sobre la solvencia de los clientes, y no deberá transmitir órdenes de clientes que se encuentren en una situación crítica sin informarlo.

En cuanto a la publicidad y ferias, los artículos 6.2 y 6.3 prevén la posibilidad de que el agente se encargue de la publicidad en su territorio, previa aprobación de dicha publicidad, y de asistir a ferias. Los gastos por ello podrán ser divididos entre el agente y el principal, según se pacte en el anexo III.

Otra disposición que se prevé, por tratarse de un contrato, frente a las leyes que se han analizado, es en cuanto a marcas. El artículo 11 prevé que las marcas y propiedad industrial del principal podrá ser usada por el agente para los fines del contrato y únicamente de acuerdo con el interés del principal, sin que el agente tenga derecho a registrar marcas del principal ni a usarlas una vez que termine la relación.

⁴²⁵*Ibidem*, art. 14.

⁴²⁶*Ibidem*, art. 4.

⁴²⁷*Ibidem*, art. 12.

Por último, se encuentra el derecho del agente a la comisión, previsto por el artículo 15. El agente tendrá derecho a la comisión por la venta de los productos a consumidores que se encuentren establecidos dentro del Territorio, durante la duración del contrato. El porcentaje de la comisión se establece en el anexo VI.

El citado anexo VI además prevé en su apartado segundo a los “clientes especiales” del principal, por los cuales el agente podrá tener una comisión reducida, y en su apartado tercero prevé la posibilidad de pactar un margen de negociación o de descuento que el agente pueda otorgar a los terceros.

El artículo 15.4 además establece que los gastos en que incurrió el agente se considerarán cubiertos por la comisión (no reembolso de gastos), salvo pacto en contrario.

Una vez terminado el contrato, el agente tendrá derecho a la comisión si la orden se recibió antes de la terminación y se cerró el contrato hasta 6 meses después de la terminación o si una transacción se puede atribuir, dentro de un plazo razonable, principalmente a los esfuerzos del agente. En dicho caso, el agente tendrá que informar al principal de los negocios pendientes de concluir antes de la terminación de la relación⁴²⁸.

El derecho a la comisión nace una vez que el tercero haya pagado completamente el precio, en caso de pago parcial, el agente tendrá derecho a recibir una comisión proporcional al pago⁴²⁹. Por su parte, el agente tendrá derecho a la comisión de los contratos que no puedan ser ejecutados, salvo que sea por causas no imputables al principal⁴³⁰. El pago de la comisión se deberá hacer a más tardar el último día del mes siguiente del trimestre en que se devengó⁴³¹.

La comisión se calculará sobre la cantidad neta de las facturas, libre de cualquier cargo adicional, impuestos o tarifas⁴³², por su parte, el principal deberá proporcionar al agente un resumen de las comisiones a deber por cada trimestre. El agente tendrá derecho a cualquier información al respecto, particularmente a obtener extractos de los libros del principal, y a designar un auditor independiente, cuyos costos correrán a su cargo⁴³³.

⁴²⁸*Ibidem*, art. 19.

⁴²⁹*Ibidem*, art. 16.2.

⁴³⁰*Ibidem*, art. 17.2.

⁴³¹*Ibidem*, art. 16.3.

⁴³²*Ibidem*, art. 16.1.

⁴³³*Ibidem*, art. 16.4.

Por último, las partes podrán acordar objetivos de ventas para cada año que sigue, mismos que si no se cumplen podrá considerarse un incumplimiento contractual, a menos que exista culpa de la otra parte, y podrán tener como consecuencia, a elección del principal, la terminación del contrato, la cancelación de la exclusividad o la reducción de la extensión del territorio del agente. El principal deberá ejercer su derecho a ello a más tardar a los dos meses de la terminación del año⁴³⁴

e) Terminación

El contrato podrá ser pactado, a elección de las partes, por tiempo indeterminado o determinado, en caso de que no se pacte nada, se considerará a tiempo indeterminado⁴³⁵.

En los contratos por tiempo indeterminado, el contrato podrá ser renovado mediante preaviso que se otorgue con cuatro meses de anticipación, o seis meses, en caso de que el contrato sea de más de cinco años.

Por su parte, los contratos de tiempo determinado, una vez que expiren se renovarán por periodos de un año, y en caso de terminación anticipada, se prevén las mismas reglas para los contratos de duración indefinida. Lo anterior no resulta lógico, ya que muchas veces es más conveniente esperar a la terminación del año en que se renovó. Considero que sería más congruente que los contratos por tiempo determinado que se renueven, se vuelvan contratos por tiempo indeterminado.

La manera de notificar la terminación deberá ser por medios que hagan prueba de ello y de la fecha en que se recibieron, tales como el correo certificado, telex, etc.

Por otro lado, las partes podrán terminar el contrato en caso de un incumplimiento sustancial o grave de la otra parte, o si por circunstancias excepcionales se justifica la terminación anticipada⁴³⁶.

Se considerará incumplimiento grave cualquier violación a una obligación que tenga como resultado un detrimento sustancial en la otra parte en cuanto a lo que tenía esperado⁴³⁷.

⁴³⁴*Ibidem*, art. 7 y anexo IV.

⁴³⁵*Ibidem*, arts. 18 y 24.1.

⁴³⁶*Ibidem*, art. 20.1.

Por su parte, se considerarán circunstancias excepcionales por las que se considerara irrazonable que la parte que terminó el contrato continúe obligado por el mismo⁴³⁸, así como la bancarrota o quiebra, mora o cualquier otra circunstancia que afecte sustancialmente la habilidad de una de las partes para cumplir sus obligaciones⁴³⁹.

Por ser un contrato *intuitu personae*, se prevé, conforme al anexo VII, que el cambio en de control, porcentaje de acciones o administración de la compañía de la agencia se considere causal de terminación⁴⁴⁰.

Por su parte, el artículo 20.3 permite que las partes establezca que la violación a ciertas cláusulas (*e.g.* no-competencia, exclusividad, etc.) se consideren violaciones substanciales o graves.

f) Indemnización

El contrato modelo prevé dos tipos de indemnizaciones no excluyentes, la indemnización por terminación injustificada y la terminación por clientela o avío (*goodwill indemnity*).

Si una parte termina el contrato por una causa justificada, pero el tribunal arbitral determina que la terminación no fue justificada, la otra parte tendrá derecho al pago de daños, los cuales serán iguales a la comisión promedio por el periodo que hubiera durado el contrato en caso de una terminación normal, a menos de que se pruebe que el daño causado fue mayor⁴⁴¹.

Como se puede advertir, calcular dicha indemnización resulta particularmente difícil.

Por su parte, el artículo 21 prevé la posibilidad de una indemnización por avío. En caso de que las partes omitan pactar el derecho a dicha indemnización o no, su existencia o no, se registrará conforme a la ley aplicable en el país de residencia o establecimiento del agente⁴⁴².

⁴³⁷*Ibidem*, art. 20.2.

⁴³⁸*Ibidem*, art. 20.2.

⁴³⁹*Ibidem*, art. 20.4.

⁴⁴⁰*Ibidem*, art. 20.5.

⁴⁴¹*Ibidem*, art. 20.6.

⁴⁴²*Ibidem*, art. 24.2.

Como ya se comentó, dicha indemnización se basa en el sistema alemán ya tratado. El agente tendrá derecho a la indemnización en la medida que: a) haya incrementado de manera significativa el volumen de los negocios o haya traído nuevos clientes al principal, quien siga obteniendo beneficios substanciales, y; b) que el pago sea equitativo de acuerdo a las circunstancias, y particularmente, a las comisiones perdidas por el agente.

El monto de la indemnización no podrá ser mayor a la indemnización equivalente a un año, calculado en base a la remuneración promedio de los últimos 5 años, o los años transcurridos en caso de que el plazo sea menor. Dicha indemnización se podrá reclamar dentro del año siguiente a la terminación del contrato.

Por último, el agente no tendrá derecho a la indemnización, cuando se haya terminado el contrato por causa justificada, es decir, conforme al artículo 20, cuando el agente haya terminado el contrato por causa injustificada, salvo por edad, incapacidad o invalidez que no le permitan continuar razonablemente, o cuando el agente transmita sus derechos y obligaciones a otra persona.

B) Convención de Ginebra sobre representación (Agency) en la compraventa internacional de mercaderías

El 17 de febrero de 1983 en Ginebra, Suiza, el *Institut International Pour L'Unification du Droit Prive* (“Unidroit”) publicó la Convención sobre representación (Agency) en la compraventa internacional de mercaderías (a efectos del presente capítulo, la “Convención”), con el propósito de crear disposiciones comunes en lo que respecta a la representación en la compraventa internacional de mercaderías.

En un principio la Convención se enfocó en los contratos de agencia y comisión, aplicables y claramente distinguidos en el sistema de derecho civil continental, sin embargo, desconocidos para el sistema anglosajón. Debido a dichas diferencias, se buscó unificar las posturas del derecho civil continental, del derecho anglosajón y del derecho socialista. Conforme a lo anterior, la convención dejó de lado las principales diferencias entre dichos

sistemas, y buscó establecer un sistema simple y claro que regulara la mayor cantidad de situaciones de representación en la compraventa internacional de mercaderías⁴⁴³.

“In this circumstances, and given the ever-increasing volume of international trade, the main aim of the Convention is to establish as simple and clear a regime as possible to govern the legal consequences of the acts of an agent who has been authorised by a principal to conclude a contract of sale of goods with a third party and to this end it has been framed in such a way as to regulate virtually all situations which are common in international trade.”⁴⁴⁴

Conforme a lo anterior, se buscó además que la Convención se viera, más que como un intento de codificar el derecho de *agencia*, como un suplemento de las convenciones existentes sobre compraventa internacional de mercaderías (*i.e.* los Principios Unidroit para la Unificación del Derecho Privado, los Principios Unidroit para los Contratos Comerciales Internacionales, la Convención de las Naciones Unidas sobre Compraventa Internacional de Mercaderías)⁴⁴⁵.

Para que la convención entre en vigor necesita la firma y ratificación de diez países, sin embargo, hasta la fecha cuenta con la ratificación de únicamente 5 países. La Convención ha sido ratificada por Francia, Italia, México (22 de diciembre de 1987), Países Bajos y Sudáfrica⁴⁴⁶.

Como ya se mencionó anteriormente, la figura de *Agency* o representación de la convención se distingue de la *agencia* estudiada en el presente trabajo, debido a que abarca una relación mucho más amplia. El artículo 1º de la Convención establece que será aplicable a los *agentes* que puedan concluir contratos con terceros por cuenta de otra persona, ya sea que actúen en su nombre o no.

De lo anterior se advierte que, a diferencia de la *agencia*, en éste caso se permite que el *agente* actúe en su propio nombre y en todos los casos se le faculta para concluir contratos.

⁴⁴³ EVANS, Michael (Deputy Secretariat-General of Unidroit), *Explanatory Report on the Convention on Agency in the International Sale of Goods*, Unidroit, 1983, <http://www.unidroit.org/agency-explanatory-report-notes>, fecha de consulta: 01/07/2017, pp. 1-2.

⁴⁴⁴ *Ibidem*, p. 4.

⁴⁴⁵ *Ibidem*, p. 3.

⁴⁴⁶ *Vid.* <http://www.unidroit.org/status-agency>.

El citado artículo 1° además establece que la convención regirá para la conclusión de los contratos y todos los actos del *agente* realizados con el propósito de concluir los contratos. Por otro lado, resulta interesante que la Convención regula también la relación con el tercero con quien se contrata (ya sea por parte del *agente* o del principal).

Al igual que la Convención de las Naciones Unidas sobre los Contratos de Compraventa Internacional de Mercaderías⁴⁴⁷, el artículo 2 de la convención establece que ésta será aplicable cuando el principal y el tercero tengan sus establecimientos⁴⁴⁸ en distintos Estados, ya sea cuando: a) sean Estados contratantes, o; b) cuando las normas de derecho internacional privado prevean la aplicación de la ley de un Estado Contratante.

En principio únicamente se toma en cuenta el establecimiento del principal y del tercero, sin embargo, conforme al párrafo 2° del artículo 2, cuando el agente actúe a nombre propio, y el tercero no sepa que actuaba como agente, la Convención aplicará si el agente y el tercero tienen su establecimiento en diversos Estados y se cumplen las reglas antes enumeradas.

Por último, el citado artículo 2° establece (de la misma manera que la Convención de Compraventa Internacional de Mercaderías antes citada⁴⁴⁹) que a efecto de determinar la aplicación de la Convención, no se tendrán en cuenta la nacionalidad de las partes, ni el carácter civil o comercial de las partes o del contrato de compraventa.

Por su parte, los artículos 3 y 4 establecen que la Convención no se aplicará a los agentes de bolsa, de subastas, en materia de familia o a los representantes legales o los fideicomisarios.

La interpretación de la Convención se deberá realizar conforme a su carácter internacional, la necesidad de promover la uniformidad en su aplicación y de asegurar la observancia de la buena fe en el comercio internacional. Lo no expresamente regulado en la Convención se deberá dirimir conforme a los principios generales en que se basa la Convención, o a falta de tales, conforme a la ley aplicable en virtud de las normas de derecho

⁴⁴⁷ Convención de Viena sobre Compraventa Internacional de Mercaderías, artículo 1.

⁴⁴⁸ Conforme al artículo 8 de la Convención sobre representación (Agency) en la compraventa internacional de mercaderías, si una parte tiene más de un establecimiento, se considerará el que tenga mayor relación con el contrato de compraventa, tomando en cuenta las circunstancias del contrato. Si la parte no tiene establecimiento, se tomará como tal su residencia habitual.

⁴⁴⁹ Convención de Viena sobre Compraventa Internacional de Mercaderías, artículo 1(3).

internacional privado⁴⁵⁰. Por su parte, el agente o el principal podrán pactar con el tercero la exclusión de la aplicación de la Convención o de alguno de sus artículos⁴⁵¹.

Asimismo, resultan aplicables los usos y las prácticas acordados entre las partes. Salvo pacto en contrario, serán aplicables los usos que implícitamente se hayan considerado aplicables o que sean generalmente aplicados en relaciones del mismo tipo⁴⁵².

Los actos del agente vincularán directamente al principal con el tercero, salvo que: (1) el tercero no supiera o no debía saber que actuaba como agente, o; (2) que según las circunstancias del caso el agente se comprometiera a obligarse a sí mismo. No obstante lo anterior, el principal o el tercero podrán ejercer las acciones correspondientes en contra de la otra parte, salvo pacto en contrario. Particularmente cabe resaltar la facultad del agente de comunicar a la otra parte el nombre de quien incumplió (v.g. si el principal incumple, el agente podrá comunicar el nombre del principal al tercero)⁴⁵³.

La autorización del agente para actuar en cuenta del principal podrá ser expresa o implícita⁴⁵⁴. La autorización del agente no deberá ser por escrito, salvo que los estados miembros deroguen dichas disposiciones⁴⁵⁵. Cuando el agente actúe más allá de del alcance de su representación, sus actos no serán obligatorios entre el principal y el tercero, sin embargo, cuando de la conducta del principal se pueda razonablemente desprender o presumir que el agente actúa dentro del alcance de su representación, el principal no podrá invocar dicha excepción⁴⁵⁶. Por otro lado, el principal podrá ratificar los actos del agente conforme a las reglas del artículo 15, pudiendo el tercero rehusarse a la ratificación en ciertos casos.

El agente será responsable por el pago de daños causados al tercero cuando actúe fuera del alcance de su representación, salvo que el tercero supiera o debiera de saber que el agente actuó fuera del alcance de su representación⁴⁵⁷.

Por último, el capítulo IV prevé la terminación, la cual se dará: (a) por acuerdo del agente y del principal; (b) cuando se complete la transacción para la cual se otorgó la

⁴⁵⁰Convención sobre representación (Agency) en la compraventa internacional de mercaderías, art. 6.

⁴⁵¹*Ibidem*, art. 5.

⁴⁵²*Ibidem*, art. 7.

⁴⁵³*Ibidem*, art. 13.

⁴⁵⁴*Ibidem*, art. 8.

⁴⁵⁵*Ibidem*, arts. 9 y 10.

⁴⁵⁶*Ibidem*, art. 14.

⁴⁵⁷*Ibidem*, art. 16.

representación; (c) por revocación del principal o renuncia del agente, y; (d) cuando la ley así lo determine.

La terminación no afectará al tercero sino hasta que tenga conocimiento de la misma. Por otro lado, el agente podrá seguir actuando como representante del principal cuando ello sea necesario para prevenir cualquier daño a sus intereses.

De lo anterior se desprende claramente que el alcance de la Convención es mayor al del contrato de agencia, ya que no únicamente se centra en dicho contrato, sino también en otro tipo de relaciones como son la comisión mercantil, entre otras. Considero que la Convención es demasiado amplia, tomando en consideración que existen múltiples tipos de representación y diferencias muy grandes entre diversos sistemas, o incluso legislaciones dentro de un mismo sistema. En virtud de lo anterior, será muy difícil lograr unificación y aceptación internacional en la materia, lo cual se advierte de la casi nula ratificación de la Convención.

VI. CONCLUSIONES

PRIMERA. El contrato de agencia es un contrato fundamental dentro de la realidad económica del siglo XXI que ha evolucionado de gran manera en los últimos años, por lo que resulta necesario que las diversas legislaciones en el mundo, regulen dicha figura o actualicen su normatividad.

SEGUNDA. -El contrato de agencia proviene principalmente de las figuras del mandato y la representación, mismas que se remontan hasta el Código de Hammurabi.

TERCERA. En el derecho Romano inicialmente se regularon diversos modos de representación, que poco a poco fueron obteniendo características y rasgos esenciales para diferenciar a las diversas figuras que se fueron creando. Posteriormente, con el desarrollo del derecho mercantil y posteriormente la industrialización y globalización, nació la figura de la agencia.

CUARTA. Para poder entender el contrato de agencia y la naturaleza de la relación entre el agente, el principal y los terceros con quien se contrata, en primer lugar, resulta necesario entender las figuras de la representación, poder y mandato, de las cuales proviene la agencia. Al analizar dichas figuras, podemos concluir que la representación involucra el actuar en nombre de otro para la realización y ejecución de un acto o negocio jurídico, mientras que el poder involucra un paso previo que constituye la fuente de la representación y es la manifestación unilateral de conceder un poder para ejercer la representación. Por último, el mandato es un contrato en el que puede haber representación o no.

QUINTA. La agencia consiste en un mandato *lato sensu*, en el que puede existir representación o no. En la agencia con representación el agente se encuentra encargado de la promoción y conclusión de los contratos, mientras que en el mandato sin representación el agente únicamente se encuentra encargado de la promoción de los contratos.

SEXTA. Uno de los aspectos por los cuales resulta de suma relevancia regular el contrato de agencia es debido a sus características particulares que lo diferencian de otros contratos y figuras similares. Como se analizó a lo largo del presente trabajo, la estabilidad de la relación, la independencia, la relación de confianza y la remuneración al agente, lo diferencian de

diversas figuras como el mandato *stricto sensu*, de la comisión, de la mediación y el corretaje, de los contratos de prestación de servicios y de los contratos de trabajo, entre otros.

SÉPTIMA.-No hay figura ni en el Código de Comercio, ni en el Código Civil Federal ni en otras leyes mexicanas de las cuales se desprenda una regulación adecuada para el contrato de agencia mercantil. Si bien la agencia si se encuentra prevista en el Código de Comercio, no existe una regulación específica para dicho contrato, mientras que las figuras más similares a dicho contrato, particularmente la comisión mercantil (la cual al día de hoy debe aplicarse por analogía a falta de regulación específica) y el mandato civil, no resuelven muchos de los problemas particulares del contrato de agencia.

OCTAVA. En el mundo la figura del agente y el contrato de agencia ha evolucionado de manera radical y es necesario que su regulación se mantenga al día con la realidad económica y social. Al día de hoy, el contrato de agencia y la figura del agente juegan un rol muy importante dentro de la economía mundial y por ende en la vida jurídica y en la globalización, como vínculo de conexión entre empresarios y los consumidores de diferentes Estados.

NOVENA. Debido a la importancia que ha cobrado la figura del agente, y reconociendo su situación general de desventaja ante el principal por la naturaleza de la relación y por el hecho de que siempre actúa a nombre y por cuenta del principal, diversos países y organizaciones internacionales han buscado implementar diversas protecciones en beneficio del agente, que deben ser implementadas en nuestra legislación.

DÉCIMA. Una de las protecciones más adecuadas consiste en la indemnización al agente una vez terminada la relación. La indemnización al agente se justifica en términos de equidad, de reconocimiento de su labor y del avío generado en beneficio del principal, gracias a la clientela obtenida y a las ganancias económicas generadas por el agente, que siguen generando un beneficio al principal una vez terminada la relación. Por otro lado, se justifica dicha indemnización considerando que son ganancias lícitas que el agente deja de percibir injustificadamente. En base a ello se ha considerado que resulta equitativo el indemnizar o compensar al agente con cierta cantidad económica una vez terminada la relación, siempre que ésta no sea imputable al agente.

DÉCIMA PRIMERA. La Unión Europea así como diversas organizaciones internacionales han sido pioneras en lograr una adecuada regulación del contrato de agencia, la cual ha sido adoptada en toda la Unión Europea a través de una Directiva, y seguida por unos pocos países de Latinoamérica. Es por ello que resulta necesario adoptar las tendencias internacionales, y crear un marco legal que regule de manera adecuada el contrato e agencia, otorgue una adecuada protección al agente debido a su situación de desventaja y le reconozca el derecho a una indemnización o compensación debido a la clientela y relaciones generadas durante la vigencia de dicho contrato, en beneficio del principal.

VII. PROPUESTA DE REGULACIÓN

Después de haber analizado la naturaleza del contrato de agencia y la situación del agente en México y en diversos países, se advierte la necesidad de proponer una regulación de dicha figura que esté al día con las tendencias internacionales y que además garantice los derechos del agente, cuya participación en el comercio es fundamental. De conformidad con lo anterior, me he permitido hacer la siguiente propuesta sobre la materia. Después de cada una de las disposiciones propuestas, en una tabla se añade una breve explicación sobre la propuesta y las disposiciones en que se basa o inspira.

Código de Comercio

LIBRO SEGUNDO

Del Comercio en General

TÍTULO TERCERO

De la Comisión y Agencia Mercantil

CAPÍTULO I

De los Comisionistas

CAPÍTULO II

De la Agencia Mercantil

Artículo 308 bis.- El contrato de agencia es el contrato por el cual una parte denominada agente, asume estable e independientemente el deber de colaborar, promover y en algunos casos concluir contratos, a cambio de una retribución, para la compra o venta de bienes y/o servicios, por cuenta de otro denominado principal.

| |
|--|
| Ver Capítulo II. Contrato de Agencia, A) Concepto de agente. |
|--|

En caso de que se pacte exclusividad respecto de un sector geográfico y/o un grupo determinado de personas, el agente no podrá actuar por cuenta de otro principal respecto de bienes y/o servicios iguales, similares o que compitan con los primeros.

Dicha disposición se encuentra basada principalmente en el artículo L134-3 del *Code de Commerce* francés⁴⁵⁸, la Ley 12/1992, de 27 de mayo, sobre Contrato de Agencia, española⁴⁵⁹ y el artículo 393 del Código de Comercio de El Salvador⁴⁶⁰. Con dicha disposición se busca limitar el actuar del agente lo mínimo posible, por lo que, salvo que se trate de bienes y/o servicios iguales, similares o que compitan con los primeros, considero apropiado que en principio no exista limitación para representar a otros empresarios. Respecto a la posibilidad de celebrar un pacto en contrario, considero innecesario mencionarlo, ya que la disposición no es de orden público ni irrenunciable.

Salvo pacto en contrario, el agente podrá nombrar sub-agentes, los cuales se encontrarán sujetos a lo dispuesto en el presente capítulo. El agente será responsable por el actuar de los sub-agentes.

Dicha disposición se basa principalmente en el artículo 1228 del Código Civil Italiano⁴⁶¹. Si bien, dicho código no regula expresamente la sub-agencia, no la prohíbe y regula la responsabilidad que tendrán los *auxiliares*. De manera similar, el HGB alemán únicamente prevé que el principal también podrá ser agente⁴⁶². Considero que la posibilidad de contratar sub-agentes y responder de su actuar, fomenta el desarrollo y crecimiento de los negocios y

⁴⁵⁸ Francia. Code de Commerce

Article L134-3

L'agent commercial peut accepter sans autorisation la représentation de nouveaux mandants. Toutefois, il ne peut accepter la représentation d'une entreprise concurrente de celle de l'un de ses mandants sans accord de ce dernier.

⁴⁵⁹ España. Ley 12/1992, de 27 de mayo, sobre Contrato de Agencia.

Artículo 7. Actuación por cuenta de varios empresarios.

Salvo pacto en contrario, el agente puede desarrollar su actividad profesional por cuenta de varios empresarios. En todo caso, necesitará el consentimiento del empresario con quien haya celebrado un contrato de agencia para ejercer por su propia cuenta o por cuenta de otro empresario una actividad profesional relacionada con bienes o servicios que sean de igual o análoga naturaleza y concurrentes o competitivos con aquellos cuya contratación se hubiera obligado a promover.

⁴⁶⁰ El Salvador. Código de Comercio

Art. 393. El agente representante o distribuidora está en libertad de dedicarse a cualquiera otra clase de negocios o actividad mercantil distintos de aquellos que realice en virtud del contrato de agencia-representación o distribución, con la única obligación de evitar la concurrencia con su principal. Sin embargo, el principal puede autorizarlo para realizar negocios de la misma clase de los que le tiene encomendados.

⁴⁶¹ Italia. *Codice Civile*

Art. 1228.

Responsabilità per fatto degli ausiliari.

Salva diversa volontà delle parti, il debitore che nell'adempimento dell'obbligazione si vale dell'opera di terzi, risponde anche dei fatti dolosi o colposi di costoro.

⁴⁶² HGB, art. 84(3).

la figura de agencia, por lo que es conveniente permitirla. No obstante lo anterior, ciertas las legislaciones no permiten la sub-agencia, salvo pacto en contrario⁴⁶³.

Artículo 308 bis 1.- El contrato de agencia será válido sin que se requiera formalidad alguna, sin embargo, cualquiera de las partes podrá solicitar en cualquier momento que el contrato se establezca por escrito. Tal derecho será irrenunciable.

Dicho artículo se basa principalmente en el artículo 13 de la Directiva⁴⁶⁴, el artículo 86 del HGB⁴⁶⁵. De manera similar diversas legislaciones prevén que el contrato deberá formalizarse, instrumentarse o probarse por escrito⁴⁶⁶. Por otro lado, tomando en consideración que de conformidad con la legislación mexicana, los contratos serán, en principio, consensuales⁴⁶⁷, considero que no se debe exigir formalidad o requisito determinado alguno para la validez del contrato.

Artículo 308 bis 2.- En la relación contractual el agente y el principal deberán actuar con lealtad y buena fe.

Dicho artículo se basa principalmente en el artículo 2 del Contrato Modelo para la Agencia Internacional de la CCI⁴⁶⁸, así como en los artículos 3(1) y 4(1) de la Directiva.⁴⁶⁹ Si bien, la

⁴⁶³Vid. Argentina. Código Civil y Comercial de la Nación, artículo 1500. España. Ley 12/1992, de 27 de mayo, sobre Contrato de Agencia, art. 5(2).

⁴⁶⁴ Directiva 86/653/CEE de la Unión Europea

Artículo 13

1. Cada parte, previa solicitud, tendrá derecho a obtener de la otra parte un escrito firmado en el que se mencione el contenido del contrato, incluido el de los apéndices ulteriores. Tal derecho será irrenunciable.

2. El apartado 1 no será óbice para que un Estado miembro pueda disponer que un contrato de agencia sólo sea válido si se hace constar por escrito.

⁴⁶⁵ HGB

Section 85

Each party shall be entitled to request that the terms of the agency contract, as well as any subsequent agreements to the contract, be set out in a document signed by the other party. This right cannot be excluded.

⁴⁶⁶Vid. España. Ley 12/1992, de 27 de mayo, sobre Contrato de Agencia, art. 22, Argentina, Código Civil y Comercial de la Nación, art. 1479 e Italia, *Codice Civile*, art. 1742(2).

⁴⁶⁷ Código de Comercio. Artículo 78.- En las convenciones mercantiles cada uno se obliga en la manera y términos que aparezca que quiso obligarse, sin que la validez del acto comercial dependa de la observancia de formalidades o requisitos determinados.

⁴⁶⁸Vid. Capítulo V, 3. Regulación Internacional, A) Contrato Modelo de la CCI, p. 143.

⁴⁶⁹ Directiva 86/653/CEE de la Unión Europea

Artículo 3

1. El agente comercial deberá en el ejercicio de sus actividades velar por los intereses del empresario y actuar de forma leal y de buena fe.

Artículo 4

1. En sus relaciones con el agente comercial, el empresario deberá actuar de forma leal y de buena fe.

mayoría de las legislaciones prevén dichas obligaciones dentro de las obligaciones genéricas de cada una de las partes⁴⁷⁰, considero que éstas son de tal relevancia, que deben ser tomadas de manera independiente. Por otro lado, dicho artículo resalta el carácter *intuitu personae* de la relación, en el cual es esencial que las partes actúen de manera leal y de buena fe.

Artículo 308 bis 3.- El agente, en particular deberá:

- I. Velar por los intereses del principal.
- II. Ocuparse como es debido de la negociación y, en su caso, de la conclusión de las operaciones de las que esté encargado.
- III. Informar al principal sobre las operaciones que promueva o concluya.
- IV. Informar al principal sobre las condiciones del mercado y cualquier otra información necesaria para la buena gestión de su encargo.
- V. Ajustarse a las instrucciones razonables que le haya dado el empresario.

Los derechos y obligaciones en general previstos en dicho artículo, fueron tomados principalmente de la Directiva 86/653⁴⁷¹. Sin embargo, ciertas obligaciones particulares fueron tomadas de otras legislaciones. De la legislación italiana se tomó la obligación de informar al principal sobre las condiciones de mercado y cualquier otra información⁴⁷², mientras que de la alemana, la obligación velar por los intereses del principal e informar sobre las operaciones promovidas o concluidas⁴⁷³.

⁴⁷⁰Vid. Italia, *Codice Civile*, arts. 1746 y 1749. España, Ley 12/1992, de 27 de mayo, sobre Contrato de Agencia, arts. 9(1) y 10(1), *et. al.*

⁴⁷¹ Directiva 86/653/CEE de la Unión Europea

Derechos y obligaciones

Artículo 3

1. El agente comercial deberá en el ejercicio de sus actividades velar por los intereses del empresario y actuar de forma leal y de buena fe.

2. El agente comercial, en particular deberá:

a) ocuparse como es debido de la negociación y, en su caso, de la conclusión de las operaciones de las que esté encargado;

b) comunicar al empresario toda la información necesaria de que disponga;

c) ajustarse a las instrucciones razonables que le haya dado el empresario.

⁴⁷² Italia. Art. 1746.

Obblighi dell'agente.

Nell'esecuzione dell'incarico l'agente deve tutelare gli interessi del preponente e agire con lealtà e buona fede. In particolare, deve adempiere l'incarico affidatogli in conformità delle istruzioni ricevute e fornire al preponente le informazioni riguardanti le condizioni del mercato nella zona assegnatagli, e ogni altra informazione utile per valutare la convenienza dei singoli affari. È nullo ogni patto contrario.

⁴⁷³ Alemania. HGB

Section 86

(1) *The commercial agent shall make efforts to negotiate or conclude transactions; in doing so he shall look after the principal's interests.*

(2) *He shall furnish the principal with all necessary information and, in particular, inform him, without undue delay, of each negotiation and of each conclusion of a transaction.*

(3) *He shall perform his duties with the due care of a prudent merchant.*

(4) *Any agreements deviating from subsections (1) and (2) shall be ineffective.*

Artículo 308 bis 4.- El principal, en particular, deberá:

- I. Poner a disposición del agente comercial la documentación necesaria para la debida promoción y/o conclusión de las operaciones de que se trate.
- II. Otorgar al agente toda la información necesaria para la debida ejecución del contrato de agencia, y, en particular, informar cuando prevea que el volumen de las operaciones comerciales va a ser sensiblemente inferior al que el agente comercial hubiera podido esperar.
- III. Informar al agente comercial, dentro de un plazo razonable, de su aceptación, su rechazo o de la no ejecución de una operación.

Los derechos y obligaciones en general previstos en dicho artículo, fueron tomados principalmente de la Directiva 86/653⁴⁷⁴ y del HGB alemán⁴⁷⁵. Respecto a la obligación de informar en un plazo razonable sobre las operaciones, cabe resaltar que ciertas legislaciones⁴⁷⁶ prevén un plazo específico para que el principal informe al agente de las operaciones. Sin embargo, considero que es más adecuado el hablar de un “plazo razonable” que se adecue a las circunstancias particulares de cada caso.

⁴⁷⁴ Directiva 86/653/CEE de la Unión Europea

Artículo 4

1. En sus relaciones con el agente comercial, el empresario deberá actuar de forma leal y de buena fe.

2. El empresario, en particular, deberá:

- a) poner a disposición del agente comercial la documentación necesaria que esté en relación con las mercancías de que se trate;
- b) procurar al agente comercial las informaciones necesarias para la ejecución del contrato de agencia, y, en particular, en el momento en que prevea que el volumen de las operaciones comerciales va a ser sensiblemente inferior al que el agente comercial hubiera podido esperar, ponerle al corriente de ello, con razonable antelación.

3. El empresario, por otra parte, deberá informar al agente comercial, dentro de un plazo razonable, de su aceptación, su rechazo o de la no ejecución de una operación comercial que el agente le haya proporcionado.

⁴⁷⁵ Alemania. HGB.

Section 86a

(1) The principal shall provide the commercial agent with the documentation necessary for the performance of his activities, such as samples, drawings, price lists, printed advertising material, and terms and conditions of business.

(2) The principal shall furnish the commercial agent with all necessary information. He shall inform him, without undue delay, of his acceptance or refusal of a transaction negotiated by the commercial agent or a transaction concluded by the agent without power of agency, and of any non-execution of a transaction negotiated or concluded by the agent. He shall inform him, without undue delay, if it is probable that he is only able or willing to conclude transactions in a significantly lower volume than the commercial agent could expect under ordinary circumstances.

(3) Any agreements deviating from subsections (1) and (2) shall be ineffective.

⁴⁷⁶ Vid. España, Ley 12/1992, de 27 de mayo, sobre Contrato de Agencia, art. 10. *et. Argentina, Código Civil y Comercial de la Nación, art. 1484.*

Artículo 308 bis 5.- El agente tendrá derecho al pago de una remuneración. Salvo pacto en contrario, la remuneración del agente se determinará en base a una comisión que será variable conforme al número y/o valor de las operaciones.

En caso de que no se determine el valor de la comisión o la contraprestación, ésta se regirá conforme a los usos y costumbres del lugar. Si no existieren tales usos y costumbres, el agente comercial tendrá derecho a una remuneración razonable, en la que se tomen en cuenta todos los elementos relevantes de la operación.

Dichas disposiciones se basan principalmente en el artículo 6 de la Directiva⁴⁷⁷, el artículo 87b(1) del HGB alemán⁴⁷⁸ y el artículo 1486 del Código Civil y Comercial de la Nación argentina⁴⁷⁹, entre otros. Respecto de dichas legislaciones, resalta particularmente la remisión a los usos y costumbres en caso de que no se hubiera pactado la comisión.

El agente no tendrá derecho al reembolso de los gastos en que incurra por el desempeño de su actividad.

Dicho artículo se tomó principalmente del Código Civil Italiano⁴⁸⁰, de la Ley sobre Contrato de Agencia⁴⁸¹, española y el Código Civil y Comercial de la Nación⁴⁸², argentino. Al

⁴⁷⁷ Directiva 86/653/CEE de la Unión Europea

Artículo 6

1. Si no hubiere acuerdo sobre este punto entre las partes y sin perjuicio de la aplicación de las disposiciones obligatorias de los Estados miembros sobre el nivel de las remuneraciones, el agente comercial tendrá derecho a una remuneración de acuerdo con los usos habituales donde ejerza su actividad y por la representación de las mercancías que sean objeto del contrato de agencia. Si no existieren tales usos, el agente comercial tendrá derecho a una remuneración razonable que tenga en cuenta todos los elementos que hayan intervenido en la operación.

2. Se considerará como comisión, a efectos de la presente Directiva, cualquier elemento de la remuneración que varíe según el número o el valor de las operaciones.

3. Los artículos 7 a 12 no se aplicarán cuando el agente comercial no sea remunerado, en todo o en parte, mediante comisión.

⁴⁷⁸ Alemania. HGB.

Section 87b

(1) Where the amount of commission is not specified, the customary rate shall be deemed to be agreed upon.

⁴⁷⁹ Argentina. Código Civil y Comercial de la Nación

ARTICULO 1486.- Remuneración. Si no hay un pacto expreso, la remuneración del agente es una comisión variable según el volumen o el valor de los actos o contratos promovidos y, en su caso, concluidos por el agente, conforme con los usos y prácticas del lugar de actuación del agente.

⁴⁸⁰ Italia. *Codice Civile*

Art. 1748.

Diritti dell'agente.

(...)

L'agente non ha diritto al rimborso delle spese di agenzia.

⁴⁸¹ España. España. Ley 12/1992, de 27 de mayo, sobre Contrato de Agencia.

Artículo 18. Reembolso de gastos.

Salvo pacto en contrario, el agente no tendrá derecho al reembolso de los gastos que le hubiera originado el ejercicio de su actividad profesional.

⁴⁸² Argentina. Código Civil y Comercial de la Nación

ARTICULO 1490.- Gastos. Excepto pacto en contrario, el agente no tiene derecho al reembolso de gastos que le origine el ejercicio de su actividad.

respecto, cabe recordar que no existe consenso sobre el reembolso de los gastos⁴⁸³, sin embargo, al ser un empresario independiente, considero que el agente debe asumir los gastos que implique el desempeño de su actividad.

Artículo 308 bis 6.- El agente tendrá derecho a la comisión por las operaciones concluidas durante la vigencia del contrato, cuando se de cualquiera de los siguientes supuestos:

- I. La operación se haya concluido gracias a su intervención.
- II. La operación se haya concluido con un cliente del agente, independientemente de su intervención.
- III. Cuando se concluya una operación dentro del sector geográfico y/o con el grupo determinado de personas asignadas a éste.

Dicho artículo se basa principalmente en la Directiva 86/653⁴⁸⁴ y en el *Code de Commerce* francés⁴⁸⁵. Respecto a las opciones otorgadas por la Directiva respecto del último supuesto, considero que es más adecuado limitar el derecho del agente a la comisión de la menor manera posible, por lo que el derecho a la comisión en ese supuesto no se debe limitar a los casos en que el agente tenga exclusividad.

Artículo 308 bis 7.- El agente tendrá derecho a la comisión por las operaciones concluidas después de terminado el contrato de agencia, cuando se de cualquiera de los siguientes supuestos:

⁴⁸³ Vid. Alemania, HGB, art. 87d. *et. Al.*

⁴⁸⁴ Directiva 86/653/CEE de la Unión Europea

Artículo 7

1. El agente comercial, tendrá derecho a la comisión por una operación que se haya concluido mientras dure el contrato de agencia:

a) cuando la operación se haya concluido gracias a su intervención, o
b) cuando la operación se haya concluido con un tercero, cuya clientela haya obtenido anteriormente para operaciones del mismo tipo.

2. El agente comercial, por una operación que se haya concluido mientras dure el contrato de agencia, tendrá derecho igualmente a la comisión:

- ya sea cuando esté a cargo de un sector geográfico o de un grupo determinado de personas,
- ya sea cuando disfrute del derecho de exclusividad para un sector geográfico o para un grupo determinado de personas,
y siempre que se haya concluido la operación con un cliente que pertenezca a dicho sector o grupo.

Los Estados miembros deberán incluir en su ley alguna de las posibilidades mencionadas en los dos guiones precedentes.

⁴⁸⁵ Francia. Code de Commerce

Article L134-6

Pour toute opération commerciale conclue pendant la durée du contrat d'agence, l'agent commercial a droit à la commission définie à l'article L. 134-5 lorsqu'elle a été conclue grâce à son intervention ou lorsque l'opération a été conclue avec un tiers dont il a obtenu antérieurement la clientèle pour des opérations du même genre.

Lorsqu'il est chargé d'un secteur géographique ou d'un groupe de personnes déterminé, l'agent commercial a également droit à la commission pour toute opération conclue pendant la durée du contrat d'agence avec une personne appartenant à ce secteur ou à ce groupe

- I. La operación se debiere, principalmente, a la actividad que hubiere desarrollado durante la vigencia del contrato de agencia, siempre que la operación concluya dentro de un plazo razonable a partir de la terminación del contrato.
- II. Cuando de acuerdo al artículo anterior, el agente o el principal hubieren recibido el pedido o encargo de un tercero antes de la terminación del contrato de agencia.

Dicho artículo se basa principalmente en el artículo 8 de la Directiva⁴⁸⁶.

Artículo 308 bis 8.- El agente no tendrá derecho a la comisión si ésta se debiere al agente precedente, a no ser que debido a las circunstancias, fuere equitativo compartir la comisión entre los agentes.

Dicho artículo se basa principalmente en el artículo 9 de la Directiva⁴⁸⁷.

Artículo 308 bis 9.- La comisión se devengará a más tardar en el momento en que el tercero ejecute la operación.

Considero que la mayoría de las legislaciones son innecesariamente complejas respecto a dicha disposición⁴⁸⁸, pues la mayoría de ellas establecen diversos momentos en los cuales el agente podrá tener derecho a la comisión.⁴⁸⁹ Al respecto, considero que la legislación española y argentina son las que establecen de manera más sencilla los requisitos necesarios para que se devengue la comisión⁴⁹⁰.

⁴⁸⁶ Directiva 86/653/CEE de la Unión Europea

Artículo 8

El agente comercial, por una operación comercial que se haya concluido después de la terminación del contrato de agencia, devengará la comisión:

- a) si la operación se debiere, principalmente, a la actividad que hubiere desarrollado durante la vigencia del contrato de agencia y si la operación se hubiere concluido dentro de un plazo razonable a partir de la terminación de dicho contrato, o
- b) si, de acuerdo con las condiciones mencionadas en el artículo 7, el empresario o el agente comercial hubieren recibido el encargo de un tercero antes de la terminación del contrato de agencia.

⁴⁸⁷ Directiva 86/653/CEE de la Unión Europea

Artículo 9

El agente comercial no tendrá derecho a la comisión mencionada en el artículo 7 si ésta se debiere, en virtud del artículo 8, al agente comercial precedente, a no ser que, debido a las circunstancias, fuere equitativo compartir la comisión entre los agentes comerciales.

⁴⁸⁸ *Vid.* Capítulo V, I. Unión Europea, B) Italia, p. 84.

⁴⁸⁹ *Vid.* Directiva 86/653/CEE de la Unión Europea, art. 10. Italia, Codice Civile, art. 1748, *et. Al.*

⁴⁹⁰ Directiva, Alemania, etc.

El principal entregará al agente una relación de las comisiones devengadas, a más tardar último día del mes siguiente al trimestre en el curso del cual se devengaren. Dicha relación mencionará todos los elementos esenciales sobre cuya base se haya calculado el importe de las comisiones.

Dicha disposición se encuentra basada principalmente en el artículo 12 de la Directiva⁴⁹¹. De manera similar, otras legislaciones establecen el mismo plazo para entregar la relación de las comisiones⁴⁹².

El agente tendrá derecho a exigir que se le proporcione toda la información que tenga a disposición del principal en relación con el pago de la comisión, así como un extracto de los libros de contabilidad del principal, a efecto de verificar el importe de las comisiones que le correspondan. En caso de que el principal se niegue a otorgar el extracto de la contabilidad, o si existe duda razonable sobre el monto de la comisión, el agente tendrá derecho a exigir, a elección del principal, la inspección de los libros del principal por el agente o un auditor.

Dicha disposición se basa principalmente en el artículo 87c del HGB alemán⁴⁹³. Dicha obligación es más específica que la establecida en la Directiva, particularmente porque permite al agente auditar la contabilidad del principal, para otorgarle certeza sobre el pago de sus comisiones.

El principal deberá pagar la comisión a más tardar el último día del mes siguiente al trimestre durante el que se haya devengado.

⁴⁹¹ Directiva 86/653/CEE de la Unión Europea
Artículo 12

1. El empresario entregará al agente comercial una relación de las comisiones devengadas, a más tardar último día del mes siguiente al trimestre en el curso del cual se devengaren. Dicha relación mencionará todos los elementos esenciales sobre cuya base se haya calculado el importe de las comisiones.

⁴⁹² Vid. Italia. *Codice Civile*, art. 1749, et. Al.

⁴⁹³ Alemania. HGB.

Section 87c

(...)

(2) Upon calculation of the commission due, the commercial agent can demand an extract from the books concerning all transactions on which he is entitled to commission under Section 87.

(3) The commercial agent can also demand information regarding all matters that are material to the entitlement to commission, its due date and the calculation thereof.

(4) If the extract from the books is withheld, or reasonable doubt exists as to the correctness or completeness of the calculation or of the extract from the books, the commercial agent can demand that, at the principal's option, either he or an auditor or sworn certified accountant to be designated by him be permitted to inspect the business records or other documents to the extent necessary to determine the correctness or completeness of the calculation or of the extract from the books.

(5) These rights of the commercial agent cannot be excluded or limited.

Dicha disposición se basa principalmente en el artículo 10 de la Directiva⁴⁹⁴.

Las partes no podrán pactar condiciones menos favorables para agente de las dispuestas en el presente artículo.

Artículo 308 bis 10.- El agente no tendrá derecho a la comisión cuando el contrato entre el tercero y el principal no se ejecute por causas no atribuibles a este último. En caso de que el contrato se ejecute parcialmente, el agente tendrá derecho a una comisión parcial.

Dicho artículo se basa principalmente en el artículo 11 de la Directiva. Por su parte, respecto al derecho a una comisión parcial cuando el contrato no se ejecute en su totalidad, se tomó como referencia el caso *ERGO Poist'ovňa a.s. contra Alžbeta Barliková*, del Tribunal de Justicia de la Unión Europea⁴⁹⁵.

El agente no será responsable por la inejecución de los contratos con terceros. En ningún caso se podrá obligar al agente a garantizar la ejecución de contratos con terceros.

Dicha disposición se basa principalmente en la prohibición de la cláusula *star del credere*, prevista por la legislación italiana (de manera parcial)⁴⁹⁶ y la brasileña⁴⁹⁷. En sentido contrario, ciertas legislaciones lo permiten⁴⁹⁸.

Artículo 308 bis 11.- El contrato podrá ser de duración limitada o indefinida. Los contratos de duración limitada que sigan siendo ejecutados por ambas partes después de transcurrido el primer año, se considerarán transformados en contratos de duración indefinida.

Brasil. Ley 4886 y sus reformas a través de las leyes 8420 y 12,246.

Art. 27., j, § 3º Considera-se por prazo indeterminado todo contrato que suceder, dentro de seis meses, a outro contrato, com ou sem determinação de prazo.

⁴⁹⁴ Directiva 86/653/CEE de la Unión Europea
Artículo 10

3. La comisión se pagará a más tardar el último día del mes siguiente al trimestre durante el que se haya devengado.

⁴⁹⁵ *Vid.* Capítulo V. Regulación de la Agencia en el Mundo, 1. Unión Europea, A) Directiva 86/653-CEE, p. 60.

⁴⁹⁶ *Vid.* Capítulo V. Regulación de la Agencia en el Mundo, 1. Unión Europea, B) Italia, p. 83.

⁴⁹⁷ Brasil. Ley 4886 y sus reformas a través de las leyes 8420 y 12,246, art. 43.

⁴⁹⁸ *Vid.* España, Ley 12/1992, de 27 de mayo, sobre Contrato de Agencia, art. 19. *Et.* Alemania, HGB, art. 86b.

Dicha disposición se inspira en la legislación brasileña⁴⁹⁹. Prácticamente todas las legislaciones analizadas en el presente trabajo prevén que el contrato de agencia podrá ser por duración limitada o indefinida, lo cual resulta relevante para efectos de la terminación, el preaviso y la indemnización. Sin embargo, ninguna legislación, salvo el caso de Brasil ya mencionado, prevé que después de transcurrido cierto plazo el contrato se transforme en un contrato de tiempo indefinido. Lo anterior permite a las partes, en principio, pactar un contrato por tiempo indefinido, y renovarlo de esa manera *ad perpetuam*, sin las ventajas del preaviso. Lo anterior puede ser perjudicial al agente e incluso para el principal, al no tener certeza de que el contrato efectivamente se renovará, ni tiempo para concluir la relación de manera adecuada y menos perjudicial para las partes⁵⁰⁰.

Artículo 308 bis 12.- Cuando el contrato sea de duración indefinida, o se haya transformado en un contrato de duración indefinida, cada una de las partes podrá poner fin al mismo mediante un preaviso en el que se deberá tomar en cuenta el plazo total de duración del contrato.

El plazo del preaviso será de un mes por cada año en que dure el contrato, hasta un plazo máximo de 6 meses por el sexto año y los años posteriores. Las partes no podrán pactar plazos de preaviso más cortos, y en caso de que pacten plazos más largos, el plazo del agente no podrá ser menor al del principal.

Dicho artículo se basa en el artículo 1750 del Código Civil italiano⁵⁰¹, entre otros⁵⁰².

⁴⁹⁹ Brasil. Ley 4886 y sus reformas a través de las leyes 8420 y 12,246.

Art. 27., j, § 3º *Considera-se por prazo indeterminado todo contrato que suceder, dentro de seis meses, a outro contrato, com ou sem determinação de prazo.*

⁵⁰⁰ Vid. Capítulo V. Regulación de la Agencia en el Mundo, 1. Unión Europea, A) Directiva 86/653-CEE, p. 63.

⁵⁰¹ Italia. *Codice Civile*

Art. 1750.

Durata del contratto o recesso.

Il contratto di agenzia a tempo determinato che continui ad essere eseguito dalle parti successivamente alla scadenza del termine si trasforma in contratto a tempo indeterminato.

Se il contratto di agenzia è a tempo indeterminato, ciascuna delle parti può recedere dal contratto stesso dandone preavviso all'altra entro un termine stabilito.

Il termine di preavviso non può comunque essere inferiore ad un mese per il primo anno di durata del contratto, a due mesi per il secondo anno iniziato, a tre mesi per il terzo anno iniziato, a quattro mesi per il quarto anno, a cinque mesi per il quinto anno e a sei mesi per il sesto anno e per tutti gli anni successivi.

Le parti possono concordare termini di preavviso di maggiore durata, ma il preponente non può osservare un termine inferiore a quello posto a carico dell'agente.

Salvo diverso accordo tra le parti, la scadenza del termine di preavviso deve coincidere con l'ultimo giorno del mese di calendario.

⁵⁰² Vid. España. Ley 12/1992, de 27 de mayo, sobre Contrato de Agencia, art. 25. Et. Alemania, HGB, art. 89.

La omisión de otorgar el preaviso a la otra parte otorgará a la parte afectada derecho a una indemnización por las ganancias dejadas de percibir en el periodo.

Dicha disposición se basa principalmente en el artículo 1493 del Código Civil y Comercial de la Nación⁵⁰³. Únicamente la citada legislación argentina y la brasileña⁵⁰⁴ prevén el pago de una indemnización específica cuando no se otorgue el preaviso, lo cual considero apropiado. Por otro lado, considero que es más adecuado el monto de la indemnización previsto por la legislación argentina.

Artículo 308 bis 13.- Las partes podrán terminar el contrato y no se encontrarán obligadas a otorgar preaviso a la otra parte, cuando:

- I. La otra parte incumpla con alguna obligación material o sustancial.
- II. Por muerte, invalidez, edad o enfermedad del agente, por las que ya no se le pueda exigir razonablemente continuar de sus actividades.
- III. La negativa sistemática e injustificada para la conclusión de operaciones por parte del principal
- IV. Disminución significativa del volumen de negocios por más de tres meses continuos, que sea imputable al agente
- V. Caso fortuito o fuerza mayor

Dicho artículo se basa principalmente en los artículos 26 y 27 de la Ley 12/1992, de 27 de mayo, sobre Contrato de Agencia⁵⁰⁵, española. El supuesto específico de “Caso fortuito o fuerza mayor” fue tomado de la legislación francesa⁵⁰⁶. Por su parte, la disposición respecto

⁵⁰³ Argentina. Código Civil y Comercial de la Nación.

ARTICULO 1493.- Omisión de preaviso. En los casos del artículo 1492, la omisión del preaviso, otorga a la otra parte derecho a la indemnización por las ganancias dejadas de percibir en el período.

⁵⁰⁴ Vid. Brasil. Ley 4886 y sus reformas a través de las leyes 8420 y 12.246, art. 34

⁵⁰⁵ Artículo 26. Excepciones de las reglas anteriores.

1. Cada una de las partes de un contrato de agencia pactado por tiempo determinado o indefinido podrá dar por finalizado el contrato en cualquier momento, sin necesidad de preaviso, en los siguientes casos:

a) Cuando la otra parte hubiere incumplido, total o parcialmente, las obligaciones legal o contractualmente establecidas.

b) Cuando la otra parte hubiere sido declarada en concurso.

2. En tales casos se entenderá que el contrato finaliza a la recepción de la notificación escrita en la que conste la voluntad de darlo por extinguido y la causa de la extinción.

Artículo 27. Extinción por causa de muerte.

El contrato de agencia se extinguirá por muerte o declaración de fallecimiento del agente. No se extinguirá por muerte o declaración de fallecimiento del empresario, aunque puedan denunciarlo sus sucesores en la empresa con el preaviso que proceda.

⁵⁰⁶ Francia. Code de Commerce.

Article L134-11

(...)

a la disminución significativa del volumen de negocios por tres meses continuos, se basa en la legislación argentina⁵⁰⁷, y en menor medida en la boliviana⁵⁰⁸, salvadoreña⁵⁰⁹ e italiana⁵¹⁰. La disposición relativa a la negativa sistemática del principal para la resolución de los contratos, fue tomada de la opinión de la doctrina italiana⁵¹¹. Por último, consideré que era adecuado establecer como requisito del incumplimiento de las obligaciones que este fuera material, sustancial o “grave”. La mayoría de las legislaciones requieren que el incumplimiento se considere grave⁵¹², a efecto de que no cualquier incumplimiento justifique la terminación o la pérdida del derecho a la indemnización⁵¹³, como se verá más adelante.

Artículo 308 bis 14.- Una vez terminada la relación, el agente tendrá derecho a una indemnización por clientela, en el supuesto y en la medida en que concurran las siguientes condiciones:

- I. El agente hubiere aportado nuevos clientes al principal o hubiere incrementado de manera sustancial las operaciones con los clientes existentes, de manera equivalente a la obtención de un nuevo cliente,
- II. Dicha actividad pueda reportar todavía ventajas sustanciales al principal; y
- III. El pago de dicha indemnización sea equitativo, tomando en cuenta todas las circunstancias del caso, particularmente, las comisiones que el agente comercial deje de percibir y que resulten de las operaciones con dichos clientes.

Ces dispositions ne s'appliquent pas lorsque le contrat prend fin en raison d'une faute grave de l'une des parties ou de la survenance d'un cas de force majeure.

⁵⁰⁷ Argentina. Código Civil y Comercial de la Nación.

ARTICULO 1494.- Resolución. Otras causales. El contrato de agencia se resuelve por:

(...)

f) disminución significativa del volumen de negocios del agente.

ARTICULO 1495.- Manera en que opera la resolución. (...)

En el caso del inciso f) del artículo 1494, se aplica el artículo 1492, excepto que el agente disminuya su volumen de negocios durante dos ejercicios consecutivos, en cuyo caso el plazo de preaviso no debe exceder de dos meses, cualesquiera haya sido la duración del contrato, aun cuando el contrato sea de plazo determinado.

⁵⁰⁸ Bolivia, Código de Comercio, art. 1255, 2.

⁵⁰⁹ El Salvador, Código de Comercio, art. 398, d.

⁵¹⁰ *Vid.* Capítulo V. Regulación de la Agencia en el Mundo, 1. Unión Europea, B) Italia, p. 80.

⁵¹¹ *Ibidem*, p. 85.

⁵¹² Italia. *Codice Civile*

Art. 1455

Importanza dell'inadempimento.

Il contratto non si può risolvere se l'inadempimento di una delle parti ha scarsa importanza, avuto riguardo all'interesse dell'altra.

⁵¹³ *Vid. Codice Civile Italiano*, art.1751. Capítulo V. Regulación de la Agencia en el Mundo, 1. Unión Europea, D) Alemania, p. 110, E) Francia, p. 118. Argentina, Código Civil y Comercial de la Nación, art. 1496. Colombia, Código de Comercio, art. 1324. *et.* Bolivia. Código de Comercio, art. 1255,2.

La indemnización por clientela no podrá exceder del importe medio anual de las remuneraciones percibidas por el agente durante los últimos cinco años, o del periodo total en caso de que el contrato haya durado menos de cinco años.

La indemnización por clientela no impedirá al agente reclamar daños y perjuicio.

El artículo correspondiente a la indemnización por clientela se basa principalmente en el artículo 17(2) de la Directiva 86/653/CEE de la Unión Europea⁵¹⁴ y el artículo 89(b) del HGB, en el cual a su vez se basa la Directiva. Dicho sistema ha sido el sistema con mayor recepción en la Unión Europea y en las legislaciones modernas latinoamericanas⁵¹⁵.

Artículo 308 bis 15.- El agente no tendrá derecho a la indemnización por clientela, en los siguientes casos:

- I. Cuando el principal haya puesto fin al contrato por un incumplimiento material o sustancial que sea imputable al agente.
- II. Cuando el agente haya puesto fin al contrato, salvo que se deba a circunstancias imputables al principal o a la muerte, invalidez, edad o enfermedad del agente, por la cual no sea razonable exigir que continúe sus actividades.
- III. En virtud de pacto con el principal, una vez terminada la relación, el agente comercial ceda a un tercero los derechos y obligaciones de que es titular en virtud del contrato de agencia.

El agente o sus beneficiarios tendrán un año a partir de la terminación del contrato para reclamar su derecho a la indemnización por clientela.

⁵¹⁴ Directiva 86/653/CEE de la Unión Europea

Artículo 17

(...)

2. a) El agente comercial tendrá derecho a una indemnización en el supuesto y en la medida en que:

- hubiere aportado nuevos clientes al empresario o hubiere desarrollado sensiblemente las operaciones con los clientes existentes, siempre y cuando dicha actividad pueda reportar todavía ventajas sustanciales al empresario; y

- el pago de dicha indemnización fuere equitativo, habida cuenta de todas las circunstancias, en particular, de las comisiones que el agente comercial pierda y que resulten de las operaciones con dichos clientes. Los Estados miembros podrán prever que dichas circunstancias incluyan también la aplicación o la no aplicación de una cláusula de no competencia con arreglo al artículo 20.

b) El importe de la indemnización no podrá exceder de una cifra equivalente a una indemnización anual calculada a partir de la media anual de las remuneraciones percibidas por el agente comercial durante los últimos cinco años, y si el contrato remontare a menos de cinco años, se calculará la indemnización a partir de la media del periodo.

c) La concesión de esta indemnización no impedirá al agente reclamar por daños y perjuicios.

⁵¹⁵*Vid.* Capítulo V. Regulación de la Agencia en el Mundo, 1. Unión Europea, A) Directiva 86/653-CEE, pp. 64 y ss. B) Italia, pp. 86 y ss. C) España, pp. 98 y ss. 2. Latinoamérica, A) Argentina, pp. 126 y 127 *et. B)* Otros países de Latinoamérica, pp. 136-139. 3. Regulación Internacional, A) Contrato Modelo de la CCI, pp. 147 y 148.

Dicha disposición se encuentra basada principalmente en el artículo 18 de la Directiva⁵¹⁶, el artículo 89b(3) del HGB alemán⁵¹⁷ y el artículo 1751 del Código Civil italiano⁵¹⁸. Por último, como ya se mencionó respecto del artículo 308 bis 13 propuesto, considero que el incumplimiento debe ser material, sustancial o “grave”.

Artículo 308 bis 16.- El derecho a la indemnización por clientela se considera de orden público, por lo que sus disposiciones no podrán ser modificadas o derogadas en perjuicio del agente.

Vid. Capítulo V. Regulación de la Agencia en el Mundo, 1. Unión Europea, A) Directiva 86/653-CEE, p. 76.

Artículo 308 bis 17.- Las partes podrán pactar una cláusula de no competencia por la cual se restrinjan las actividades del agente una vez terminada la relación. La cláusula de no competencia únicamente será válida en el supuesto y en la medida en que:

I. Se haya establecido por escrito.

⁵¹⁶Directiva 86/653/CEE de la Unión Europea

Artículo 18

No habrá lugar a indemnización o a reparación con arreglo al artículo 17:

a) cuando el empresario haya puesto fin al contrato por un incumplimiento imputable al agente comercial que, en virtud de la legislación nacional, justifique la terminación del contrato sin preaviso;

b) cuando el agente comercial haya puesto fin al contrato, a menos que esta terminación estuviere justificada por circunstancias atribuibles al empresario o por la edad, invalidez o enfermedad del agente comercial, circunstancias por las que ya no se pueda exigir razonablemente la continuidad de sus actividades;

c) cuando, en virtud de pacto con el empresario, el agente comercial ceda a un tercero los derechos y obligaciones de que es titular en virtud del contrato de agencia.

⁵¹⁷ Alemania. HGB

Section 89b

(3) *The claim to indemnity shall not arise if*

1. *the commercial agent has terminated the agency contract, unless the conduct of the principal gave justified grounds for doing so, or the commercial agent cannot reasonably be expected to continue his activities on account of his age or of illness, or*

2. *the principal has terminated the agency contract and there was a compelling reason for such termination owing to culpable conduct on part of the commercial agent, or*

3. *a third party enters into the agency contract in place of the commercial agent on the basis of an agreement between the principal and the commercial agent; such agreement cannot be made prior to the termination of the agency contract.*

⁵¹⁸ Italia. Codice Civile.

Art. 1751.

(...)

L'indennità non è dovuta:

quando il preponente risolve il contratto per un'inadempienza imputabile all'agente, la quale, per la sua gravità, non consenta la prosecuzione anche provvisoria del rapporto;

quando l'agente recede dal contratto, a meno che il recesso sia giustificato da circostanze attribuibili al preponente o da circostanze attribuibili all'agente, quali età, infermità o malattia, per le quali non può più essergli ragionevolmente chiesta la prosecuzione dell'attività;

quando, ai sensi di un accordo con il preponente, l'agente cede ad un terzo i diritti e gli obblighi che ha in virtù del contratto d'agenzia.

(...)

- II. Se encuentre dirigida al sector geográfico y/o al grupo de personas confiados al agente de manera exclusiva, así como al tipo de operaciones materia del contrato.
- III. No sea mayor a dos años después de terminada la relación contractual, o el plazo en que dure el contrato, en caso de ser menor a dos años.
- IV. La terminación de la relación no se deba a una causa imputable al principal.
- V. Se otorgue al agente una compensación adicional, que resulte razonable, por el periodo en el que se pacte la cláusula de no competencia.

Dicho artículo se basa principalmente en las legislaciones alemana⁵¹⁹ e italiana⁵²⁰.

Artículo 308 bis 18.- Al contrato de agencia le aplicarán supletoriamente las reglas de la comisión mercantil y del mandato del derecho común, en ese orden.

Vid. Capítulo II. Gestión de Negocios Ajenos, 2. Contrato de Agencia, B) Carácter mercantil de la agencia. *Et.* Capítulo V. Regulación de la Agencia en el Mundo, 2. Latinoamérica, B) Otros países de Latinoamérica, p. 133.

⁵¹⁹ Alemania. HGB.

Section 90a

(1) An agreement restricting the business activities of a commercial agent following termination of the agency contract (restraint of trade clause) shall be in writing, and a document signed by the principal and containing the agreed provisions shall be handed over to the commercial agent. The agreement can be concluded for not more than two years starting from termination of the agency contract; such agreement shall cover only the district or group of customers assigned to the commercial agent and only the items in respect of which the commercial agent was required to employ his efforts in order to negotiate or conclude transactions for the principal. The principal shall be obliged to pay the commercial agent a reasonable compensation for the period of the restraint on trade.

(2) The principal can waive the restraint on trade in writing, up until the end of the agency contract, to the effect that, after the expiry of a six-month period following such declaration, he shall be free of the obligation to pay compensation.

(3) Where one party terminates the agency contract for a compelling reason owing to culpable conduct on part of the other party, he shall be entitled to declare himself not bound by the restraint of trade clause by means of a written declaration within one month of such termination.

(4) Divergent agreements to the detriment of the commercial agent are not permitted.

⁵²⁰ Italia. Codice Civile

Art. 1751-bis.

Patto di non concorrenza.

Il patto che limita la concorrenza da parte dell'agente dopo lo scioglimento del contratto deve farsi per iscritto. Esso deve riguardare la medesima zona, clientela e genere di beni o servizi per i quali era stato concluso il contratto di agenzia e la sua durata non può eccedere i due anni successivi all'estinzione del contratto.

L'accettazione del patto di non concorrenza comporta, in occasione della cessazione del rapporto, la corresponsione all'agente commerciale di una indennità di natura non provvigionale. L'indennità va commisurata alla durata, non superiore a due anni dopo l'estinzione del contratto, alla natura del contratto di agenzia e all'indennità di fine rapporto. La determinazione della indennità in base ai parametri di cui al precedente periodo è affidata alla contrattazione tra le parti tenuto conto degli accordi economici nazionali di categoria. In difetto di accordo l'indennità è determinata dal giudice in via equitativa anche con riferimento:

1) alla media dei corrispettivi riscossi dall'agente in pendenza di contratto ed alla loro incidenza sul volume d'affari complessivo nello stesso periodo;

2) alle cause di cessazione del contratto di agenzia;

3) all'ampiezza della zona assegnata all'agente;

4) all'esistenza o meno del vincolo di esclusiva per un solo preponente.

BIBLIOGRAFÍA

American Law Institute, Restatement of the Law – Agency. Restatement (Third) Of Agency. Estados Unidos de América, 2017.

Arce Gargollo, Javier, Contratos Mercantiles Atípicos, México, Editorial Porrúa, 1996.

----- Los contratos de agencia y distribución, Revista Perspectiva Jurídica UP, Año 2, Número 4, México, Universidad Panamericana, 2015.

Barrera Graf, Jorge, Instituciones de Derecho Mercantil, Octava reimpresión, México, Editorial Porrúa, 2010.

----- La rappresentanza, Italia, Società Tipografica Modenese, 1962.

----- La Representación de Sociedades. Conferencia dictada en el Ilustre y Nacional Colegio de Abogados el 21 de julio de 1964, México, Librería de Manuel Porrúa, 1964.

----- La representación voluntaria en derecho privado. Representación de sociedades, México, Universidad Nacional Autónoma de México, 1967

Bassi, Amadeo, et. al., Manuale di Diritto Commerciale, Settima edizione, Italia, Ed. G. Giappichelli Editore, 2006,

Borja Soriano, Manuel, Teoría general de las obligaciones, México, Vigésimoprimera edición, Editorial Porrúa, 2014.

Broseta Pont, Manuel, Manual de Derecho Mercantil, España, Editorial Tecnos, 1972.

Campobasso, Gian Franco, Manuale di Diritto Commerciale, Quinta edizione, Italia, Ed. UTET Giuridica, 2015.

Commission of the European Communities, Report on the Application of Article 17 of Council Directive on the Co-ordination of the Laws of the Member States Relating to Self-Employed Commercial Agents (86/653-ECC), COM(96) 364 final, Bruselas, 23/07/1996, http://aei.pitt.edu/1489/1/commercial_agents_COM_96_364.pdf, fecha de consulta: 28/05/2016.

D'ors, Álvaro, Derecho Privado Romano, Quinta edición, España, Ediciones Universidad de Navarra, 1983

Di Pietro, Alfredo, Institutas de Gayo, Quinta edición, Argentina, Abeledo-Perrot, 1997

Edwards, Chipleric, The Hammurabi Code and the Sinaitic Legislation, England, Watts & Co., 1921.

Evans, Michael (*Deputy Secretariat-General of Unidroit*), Explanatory Report on the Convention on Agency in the International Sale of Goods, Unidroit, 1983, <http://www.unidroit.org/agency-explanatory-report-notes>, fecha de consulta: 01/07/2017.

García del Corral, Ildefonso L., Cuerpo del Derecho Civil Romano. Primera Parte. Instituta-Digesto, España, Editorial Lex Nova, 2004.

Garrigues, Joaquin, Curso de Derecho Mercantil, Tomo I, Séptima Edición, México, Editorial Porrúa, 1979.

----- Curso de Derecho Mercantil, Tomo II, Sexta Edición, México, Editorial Porrúa, 1979

Gastaldi, José María, El Contrato de Agencia Comercial. Su armonización legislativa en el Mercosur y la unión europea, Argentina, Editorial de Belgrano, 1998.

Gordillo Montesinos, Roberto Héctor, Derecho Privado Romano, Segunda Edición, México, Editorial Porrúa, 2008.

Gosch, Tobias, Another Win for European Commercial Agents: Overriding Mandatory Austrian Law Provisions to Supersede Arbitration Agreement, Kluwer Arbitration Blog, August 10, 2017, <http://arbitrationblog.kluwerarbitration.com/2017/08/10/another-win-european-commercial-agents-overriding-mandatory-austrian-law-provisions-supersede-arbitration-agreement/>, fecha de consulta: 2/2/2018.

Henry Campbell Black, M.A., Black's Law Dictionary. Definitions of the Terms and Phrases of American and English Jurisprudence, Ancient and Modern, Abridged Fifth Edition, U.S.A., West Publishing Co., 1983.

International Chamber of Commerce, The ICC Model Commercial Agency Contract, France, ICC Publishing, 1991.

International Institute For The Unification Of Private Law, UNIDROIT Principles, Rome, 2016.

Kramer, Samuel Noah, La historia empieza en Sumer, España, Ediciones Orbis, S.A., 1985.

León Tovar, Soyla H, Contratos Mercantiles, México, Segunda edición Editorial Oxford University Press, 2016.

Lorenzetti, Ricardo Luis, et. al., FUNDAMENTOS DEL ANTEPROYECTO DE CÓDIGO CIVIL Y COMERCIAL DE LA NACIÓN, Argentina, [s.e.], [s.a.], http://www.lavoz.com.ar/files/FUNDAMENTOS_DEL_ANTEPROYECTO_DE_CODIGO_CIVIL_Y_COMERCIAL_DE_LA_NACION.pdf fecha de consulta: 05/05/2017.

Mangas Martín, Araceli, et. Liñán Nogueras, Diego, Instituciones y Derecho de la Unión Europea, España, Editorial McGraw-Hill, 1996.

Mantilla Molina, Roberto L., Derecho Mercantil, Vigésimonovena Edición, México, Editorial Porrúa, 1993.

Martínez-Echevarría y García de Dueñas, Código de Comercio Alemán y Ley de Introducción del Código de Comercio, España, Editorial Marcial Pons, 2005, <http://www.marcialpons.es/static/pdf/100766346.pdf> fecha de consulta: 3/02/2017.

Muñoz, Edgardo, El Derecho de los Contratos y de la Compraventa en Iberoamérica, México, Tirant lo Blanch, 2015

Negro Costea, José Luis, Representación, Mandato y Poder, España, Ministerio de Defensa, 2011.

Pérez Fernández Del Castillo, Bernardo, Representación, poder y mandato. Prestación de servicios profesionales y su ética, Decimosegunda edición, México, Editorial Porrúa, 2003.

Rabinovich-Berkman, Ricardo D., Derecho romano, Argentina, Editorial Astrea, 2001.

Rangel Sánchez, Luis-Felipe, La denuncia unilateral sin justa causa en el contrato de agencia por tiempo indeterminado, [s.l.i.], [s.e.], [s.a.], https://www.boe.es/publicaciones/anuarios_derecho/abrir_pdf.php?id=ANU-C-1985-10006100088_ANUARIO_DE_DERECHO_CIVIL_La_denuncia_unilateral_sin_justa_causa_en_el_contrato_de_agencia_por_tiempo_indeterminado, fecha de consulta: 20/06/2017.

Ramella Agustin, Del Contrato de Cuenta Corriente, Del Mandato Comercial y de la Comisión, Volumen II, Bolaffio, Rocco, Vivante, *Derecho Comercial* T. 11, Tr. Rodolfo O. Fontanarrosa, Argentina, Ediar, S.A. Editores, 1951.

----- Del Contrato de Cuenta Corriente, Del Mandato Comercial y de la Comisión, Volumen I, Bolaffio, Rocco, Vivante, *Derecho Comercial* T. 10, Tr. Rodolfo O. Fontanarrosa, Argentina, Ediar, S.A. Editores, 1951.

Rico Álvarez, Fausto, Garza Bandala, Patricio y Cohen Chicurel, Mischel, Tratado teórico-práctico de derecho de obligaciones, México, Editorial Porrúa, 2013.

Rödl & Partner, et al., Manual del Derecho Internacional de Agencia, Alemania, Ed. Bundesanzeiger Verlagsges, 2007.

Rozès, Jean-Baptiste, Agents Commerciaux: Les Indemnités De Rupture Des Contrats, Village de la Justice, 2013, <http://www.village-justice.com/articles/Agents-commerciaux-indemnite-rupture,15350.html> fecha de consulta: 24/03/2017.

Torrent Ruiz, Armando, Diccionario de Derecho Romano, España, Edisofer Libros Jurídicos, 2005.

Vicent Chuliá, Eduardo, et. Beltrán Alandrete, Teresa, Aspectos Jurídicos de los Contratos Atípicos, Volumen II, España, José maría Bosch Editor, 1995.

Vitellino, Gaetano, Rome II from an Internal Market Perspective (January 8, 2006). A. Malatesta (Ed.), *The Unification of Choice of Law Rules on Torts and Other Non-Contractual Obligations in Europe. The "Rome II" Proposal*, Padova, Cedam, 2006, <http://ssrn.com/abstract=1130846> fecha de consulta: 21/05/2016

Zamora y Valencia, Miguel Ángel, Contratos Civiles, México, Editorial Porrúa, 1981.

Zúñiga Ordoñez, José Luis, Contratos de Concesión Mercantil de Agencia y Franquicia Internacional que se Ejecutan en Colombia, Colombia, Jurídicas CUC, 11(1), 267-292 2015,

tomado de: <http://revistascientificas.cuc.edu.co/index.php/juridicascuc/article/view/704/12>, el: 03/02/2018

SENTENCIAS Y JURISPRUDENCIA

Abogado General Bot, Conclusiones presentadas el 3 de junio de 2010, *Volvo Car Germany GmbH contra AutohofWeidendorf GmbH*, Asunto C-203/09.

<http://eurlex.europa.eu/legalcontent/ES/TXT/?qid=1469026261391&uri=CELEX:62009CC0203#Footref16> fecha de consulta: 20/07/2016.

Abogado General Geelhoed, Conclusiones presentadas el 28 de abril de 2005, *Poseidon Chartering BV contra Marianne Zeeschip VOF y otros*, Asunto C-3/04.

<http://eurlex.europa.eu/legalcontent/ES/TXT/?qid=1499138371641&uri=CELEX:62004CC0003> fecha de consulta: 26/05/2016

Abogado General M. Szpunar, Conclusiones presentadas el 10 de septiembre de 2015,

Marchon Germany GmbH contra Yvonne Karaszkiwicz, Asunto C-315/14.

<http://eurlex.europa.eu/legalcontent/ES/TXT/?qid=1498967109671&uri=CELEX:62014CC0315> fecha de consulta: 01/07/2017

Abogado General M. Szpunar, Conclusiones presentadas el 26 de octubre de 2016, *Agro Foreign Trade & Agency Ltd contra Petersime NV*, Asunto C-507/15.

<http://eurlex.europa.eu/legalcontent/ES/TXT/?uri=CELEX:62015CC0507&qid=1498951483369> fecha de consulta: 01/07/2017

Abogado General Poiares Maduoro, Conclusiones presentadas el 19 de noviembre de 2008, *Turgay Semen contra Deutsche Tamoil GmbH*, Asunto C-348/07.

<http://eurlex.europa.eu/legalcontent/ES/TXT/?qid=1468249042782&uri=CELEX:62007CC0348> fecha de consulta: 11/07/2016.

-----, Conclusiones presentadas el 25 de octubre de 2005, *Honyvem Informazioni Commerciali Srl contra Mariella De Zotti*, Asunto C-465/04,

<http://eurlex.europa.eu/legalcontent/ES/TXT/?qid=1464364935536&uri=CELEX:62004CC0465#Footnote12> fecha de consulta: 27/05/2016.

Abogado General Wahl, Conclusiones presentadas el 15 de mayo de 2013, *United Antwerp Maritime Agencies (Unamar) NV contra Navigation Maritime Bulgare*, Asunto C-184/12,

<http://eurlex.europa.eu/legalcontent/ES/TXT/?qid=1469807707225&uri=CELEX:62012CC0184#Footref13> fecha de consulta: 29/07/2016.

Consejo General del Poder Judicial, Sentencia de 14 de marzo de 1986, Núm 173, Tribunal Supremo. Sala de lo Civil, Madrid, España, Recurso de Casación, Ponente: Antonio Fernández Rodríguez.

<http://www.poderjudicial.es/search/doAction?action=contentpdf&databasematch=TS&referen ce=4396571&links=mandato&optimize=19960111&publicinterface=true>, fecha de consulta: 08/05/2016

Cour de Cassation, Chambre commerciale (Francia), Audience publique du 15 octobre 2002, N° de pourvoi: 00-18.122, <https://www.legifrance.gouv.fr/affichJuriJudi.do?oldAction=rechJuriJudi&idTexte=JURITEXT000007447118&fastReqId=1008674828&fastPos=1> fecha de consulta: 24/03/2017.

Cour de Cassation, Chambre commerciale (Francia), Audience publique du mardi 5 avril 2005, N° de pourvoi: 03-15316, <https://www.legifrance.gouv.fr/affichJuriJudi.do?oldAction=rechJuriJudi&idTexte=JURITEXT000007489866&fastReqId=1376793709&fastPos=18> fecha de consulta: 27/03/2017.

Cour de cassation, chambre commerciale (Francia), Audience publique du mercredi 15 mars 2017, N° de pourvoi: 15-14699, <https://www.legifrance.gouv.fr/affichJuriJudi.do?oldAction=rechJuriJudi&idTexte=JURITEXT000034217968&fastReqId=2111186164&fastPos=9> fecha de consulta: 27/03/2017.

Cour de Cassation, Chambre commerciale (Francia), Audience publique du mardi 25 juin 2002, N° de pourvoi: 99-20959, <https://www.legifrance.gouv.fr/affichJuriJudi.do?oldAction=rechJuriJudi&idTexte=JURITEXT000007045467&fastReqId=2111186164&fastPos=15> fecha de consulta: 27/03/2017.

Semanario Judicial de la Federación, Tesis, Cuarta Sala, Sexta Época, Volumen CII, Quinta Parte, pag. 25, Registro N° 273430 , Rubro: “AGENTES DE COMERCIO. CASO EN QUE TIENEN EL CARACTER DE TRABAJADORES.”.

Semanario Judicial de la Federación, Tesis: I.6o.T.190 L, Tomo XVIII, Agosto de 2003, Pág. 1669, Registro N° 183641, Rubro: “AGENTES DE COMERCIO. EL ELEMENTO ESENCIAL PARA ACREDITAR SU RELACIÓN DE TRABAJO ES LA EXISTENCIA DE LA SUBORDINACIÓN.”

STS 886/2005, Tribunal Supremo, Sala Primera de lo Civil., <http://www.poderjudicial.es/search/contenidos.action?action=contentpdf&datasematch=TS&reference=1081117&links=%22886%2F2005%22&optimize=20051215&publicinterface=tr> ue fecha de consulta: 27/10/2017

Tribunal de Justicia de la Unión Europea, Auto de 10 de febrero de 2004, *Mavrona & Sia OE v Delta Etaireia Symmetochon AE, formerly Delta Protypos Viomichania Galaktos AE.*, Asunto C-85/03, <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/PDF/?uri=CELEX:62003CO0085&qid=1464135229353&from=EN>, fecha de consulta: 25/05/2016

Tribunal de Justicia de la Unión Europea, Auto de 10 de febrero de 2004, *Mavrona & Sia OE v Delta Etaireia Symmetochon AE, formerly Delta Protypos Viomichania Galaktos AE.*, Asunto C-85/03, <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/PDF/?uri=CELEX:62003CO0085&qid=1464135229353&from=EN> fecha de consulta: 25/05/2016

Tribunal de Justicia de la Unión Europea, Auto de 6 de marzo de 2003, *Abbey Life Co. Ltd contra Kok Theam Yeap*, Caso C-449/01, <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/PDF/?uri=CELEX:C2003/146/21&from=ES> fecha de consulta: 26/05/2016

Tribunal de Justicia de la Unión Europea, Sentencia de 28 de octubre de 2010, *Volvo Car Germany GmbH contra Autohof Weidensdorf GmbH*, Asunto C-203/09, <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/?qid=1469026261391&uri=CELEX:62009CJ0203> fecha de consulta: 20/07/2016.

Tribunal de Justicia de la Unión Europea, Sentencia de 12 de diciembre de 1996, *Georgios Kontogeorgas contra Kartonpak AE.*, Asunto C-104/95, <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/?uri=CELEX%3A61995CJ0104> fecha de consulta: 23/05/2016

Tribunal de Justicia de la Unión Europea, Sentencia de 13 de julio de 2000, *Centrosteeel Srl contra Adipol GmbH*, Asunto C-456/98, <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/HTML/?uri=CELEX:61998CJ0456&from=EN> fecha de consulta: 20/06/2016

Tribunal de Justicia de la Unión Europea, Sentencia de 16 de febrero de 2017, *Agro Foreign Trade & Agency Ltd contra Petersime NV*, Asunto C-507/15, <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/?uri=CELEX:62015CJ0507&qid=1498951483369> fecha de consulta: 01/07/2017

Tribunal de Justicia de la Unión Europea, Sentencia de 16 de marzo de 2006, *Poseidon Chartering BV contra Marianne Zeeschip VOF y otros*, Asunto C-3/04, <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/?uri=CELEX:62004CJ0003> fecha de consulta: 26/05/2016

Tribunal de Justicia de la Unión Europea, Sentencia de 17 de enero de 2008, *Herederos de Paul Chevassus-Marche contra Groupe Danone, Société Kro beer brands SA (BKSA) y Société Évian eaux minérales d'Évian SA (SAEME)*, Asunto C-19/07, <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/?qid=1467910239584&uri=CELEX:62007CJ0019> fecha de consulta: 07/07/2016.

Tribunal de Justicia de la Unión Europea, Sentencia de 17 de mayo de 2017, *ERGO Poist'ovňa a.s. contra Alžbeta Barlíková*, Asunto C-48/16, <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/?uri=CELEX:62016CJ0048&qid=1498951483369> fecha de consulta: 01/07/2017

Tribunal de Justicia de la Unión Europea, Sentencia de 17 de octubre de 2013, *United Antwerp Maritime Agencies (Unamar) NV contra Navigation Maritime Bulgare*, Asunto C-184/12, <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/?qid=1469807707225&uri=CELEX:62012CJ0184> fecha de consulta: 29/07/2016.

Tribunal de Justicia de la Unión Europea, Sentencia de 23 de marzo de 2006, *Honyvem Informazioni Commerciali Srl contra Mariella De Zotti*, Asunto C-465/04, <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/?qid=1464364935536&uri=CELEX:62004CJ0465> fecha de consulta: 27/05/2016.

Tribunal de Justicia de la Unión Europea, Sentencia de 26 de marzo de 2009, *Turgay Semen contra Deutsche Tamoil GmbH*, Asunto C-348/07, <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/?qid=1468249042782&uri=CELEX:62007CJ0348> fecha de consulta: 11/07/2016.

Tribunal de Justicia de la Unión Europea, Sentencia de 3 de diciembre de 2015, *Quenon K. SPRL contra Beobank SA y Metlife Insurance SA.*, Asunto C-338/14, <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/?uri=CELEX:62014CJ0338> fecha de consulta: 01/07/2017

Tribunal de Justicia de la Unión Europea, Sentencia de 30 de abril de 1998, *Barbara Bellone contra Yokohama SpA*, Asunto C-215/97, <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=CELEX:61997CJ0215> fecha de consulta: 22/05/2016

Tribunal de Justicia de la Unión Europea, Sentencia de 6 de marzo de 2003, *Francesca Caprini contra Conservatore di Commercio, Industria, Artigianato e agricoltura (CCIAA)*, Asunto C-485/01, <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/?uri=CELEX:62001CJ0485> fecha de consulta: 24/05/2016

Tribunal de Justicia de la Unión Europea, Sentencia de 7 de abril de 2016, *Marchon Germany GmbH contra Yvonne Karaszkiwicz*, Asunto C-315/14, <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/?uri=CELEX:62014CJ0315&qid=1498952270570> fecha de consulta: 01/07/2017

Tribunal de Justicia de la Unión Europea, Sentencia de 9 de noviembre de 2000, *Ingmar GB Ltd contra Eaton Leonard Technologies Inc*, Asunto C-381/98, <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/?uri=CELEX%3A61998CJ0381> fecha de consulta: 22/05/2016

LEGISLACIÓN

Bürgerliches Gesetzbuch (BGB) Código Civil de Alemania
http://www.gesetze-im-internet.de/englisch_hgb/index.html, fecha de consulta: 07/03/2017.

Code de commerce.
https://www.legifrance.gouv.fr/affichCode.do;jsessionid=F7D56EF30E403257EB8FD8A5A029852A.tpdila21v_1?idSectionTA=LEGISCTA000006146035&cidTexte=LEGITEXT000005634379&dateTexte=20160831 consultado el: 23/03/2017.

Codice Civile Italiano

Código Canónico.

Código Civil Federal

Código Civil y Comercial de la Nación de Argentina.

Código de Comercio

Código de Comercio de Bolivia
http://www.oas.org/juridico/spanish/mesicic3_blv_codcomer.pdf

Código de Comercio de la República Bolivariana de Venezuela
<http://www.finanzas.usb.ve/sites/default/files/C%C3%B3digo%20de%20Comercio.pdf>

Código de Comercio de la República de Chile

<https://www.leychile.cl/Navegar?idNorma=1974>

Código de Comercio de la República de Colombia

<http://www.alcaldiabogota.gov.co/sisjur/normas/Norma1.jsp?i=41102>

Código de Comercio de la República de Guatemala

https://www.rgp.org.gt/docs/legislacion_registral/Codigo%20de%20Comercio.pdf

Código de Comercio de la República de Honduras

http://www.bch.hn/download/juridico/leyes/codigo_comercio.pdf

Código de Comercio de la República de El Salvador

<https://www.asamblea.gob.sv/eparlamento/indice-legislativo/buscador-de-documentos-legislativos/codigo-de-comercio>

Código de Comercio de la República de Nicaragua

<http://www.registropublico.gob.ni/Files/PDF/MarcoLegal/Codigos/Codigo-Comercio.pdf>

Código de Comercio de la República del Ecuador

<http://www.desarrolloamazonico.gob.ec/wp-content/uploads/downloads/2014/05/CODIGO-DE-COMERCIO-act.pdf>

Código de Comercio de la República del Perú

www.oas.org/juridico/spanish/mesicic3_per_codcomercio.doc

Código de Comercio de la República Oriental del Uruguay

<https://parlamento.gub.uy/sites/default/files/CodigoComercio2014-03.pdf>

Código de Comercio Español

<https://www.boe.es/legislacion/codigos/codigo.php?id=35>

Código de Comercio italiano de 1882

<https://ia802703.us.archive.org/20/items/codicedicommerc00italgoog/codicedicommerc00italg oog.pdf>

Convención de las Naciones Unidas sobre los Contratos de Compraventa Internacional de Mercaderías, Viena, 1980

http://www.uncitral.org/uncitral/es/uncitral_texts/sale_goods/1980CISG.html

Convención sobre la representación (*Agency*) en la compraventa internacional de mercaderías.

Directiva 86/653/CEE

Handelsgesetzbuch (HGB) (Código de Comercio Alemán)

http://www.gesetze-im-internet.de/englisch_hgb/index.html, el 03/01/2017.

Ley 12/1992, de 27 de mayo, sobre Contrato de Agencia,

<http://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-1992-12347>

Ley Aduanera

Ley de Instituciones de Seguros y Fianzas

Ley de Navegación y Comercio Marítimos

Ley del Impuesto al Valor Agregado

Ley Federal del Trabajo

Leyes 4,886, 8,420 y 12,246 de Brasil: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L4886.htm

Real Decreto 1438/1985, de 1 de agosto, por el que se regula la relación laboral de carácter especial de las personas que intervengan en operaciones mercantiles por cuenta de uno o más empresarios, sin asumir el riesgo y ventura de aquéllas (España)

https://www.boe.es/diario_boe/txt.php?id=BOE-A-1985-17410 fecha de consulta: 07/02/2017.

Reglamento de Agentes de Seguros y Fianzas

Reglamento Roma I,

<http://eurlex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:L:2008:177:0006:0016:ES:PDF> fecha de consulta: 22/05/2016

Tratado constitutivo de la Comunidad Económica Europea, (Tratado de Roma de 1957)
<http://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/?uri=uriserv%3Axy0023> fecha de consulta: 12/05/2016

Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea,
<http://eurlex.europa.eu/legalcontent/ES/TXT/PDF/?uri=CELEX:12012E/TXT&from=ES> fecha de consulta: 12/05/2016

Tratado de la Unión Europea

<http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:C:2008:115:0013:0045:es:PDF> fecha de consulta: 12/05/2016

Uniform Commercial Code