

## Notas sobre la nueva Ley del contrato de Agencia

DANIEL RODRÍGUEZ RUIZ DE VILLA

Abogado. Ilustre Colegio de Abogados de Oviedo

**SUMARIO:** I. Introducción y aspectos generales de la Ley del Contrato de Agencia.—II. El Contrato de Agencia: Concepto y Caracteres.—III. Contenido del Contrato.—1. Obligaciones del Agente. 2. Obligaciones del Empresario. 3. La Remuneración del Agente. A) Los Sistemas de Remuneración. B) La Retribución por Comisiones. C) La Efectividad de la Remuneración: Devengo, Información, Pago, Pérdida y Reembolso de Gastos. D) Convenio sobre la Prima.—IV. La Extinción del Contrato de Agencia. 1. Extinción por Causa de Muerte. 2. La Extinción por el Transcurso del Tiempo. A) Los Contratos por Tiempo Determinado. B) Los Contratos por Tiempo Indefinido. 3. La Indemnización por Clientela. 4. La Indemnización por Daños y Perjuicios. 5. Inexistencia y Pérdida de los Derechos a Indemnización por Clientela y por Daños y Perjuicios.

### I. INTRODUCCION Y ASPECTOS GENERALES DE LA LEY DEL CONTRATO DE AGENCIA

Dentro del amplio proceso de Reforma de nuestro Derecho Mercantil que se está desarrollando durante estos últimos años, se ha publicado recientemente la Ley 12/1992, de 27 de mayo, del Régimen Jurídico del Contrato de Agencia (Aranzadi 1992/1.216, BOE de 29 de mayo de 1992), en adelante, para abreviar, Ley del Contrato de Agencia.

Esta Ley viene a regular por vez primera en nuestro Ordenamiento Jurídico, de una forma general, el contrato mercantil de Agencia, un contrato dotado, como señala generalmente la doctrina mercantilista, de una tipicidad social, pero carente hasta la publicación de dicha norma de una tipicidad jurídica en nuestro Derecho (1). Se trata de una

---

(1) Antonio PÉREZ DE LA CRUZ BLANCO, en el Prólogo a la obra de Fernando VALENZUELA GARACH, «El Agente Comercial», «Cuadernos de los Studia Albornotiana».

Léy anhelada desde hacía bastante tiempo por dicha doctrina (2), pues hasta este momento la solución de los conflictos planteados en la vida diaria entre los intervinientes en tal contrato tenía que darse sobre la base de la doctrina jurisprudencial que se había venido decantando y que, a su vez, se había apoyado en tres pilares: el Derecho Comparado; la aplicación de los preceptos legales reguladores de contratos afines (fundamentalmente del contrato de comisión); y los estudios llevados a cabo por la doctrina.

Conviene así y todo destacar que aun cuando no contásemos hasta la aprobación de la meritada Ley con una norma reguladora del contrato de agencia en general, es lo cierto que sí se podía hablar de regulaciones sectoriales del mismo:

a) Así, se **contaba con el Real Decreto 3.595/1977, de 30 de diciembre** (Aranzadi 1978/313, BOE de 13 de febrero de 1978), por el que se aprobó el Estatuto General de los Colegios Oficiales de Agentes Comerciales, en el que en lugar de definir el contrato de agencia se definía al agente comercial. Se trataba de una norma de índole eminentemente administrativa y que regulaba indirectamente aspectos de una modalidad del contrato de agencia, la agencia comercial, si bien es cierto que se trata de la de más amplia difusión.

Relacionado con el meritado Real Decreto, se aprobó más tarde el **Real Decreto 1.438/85, de 1 de agosto** (Aranzadi 1985/2.035, BOE de 15 de agosto), que regula la relación laboral especial de los representantes de comercio. Esta norma se utilizó también a los efectos de diferenciar entre el contrato mercantil de agencia y el laboral contrato que une a los representantes y viajantes de comercio con sus empresarios, con lo que, a la vez, se lograba ir perfilando más el atípico contrato mercantil de agencia.

b) Existían también normas atinentes a otras modalidades especiales de la Agencia, tales como las relativas a los agentes de seguros —**Real Decreto Legislativo 1.347/1985, de 1 de agosto**, por el que se aprobó el Texto Refundido de las Ley Reguladora de la Producción de Seguros Privados (Aranzadi 1985/1.935 y 2.411; BBOOEE de 3 y 9 de

---

na», Zaragoza, 1986, p. 7, incluía al contrato de agencia en la «categoría de las relaciones jurídicas desahoradas por cuanto no lograron encontrar cartas de vecindad en el momento de redactarse dos cuerpos legales básicos de nuestro Derecho privado: el Código de Comercio, de 1885, y el Civil, de 1888».

(2) Así LUÍS FELIPE RAGEL SÁNCHEZ, reiteradamente, primero en «La Denuncia Unilateral sin Justa Causa en el Contrato de Agencia por Tiempo Indeterminado», «Anuario de Derecho Civil», 1985, p. 86, hace mención a la deseada ley reguladora del contrato de agencia; más tarde, en el «Comentario a la Sentencia de la Sala 1.<sup>a</sup> del Tribunal Supremo de 16 de febrero de 1990», «Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil» n.º 23, Sentencia n.º 596, p. 464, vuelve a referirse, antes de la aprobación de la Ley objeto de este trabajo, al «largo peregrinaje que están soportando los agentes de comercio hacia la anhelada tierra prometida de la seguridad jurídica».

octubre) modificado por el **Real Decreto Legislativo 1.300/1986, de 28 de junio** (Aranzadi 1986/2.111; BOE de 30 de junio)— y a los agentes publicitarios (3).

c) En último término se había aprobado ya en el seno de las Comunidades Europeas la **Directiva 86/653, de 18 de diciembre** (D.O.C.E. de 31 de diciembre de 1986, n.º L 382/17), relativa a la coordinación de los derechos de los Estados miembros en lo referente a los agentes comerciales independientes (4). Esta Directiva obligaba, en su artículo 22, a que España, en cuanto que Estado miembro de las Comunidades desde el día 1 de enero de 1986, aprobase, con anterioridad al día 1 de enero de 1990, las normas internas de transposición necesarias para lograr los objetivos fijados en la misma.

Es claro que nuestra Ley de transposición (veremos cómo esta Ley ha ido más allá de alcanzar los objetivos comunitarios), que es objeto de este artículo, fue aprobada con posterioridad a dicha fecha, por lo que Ragel Sánchez (5) defiende que a partir del 1 de enero de 1990, an-

(3) Sobre normas específicas reguladoras de otros tipos de agencia, tales como las de publicidad, de viajes, de transportes, Vid. Manuel BROSETA PONT, «Manual de Derecho Mercantil», «Editorial Tecnos», 8.ª Edición, Madrid, 1990, p. 452.

(4) Para un estudio sobre las Propuestas de Directivas y reformados de las mismas que condujeron a esta Directiva 86/653, puede consultarse María Victoria SADA, «Los Agentes», «Revista de Derecho Mercantil» n.º 161-162, julio-diciembre 1981, pp. 611-623 y Fernando VALENZUELA GARACH, «El Agente Comercial», ... ya citado, pp. 57-78.

(5) Vid. Luís Felipe RAGEL SÁNCHEZ, «Comentario a la Sentencia de la Sala 1.ª del Tribunal Supremo de 22 de febrero de 1990», ... ya citado, p. 471. Defiende este autor, aun sin manifestarlo expresamente, la aplicación de la doctrina del «efecto directo» de las Directivas Comunitarias en aquellos puntos en que las mismas sean imperativas e incondicionales, tan en boga en la doctrina jurisprudencial del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas y aplicado ya también en nuestra Jurisprudencia interna. A través de dicha doctrina se dota a las Directivas Comunitarias de una eficacia cuasi-reglamentaria, una vez transcurridos los periodos de adaptación de los diferentes Derechos internos de los Estados miembros.

Sobre la eficacia directa de las Directivas Comunitarias, puede consultarse, entre otros, por cuanto que combina una visión teórica y práctica de la misma —al ser Comentario a una Sentencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas— el siguiente artículo doctrinal: David ORDÓÑEZ SOLÍS, «El Efecto (Directo e Indirecto) de las Directivas y la Nulidad de las Sociedades Mercantiles», (Comentario a la Sentencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas de 13 de noviembre de 1990), «La Ley, Comunidades Europeas», Año XII, n.º 63, 11 de marzo de 1991, pp. 1-7.

Ya anteriormente, Fernando VALENZUELA GARACH, «El Agente Comercial: Algunos Apuntes sobre la Delimitación y la Disciplina Jurídica de su Actividad Mercantil», «Revista Jurídica Española La Ley», 1989-4, pp. 1144-1157, había manifestado que el exceso de trabajo de la Sección de Derecho Mercantil de la Comisión General de Codificación haría imposible el cumplimiento de los plazos de adaptación de nuestro Derecho Interno al ordenamiento comunitario que se preveía en la ya señalada Directiva.

te la falta de legislación interna, fue ya aplicable dicha Directiva a los contratos de agencia celebrados en España tras dicha fecha, así como sería aplicable a partir del 1 de enero de 1994 a los contratos de agencia celebrados con anterioridad, para el caso de que aun no se hubiese aprobado nuestra norma interna.

De acuerdo con lo expuesto es claro que la Ley del Contrato de Agencia se inserta dentro de la adaptación de nuestro Derecho Mercantil a la normativa comunitaria, uno de cuyos hitos más importantes ha sido la aprobación de la Ley 19/1989, de 25 de julio de Reforma Parcial y Adaptación de la Legislación Mercantil a las Directivas de la Comunidad Económica Europea en Materia de Sociedades, y los subsiguientes Texto Refundido de la Ley de Sociedades Anónimas, y Reglamento del Registro Mercantil, esperándose la pronta aparición del Texto Refundido de la Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada. Pero a diferencia de lo que ocurre con esos textos legales, aquí no sólo nos vamos a encontrar con una adaptación de una normativa ya existente en nuestro ordenamiento a la normativa comunitaria, sino que como dice la propia Exposición de Motivos de la Ley del Contrato de Agencia (Apartado 1, último párrafo) nos encontramos ante una regulación «ex novo» del contrato de agencia, que va más allá de las directrices impuestas por el Derecho Comunitario.

Es de destacar también la incidencia que la normativa comunitaria va a tener en aquellas modalidades de agencia que impliquen la promoción y, en su caso, conclusión por el agente de las denominadas ventas celebradas fuera del establecimiento del vendedor. Pensemos que en los casos de agencia de ventas, es frecuente que el tercero que el vendedor capta para contratar puede ser el destinatario final de los bienes vendidos, esto es, el consumidor de los mismos, que, además, va a celebrar el contrato sin ni siquiera haber acudido al establecimiento mercantil del vendedor, así como sin haber visto personalmente los bienes comprados (compra sobre catálogo, sobre muestra); de otro lado, ha sido el propio agente el que se ha dirigido, en bastantes ocasiones, al consumidor para que éste celebre el contrato de compraventa objeto, a su vez, del contrato mercantil de agencia. Para estos supuestos se hace necesaria la aprobación de una Ley estatal; algunas Comunidades Autónomas han dictado ya normas sobre la cuestión, tendentes a dotar de una protección adicional e inderogable a ese consumidor: cabe citar, en este punto, de un lado, el reconocimiento del derecho especial e irrenunciable del consumidor a revocar su consentimiento en un determinado plazo a partir de la manifestación del mismo sin que ello dé lugar a ningún tipo de responsabilidad por su parte; de otro lado, también se postula la responsabilidad solidaria de agente y empresa-

rio principal por el incumplimiento de las normas reguladoras de este tipo especial de ventas (6).

Analizando, en esta Introducción, cuáles son las notas más destacadas que presenta la Ley del Contrato de Agencia, podemos sintetizar las siguientes:

a) Desde el punto de vista de su rango normativo, se trata, como es obvio, de una **Ley formal**, aprobada por nuestras Cortes Generales, con lo que se cumple el criterio expuesto por Valenzuela Garach (7), para quien el referido rango normativo venía exigido porque era el mismo tipo de norma el que venía regulando contratos de una entidad semejante a la agencia, como es el caso de la comisión mercantil, ya reglamentada en nuestro Código de Comercio.

b) Se trata de una **Ley especial**, lo que implica que el contrato de agencia, aun a pesar de calificarse de mercantil en la propia Exposición de Motivos de la Ley del Contrato de Agencia y de rama desgajada del tronco común de la comisión mercantil, regulada ésta sí en el Código de Comercio, se ha extraído de la regulación en dicho texto legal, prefiriéndose su tratamiento en una Ley especial como es la que ahora estudiamos.

El Apartado 1 de la Exposición de Motivos de la Ley del Contrato de Agencia considera que, tanto razones de dificultad de ubicación sistemática de la Agencia en el Código de Comercio (sería preciso modificar la numeración de bastantes de sus preceptos para dar cabida a una regulación tan detallada como la que proporciona la Ley), como la política legislativa que se viene desarrollando en los últimos años (consistente en la aprobación de Leyes especiales), conducen a la elaboración de la Ley del Contrato de Agencia (8). Nos encontramos, pues, ante un paso más en el abandono de los afanes codificadores que durante el siglo pasado influyeron en el Derecho Europeo, superados por la tendencia actual hacia una legislación especializada de cada contrato e institución jurídica.

c) Se trata de una **Ley de carácter imperativo**, tal y como dispone su artículo 3. Su imperatividad se debe a la búsqueda de una protec-

---

(6) Vid. sobre los contratos realizados fuera del establecimiento (principalmente ventas), el interesante artículo de Mercedes VERGEZ SÁNCHEZ, «Régimen Jurídico de los Contratos Realizados Fuera de Establecimiento» (*Una Aproximación al Derecho Europeo*), «Derecho Mercantil de la Comunidad Económica Europea», «Estudios en Homenaje a José GIRON TENA», Civitas, Madrid, 1991, pp. 1185-1202.

(7) Vid. Fernando VALENZUELA GARACH, «El Agente Comercial: Algunos Apuntes ...», ... ya citado, p. 1150.

(8) Vid. Aurelio MENÉNDEZ MENÉNDEZ, «El Derecho Mercantil en el Siglo XXI», «Revista Jurídica Española LA LEY» 1990-4, pp. 1197-1202, en especial, pp. 1198-1199, quien se refiere a que la única salida, coyuntural o no, para la renovación normativa del Derecho Mercantil es por la vía de las Leyes Especiales (habla de «caer en la tentación de las Leyes Especiales»), al considerar que «una codificación total y renovada del Derecho Mercantil no es hacendera en este momento».

ción de la parte contratante más débil, esto es, del agente comercial. Con esta tendencia proteccionista (9) se atenuará, en parte, la utilización de este tipo de contratos como refugio de los empresarios (10) para evadirse de la mayor protección que el Derecho del Trabajo proporcionaba a los representantes de comercio, y decimos que en parte pues todavía sigue siendo mayor la protección dispensada por el Derecho del Trabajo a dichos representantes de comercio que por el Derecho Mercantil a los agentes.

Dicha imperatividad no es absoluta, sino que viene matizada y condicionada en un doble aspecto: de un lado, existen preceptos en la Ley que son dispositivos, en el sentido de que facultan directamente a los contratantes para que pacten lo contrario de lo dispuesto en los mismos, y de otro lado los hay que permiten una libertad de pacto dentro de los límites máximos fijados por la propia Ley (estos últimos pactos se caracterizan porque, en su mayor parte, benefician al agente, pues los hay que, por ejemplo, se refieren a reducciones de plazos para recibir informaciones para efectuar pagos de comisiones).

Se suprime, por tanto, el criterio de adecuar el grado de imperatividad a la importancia y fortaleza económica del agente, que se había previsto en la Propuesta de Directiva Comunitaria de 17 de diciembre de 1976, en la que se preveía que, superado un determinado importe de capital desembolsado por el agente persona jurídica, se podían derogar determinadas disposiciones de la propia Directiva, que para el caso de contratar con agentes de menor potencial económico seguían siendo imperativas.

Ello ha planteado problemas, a juicio de la doctrina, por cuanto que la regulación normativa actual implica abarcar a muy diversas modalidades de agentes, que van desde el cuasi-trabajador hasta el típicamente empresario (puede llegar a tener el agente un volumen de operaciones, un número de trabajadores, unas instalaciones, muy superiores a los de su empresario principal), con lo que se debe tratar de homogeneizar las normas de protección cuya intensidad debería variar en

---

(9) Para Sergio SÁNCHEZ SOLE, «Comentario a la Ley sobre el Contrato de Agencia» «Praxis Mercantil», Apéndice 13, Boletín de Información de 15 de junio de 1992, p. 83, esta norma presenta caracteres más propios del Derecho Laboral que del Derecho Mercantil. A nuestro juicio, se inserta en la tendencia creciente a la disminución del juego de la autonomía de la voluntad en el ámbito del Derecho Mercantil, originado por el creciente interés que la sociedad, en su conjunto, tiene en el establecimiento de unas adecuadas normas jurídicas que garanticen y aseguren el adecuado funcionamiento del mercado; ahora bien, ello no debe hacernos olvidar que el principio general sigue siendo el de autonomía de la voluntad, por lo que será necesaria una visión flexible, que permita acuerdos «extra legem» entre los contratantes, siempre que no colisionen frontalmente con la propia Ley, en este caso especialmente del contrato de agencia, con la moral o con el orden público.

(10) Vid. Luís Felipe RAGEL SÁNCHEZ, «La Denuncia Unilateral ...», ... ya citado. pp. 61-87, en especial pp. 63-64.

función del mayor o menor desequilibrio existente entre los contratantes de la agencia.

En realidad, el análisis de los sucesivos Proyectos previos a la Directiva Comunitaria 86/653 muestra una evolución hacia la atenuación del carácter tuitivo de la normativa, con la correspondiente cesión de imperatividad y otorgamiento de mayor libertad a las partes contratantes, conveniente para un adecuado desarrollo de los negocios.

Buena muestra de la finalidad tuitiva para el agente, que manifiesta la imperatividad de la Ley del Contrato de Agencia, se puede apreciar en el fuero especial de competencia territorial, previsto en su Disposición Adicional, norma de carácter eminentemente procesal y que debe añadirse a los fueros especiales de competencia previstos en el artículo 63 de la Ley de Enjuiciamiento Civil. Se trata de una norma imperativa, no derogable por la voluntad de los contratantes, que excluye los fueros de competencia pactados (11), atribuyendo el conocimiento de cuantos litigios nazcan del contrato de agencia al Juez del domicilio del agente (12).

d) Es una **Ley común**: la propia Ley se erige, como señala el Apartado 3 de su Exposición de Motivos, en «derecho común aplicable a toda clase de agencias mercantiles» (sería mejor, a nuestro juicio, haber dicho a toda clase de contratos mercantiles de agencia), quedando excluidos expresamente de su aplicación los agentes que actúen en mercados secundarios oficiales o reglamentados de valores (artículo 3.2). El hecho de que en nuestro ordenamiento sigamos sin normas que regulen expresamente otros contratos de colaboración empresarial, tales como la distribución, la concesión, la mediación o el corretaje, la franquicia, puede determinar que algunas de las soluciones que han adquirido soporte legal con la aprobación de esta Ley del Contrato de Agencia, se extiendan por la doctrina y Jurisprudencia a esas otras modalidades contractuales huérfanas de regulación legal, en tanto en cuanto no desvirtúen su peculiar naturaleza jurídica, adquiriendo, en ese caso, la Ley, que ve-

---

(11) Podemos insertar esta norma en la Reforma de nuestro Derecho Procesal tendente a proteger a las partes contratantes más débiles, a través del establecimiento de fueros de competencia vinculantes. Así es de reseñar la nueva redacción dada al artículo 1.439 de la Ley de Enjuiciamiento Civil por virtud de la Ley 10/1992, de 30 de abril, de Medidas Urgentes de Reforma Procesal.

(12) Se evitan así los pactos que atribuían la competencia para el conocimiento de estos litigios a los Juzgados del domicilio de la empresa representada por el agente, generalmente separado del domicilio del agente, con las dificultades que para el agente supone todo litigio fuera de su domicilio, tal y como expuso Luis Felipe RAGEL SÁNCHEZ, «La Denuncia Unilateral ...», ... ya citado, p. 64. Al ser norma procesal, es una norma de orden público, que no puede ser derogada por la voluntad de los contratantes.

nimos tratando, el carácter de norma de derecho común de los contratos de colaboración empresarial (13).

De esta forma podemos decir que es una Ley Común en un doble aspecto: respecto de las diversas modalidades del contrato de agencia y respecto de las diversas modalidades de contratos de colaboración empresarial jurídicamente atípicos.

e) Se trata de una **Ley de carácter objetivo y no subjetivo**, según se desprende ya de su propio título, pues en la misma se toma como base no al sujeto, agente comercial, sino al instrumento jurídico a través del cual se articula su actuación profesional, esto es, la celebración del contrato de agencia mercantil. Así se destaca expresamente en el Apartado 1, punto 2, de la Exposición de Motivos, lo que supone apartarse de la concepción del modelo alemán que se plasmó en la Directiva 86/653, que comienza refiriéndose en su artículo 1 al agente comercial. Pues bien, nuestra Ley, en su artículo 1, lo que hace, por contra, es definir el contrato de agencia (14).

f) En cuanto a **la entrada en vigor de la Ley**, la misma sóloamente hace referencia indirecta y especial a esta cuestión en su única **Disposición Transitoria**. Por lo tanto, debemos acudir a la norma general del Código Civil (artículo 2.1.), de manera que su entrada en vigor se habrá producido a los veinte días de su publicación en el Boletín Oficial del Estado de 29 de mayo de 1992.

Este principio general de entrada en vigor tendrá dos excepciones:

1. De una parte, aquellos puntos de la Directiva Comunitaria 86/653 que sean de carácter imperativo e incondicional, habrán de aplicarse a los contratos de agencia celebrados en España, tras el día 1 de enero de 1990, de acuerdo con la doctrina del efecto directo de las Directivas Comunitarias, ya citada.
2. Respecto de los contratos de agencia celebrados en España antes del día 1 de enero de 1990, así como de los celebrados entre esa fecha y la de entrada en vigor de la Ley del Contrato de Agencia, no afectados por la Directiva Comunitaria, sóloamen-

---

(13) Así ya BALDÍ, a quien cita Fernando VALENZUELA GARACH, «El Agente Comercial», ... ya citado, pp. 64-65, comentando la Propuesta de Directiva, hacía referencia a la posible aplicación expansiva de las normas sobre indemnización del contrato de agencia a los contratos de concesión de venta en exclusiva.

(14) Por su parte Fernando VALENZUELA GARACH, «El Agente Comercial: Algunos Apuntes ...», ... ya citado, p. 1150, defendía la transposición de la Directiva Comunitaria con su misma concepción subjetiva, al considerar que «... la mejor definición del contrato de agencia, fiel delimitadora de sus contornos, es la que comienza precisando qué se entiende por agente comercial».

Respecto de la bipartición de los sistemas jurídicos comparados que venían tradicionalmente regulando el contrato de agencia, en subjetivos y objetivos, Vid. Joaquín GARRIGUES, «Los Agentes Comerciales», «Revista de Derecho Mercantil» n.º 83, enero-marzo 1962, pp. 7-25, especialmente pp. 9-14, en las que analiza los sistemas subjetivos (Alemania y Francia) y los objetivos (Suiza e Italia).

te será de aplicación la meritada Ley a partir del 1 de enero de 1994, tal y como previene la señalada Transitoria.

El problema fundamental, máxime teniendo en cuenta la tradición de celebración verbal de estos contratos en la práctica mercantil española, vendrá dado por la acreditación de la fehaciencia de la fecha de celebración del contrato, por lo que para su prueba habrá de acudir, bien a documentos que patenticen las relaciones mercantiles habidas entre el Agente y su principal (en este punto estimamos que será de interés el análisis de las contabilidades de unos y otros), bien a la declaración testifical de quienes hubiesen contratado con el empresario principal merced a la labor de promoción del agente.

La sistemática que vamos a seguir a lo largo de este breve estudio será la de analizar la nueva situación, sin duda alguna dotada de una mayor seguridad jurídica, del contrato de agencia en nuestro Derecho a la luz de su normativa reguladora, valiéndonos también de las importantes aportaciones doctrinales ya existentes en España, a los fines de tratar de aclarar aquellos puntos que en la regulación legal puedan presentar oscuridad acerca de su verdadero alcance y significado.

## II. EL CONTRATO DE AGENCIA: CONCEPTO Y CARACTERES

Han sido muchas las definiciones que en nuestra mejor doctrina mercantil se han dado del contrato de agencia, ante la ausencia de una norma jurídica que viniese a definirlo (15), tomando todas ellas como

---

(15) A título de ejemplo, pueden citarse las siguientes: para Fernando VALENZUELA GARACH, «El Agente Comercial: Algunos Apuntes ...», ... ya citado. p. 1150, es «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 del empresario sino también en su nombre», conviene observar respecto de esta definición de VALENZUELA que la misma se centra en una modalidad de agencia, la que tiene por objeto la celebración de contratos de compraventa, que viene a calificar de comercial, que no mercantil, pues también serán mercantiles las agencias cuyo objeto sea distinto (caso de promoción de arrendamientos de servicios); para Manuel BROSETA PONT, «Manual ...», ... ya citado, p. 451, refiriéndose al contrato de agencia en general como hacen el resto de autores que a continuación enumeramos, es «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»; para Fernando SÁNCHEZ CALERO, «Instituciones de Derecho Mercantil», «Editoriales de Derecho Reunidas», Décimoquinta Edición, Madrid, 1991, p. 462, es «aquel por el cual un empresario de manera permanente, mediante una remuneración y con una cierta independencia, asume el encargo de preparar o realizar contratos mercantiles por cuenta y en nombre de otro empresario»; para Francisco VICENT CHULIA, «Compendio Crítico de Derecho Mercantil», Tomo II, «José María Bosch Editor», 3.<sup>a</sup> Edición, Barcelona 1990, p. 312, es aquel por cuya virtud «un empresario mercantil, llamado agente,

elemento definidor y básico su configuración como una modalidad insertada dentro de la categoría más amplia de los contratos de colaboración empresarial.

Actualmente ya contamos con la definición que del contrato de agencia nos da el artículo 1 de la Ley, al decir: «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 partir de esta definición, completada por otros elementos que del contrato de agencia se nos dan en diversos preceptos del mismo texto legal, podemos analizar las notas que identifican a este contrato y que, a la vez, nos permiten diferenciarlo de otros contratos de colaboración empresarial con los que guarda similitudes:

1.— Es un **contrato entre empresarios**: aun cuando el artículo 1.º no llegue a calificar de empresario ni al agente ni a la persona con quien éste contrata, es lo cierto que tal condición se les reconoce implícitamente a ambos tanto en el artículo 2 (relativo a la necesaria independencia del agente), como en el artículo 6 (cuando se regula la posibilidad de que el agente concluya actos y operaciones de comercio en nombre del empresario), en el artículo 7 (regulador de la actuación profesional y simultánea del agente por cuenta de varios empresarios), o en el artículo 26 (al mencionar como causas que permiten la denuncia unilateral y automática del contrato, sin necesidad de preaviso, la declaración de quiebra o la admisión a trámite de un expediente de suspensión de pagos respecto de cualquiera de los contratantes; se habla, por consiguiente, de dos procedimientos concursales típicos y exclusivos de los empresarios mercantiles, no de un concurso de acreedores o de una quita y espera de las que habría que hablar en el caso de admitir

---

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». Puede apreciarse una práctica coincidencia de elementos en dichas definiciones (condición de empresario de los contratantes y labor profesional del agente consistente en promover y, en su caso, concertar contratos), variando en función de la inclusión o no de la determinación de la zona en la que el agente debe actuar, así como en la referencia a la duración determinada o indeterminada de este contrato, la independencia del agente y la retribución del mismo.

En el campo práctico podemos citar la definición que se dio de los contratos de agencia en la Resolución del Tribunal de Defensa de la Competencia de 25 de junio de 1990 (Ponente: Sr. Alonso Soto; «Revista Jurídica Española LA LEY» 1991-1/43-TDC, pp. 890-893): «Contratos celebrados entre dos empresarios jurídicamente independientes, por los que uno de ellos, el agente comercial, se encargará en lo sucesivo de promover la conclusión de nuevos contratos de venta o suministro de mercancías por cuenta de otro empresario». Se trata de una definición reducida a lo que antes hemos denominado, con VALENZUELA GARACH, «agencia comercial».

la no condición empresarial de alguno de los contratantes). Se respeta, pues, esta clásica nota, puesta ya de manifiesto por Garrigues (16) y por algunos otros autores citados supra Nota (15).

Bien es cierto que la literalidad de la Ley podría hacernos dudar acerca de la concurrencia de empresarios, por cuanto que a lo largo de su articulado reserva el término empresario para referirse a quien contrata con el agente su actuación profesional. Con el fin de aclarar los términos definidores de los sujetos intervinientes en el contrato de agencia, consideramos que sería conveniente calificar a quien contrata con el agente como «empresario principal», pues aun cuando no tenga un poder de dirección, en sentido estricto, sobre el agente, sí que va a tener, «ex artículo» 9.2. c) de la Ley del Contrato de Agencia, facultad de darle «instrucciones razonables»; pensamos que calificarlo simplemente de empresario, como hace la Ley, puede ser equívoco, pues las dos partes contratantes de la agencia son empresarios, esto es, el agente también es empresario (17).

Esta condición empresarial del agente es una de las notas que va a permitir diferenciar el contrato mercantil de agencia de los contratos laborales concertados por los representantes de comercio (18). Dicha

---

(16) Y como posteriormente recoge, entre otros, Manuel BROSETA PONT, «Manual de Derecho Mercantil», ... Ya citado, p. 451.

(17) Buena muestra de la importancia que da el legislador al empleo de una terminología precisa, que permita deslindar la agencia de otros contratos de colaboración empresarial afines, puede apreciarse cuando en el Apartado 2.1 de la Exposición de Motivos, se hace hincapié en la no utilización del término «comitente», para evitar la confusión con el contrato de comisión. En aras de esa mayor precisión terminológica entendemos que hubiera sido conveniente haber utilizado en la Ley el concepto de «empresario principal» y no el de empresario a secas.

(18) Son clásicos y absolutamente necesarios los esfuerzos de nuestra doctrina y Jurisprudencia para diferenciar los agentes comerciales de los representantes de comercio, tomando como criterio básico diferenciador la independencia del agente comercial en el ejercicio de su actividad empresarial, lo que viene a suponer, en suma, su condición de empresario. Como es normal la diferencia se aprecia con mayor claridad cuando el Agente comercial es una persona jurídica, pues una persona jurídica no puede concertar una relación laboral de representante de comercio, al sólo poder ser trabajadores las personas físicas. Sobre la diferenciación entre representantes de comercio y agentes comerciales y sus implicaciones sobre todo en el campo de las indemnizaciones por extinción de una y otra relación mercantil y laboral, Vid. Fernando VALENZUELA GARACH, «El Agente Comercial: Algunos Apuntes ...», ... ya citado, pp. 1146 y ss.; Luís Felipe RAGEL SÁNCHEZ, «La Denuncia Unilateral ...», ... ya citado, p. 62 y en «Comentario a la Sentencia de la Sala 1.<sup>a</sup> del Tribunal Supremo de 22 de febrero de 1990», ... ya citado, pp. 464 y ss., quien llama la atención sobre las similitudes entre las relaciones jurídicas en las que intervienen agentes y representantes de comercio, tales como su estabilidad, continuidad y retribución periódica. Buena muestra de que el agente es empresario es que está obligado a llevar contabilidad «ex artículo» 9.2. e) de la Ley, obligación que el artículo 34 del Código de Comercio reserva para los empresarios.

condición empresarial atribuye al agente la dirección del ejercicio de una actividad empresarial (el objeto del contrato de agencia), asumiendo los riesgos y venturas derivados de la misma, lo que enlaza con otras dos notas características de este contrato que más adelante veremos, cuales son las de la independencia y la de su objeto.

b) Es un **contrato de duración**: frente a un contrato de ejecución instantánea, en el contrato de agencia la vinculación entre agente y empresario principal se prolonga en el tiempo. Existe, pues, como ya señalaba Garrigues (19), una estabilidad en la relación, una continuidad que supone el que el agente debe desempeñar su misión de promover y/o concluir una serie continuada de operaciones de comercio, que a su vez constituirán el contenido de la actividad empresarial de aquel empresario que contrató con el agente.

Esta nota de la estabilidad o permanencia ha sido la que la doctrina mercantilista ha venido utilizando como criterio diferenciador del contrato de agencia respecto de otro contrato aún atípico jurídicamente, pero de gran interés social, como es el de mediación o corretaje. Así se enfrenta la instantaneidad de la mediación a la continuidad de la agencia. A nuestro juicio esta diferencia debe relativizarse, pues podemos pensar en el caso de un Agente de la Propiedad Inmobiliaria (que celebra con sus clientes contratos de mediación o corretaje, según tiene reconocido reiteradamente nuestra Jurisprudencia) que acuerda con un cliente mediar en exclusiva en la venta de la totalidad de las viviendas de un edificio propiedad de su cliente. Aquí habría continuidad en la relación, hasta tanto en cuanto se vendiesen todas las viviendas, sin que por ello fuese posible, a nuestro juicio, hablar de la existencia de un contrato de agencia; es por ello por lo que estimamos necesario acudir a la combinación de este criterio de la continuidad con otros que veremos seguidamente para diferenciar corretaje y agencia (20).

---

(19) Vid. Joaquín GARRIGUES, «Los Agentes Comerciales», ... ya citado, pp. 21-22. También mantenían ya la nota de la estabilidad como característica de la agencia, Teresa PUENTE MUÑOZ, «El Contrato de Concesión Mercantil», «Editorial Montecorvo, S.A.», p. 67; Antonio MILLÁN GARRIDO, «Introducción al Estudio del Corretaje», «Revista General del Derecho», 1987, pp. 711.

(20) Buena muestra del confusiónismo existente entre los contratos de agencia y corretaje, en el campo de la mediación inmobiliaria, acentuada quizás por la propia denominación de los Agentes de la Propiedad Inmobiliaria como agentes, puede apreciarse en la Sentencia de la Sala 1.<sup>a</sup> del Tribunal Supremo de 26 de marzo de 1992 (Ponente: Excmo. Sr. D. Alfonso Villagómez Rodil; Aranzadi 1992/2.332), en la que se calificó de agencia un contrato que resultaba típico de mediación o corretaje, consistente en la mediación profesional de un Agente de la Propiedad Inmobiliaria en la venta de un piso, mediante la oferta al mercado de tal venta, aportándose los datos del inmueble a vender y su precio, que suele ser más indicativo que definitivo, y cuya retribución es un porcentaje del referido precio. Dicha desafortunada Sentencia contiene también el error de declarar vigente el Real Decreto de 19 de junio de 1981 como norma rectora de la profesión de los Agentes de la Propiedad

## De otra parte la estabilidad diferencia también la agencia de la

---

Inmobiliaria, cuando la misma se encuentra ya anulada por la Sentencia de la entonces Sala Cuarta del Tribunal Supremo de 22 de diciembre de 1982 (Aranzadi 1982/8.081), lo que determinó el que la normativa en vigor, tras acuerdo del Consejo de Ministros en reunión de 20 de abril de 1983, siga siendo el Decreto de 4 de diciembre de 1969 (Aranzadi 1969/2.299) con las modificaciones introducidas por el Decreto de 10 de enero de 1975 (Aranzadi 1975/168).

Para Rodrigo URÍA, «Derecho Mercantil», Décimoctava Edición, Madrid, 1991, p. 636, se diferencian mediación y agencia, aparte de por la estabilidad de esta última, por la actuación parcial del agente en beneficio de su empresario principal, cuyas instrucciones debe respetar y seguir (si son razonables añade hoy la Ley), así como por la facultad de representación que puede ostentar el agente. Estamos de acuerdo con la opinión de URÍA, si bien entendemos que también en las mediaciones inmobiliarias de venta, si tenemos en cuenta el cobro de honorarios de los API en proporción al precio de venta de los inmuebles, obtendremos que su actuación también redundará en beneficio (parcialidad pues) de su cliente, si bien es cierto que el cobro de comisiones por parte de los API no se condiciona nunca al buen fin de la operación, sino sólo a la celebración del contrato, lo que determina una mayor imparcialidad respecto del contrato a concluir y sus condiciones; en cuanto a la facultad de representación, consideramos que mediante un expreso apoderamiento también el corredor puede actuar como representante de su cliente en el contrato a celebrar gracias a su mediación. A esos criterios diferenciadores se añaden por parte de Manuel SANPONS SALGADO, siguiente a RODRÍGUEZ VALCARCE, «El Contrato de Corretaje», «Editorial Madrid, 1965, pp. 64-65, la delimitación territorial de actividades, la remuneración proporcional en la ejecución parcial del negocio (preferiríamos hablar de la ejecución parcial del objeto del contrato) y la formulación de reclamaciones al agente —reconocida hoy esa función en el artículo 9.2.d) de la Ley—.

A nuestro juicio, por tanto, las notas que con mayor claridad diferencian agencia y corretaje son: el agente sólo tiene derecho a ser retribuido por comisión cuando se concluye el contrato celebrado por su intervención, mientras que el corredor cobra desde que se celebra dicho contrato; el agente puede cobrar un salario fijo, por comisión o retribuirse por un sistema mixto, en tanto que el corredor cobra siempre una comisión; el agente recibe declaraciones y reclamaciones de las operaciones de compraventa realizadas por su intervención, el corredor no.

Puede consultarse también VALENZUELA GARACH, «El Agente Comercial», ... ya citado, pp. 14-15 y especialmente Notas (4) y (5) donde hace una detallada enumeración de todas aquellas personas que se denominan agentes sin que celebren contratos de agencia, y todas aquellas actividades calificadas de «agencia» y que tampoco tienen nada que ver con el contrato de agencia comercial, si bien, en el caso del agente de publicidad, la concepción amplia que de la agencia contiene la Ley permite incluirla actualmente en el seno del concepto legal del contrato de agencia. Igualmente puede consultarse su Nota (6), pp. 17-22, donde hace un completo estudio de una serie de relaciones jurídicas especiales en las que los términos «agente» y «agencia» son usados con una acepción especial, aunque sigan siendo tales agentes protagonistas de contratos de agencia, máxime tras la aprobación de la Ley hoy vigente.

comisión, pues como afirma Ragel Sánchez (21), «el contrato de comisión se manifiesta en la encomienda efectuada en favor del comisionista para que realice aisladas actuaciones, que se retribuyen a través de liquidaciones individualizadas», a diferencia de lo que ocurre en la agencia caracterizada por la continuidad y estabilidad de la conducta profesional del agente, así como por la retribución periódica al mismo, mediante la realización de liquidaciones también periódicas.

La duración del contrato no implica que el mismo deba ser de duración indeterminada, debiendo señalarse que cuando en el Apartado 2, punto 4, de la Exposición de Motivos de la Ley se dice de los contratos de duración anual, que tienen un plazo pequeño en comparación con los contratos por tiempo indefinido, ello no supone el que la Ley prevea duración mínima alguna para este tipo de contratos, por lo que hemos de concluir que siempre que el contrato manifieste una continuidad en el tiempo puede haber un contrato de agencia, por lo que no habrá duración mínima ni máxima, debiendo respetarse, como señala Garrigues (22), la equidad que exige una duración suficiente para que el Agente pueda obtener los beneficios derivados de una primera etapa, siempre difícil, de implantación y difusión del producto o servicio sobre el que se pretenda contratar. Es más, el propio interés del agente le llevará a no concertar contratos por tiempos despreciables de duración, siempre que requiera un mínimo de inversión para poder llevar a cabo su actuación. Consideramos que sí serán posibles los contratos de agencia por campañas (pensemos en el nombramiento de agentes por una fábrica de helados para una urbanización turística que sólo abre sus instalaciones en los meses de verano).

c) Es un **contrato remunerado**: ello se encuentra en íntima relación con el carácter mercantil que presenta este contrato, implicando que el cumplimiento por el agente de las obligaciones que le son inherentes, hace nacer a su favor el derecho a la obtención de una remuneración. Nada hay gratuito en la contratación mercantil, como reiteradamente señalaba Garrigues.

Esta nota es también consecuencia de la condición de empresario que ostenta el agente, para quien el desempeño de su profesión constituye su medio de vida.

---

(21) Luis Felipe RAGEL SÁNCHEZ, «Comentario a la Sentencia de la Sala 1.<sup>a</sup> del Tribunal Supremo de 19 de septiembre de 1989», «Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil» n.º 21, septiembre-diciembre 1989, Sentencia n.º 548, pp. 853-865, especialmente p. 857.

(22) Vid. Joaquín GARRIGUES, «Los Agentes Comerciales ...», ... ya citado, p. 22; bien es cierto que la introducción de la indemnización por clientela y la indemnización por daños y perjuicios, reconocidas a favor del Agente conduce a una satisfacción de la equidad por esa vía, al margen de la estipulación de una duración mínima equitativa «per se».

A resultas de esta nota, uno de los aspectos en cuyo tratamiento se centra la Ley del Contrato de Agencia es en el tema relativo a los sistemas de retribución de los agentes.

**d) Su objeto es promover simplemente o promover y concluir operaciones mercantiles** por cuenta y en nombre ajenos, que no son otros que los del empresario que celebró con el agente el contrato de agencia. Ello supone que el agente, o bien se limita a buscar clientes para que contraten con su principal, o bien expande su labor a la celebración de contratos con dichos clientes, actuando dotado de poder de representación de su principal, de manera que contrate en nombre de su empresario principal representado.

La naturaleza «per se» del contrato de agencia no exige que el agente actúe dotado de poderes de representación de su principal, por lo que, tal y como previene el artículo 6 de la Ley, será preciso que haya una atribución expresa (verbal o escrita, pues la Ley no dice nada al respecto) de facultad de representación por parte del principal a favor de su agente, para que éste pueda concluir en nombre de su principal las operaciones por él promovidas.

Aquí se encuentra otra nota que Garrigues (23) empleó para diferenciar agencia y mediación o corretaje, siendo más clara la diferencia cuando el agente no sólo promueve sino que también concierta las operaciones mercantiles en nombre y por cuenta de su principal (24).

Es importante destacar, como ya lo hace la propia Exposición de Motivos de la Ley del Contrato de Agencia, en su apartado 2, punto 2, que el objeto del contrato de agencia regulado por la Ley no se limita únicamente a promover o promover y concluir contratos de compraventa de mercancías (como se hace en el artículo 1.2 de la Directiva 86/653), sino que se extiende a toda clase de operaciones de comercio, permitiendo, por tanto, abarcar aquellos contratos que no sólo supongan circulación de mercancías, sino también de otros bienes muebles e, incluso, de servicios (25); es por ello por lo que la Ley no lleva por rú-

---

(23) Vid. Joaquín GARRIGUES, «Los Agentes Comerciales», ... ya citado, p. 23, haciendo hincapié en la imparcialidad de la actividad del mediador frente a la parcialidad, favorable al empresario con quien contrató, del agente. Hoy la parcialidad del agente se reconoce de forma expresa en el artículo 9 de la Ley, cuando obliga al agente a llevar a cabo su actuación profesional «velando por los intereses del empresario o empresarios por cuya cuenta actúe».

(24) Esa actuación del agente en nombre y por cuenta ajena permite diferenciarlo del concesionario, que actúa en nombre y por cuenta propio. Vid. Juan Luis IGLESIAS PRADA, «Notas para el Estudio del Contrato de Concesión Mercantil», «Estudios de Derecho Mercantil en Homenaje a Rodrigo URÍA», Civitas, Madrid, 1978, p. 258.

(25) A ello ya se refería GARRIGUES, «Los Agentes Comerciales», .. ya citado, p. 23, para quien la promoción y la conclusión de contratos no sólo abarcaba a los contratos de compraventa, sino también los de arrendamiento de servicios, de seguros, de transportes, etc ..., que venía a englobar en el concepto más amplio de «operaciones mercantiles». Se va más allá, pues, de la concepción que de la agencia se.../

brica del «contrato de agencia comercial», sino la del «contrato de agencia» en general. Esta amplia configuración del objeto de la Agencia es la que permite, a nuestro juicio, configurar la Ley del Contrato de Agencia como la norma configuradora del derecho común de este tipo de contratos, debiendo, pues, primar los aspectos concretos previstos en otras leyes especialísimas que vengan a regular modalidades concretas del contrato de agencia (caso de las agencias de seguros, transportes, publicidad o de valores, por poner algunos ejemplos).

De otra parte no se exige la exclusiva en cuanto a la promoción o promoción y conclusión de operaciones mercantiles sólo para un empresario, quedando «*ex lege*» (artículo 7 de la Ley del Contrato de Agencia) facultado el agente para poder realizar siempre la promoción y/o conclusión de operaciones mercantiles no análogas ni competitivas con las fijadas en un contrato de agencia, siendo necesario, por contra, el consentimiento del empresario con quien contrató cuando se trate de operaciones mercantiles análogas o competitivas (26).

Buena muestra de que la exclusiva debe pactarse expresamente se aprecia en el artículo 12.2 de la Ley, a la hora de regular un régimen especial de comisiones para el caso de concurrencia de dicho pacto, que puede ser verbal o escrito.

Para poder llevar a cabo el objeto del contrato de agencia, el artículo 5 de la Ley prevé que el agente pueda actuar: por sí mismo; por medio de sus dependientes (esto es fiel reflejo de que el agente es un empresario); o a través de subagentes por quienes responderá y cuya intervención deberá haber autorizado expresamente el empresario principal. Se trata de un precepto que prevé una solución prácticamente idéntica a la prevista en los artículos 261 y 262 del Código de Comercio para el contrato de comisión. Es de reseñar que aunque sólo el artículo 5.2 de la Ley hace responsable al agente de la actuación de los subagentes, debe entenderse que dicho agente también responderá de la actuación de sus dependientes, tal y como para la comisión prevé expresamente el artículo 261 del Código de Comercio.

---

.../ nos da en la ya citada Resolución del Tribunal de Defensa de la Competencia de 25 de junio de 1990, que se limitaba sólo a la agencia de compras y suministros de mercancías. Una clara muestra de que el objeto del contrato de agencia puede ser la promoción y, en su caso, conclusión de contratos de arrendamiento de servicios, se aprecia en el artículo 9.2. d) de la Ley, al regular las obligaciones de los agentes.

(26) No se excluye, ni mucho menos, la posibilidad de celebrar pactos de exclusiva, de simple o de doble, como señala Manuel BROSETA PONT, «Manual ...», ... ya citado, p. 452, en el sentido de que o bien el agente se obligue a no trabajar en una zona para los empresarios competidores de su principal, o bien el principal se obligue a no designar otro agente en la misma zona e incluso a evitar la entrada de sus productos en esa zona al margen de su agente.

e) Es un **contrato no formal ni solemne**: se inserta, pues, esta nota dentro de la caracterización general de los contratos en nuestro ordenamiento jurídico como dotados de libertad de forma (artículos 1.278 Código Civil y 51 del Código de Comercio), y con la caracterización particular que en la práctica ha venido manifestando tradicionalmente el contrato de agencia, pues basta ver que en la casi totalidad de los litigios relativos a este contrato que han llegado al Tribunal Supremo se debatía acerca de contratos verbales de agencia.

Así se desprende del artículo 22 de la Ley del Contrato de Agencia, que no exige, como requisito «ad solemnitatem» no ya su plasmación en un documento público sino ni tan siquiera la forma escrita. Se previene, eso sí, la posibilidad de que en cualquier momento cualquiera de las partes (normalmente lo será el agente) exija de la otra parte su plasmación por escrito, escritura que deberá reflejar no sólo el contrato original sino también sus sucesivas modificaciones. Esta posibilidad ya se preveía en el 13 de la Directiva 86/653, que permitía a los Estados miembros la exigencia de forma escrita, como requisito de validez del contrato de agencia (27).

Es interesante destacar el que la Directiva Comunitaria prevé expresamente la irrenunciabilidad de ese derecho de cualquiera de las partes del contrato a solicitar la forma escrita, en tanto que nada se dice en la Ley española al respecto. Por nuestra parte, entendemos que a pesar de la proclamación general de imperatividad que se hace de la Ley, como ya hemos señalado, cabe entender que será posible la renuncia a exigirse forma escrita del contrato, en aras del respeto a la autonomía de la voluntad (artículo 1.255 C.c.), no debiendo olvidar que nos seguimos moviendo en el campo del Derecho Privado.

f) Es un **contrato mercantil**: correspondiéndose ello con la naturaleza mercantil de la actividad profesional del agente (28), así como

---

(27) Debido a esa posibilidad prevista en la Directiva Comunitaria, el Borrador de la Ley del Contrato de Agencia formulado por el Consejo General de Colegios de Agentes Comerciales de España, había propuesto no sólo la exigencia de forma escrita sino también su inscripción en un Registro especial «ad hoc», que habría de crearse, todo ello con el fin de superar los abusos tradicionales cometidos sobre el agente en cuanto que parte contratante más débil, y ante la falta de constancia escrita del contrato. Vid. el Comentario a ese borrador que se hace por Fernando VALENZUELA GARACH, «El Agente Comercial: Algunos Apuntes...», ... ya citado, pp. 1152-1154, quien se inclina finalmente por la adopción de la fórmula que, en último término, ha seguido nuestro legislador.

(28) Califica de mercantil la función de los agentes Joaquín GARRIGUES, «Los Agentes Comerciales», ... ya citado, p. 8, por entender que dicha función es la «mediar en las ventas y facilitarlas, haciendo coincidir la oferta y la demanda o creando a veces una nueva demanda». Actualmente deberá entenderse extendida la función de los agentes a la mediación en otras operaciones de comercio además de la compraventa de mercaderías.

con la condición de empresarios que tienen las dos partes contratantes de dicha relación jurídica.

g) Es un **contrato de colaboración empresarial**: se debe mantener una colaboración entre dos empresarios (el agente y el empresario principal), sin que ninguno de ellos puede dar instrucciones u órdenes que afecten a la independencia del otro (29). Ello tiene importancia sobre todo respecto del agente, por cuanto que esa independencia del mismo es factor decisivo para distinguirlo del representante de comercio.

Así, el artículo 2 de la Ley del Contrato de Agencia no sólo excluye de su ámbito de aplicación a los representantes y viajantes de comercio dependientes, sino que nos da, en su apartado 2, el doble criterio que determina la concurrencia de la independencia, siguiendo lo que ya se había establecido en el Código de Comercio Alemán tras la Reforma de los 4 y siguientes por Ley de 6 de agosto de 1953 (30): libertad de determinación u organización de su actividad empresarial y libertad de determinación de su horario de trabajo (el agente acude a visitar a sus clientes cuando tiene por conveniente).

---

(29) A propósito de la independencia jurídica de agente y empresario principal, conviene destacar que, desde la perspectiva de la defensa de la libre competencia, la ya citada Resolución del Tribunal de Defensa de la Competencia de 25 de junio de 1990, consolidando su propia doctrina, viene considerando que en los contratos de agencia, desde un punto de vista económico, no puede hablarse de la existencia de una dualidad de partes, haciendo inaplicable la normativa española y comunitaria protectora de la libertad de competencia a dichos contratos, con excepción de los casos, previstos en el artículo 19 de la Ley del Contrato de Agencia, en los que «el agente se hiciera cargo de los riesgos financieros inherentes a la operación en que participan» (entendemos que la expresión anterior tomada de la Resolución ya referenciada puede hacerse equivalente a asunción por el agente del riesgo y ventura de las operaciones o actos de comercio promovidos o concluidos por cuenta de un empresario, a lo que se refiere el artículo 19 de la Ley del Contrato de Agencia).

En igual sentido, respecto de la imposibilidad de considerar la agencia contrato restrictivo de la competencia, Vid. FRANCISCO VICENT CHULLA, «Compendio Crítico ...», ... ya citado, p. 313.

Sobre las diferencias entre el viajante o representante de comercio y el agente, Vid. Fernando VALENZUELA GARACH, «El Agente Comercial», ... ya citado, pp. 27-55.

(30) Vid. Joaquín GARRIGUES, «Los Agentes Comerciales», ... ya citado, pp. 9-10 y 19-20, donde recoge la opinión de SCHMIDT-RIMPLER en el sentido de considerar como elemento decisivo calificador de la independencia del agente la existencia de una organización más o menos compleja y que atenderá las necesidades de su cliente, que no es otro que el empresario con quien celebra el contrato de agencia. Considera, pues, irrelevantes tanto el sistema de retribución (fijo, por comisiones o mixto), la prestación de servicios profesionales para uno o varios empresarios y la calificación que las partes den al contrato (los contratos son lo que son con independencia de cómo los califiquen las partes contratantes).

Consecuencia de la independencia del agente es que el mismo ni está incluido entre el personal de la empresa ni sometido a la jerarquía que toda empresa supone para sus trabajadores (31).

Finalmente, conviene reseñar que esa colaboración empresarial presenta la característica de que el agente actúa en nombre y por cuenta ajena, lo que permite diferenciar su actuación de la del concesionario que, además de comprar las mercancías que luego revende y prestar servicios de post-venta, actúa en nombre y por cuenta propio (32). Igualmente se diferencia su actuación de la del comisionista que, por lo común, actúa en nombre propio y por cuenta ajena (33).

h) Es un contrato que ni presupone ni requiere el pacto de exclusiva, si bien la Ley tampoco prohíbe que las partes, de forma completamente libre, acuerden la exclusiva bien a favor del empresario principal (así podemos entender la prohibición de que el agente se comprometa a no promover ningún otro tipo de operación de comercio), bien a favor del agente (comprometiéndose el empresario principal a no tener más agentes en una zona geográfica determinada).

### III. CONTENIDO DEL CONTRATO

#### 1. Obligaciones del Agente

Se regulan dichas obligaciones en el artículo 9 de la Ley (34), estando todas ellas imbuídas por la actuación profesional del agente, en

---

(31) Vid. Joaquín GARRIGUES, «Los Agentes Comerciales», ... ya citado, pp. 18-19, quien pone dos ejemplos extremos en los que será fácil distinguir entre agente y representante de comercio: será agente la «persona que con capital propio y organización también propia abre una oficina y ofrece sus servicios a uno o varios empresarios de modo permanente, con el fin de representarlos en la preparación o conclusión de contratos mercantiles»; por contra, no sería agente quien dedicándose a las mismas operaciones lo haga «en nombre y por cuenta de un empresario, de quien recibe un salario fijo, careciendo de personal propio y de contabilidad independiente y teniendo reglamentada su actividad por el empresario que utilice sus servicios».

(32) Vid. Luis Felipe RAGEL SÁNCHEZ, «La Denuncia Unilateral ...», ... ya citado, p. 70; Juan Luis IGLESIAS PRADA, «Notas para el Estudio del Contrato de Concesión Mercantil», ... ya citado, p. 258.

(33) Vid. Luis Felipe RAGEL SÁNCHEZ, «La Denuncia Unilateral ...», ... ya citado, p. 67.

(34) Para Sergio SÁNCHEZ SOLE, «Comentario a la Ley sobre Contrato de Agencia», ... ya citado, pp. 82-93, tal enumeración es enunciativa y no limitativa y ello, a nuestro juicio, en un triple sentido: existen en la propia Ley más obligaciones que las enunciadas en el artículo 9 (caso de la obligación de no concurrencia, salvo pacto expreso en contrario, prevista en el artículo 7 de la misma Ley), existen obligaciones que impuestas por otras leyes respecto de contratos afines a la agencia pueden aplicarse extensivamente al mismo y, de otra parte, pueden pactarse expresamente nuevas obligaciones extralegales, pero que no contraríen dicha Ley. Apunta el propio SÁNCHEZ SOLE, p. 86, la obligación del agente al cumplimiento de los deberes de con-.../

cuanto que empresario dedicado a dicha actividad de promoción y, en su caso, conclusión de operaciones de comercio, que le corresponde como colaborador de otro empresario. Es por ello por lo que en el desempeño de sus funciones no sólo se le exigirá un comportamiento leal e impregnado de buena fe (lo que es común a todo tipo de contratos, tal y como dispone el artículo 1.258 C.c.), sino también una actuación favorable a los intereses del empresario principal, lo que determina la actuación parcial e interesada que el mismo debe llevar a cabo. Cabe, pues, que digamos que el comportamiento leal y de buena fe en defensa de los intereses de su cliente, el empresario principal, es una doble obligación de carácter general que debe inspirar toda la actuación profesional del agente, tal y como dispone el artículo 9.1 de la Ley.

Seguidamente, en el apartado 2 del mismo artículo 9, se particularizan algunas obligaciones específicas que el agente debe respetar, en todo caso, en el cumplimiento del contrato de agencia, para no incurrir en el incumplimiento de obligaciones legales que sería causa de extinción del contrato, a voluntad del empresario principal.

Dichas **obligaciones legales particulares** son:

a) Ocuparse con la **diligencia de un ordenado comerciante** del objeto del contrato de agencia: la promoción y, en su caso, conclusión de operaciones de comercio. Nos encontramos, por tanto, con que al agente, en cuanto que empresario cuya actividad profesional es la de llevar a efecto el contrato de agencia, se le exige un «plus» de diligencia respecto de la que se podría exigir a cualquier otra persona que, de forma no profesional sino altruista, se dedicase a las mismas labores de promoción de operaciones mercantiles.

Frente a la expresión más vaga utilizada por la Directiva 86/653, en su artículo 3.2.a) (se habla allí de «ocuparse como es debido»), se utiliza en nuestro ordenamiento una categoría de comportamiento ya conocida la «diligencia del ordenado comerciante», a la que se refería, por ejemplo, ya la Ley de Anónimas de 1.951 (artículo 79) respecto de las obligaciones de los administradores sociales y que se mantiene en el vigente Texto Refundido de la Ley de Anónimas con la sustitución del término «comerciante» por el de «empresario» (35), que tanto pre-

---

.../servación, guarda y custodia de las mercancías del empresario principal, tal y como para el comisionista prevén los artículos 265 y 266 del Código de Comercio; entendemos que esta obligación existirá sólomente en aquellos casos en que el agente disponga de dichas mercancías en su poder y custodia, pues las operaciones mercantiles pueden hacerse sólomente sobre catálogo o muestrario, así como pueden consistir en arrendamientos de servicios, en los que no existen mercancías, por lo que podemos concluir que esas obligaciones sólomente concurrirán en ciertos casos de contratos de agencia comercial.

(35) *Vid.* la defensa que hace José María GARRETA SUCH, «La Responsabilidad Civil, Fiscal y Penal de los Administradores de las Sociedades», 2.<sup>a</sup> Edición, Marcial Pons, Madrid, 1991, pp. 75-77, sobre la superación del término «comerciante» por el término «empresario» en nuestro Derecho Mercantil más moderno.

supone la condición de comerciante (categoría jurídica superada hoy por la más amplia de empresario) del agente, como la necesidad de exigirle un «plus» de diligencia respecto de la normal del buen padre de familia.

b) **Deber de información** al empresario con quien ha contratado de todos aquellos datos de incidencia en las operaciones que le han sido encomendadas y, fundamentalmente, de la solvencia de los terceros con quienes existan operaciones pendientes de conclusión o ejecución.

Es muy importante esta función si pensamos que en muchas ocasiones el empresario principal deberá fiarse de las informaciones prestadas por su agente comercial, para decidir si conviene o no contratar con determinado cliente, puesto que la distancia geográfica entre el establecimiento del empresario principal y el desconocimiento que éste tiene del mercado en el que actúa su agente, le impiden decidir con verdadero conocimiento de causa, de no ser por las valiosas informaciones que le debe proporcionar el agente.

No debe confundirse este deber de información con la necesidad de una indagación por parte del agente de todas las circunstancias que puedan incidir en el contrato, aun cuando entendemos que si será importante que el agente trate de conocer lo mejor posible la solvencia del cliente para, en definitiva, velar por los intereses del empresario principal.

c) **Seguir las instrucciones razonables** del empresario con el que ha contratado, siempre que no se afecte a su independencia.

Esta obligación es, a nuestro juicio, una de las que puede plantear mayores problemas prácticos por razón de la utilización de categorías jurídicas indeterminadas, que deberán ser ponderadas, caso por caso, por parte de nuestros órganos jurisdiccionales. Así, de una parte, se hace referencia a la «razonabilidad» de las instrucciones que deben ser dadas por parte del empresario al agente, lo que, «sensu contrario», llevará a que el agente no se vea obligado a cumplir con las instrucciones que no sean adecuadas, «irracionales», para el buen fin del contrato de agencia. De otra parte, se establece una tensión entre la independencia del agente en el ejercicio de su profesión (nota distintiva del agente respecto del representante de comercio, unido al empresario por una relación laboral) y el seguimiento de las instrucciones del empresario, necesarias para la buena marcha de la agencia así como para la existencia de una coordinación entre el empresario principal y sus diversos agentes (36).

---

(36) Así entiende Fernando VALENZUELA GARACH, «El Agente Comercial», ... ya citado, pp. 51-52, que el empresario principal tiene derecho a impartir instrucciones y el agente el deber de seguirlas. Tales instrucciones pueden afectar a la venta, remisión, distribución, precio, forma y plazos del mismo, según tiene reconocido la Jurisprudencia española que cita VALENZUELA en su Nota (54).

d) Hasta ahora hemos visto obligaciones que ya se preveían por la Directiva Comunitaria, si bien matizadas en nuestro Derecho; pero éste añade además otras dos obligaciones en el apartado 2 del artículo 9, siendo la primera de ellas, la de **recepción de las reclamaciones de terceros** sobre defectos o vicios de calidad o cantidad de los bienes vendidos y de los servicios prestados como consecuencia de las operaciones promovidas, aunque no las hubiera concluido.

A nuestro entender esta obligación se puede estimar incluida dentro de la proyección general de nuestro Derecho hacia la protección de consumidores y usuarios. Pensemos que en muchas ocasiones los terceros con quienes se van a celebrar las operaciones mercantiles derivadas de la intervención profesional del agente van a serlo consumidores o usuarios finales de bienes o servicios; si tenemos en cuenta que la finalidad de la agencia es evitar que el empresario tenga instalaciones propias y personal dependiente del mismo en una determinada área geográfica, es fácil comprender que si obligásemos al tercero que contrata a hacer las reclamaciones por evicción o por vicios de cantidad o calidad directamente al empresario productor de los bienes o prestador de los servicios, se le estaría obligando, en numerosas ocasiones, a largos y costosos desplazamientos hasta el domicilio del empresario, lo que supondría, en fin, dificultar la defensa de sus legítimos derechos e intereses.

De esta forma, se logra convertir al agente en receptor de las reclamaciones por los defectos en los bienes o servicios contratados gracias a su promoción, debiendo entenderse cumplida la obligación de denuncia en tiempo de los mismos por parte del destinatario final al agente, a los efectos de luego poder hacer uso de las correspondientes acciones de reclamación que le sean atribuidas por ley frente a los empresarios vendedores de mercancías o prestadores de servicios.

El cumplimiento de esta obligación por parte del agente debe servir, a nuestro juicio, de base para justificar sobradamente la posibilidad de que el agente comercial «*stricto sensu*» (esto es, el agente de compras y ventas) pueda, de conformidad con el artículo 336 del Código de Comercio, exigir del comprador, en el acto de la entrega de las mercaderías vendidas, el reconocimiento a contento de dicho comprador en cuanto a calidad y cantidad de las mismas, para de esta manera quedar a cubierto de posibles reclamaciones posteriores, tal y como se establece en el artículo 8 de la Ley, debiendo acudir al procedimiento previsto en el artículo 2.127 de la Ley de Enjuiciamiento Civil. Dicho artículo 8 de la Ley faculta también, no obliga, al agente para que pueda efectuar el depósito judicial de las mercancías vendidas en el caso de que el tercero demorase o rehusase sin justa causa su recibo, al igual que se establece para el vendedor en el artículo 332 del Código de Comercio, debiendo aplicarse, en materia de procedimiento, los artículos 2.118 y siguientes de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

e) **Llevanza independiente de contabilidad de los actos u operaciones** relativos a cada empresario por cuya cuenta actúe.

Esta obligación muestra, en primer lugar, la posibilidad de que el agente no se encuentre ligado por vínculo de exclusiva con un concreto empresario, a la vez que nos sirve de criterio para diferenciarlo del representante de comercio, que mantiene una relación laboral única con un sólo empresario.

De otra parte, no queda claro si la llevanza de contabilidad independiente debe limitarse a separar dentro de una única contabilidad las partidas correspondientes a cada uno de los empresarios por cuenta de quien actúa, o si bien supone la llevanza de libros distintos de contabilidad respecto de cada uno de los empresarios principales. La literalidad de la Ley parece conducir, más bien, a la segunda interpretación apuntada, entendiendo en sentido estricto la contabilidad como el conjunto de los libros contables, aun cuando ello plantea problemas de coherencia con el principio general previsto en el artículo 34 del Código de Comercio, que exige a los documentos que forman la contabilidad del empresario el que formen una unidad.

f) **Prohibición de competencia.** Se regula en los artículos 20 y 21 de la Ley del Contrato de Agencia.

Con esta prohibición se trata por parte del empresario principal de evitar que el agente pueda utilizar los conocimientos obtenidos a través de la ejecución del contrato de agencia en su propio y exclusivo beneficio para, una vez extinguido el contrato de agencia, dedicarse profesionalmente al mismo sector de bienes o servicios abarcados por las operaciones comerciales que se dedicó a promover y, en su caso, concluir, en ejecución de la agencia.

Entendemos que la prohibición de competencia sólo se refiere al ejercicio de la actividad profesional del agente como tal, no a la posibilidad de que el agente pase a promover y concluir operaciones comerciales del mismo tipo que las objeto de un antiguo contrato de agencia, por ejemplo, a través de un contrato de concesión, en cuyo caso perdería la condición de agente comercial para obtener la de concesionario.

Las prohibiciones de competencia exigen el cumplimiento de **tres requisitos** para su validez y eficacia:

1.—Deberán **pactarse por escrito**. Por ello debemos entender que la existencia de un pacto de prohibición de competencia presupone generalmente la forma escrita del contrato de agencia.

De otro lado, a diferencia del resto de obligaciones legales que proceden directamente de la dicción literal de la ley, la prohibición de competencia es una obligación que depende de la voluntad de los contratantes, al exigir su concreta estipulación por los mismos.

2.—Deberá **limitarse geográfica, personal y objetivamente**. Hablamos de limitación geográfica en cuanto que sólo se puede prohibir la competencia en la zona en la que el agente hubiese desem-

peñado su actividad profesional. En cuanto a la limitación personal, afectará a la promoción y, en su caso, conclusión de operaciones de comercio con las personas confiadas al agente (es el caso, por ejemplo, de celebración de un contrato de agencia para que el agente promueva y, en su caso, concluya operaciones mercantiles con ciertas empresas en concreto). Finalmente, en cuanto a la delimitación objetiva se refiere a los bienes o servicios objeto de las operaciones de comercio que, a su vez y valga la redundancia, constituyen el objeto del contrato de agencia.

Entendemos que no será necesario para que se pueda pactar la prohibición de competencia el que se hubiese a su vez pactado la atribución de una exclusiva geográfica o personal a favor del agente, respecto de las zonas y grupos de personas, a las que luego afecte la referida prohibición.

3.—La duración máxima de la prohibición de competencia no podrá exceder de dos años contados a partir de la extinción del contrato de agencia.

No es clara la redacción del artículo 20.2 de la Ley del Contrato de Agencia, cuando determina que la duración de la prohibición de competencia no podrá exceder de un año cuando «el contrato de agencia se hubiera pactado por un tiempo menor», puesto que no nos proporciona el canon respecto del cual se debe determinar si un tiempo es mayor o menor. A nuestro juicio debe entenderse que se está haciendo referencia a la posibilidad de que se pacte una duración del contrato de agencia inferior a dos años, en cuyo caso el plazo de limitación de competencia no podrá exceder de un año. Cabe, por tanto, concluir que la duración del pacto de no competencia atiende a la duración pactada, que no real, del contrato de agencia, así como que en los casos de contratos de agencia por tiempo indeterminado la duración del pacto de no competencia será de un máximo de dos años, cualquiera que fuese la causa por la que se extinguiese el contrato de agencia.

Resulta, pues, que la obligación de no competir nace siempre que se produce la extinción del contrato de agencia, determinando su incumplimiento la obligación de una indemnización de daños y perjuicios a favor del empresario principal, respecto de la cual nada se dice en la Ley, que tampoco aporta criterio cuantificador alguno. Consideramos que será adecuado tomar como canon de medida el importe de los beneficios que se hubiesen podido obtener por el empresario de haberse respetado la no competencia, teniendo en consideración el volumen de operaciones realizado por el empresario principal y por el antiguo agente.

La prohibición de competencia se erige, pues, en derecho para el empresario, que puede renunciar a él (37), así como su incumplimiento

---

(37) *Vid.* Fernando VALENZUELA GARACH, «El Agente ...Comercial», ya citado, pp. 76-77.

por parte del agente, será causa de extinción del contrato, «ex artículo» 30.a) de la Ley del Contrato de Agencia, que no dará lugar a derecho alguno de indemnización a favor del mismo, por existir un incumplimiento de obligación legalmente establecida al agente.

## 2. Obligaciones del Empresario

Al igual que ocurre con el agente, y de idéntica forma que sucede con los demás contratos en el Derecho Español (artículo 1.258 C.c.), la actuación del empresario deberá estar toda ella impregnada de buena fe y lealtad.

Dicha obligación general se concreta en una serie de obligaciones particulares (38) que se recogen en el artículo 10 de la Ley del Contrato de Agencia, siguiendo el artículo 4 de la Directiva Comunitaria:

**a) Puesta a disposición** del agente de la documentación relativa al objeto de las operaciones de comercio a promover y, en su caso, concluir por el agente. Se hace una enumeración abierta de dicha documentación en nuestra Ley, concretándose la Directiva, al hacer referencia a tarifarios, catálogos y muestrarios.

Los plazos de entrega y la cantidad de dicha documentación habrán de ser pactados por las partes contratantes, operando en su defecto la equidad, que exige que tal documentación sea proporcionada en tiempo suficiente y en cantidad apropiada para que el agente pueda desempeñar con éxito su labor profesional. Así, difícil será que un agente de ventas de una fábrica de electrodomésticos consiga promover contratos de suministro de electrodomésticos si no cuenta con documentación alguna que permita acreditar las condiciones y características de los mismos.

Hay que entender que toda esa documentación deberá serle entregada de forma gratuita al agente, debiendo éste devolverla a su empresario principal a la fecha de la extinción del contrato.

**b) Deber de información**, proyectado especialmente sobre la posibilidad de que descendiese el volumen de operaciones comerciales a un nivel sensiblemente inferior al que el agente pudiera esperar.

Este deber se proyecta especialmente en el artículo 15 de la propia Ley para el caso de que el sistema retributivo del agente fuese por comisiones.

El cumplimiento de este deber permitirá que el agente pueda reajustar gastos y plantillas en función de las operaciones que se esperan

---

(38) Insiste SÁNCHEZ SOLE, «Comentario ...» ... ya citado p. 86, en que la enumeración de las obligaciones de los también es «*numerus apertus*».

van a ser promovidas y, en su caso, concluidas. Pensemos en el supuesto de una fábrica que carece de stock suficiente para atender pedidos, en cuyo caso es claro que el volumen de operaciones, a celebrar, forzosamente, va a disminuir.

c) **Deber de comunicación al agente**, que presenta una doble manifestación. De una parte, en el plazo de quince días, la comunicación de la aceptación o rechazo de la operación promovida por el agente. Opera este deber en aquellos contratos de agencia en los que el agente se haya limitado a obligarse a realizar labores de promoción de operaciones de comercio.

Igualmente deberá comunicar, a la mayor brevedad, en función de la naturaleza de la operación, al agente la ejecución total, parcial o la falta de ejecución de las operaciones comerciales promovidas y, en su caso, concluidas por la intervención del agente. Tiene gran importancia este deber a los efectos del nacimiento del derecho al cobro de comisiones por parte de los agentes.

d) **Deber de remuneración**. Es consecuencia del carácter mercantil y retribuido que le damos al contrato de agencia a la hora de estudiar sus caracteres generales. Su importancia es tal que la Ley dedica toda la Sección 3.<sup>a</sup> del Capítulo II a su tratamiento, abarcando los artículos 11 al 19, por lo que trataremos la misma de forma independiente en el apartado siguiente de este mismo estudio.

Es de destacar que la parcialidad del comportamiento del agente (en beneficio del empresario principal, su cliente) conduce a que sólo deba pagarle comisión su principal y no el tercero que es captado por la labor promocional del agente (39).

### 3. La Remuneración del Agente

Es completamente normal que siendo el agente un empresario que se dedica de manera profesional a la promoción y, en su caso, conclusión de operaciones de comercio por cuenta de terceros, sea uno de los motivos de mayor preocupación del mismo la de determinar cuál va a ser el monto y el sistema de retribución de su actividad profesional.

---

(39) Como señala Francisco VICENT CHULIA, «Compendio Crítico ...», ... ya citado, p. 292, ello supone que la imparcialidad del mediador le permita cobrar por mitad sus comisiones de las dos partes a quienes aproxima para la celebración de un concreto contrato, a diferencia de lo que ocurre en la agencia en la que el agente sólo tiene derecho a cobrar la comisión de su cliente, en cuyo beneficio habrá actuado de una forma parcial.

## A) *Los sistemas de remuneración*

Conforme al artículo 11 de la Ley la retribución del agente puede revestir una triple forma, de acuerdo con lo que expresamente se pacte en cada contrato de agencia:

a) **Retribución por comisión:** consiste en la estipulación de un porcentaje sobre el volumen o valor de las operaciones que hubiesen sido promovidas y, en su caso, concluidas por el agente. Se trata, pues, de un sistema de retribución muy similar al previsto en el artículo 277 del Código de Comercio para el contrato de comisión, hasta el punto de que se habla en la propia Ley del contrato de agencia del cobro de una comisión. En este caso son de aplicación los artículos 12 a 19 de la Ley del Contrato de Agencia.

b) **Retribución mediante el pago de una cantidad fija (40):** dado que el contrato de agencia es de duración entendemos que esa cantidad fija debe ser, normalmente, también periódica, con lo que realmente existirían bastantes puntos de acercamiento entre este sistema de retribución y el salarial previsto para los representantes de comercio. En este caso no resulta de aplicación lo previsto en los artículos 12 a 19 de la Ley del Contrato de Agencia.

c) **Sistema mixto,** en el que se combinan tanto una retribución fija como el pago de comisiones, en cuyo caso sí son de aplicación, en cuanto a lo que respecta al abono de comisiones, los tan citados artículos 12 a 19 de la Ley.

En defecto de pacto de los contratantes sobre el sistema y volumen de las retribuciones. se establecen dos criterios de determinación de los mismos:

a) En primer lugar se ha de recurrir a los usos de comercio de cada plaza, en este caso del lugar en que el agente desarrolle su actividad.

---

(40) Destaca VALENZUELA GARACH, «El Agente Comercial», ... ya citado, p. 34, la escasa aplicación práctica de la retribución fija, así como en su Nota (24) las discusiones habidas en la doctrina y Jurisprudencia italianas a propósito de la posible desnaturalización de la agencia por causa del establecimiento de un sistema de retribución fija que, a juicio de la doctrina, viene a subsumir al agente en la condición de empleado, al sustituir la incertidumbre o riesgo por la certeza del beneficio, mientras que para la Jurisprudencia el mismo ve reducido, pero no eliminado, el riesgo que debe ser inherente a su actividad. Este autor en la misma obra, p. 66, critica la Propuesta de Directiva Comunitaria por permitir la retribución fija del agente «pues ello puede desvirtuar el riesgo empresarial, y la consiguiente incertidumbre del beneficio, que en todo caso debe soportar el agente de comercio». A nuestro juicio, no se afecta a la naturaleza jurídica de la agencia por causa de una retribución fija, al mantenerse la independencia del agente en la realización de su actividad profesional, así como la incertidumbre del beneficio, pues el agente, en el desempeño de su actividad profesional, asumirá unos gastos variables (oficina, personal, gastos generales, etc ...) de los que dependerá su beneficio o su pérdida, aun cuando se reduzca ese riesgo por contar con unos ingresos fijos ya predeterminados.

Se trata, pues, de aplicar la segunda fuente de Derecho Mercantil regulada en el artículo 2 del Código de Comercio, a la vez que es un criterio que no se aparta mucho del previsto en el artículo 277 párrafo 2 del de Comercio, para el contrato de comisión mercantil.

b) En defecto de usos de comercio, deberá ser el Juez quien determine la «remuneración razonable» que le corresponde percibir al agente. Se trata de un sistema de cuantificación de retribuciones completamente nuevo en nuestro Derecho, que se incluye en razón de su previsión expresa en el artículo 6 de la Directiva.

A nuestro juicio, los criterios que, entre otros, se podrán emplear judicialmente, en caso de conflicto, para determinar cuál ha de ser esa remuneración razonable pueden ser: implantación anterior del empresario principal en la zona de actuación del agente; evolución del volumen de operaciones a lo largo de la actuación del agente; coste de las instalaciones acometidas por el agente para el desempeño de su actividad.

## B) *La Retribución por Comisiones*

La vinculación directa que existe entre las comisiones y el volumen de las operaciones de comercio promovidas y, en su caso, concluidas por parte del agente, hace que sea éste el sistema de retribución más complejo y por ello exige el que La Ley del Contrato de Agencia se ocupe del mismo a lo largo de ocho preceptos (los artículos 12 a 19).

Resulta evidente que la diligente actividad promocional del agente, cuando se inicia el cumplimiento de un contrato de agencia, puede no producir frutos, pues la labor de penetración e implantación en nuevos mercados suele ser lenta, a la vez que tras la extinción del contrato de agencia puede seguir produciendo sus frutos (léase celebración de operaciones comerciales por parte del empresario principal con terceros, consecuencia de la actividad profesional de aquel que fue agente pero que ya no lo es). Si a ello sumamos el hecho evidente de la existencia de sucesión temporal de contratos de agencia, en los que el agente subsiguiente puede beneficiarse la actividad promocional del precedente, así como la existencia de contratos de agencia con y sin pacto de exclusividad, pronto observaremos la importante incidencia que la diversidad estructural de la agencia y el factor tiempo deben tener en la determinación de los momentos a partir del cual y hasta el cual va a tener derecho el agente a percibir las comisiones pactadas, usuales o razonables.

Sintetizando los supuestos que se pueden dar en la práctica podemos ver los siguientes:

1.—Durante la vigencia del contrato de agencia (artículo 12 de la Ley):

a) **Agencia con pacto de exclusividad** territorial o personal.

El pacto de exclusividad territorial implica la determinación de una zona geográfica concreta en la que el agente promoverá y, en su caso, concluirá operaciones de comercio por cuenta de su principal, con exclusión de cualquier otro agente y del propio principal. Queda, por consiguiente, obligado el empresario principal a no celebrar más contratos de agencia que permitan la actuación del nuevo agente en una zona afectada por una anterior exclusividad.

Por lo que se refiere a la exclusividad personal, la misma implica la atribución de un grupo de personas, respecto de las cuales el agente promoverá y, en su caso, concluirá las operaciones de comercio objeto de la agencia.

En estos casos el agente tendrá derecho al cobro de comisiones sobre todas las operaciones de comercio bien concluidas con personas pertenecientes a la zona geográfica o al grupo objeto de la exclusividad, aun cuando en las mismas no haya intervenido personalmente el agente (41). Como es lógico, el ideal de todo agente es celebrar contratos con este tipo de pactos de exclusividad.

b) **Agencia sin pacto de exclusividad.**

Para que nazca el derecho del agente a la comisión deberá concurrir uno de los dos requisitos siguientes: que haya una intervención profesional del agente respecto del acto u operación de comercio concluido; que el acto u operación de comercio se haya concluido con persona respecto de la cual el agente hubiera promovido y, en su caso, concluido con anterioridad un acto u operación de naturaleza análoga.

En el primero de los supuestos referidos es perfectamente lógico el nacimiento del derecho a la comisión del agente por cuanto que el agente ha cumplido con su obligación de intervención profesional.

En cuanto al segundo supuesto, el mismo implica el reconocimiento implícito de que si el empresario va a contratar con el tercero, no es gracias a su esfuerzo personal o al de sus dependientes, sino al trabajo profesional del agente que fue quien captó a dicho cliente para su principal. Entendemos que la Ley debe interpretarse en el sentido de que el agente debe haber promovido y, en su caso, concluido una operación comercial con ese mismo tercero para el mismo empresario principal, de manera que ese tercero pueda ya ser considerado cliente del empresario principal, merced a la anterior actuación profesional del agente. La interpretación de considerar que fuese suficiente con que el agente hubiera promovido y, en su caso, concluido operaciones con ese mismo tercero pero para otro empresario (pensemos en el agente sin pacto

---

(41) En la doctrina Rodrigo URÍA, «Derecho Mercantil», ... ya citado, p. 637, con cita de la Sentencia de 28 de febrero de 1970, califica a esta modalidad de comisión de «comisión indirecta» «por contraposición a la que se devenga cuando el pedido se cursa por mediación del propio agente».

de exclusiva, que promociona operaciones comerciales de diversos empresarios), conduciría a una situación injusta, así como, en ocasiones, difícil de verificar. A nuestro juicio, la razón de ser de esta expansión del derecho a la comisión se encuentra en el beneficio general que se experimenta por el empresario principal debido a la labor continuada y profesional del agente en la captación de nueva clientela para dicho principal.

c) **Sucesión de Contratos de Agencia** (artículo 13.2 Ley).

Dada la posibilidad de que se sucedan en el tiempo diversos agentes, que han ido contratando con un mismo empresario principal, puede darse la posibilidad de que durante la vigencia de un contrato de agencia se concluyan operaciones de comercio celebradas gracias a la intervención de un agente precedente, en cuyo caso el agente que lo fuese al tiempo de la conclusión de la operación de comercio carece de derecho a la comisión.

Se hace, finalmente, referencia a un criterio de equidad en cuanto al reparto de comisiones por los agentes sucesivos, cuando concurren circunstancias que así lo aconsejen. Dichas circunstancias deben ser, a nuestro juicio, motivadas por la participación de ambos agentes en la promoción y, en su caso, conclusión de las operaciones de comercio.

2.—**Tras la extinción** del contrato de agencia (artículo 13).

La regla general será la de inexistencia de derecho a retribución por parte del agente respecto de las operaciones de comercio objeto del contrato y concluidas por el empresario principal tras la extinción del contrato.

Se establecen por la Ley **dos excepciones** a dicha regla general, fundadas en motivos de equidad, con el fin de evitar un enriquecimiento injusto por parte del empresario principal (42):

a) El cobro de comisiones por las operaciones de comercio concluidas en el plazo de los TRES MESES contados desde la fecha de extinción, siempre que el agente pruebe que la operación de comercio se debe a la actividad desarrollada por el agente durante la vida del contrato.

b) Que aunque la conclusión de la operación de comercio sea posterior a la extinción, el encargo o pedido del tercero que dio origen

---

(42) A nuestro entender es posible justificar aquí la existencia de un enriquecimiento injusto pues se produciría tanto un enriquecimiento para el principal (beneficios derivados de la conclusión de las operaciones de comercio) como un empobrecimiento del agente (quien habría asumido los gastos de promoción de las operaciones, que luego se concluyen tras la extinción del contrato).

Para VALENZUELA GARACH, «El Agente Comercial: Algunos Apuntes ...», ... ya citado, p. 1.155, refiriéndose al artículo 17.3 de la Directiva, antecedente, a nuestro entender, del artículo 13 de la Ley, este derecho al cobro de las comisiones esperadas de la ejecución normal del contrato supone la indemnización del lucro cesante ocasionado al agente por la extinción del mismo.

a la misma fuese anterior a dicha extinción, de manera que el agente, de haberse concluido la operación en vida del contrato de agencia, hubiese tenido derecho al cobro de la comisión.

C) *La Efectividad de la Remuneración: Devengo, Información, Pago, Pérdida y Reembolso de Gastos*

Se regulan todas las cuestiones citadas en el título de este apartado en los artículos 14 al 18 de la Ley del Contrato de Agencia.

El nacimiento del derecho a la remuneración («devengo» en palabras del legislador —artículo 14 de la Ley—, utilizando un concepto extraído del Derecho Tributario y Bancario), se puede producir en un triple momento (43), dependiendo en parte del tipo de operaciones que constituyan el objeto de la agencia:

a) Cuando el empresario haya ejecutado el acto u operación de comercio. Pensemos en el caso de una agencia de compra, en el momento en que el principal recibe las mercancías y paga su precio.

b) Cuando el empresario no haya ejecutado el acto u operación de comercio por su exclusiva voluntad.

c) Cuando los terceros que contrataron por la intervención del agente hubieran ejecutado total o parcialmente la operación de comercio. Sería el caso de una agencia de venta, en la que se produce el pago del Precio por el tercero comprador.

Ello determina que, como ya señalaba Valenzuela Garach (44), no haya distinción entre comisiones debidas y exigibles, puesto que su adquisición o devengo queda condicionado en todo caso al «buen fin» de la operación.

Si nos encontramos ante empresas que presenten un gran volumen de operaciones y que tengan diferentes agentes comerciales en una misma zona geográfica sin pacto de exclusiva, es fácil colegir la dificultad que el agente tendrá para conocer cuándo se han ejecutado o no las operaciones de comercio promovidas y, en su caso, concluidas por el mismo. Para resolver estos problemas el artículo 15 de la Ley reco-

---

(43) El devengo no es más que «el hecho generador del derecho a la comisión» al que se refiere VICENT CHULIA, «Compendio Crítico ...», ... ya citado, p. 317.

(44) Vid. Fernando VALENZUELA GARACH, «El Agente Comercial: Algunos Apuntes ...», ... ya citado, p. 1.152. Ese buen fin de la operación, supone, como señala Rodrigo URÍA, «Derecho Mercantil», ... ya citado, p. 636, la necesidad de que el tercero contratante haga efectiva la correspondiente prestación, de manera que, como dice Fernando SÁNCHEZ CALERO, «Instituciones de Derecho Mercantil», ... ya citado, p. 464, «si el tercero no cumple su prestación, decae el derecho del agente a la comisión». Por tanto, en los casos de agencia de ventas, la comisión supone un porcentaje de las cantidades efectivamente pagadas por cada cliente; Vid. Francisco VICENT CHULIA, «Compendio Crítico de Derecho Mercantil», ... ya citado, p. 312.

noce un amplio derecho de información a favor del agente, que concreta la obligación general de información prevista en el artículo 10.2 de la misma Ley y que, en su caso, deberá hacerse efectivo ante los Jueces y Tribunales, de acuerdo con lo previsto en la nueva redacción del artículo 32 del Código de Comercio, tras la Reforma del mismo por Ley de 25 de julio de 1989.

Este **derecho de información** tiene una doble manifestación:

a) Como deber del empresario respecto del agente, que queda obligado a presentar, como máximo con una periodicidad trimestral, pues se admite el pacto expreso de reducción del plazo, la relación de comisiones devengadas. Dicha información habrá de ser presentada antes del último día del mes siguiente a la conclusión del trimestre natural.

b) Como derecho del agente al examen de la contabilidad de su empresario principal y del resto de información que solicite para comprobar la cuantía de sus comisiones.

No hay, de otra parte, que confundir el nacimiento del derecho al cobro de la comisión (su devengo) con el momento en que el agente puede efectivamente cobrar dicha comisión. Por ello el artículo 16 de la Ley obliga al empresario a pagar las comisiones mediante liquidaciones, al menos, trimestrales, debiendo efectuar los pagos antes de que transcurra el último día del mes siguiente a la conclusión del trimestre natural. Este sistema retributivo es una consecuencia de la estabilidad y continuidad que presenta el contrato de agencia, evitando el engorro que supondría que el agente quisiese cobrar de manera individual y aislada cada una de las operaciones de comercio que hubiese promovido y, en su caso, concluido.

Se admite siempre, en beneficio del agente a quien le interesará por razones de liquidez, el pacto de acortar los plazos para llevar a término las precipitadas liquidaciones.

No existe previsión alguna respecto de la calificación preferencial que pudiesen tener los créditos de los agentes, por su derecho de remuneración, frente a los empresarios principales, así como tampoco se ha reconocido legalmente el derecho de retención a favor del agente sobre los efectos entregados en depósito por el principal, o sobre los pagos realizados por clientes a favor del empresario principal (45).

Por último, conforme previene el artículo 18 de la Ley del Contrato de Agencia, el agente no tiene derecho alguno al reembolso de los gastos ocasionados al mismo por el ejercicio de su actividad profesional. Ello no es más que una consecuencia del carácter empresarial que su-

---

(45) Esas dos medidas de protección especial de los pagos a los agentes fueron propuestas en su día en el Borrador redactado por el Consejo General de Colegios de Agentes Comerciales de España, según puso de manifiesto VALENZUELA GARACH, «El Agente Comercial: Algunos Apuntes ...», .. ya citado, p. 1.152.

pone su actividad, lo que le exige hacerse cargo de los gastos de explotación de la misma. Nos encontramos aquí, pues, con otra diferencia entre el contrato de agencia y el contrato de comisión, pues respecto de este último el artículo 278 del de Comercio reconoce el derecho del comisionista a reclamar a su comitente, previa presentación de cuenta justificada, los gastos y desembolsos efectuados con el abono del interés legal del dinero desde la fecha de los mismos hasta la de su efectivo reintegro.

Cabe llamar la atención acerca de que esta norma que excluye el abono de gastos es especial del ordenamiento español, por cuanto que la Directiva Comunitaria no contiene previsión expresa alguna al respecto.

#### D) *Convenio sobre la Prima*

Utilizamos aquí un concepto empleado por la doctrina (46) para referirnos al supuesto previsto en el artículo 19 de la Ley del Contrato de Agencia, que no tiene parangón en la Directiva Comunitaria, pese a estar previsto en la Propuesta de Directiva de 1976.

Se trata de un pacto, cuyo contenido es el de que el agente responde del buen fin de las operaciones de comercio (sería lo mismo decir que de la solvencia de los terceros que contraten con su principal por medio de su intervención), que debe reunir los siguientes requisitos:

- a) Forma escrita.
- b) Determinación de si abarca a todas o a parte de las operaciones promovidas y, en su caso, concluidas por cuenta del empresario.
- c) Expresión de la comisión a percibir por el agente. Entendemos que se tratará de una comisión sólo sobre la parte de las operaciones abarcadas por la garantía del agente, pudiendo, por tanto, pactarse respecto del resto de operaciones una retribución por cantidad fija.

Asimismo consideramos que para aquellos casos en los que el agente tenga pactado un sistema retributivo general por comisiones, deberá acordarse una comisión especial o adicional, más elevada, respecto de aquellas operaciones en las que agente asuma el riesgo y ventura de las mismas, pues razones de equidad justifican, a nuestro entender suficientemente, ese plus de comisión para el agente. Tam-

---

(46) Vid. María Victoria SADA, «Los Agentes», ... ya citado, p. 618. También se la define como «comisión de garantía»; Vid. Luís Felipe RAGEL SÁNCHEZ, «La Denuncia Unilateral ...», ... ya citado, p. 64 y Nota (11). Por su parte, Fernando VALENZUELA GARACH, «El Agente Comercial», ... ya citado, p. 70, proclama su naturaleza de «cláusula fiduciaria».

co regulan aquí ni la Directiva Comunitaria ni la Ley española el establecimiento de ningún derecho preferente a favor del agente para cobrar el importe de sus retribuciones (47).

#### IV. LA EXTINCIÓN DEL CONTRATO DE AGENCIA

Son dos las causas de extinción del contrato de agencia que se prevén en la Ley (48):

##### 1. Extinción por causa de muerte

Se regula en el artículo 27 de la Ley del Contrato de Agencia, suponiendo una novedad respecto de la Directiva 86/653, que no prevé nada expresamente al respecto.

Dada la configuración del contrato de agencia como un contrato «*intuitus personae*», en lo que se refiere a las condiciones personales del agente, es por lo que el referido precepto legal prevé que la muerte o declaración de fallecimiento del agente es causa automática de extinción del contrato (49).

---

(47) SÁNCHEZ SOLE, «Comentario ...», ... ya citado, p. 89, defiende la aplicación analógica del artículo 276 del Código de Comercio, que establece un derecho especial de retención y un crédito preferente sobre los efectos que el comitente haya remitido al comisionista. Es de destacar que el Borrador de la Ley redactado por el Consejo General de Colegios de Agentes Comerciales de España, sí había previsto expresamente tanto el derecho de retención como la configuración de los créditos del agente frente al principal como créditos preferentes. Vid. Fernando VALENZUELA GARACH, «El Agente Comercial ...», ... ya citado, pp. 1152-1153. Finalmente el texto de la Ley no ha dicho nada al respecto, de donde interpretamos que la voluntad del legislador fue excluir la preferencia de créditos y el establecimiento de derecho de retención.

(48) La Sentencia de la Sala 1.<sup>a</sup> del Tribunal Supremo de 23 de abril de (Ponente: Excmo. Sr. D. Mariano Gimeno Fernández; Aranzadi 1974/2.045) excluye expresamente la posibilidad de aplicar el artículo 279 del de Comercio (libre revocabilidad del contrato de comisión a instancia del comitente), relativo al contrato de comisión, a un contrato de agencia. El mismo criterio se expone «*obiter dicta*» en la Sentencia de 25 de octubre de 1985 (Ponente: Excmo. Sr. D. José María Gómez de la Bárcena y López; Aranzadi 1985/4.952).

(49) Se asienta, pues, el contrato de agencia en la legislación española, más sobre las condiciones personales del agente, cuando éste sea persona física, que sobre la organización empresarial que el mismo tenga. Se mantiene, pues, una posición distinta a la defendida por parte de Juan Luis IGLESIAS PRADA «Notas para el Estudio ...», ... ya citado, p. 278, a propósito del contrato de concesión, pero también aplicable a la agencia, siguiendo a GARRIGUES (Vid. su Nota 74). Para IGLESIAS PRADA este tipo de contratos serían más «*intuitus instrumenti*» que «*intuitus personae*», por lo que el contrato debería continuar existiendo en la medida en que el establecimiento mercantil del concesionario o del agente siguiese existiendo.

No ocurre lo mismo respecto del empresario principal, pues su muerte o declaración de fallecimiento únicamente faculta a sus sucesores en la empresa para denunciar el contrato de agencia, siendo la solución en este caso muy similar a la prevista para la comisión en el artículo 280 del Código de Comercio, con las exigencias de preaviso que más adelante veremos a la hora de estudiar la incidencia del factor tiempo en este tipo de contratos. No existe, pues, en estos casos, no ya una extinción «*ipso iure*» del contrato, sino ni tan siquiera el derecho del agente a reclamar la extinción del contrato, lo que es buena muestra de que las cualidades personales decisivas a la hora de contratar van a serlo del agente y no del empresario principal.

Conviene señalar que este artículo 27 de la Ley está contemplando la existencia únicamente de personas físicas en el contrato de agencia (tanto por parte del agente como por parte del empresario principal), por lo que no conviene olvidar que el artículo 1 de la propia Ley reconocía la posibilidad de que cualquiera de las dos partes contratantes fuese una persona jurídica. Aun cuando la Ley no diga nada expresamente al respecto, consideramos que la disolución y liquidación del agente-persona jurídica, con su correspondiente extinción, deberá asimilarse al fallecimiento de la persona física teniendo asimismo el efecto de extinguir el contrato de agencia, salvo en el caso de que hubiese una sucesión en la organización empresarial del agente disuelto y liquidado por parte de un nuevo empresario, en cuyo caso cabría la posibilidad de acordar la continuidad de la agencia con el sucesor. Y lo mismo habrá de ocurrir cuando quien se disuelva, liquide y, por tanto, se extinga, sea el empresario principal que revista también una forma societaria.

## **2. La Extinción por el Transcurso del Tiempo**

Hay que partir de la base de que el contrato de agencia, siendo un contrato de duración, puede ser pactado por tiempo determinado o por tiempo indeterminado.

### **A) *Los Contratos por Tiempo Determinado***

El artículo 23 de la Ley, a diferencia de lo que ocurre con la Directiva Comunitaria, que prácticamente sólo se ocupa de los contratos de agencia por tiempo indeterminado, prevé expresamente la posibilidad de pactar, sin necesidad de que el pacto sea por escrito, una duración determinada o indeterminada del contrato de agencia, estableciéndose una presunción de duración indefinida salvo pacto expreso en contrario.

El artículo 24.2 de la Ley prevé asimismo la conversión automática de los contratos por tiempo determinado en contratos de duración indefinida, cuando, vencido que fuese el plazo pactado, el contrato siga siendo ejecutado por ambas partes. No existe, por tanto, en el contrato de agencia, la tácita reconducción por igual plazo de duración que el anteriormente pactado, sino, por contra, su conversión automática y «ministerio legis» en contrato indefinido. Entendemos que ni siquiera cabrá la prórroga automática por iguales períodos de tiempo que el inicialmente pactado ni aunque las partes lo hubiesen así expresamente estipulado, por cuanto que con el establecimiento de un contrato por tiempo indefinido quedan mejor protegidos los intereses del agente. Como excepción consideramos que sí cabrá la posibilidad de pactar un contrato, por ejemplo, con un plazo de duración de TRES AÑOS, ampliable por prórrogas de igual duración, hasta una máximo de QUINCE AÑOS, porque sí podríamos hablar de la existencia de una duración determinada o, al menos, parcialmente determinada; por contra, si simplemente se hablase de prórrogas automáticas sin límite máximo, consideramos que habrá que acudir a la conversión automática en contrato de duración indefinida que hemos citado.

No dice nada la Ley al respecto de la posibilidad de extinción «ante tempus» del contrato por tiempo determinado, sin concurrencia de justa causa (50). Estamos conformes con Ragel Sánchez (51) en entender que en este caso de extinción anterior al vencimiento del contrato, nos encontramos, en realidad, ante un incumplimiento del contrato, que permitirá a la contraparte exigir la indemnización de daños y perjuicios, entre los que cabrá la inclusión del lucro cesante, que, a nuestro juicio, puede incluir el importe de las comisiones a devengar entre la fecha de extinción anticipada y la del vencimiento pactado del contrato.

En estos casos, como daño emergente consideramos que podrá solicitarse la indemnización por los gastos amortizables de instalaciones «ad hoc» al contrato de agencia, no amortizados a causa de dicho vencimiento anticipado, así como las indemnizaciones por clientela. De estas dos modalidades indemnizatorias nos ocuparemos más adelante con detalle, al venir reguladas en los artículos 28 y 29 de la Ley.

---

(50) Vid. Fernando VALENZUELA GARACH, «El Agente Comercial: Algunos Apuntes ...», ... ya citado, p. 1156, quien era partidario de que se hubiese seguido la Propuesta de Directiva que asimilaba estos supuestos al de la resolución de los contratos por tiempo indefinido sin respetar el plazo de preaviso, cara a la indemnización a favor del agente, cuando fuese el principal el que extinguiese de forma unilateral e injustificada.

(51) Vid. Luis Felipe RAGEL SÁNCHEZ, «Comentario a la Sentencia de la Sala 1.ª del Tribunal Supremo de 19 de septiembre de 1989», ... ya citado, p. 860.

## B) *Los Contratos por Tiempo Indefinido*

Constituyen la modalidad más frecuente del contrato de agencia y la que mayores problemas ha planteado en la práctica cara a su extinción (52).

Para que un contrato de agencia sea de tiempo indefinido caben dos posibilidades:

a) Que expresamente se pacte la duración indefinida del contrato, pacto que no requiere revestir forma escrita.

b) Que a la hora de celebrar el contrato de agencia, ni agente ni principal digan nada respecto de la duración del contrato, en cuyo caso la duración es indefinida por presunción legal «iuris et de iure» de que la voluntad de las partes fue pactar la meritada duración.

La posibilidad de la extinción de los contratos de duración indeterminada a través de la denuncia unilateral por uno de los contratantes ha sido ya reconocida por nuestra Jurisprudencia, en la precitada Sentencia de la Sala I del Tribunal Supremo de 22 de marzo de 1988, en la que, recogiendo la doctrina jurisprudencial recaída básicamente en relación con contratos de concesión en exclusiva (53), se hace un detallado y completo estudio de las soluciones adoptadas por el Derecho Comparado y en modalidades contractuales españolas que prevén la posibilidad de duración indeterminada, para concluir que la denuncia unilateral no es incumplimiento del contrato, naciendo sólomente el derecho a indemnización cuando la denuncia se hubiese hecho con mala fe o abuso del derecho.

Cabe extraer igualmente de la señalada Sentencia que el reconocimiento del derecho de denuncia es consecuencia del carácter de contrato de confianza, «*intuitus personae*», que presenta la agencia, lo que motiva el que a nadie se pueda obligar a estar permanente y eternamente obligado respecto del otro contratante, cuando pierda la confianza que en aquél tenía depositada (54).

---

(52) *Vid.* Sentencia de la Sala I.<sup>a</sup> del Tribunal Supremo de 22 de marzo de 1988 (Ponente: Excmo. Sr. D. José Luis Albácar López) con el Comentario a la misma de Enrique QUIÑONERO CERVANTES, «Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil» n.º 16, Sentencia n.º 427, pp. 237-242.

(53) La inmensa mayoría de la doctrina mercantilista que estudia la agencia destaca el menor número de litigios relativos al contrato de agencia respecto del contrato de concesión, señalando como causa de esta circunstancia las mayores dimensiones de los concesionarios, que les permite disponer de mayor medios económicos que, a su vez, les facilitan el soportar el coste de la tramitación de litigios contra las grandes compañías mercantiles a las que se suelen servir de agentes y de concesionarios.

(54) *Vid.* Juan Luis IGLESIAS PRADA, «Notas para el Estudio ...», ... ya citado, p. 277, quien afirma que «la confianza —simple motivo subjetivo en los contratos de ejecución instantánea— se transforma normalmente en los contratos de ejecución continuada en un motivo determinante de la voluntad y en causa del contrato»; Luis Felipe RAGEL SÁNCHEZ, con cita de Díez PICAZO, «La Denuncia Unilateral ...», ... ya citado, pp. 73-74, donde defiende la justificación de la denuncia unilateral de los contratos de duración indefinida y en que concurra un componente fiduciario.

La señalada Sentencia de 22 de marzo de 1988, consolidada más tarde en la también citada de 19 de septiembre de 1989, y reiterada en la posterior de 16 de febrero de 1990 (55), estableció como criterio acreditativo de la buena fe (56) de quien denunciaba unilateralmente el contrato (en todos los casos planteados en la Jurisprudencia el empresario principal, no el agente), la existencia de un preaviso, así como reconoció el derecho del agente a obtener una «indemnización por clientela», que por nuestra parte preferimos denominar «indemnización por plusvalía de clientela».

Pues bien, todo ello ha tenido plasmación legal en nuestro Derecho de forma expresa y superando algunos problemas que la aplicación práctica presentaba, con motivo de la aprobación de la Ley del Contrato de Agencia.

Cabe, por tanto, que distingamos a la hora de estudiar la extinción de los contratos de agencia por tiempo indefinido los siguientes apartados:

## 1. El Preaviso

Es requisito «sine qua non» para que podamos hablar de la existencia de una denuncia unilateral de buena fe por parte de cualquiera de los contratantes de la agencia, el que la denuncia se formule por escrito y con un plazo de preaviso, tal y como dispone el artículo 25 de la Ley.

El preaviso, podemos definirlo como el espacio de tiempo que habrá de mediar necesariamente entre la fecha de la recepción y conocimiento de la denuncia por la contraparte y la fecha en que se da por efectivamente extinguida la relación contractual de la agencia; también puede entenderse como preaviso la denuncia unilateral y escrita de cualquiera de las partes por la que se indica que el contrato de agencia se extinguirá en una determinada fecha futura.

Conforme al espíritu proteccionista del agente que impregna toda la Ley del Contrato de Agencia, se prevé expresamente en el artículo 25.3 de la Ley la posibilidad de pacto expreso de preavisos desequilibrados en sentido unívoco a favor del agente, esto es, que sólo cabe que sea más amplio el preaviso exigido al empresario principal que al agente, pero no a la inversa.

En cuanto a los plazos mínimos de preaviso, que siempre podrán ampliarse por pacto expreso de las partes contratantes, se fijan a razón de un mes por año de duración del contrato —debemos entender que se

---

(55) *Vid.* Luis Felipe RAGEL SÁNCHEZ, «Comentario a la Sentencia de la Sala 1.<sup>a</sup> del Tribunal Supremo de 16 de febrero de 1990» ... ya citado, pp. 459-472.

(56) Como señala Juan Luis IGLESIAS PRADA, «Notas para el Estudio ...», ..., p. 273, «la buena fe es el aire que envuelve las relaciones entre los comerciantes».

refiere a los años transcurridos hasta aquél en el que nos encontramos a la hora de denunciar unilateralmente el referido contrato—; para el caso de contratos convertidos «ministerio legis» en contratos por tiempo indeterminado, el artículo 25.5 de la Ley hace expresa referencia a computar la duración tanto de los años pactados de duración inicial, como los que posteriormente a la conversión en contratos por tiempo indefinido hubiesen ya transcurrido en el momento de formular la denuncia, hasta llegar al sexto año (que supone un máximo de seis meses por imposición de ley, con independencia de la facultad de pactar plazos de preaviso mayores), siendo para los contratos de duración inferior a un año el plazo mínimo de preaviso el de UN MES.

El pacto de ampliación de los plazos de preaviso beneficia, a nuestro juicio, a ambas partes, pues tanto permite al empresario seleccionar con calma y cuidado su futuro agente en la misma zona geográfica, como al agente planificar su futura actuación empresarial. En ningún caso la formulación del preaviso excluye que las partes contratantes deban seguir cumpliendo con todas y cada una de las obligaciones que nacen del contrato de agencia hasta la fecha de efectiva extinción del contrato.

En cuanto al cómputo del plazo de un mes no queda claro, a nuestro entender, si deberá computarse de fecha a fecha o si por el contrario deberá entenderse como «dies ad quem» el del último día del mes siguiente al en que se efectuó la denuncia. El artículo 25.4 de la Ley del Contrato de Agencia se refiere al «último día del mes», mientras que el artículo 15.5 de la Directiva se refiere al «final del mes civil». A nuestro juicio la interpretación más conforme con nuestro Derecho en general es computar los meses tal y como dispone el artículo 5 de nuestro Código Civil, de manera que el plazo mensual deberá computarse de fecha a fecha, esto es, a partir de la fecha en que se recibiera fehacientemente el preaviso por la otra parte contratante.

Acogiéndose a la facultad que para los Estados miembros se reconoce en el artículo 16 de la Directiva Comunitaria, el legislador español, en el artículo 26 de la Ley, **excluyó de la necesidad de preavisar** tanto en los contratos por tiempo determinado como por tiempo indefinido, en dos supuestos:

**a) Incumplimiento de las obligaciones contractuales**, y a fuesen establecidas por la Ley o por la voluntad de las partes. No es ni más menos que una aplicación particularizada de la acción resolutoria tácita de los contratos bilaterales prevista en el artículo 1.124 CC (57).

---

(57) Supone, en palabras de Luis Felipe RAGEL SÁNCHEZ, la existencia de una «justa causa de extinción». Vid. «La Denuncia Unilateral ...», ... ya citado, pp. 71-72, y la enumeración que en la Nota (41) hace de las posibles infracciones contractuales del agente.

b) Por la **crisis económica** de cualquiera de las partes contratantes, manifestada a través de la declaración de quiebra o la mera admisión a trámite de un expediente de suspensión de pagos. Suponen, por tanto, estas situaciones concursales la concreción de las circunstancias excepcionales a que se refiere el artículo 16.b) de la Directiva 86/653.

En estos dos supuestos el único requisito de la denuncia será su forma escrita, con manifestación de voluntad de extinguir el contrato, así como indicación de la causa de la extinción, debiendo tratarse, pues, de una denuncia motivada. El momento de extinción será el de la recepción de la notificación escrita por la contraparte. Entendemos que a los efectos de evitar posibles conflictos es aconsejable que estas notificaciones se hagan de manera fehaciente, a ser posible, mediante Requerimiento Notarial.

Sigue presentando nuestra Ley la laguna que ya Fernando Valenzuela Garach (58) observó en la Directiva Comunitaria, referente a la falta de determinación de las consecuencias indemnizatorias que deberían derivarse la denuncia unilateral del contrato sin preaviso, fuera de los casos previstos en el artículo 26 de la Ley en los que los dos contratantes quedan exentos de la obligación de preavisar.

Ante la laguna legal, pensamos que en estos casos de falta de respeto a los plazos de preaviso mínimos legales o superiores pactados por las partes, la contraparte perjudicada por la inexistencia de preaviso tendrá derecho a ser indemnizada. Para el caso de que fuese el agente el perjudicado por la denuncia extemporánea del empresario principal, esta situación deberá ser resuelta, de acuerdo con nuestra doctrina y Jurisprudencia (59), a través del nacimiento de la obligación de dicho empresario de indemnizar al agente con el abono de las comisiones medias que le hubiese correspondido al agente percibir por las operaciones que se hubiesen promovido y, en su caso, concluido durante dicho período de tiempo.

En aquellos casos en los que se hubiese pactado expresamente por las partes contratantes un plazo de preaviso, la denuncia sin el mismo supondría un claro incumplimiento del contrato, de donde resulta de

---

(58) Vid. Fernando VALENZUELA GARACH, «El Agente Comercial», ... ya citado, pp. 1354-1355.

(59) Vid. Luis Felipe RAGEL SÁNCHEZ, «La Denuncia Unilateral ...», ... ya citado, p. 74, que llama la atención sobre los perjuicios que para el agente supone la extinción brusca y sin preaviso de la agencia, dado que deberá mediar un tiempo hasta que encuentre otra ocupación, que le permita obtener los ingresos que antes obtenía a través del contrato de agencia extinguido; Vid. también del mismo artículo doctrinal, p. 79, donde propugna como canon de indemnización el importe de las comisiones que el agente hubiese percibido durante el tiempo del preaviso no respetado, calculadas sobre las comisiones medias de los dos años anteriores; Vid. del mismo autor citado «Comentario a la Sentencia de la Sala 1.<sup>a</sup> del Tribunal Supremo de 19 de septiembre de 1989», ... ya citado, p. 860.

aplicación el artículo 1.101 C.c., que hace nacer la obligación de indemnizar daños y perjuicios, concretada también, para el caso del agente, en las referidas comisiones pendientes de devengo.

Para el supuesto de ser el empresario el perjudicado por la falta de preaviso del agente, podrá tomarse como concepto indemnizatorio el de las pérdidas sufridas por la disminución de operaciones experimentada a causa de la no consecución de un nuevo agente en la zona durante el tiempo que medie entre la denuncia unilateral y la fecha de extinción normal de la agencia. Para el cálculo de esta indemnización tendrán un indudable valor para nuestros Jueces y Tribunales las pruebas periciales que se practiquen a través del análisis de la contabilidad y declaraciones fiscales anteriores del empresario, que permitan obtener, en ocasiones, un cálculo lo más fiable posible de las pérdidas sufridas.

Estos supuestos indemnizatorios debemos considerarlos adicionales respecto de los previstos expresamente en la Ley del Contrato de Agencia y que más adelante analizaremos: la indemnización por clientela y la indemnización por falta de amortización (artículos 28 y 29 de la Ley).

### 3. La Indemnización por Clientela

Se trata también de otro concepto nacido antes en nuestra doctrina y Jurisprudencia (60), siendo recogido por el artículo 28 de la Ley, a semejanza de lo previsto en el artículo 17 de la Directiva Comunitaria.

Su justificación se encuentra por parte de Luis Felipe Ragel Sánchez (61) en la doctrina de la prohibición del enriquecimiento injusto, por cuanto a causa de la extinción de la agencia se produce un enriquecimiento del empresario principal, que sigue disfrutando de la clientela

---

(60) *Vid.* las ya referenciadas Sentencias de la Sala 1.<sup>a</sup> del Tribunal Supremo de 22 de marzo de 1988, 19 de septiembre de 1989 y 16 de febrero de 1990, así como los comentarios doctrinales a las mismas, también referidos y Luis Felipe RAGEL SÁNCHEZ, «La Denuncia Unilateral ...», ... ya citado, p. 75, quien llama la atención acerca del beneficio económico sobreañadido que puede adquirir el empresario representado o principal, al poder contratar directamente con la clientela que le captó el agente, pero sin la intervención de éste y sin tener, por tanto, que abonarle retribución alguna.

Señala Fernando SÁNCHEZ CALERO, «Instituciones de Derecho Mercantil», ... ya citado, p. 464, que el derecho a la indemnización por clientela ya había sido reconocido en los usos del tráfico.

(61) *Vid.* Luis Felipe RAGEL SÁNCHEZ, «La Denuncia Unilateral ...», ... ya citado, pp. 82-83, quien también hace una referencia bastante superficial a la infracción de la regla de la buena fe como justificante de esta modalidad indemnizatoria. Por su parte Enrique QUIÑONERO CERVANTES, «Comentario a la Sentencia de la Sala 1.<sup>a</sup> del Tribunal Supremo de 22 de marzo de 1988», ... ya citado, p. 242, es partidario de buscar la fundamentación del derecho a la indemnización por clientela no en el enriquecimiento injusto, sino en la mala fe del denunciante manifestada a través del mantenimiento de relaciones comerciales con los clientes proporcionados por el agente.

que le proporcionó la actuación del agente y se ahorra su retribución, con un paralelo empobrecimiento del agente, que deja de percibir su retribución, correspondiéndose los meritos empobrecimiento y enriquecimiento sin causa justificativa.

De este derecho a indemnización sólo será titular el agente que haya celebrado un contrato de agencia, tanto por tiempo determinado como indefinido, siendo los **requisitos** para que opere el mismo:

a) Que el agente haya aportado con su actividad empresarial nuevos clientes al empresario o haya incrementado el volumen de sus operaciones con la clientela que ya tenía el principal. Es por esto por lo que preferimos denominar a esta indemnización «indemnización por plusvalía de clientela», pues el dato decisivo es el incremento de las operaciones concluidas por el principal gracias a la intervención del agente, bien mediante la apertura de nuevos mercados, bien mediante la potenciación y desarrollo de aquellos otros mercados que el principal ya tuviere abiertos al iniciarse la ejecución del contrato de agencia.

b) Que la actividad anterior del agente pueda proporcionarle ventajas al empresario principal. A nuestro juicio esto conllevará la extinción del derecho a indemnización por plusvalía de clientela cuando se haya producido el inmediato fallecimiento o la disolución, según sea persona física o jurídica, del empresario principal, sin que sea sucedido en la empresa.

c) Debe ser la equidad la que en último término justifique esta indemnización por plusvalía de clientela (62), manifestada a modo simplemente ejemplificativo, en la existencia de pactos de prohibición de competencia (es el supuesto sin duda más evidente, en el que al agente le queda vedado el aprovecharse de la clientela que ha captado para su principal, con el fin de desviarla hacia otros productos o servicios que promocione en el futuro), o en la pérdida de comisiones por parte del agente. Quedarán excluidos de derecho a indemnización aquellos supuestos en los que el agente siga relacionándose con la clientela captada para su empresario principal, procurando desviar la misma hacia los nuevos productos o servicios que se dedique a promocionar.

d) La extinción del contrato podrá devenir tanto del cumplimiento del plazo pactado, como de la denuncia unilateral con preaviso, si fue el agente quien extinguió el contrato, o de la muerte o declaración de fallecimiento del agente o del principal, pues aunque el artículo 28.2 de la Ley haga sólo mención al agente, estimamos que cuando la empresa del principal subsista a su personalidad jurídica habrán de ser sus sucesores quienes deban abonar al agente la indemnización por clien-

---

(62) La necesidad de concurrencia de razones de equidad para dar lugar a indemnización a favor del agente se defiende, «obiter dicta», en la Sentencia de la Sala 1.<sup>a</sup> del Tribunal Supremo de 25 de octubre de 1985 (Ponente: Excmo. Sr. D. José María Gómez de la Bárcena y López; Aranzadi 1985/4.952).

tela. Para el caso de que sea el agente el fallecido o declarado tal, habrán de ser sus herederos quienes resulten titulares del derecho a la indemnización por clientela.

El artículo 28.3 de la Ley cuantifica el volumen de la indemnización, fijando como tope máximo el importe medio anual de las remuneraciones recibidas por el agente durante los últimos CINCO AÑOS o durante todo el período de duración del contrato si éste hubiese sido inferior a cinco años, siguiéndose el mismo criterio que el previsto en el artículo 17.1.b) de la Directiva 86/653. Resulta, pues, que a la hora de computar las indemnizaciones a percibir por el agente sólo habrá que tomar en consideración sus ingresos profesionales, sin tener que deducir de los mismos los gastos sufridos por parte del agente, lo que facilita enormemente su cálculo a la vez que aumenta el importe de las indemnizaciones a percibir por el agente. La crítica que se puede hacer a este sistema de cuantificación es que al fijarse sólo topes máximos, la determinación del importe de la indemnización en cada caso concreto deberá alcanzarse bien por acuerdo entre las partes contratantes o bien, cuando haya conflicto, por parte de los Jueces y Tribunales, tras el correspondiente juicio, que permitirá ponderar las circunstancias concurrentes caso por caso, lo que supone una cierta inseguridad jurídica para el agente, a la vez que motivará la existencia de litigios (63).

Como criterio para cuantificar el importe de las indemnizaciones a percibir por el agente propuso también Luis Felipe Ragel Sánchez (64) ponderar si el contrato incluía o no un pacto de exclusiva, siendo mayores las mismas si lo incluía, por ser superiores las comisiones a percibir en ese caso, a la vez que resultaba más fácil la prueba de la clientela aportada al empresario representado.

#### 4. La Indemnización por Daños y Perjuicios

Es la que se ha venido en denominar por Valenzuela Garach (65) indemnización por el daño emergente.

---

(63) No se siguió la propuesta formulada «de lege ferenda» por Luis-Felipe RAGEL SÁNCHEZ, «La Denuncia Unilateral ...», ... ya citado, p. 85, proponiendo, por motivos de seguridad jurídica y economía procesal, que se estableciesen unas cantidades fijadas para la indemnización por clientela, sino que se estableció el sistema de cuotas máximas por influencia del Derecho Comparado y, fundamentalmente, de la Directiva Comunitaria. Sobre los distintos sistemas vigentes clásicamente en el Derecho Comparado, puede consultarse la Sentencia de la Sala 1.<sup>a</sup> del Tribunal Supremo de 22 de marzo de 1988, ya citada: sistema italiano de libertad judicial con base en la equidad; sistemas alemán, francés o austriaco de fijación de topes máximos de indemnización sobre la base de las comisiones medias de los últimos años.

(64) *Vid.* «Comentario a la Sentencia de la Sala 1.<sup>a</sup> del Tribunal Supremo de 11 de septiembre de 1989», ... ya citado, p. 864.

(65) *Vid.* Fernando VALENZUELA GARACH, «El Agente Comercial: Algunos Apuntes ...», ... ya citado, p. 1.155.

Se regula en el artículo 29 de la Ley, de una manera, a nuestro juicio, más restrictiva que como se hace en el artículo 17.3 de la Directiva 86/653, pues en la misma se prevé también la indemnización cuando la extinción del contrato se realice en unas condiciones tales que impidan al agente beneficiarse de las comisiones que se devengarían de la ejecución normal del contrato, a la vez que se produce un beneficio sustancial para el principal a causa de la actuación del agente.

Sus **características** son las siguientes:

- a) Su titularidad corresponde sólo al agente comercial.
- b) Sólo opera en los contratos de duración indefinida.
- c) El respeto o no al preaviso por parte del empresario principal resulta irrelevante a los efectos de hacer nacer el derecho a indemnización del agente.

d) A diferencia del artículo 17.4 de la Directiva Comunitaria, es necesario que se produzca la extinción voluntaria del contrato de agencia, en virtud de la denuncia formulada por el empresario, lo que excluye la aplicación de este precepto a los supuestos de extinción por causa de muerte del agente. Dada la redacción imperativa e incondicional del artículo 17.4 de la Directiva («... la reparación del daño con arreglo al apartado 3 se producirá asimismo cuando la terminación del contrato se realice como consecuencia del fallecimiento del agente comercial»), cabe, a nuestro entender, concluir que, a pesar de que la Ley española no diga nada al respecto, deberá reconocerse el mismo derecho a indemnización de daños y perjuicios, previsto en el artículo 29 de la Ley, a favor de los herederos del agente fallecido, en virtud todo ello de la doctrina del efecto directo de las Directivas Comunitarias.

e) Los daños y perjuicios indemnizables en virtud de este precepto se concretan exclusivamente a los gastos amortizables efectuados por el agente (deben ser, a nuestro entender, no gastos corrientes sino gastos en inmovilizado susceptibles de amortización, soportados por el agente para poder llevar a cabo su actividad empresarial, tales como instalaciones, maquinaria, adquisición de locales, etc ...), a petición del empresario principal (así entendemos que deberá interpretarse la expresión «instruidos por el empresario») para la ejecución del contrato de agencia.

Consideramos que la meritada «instrucción empresarial» no debe ser interpretada en sentido estricto (de manera que sólo quedarían abarcados los gastos amortizables realizados siguiendo expresas instrucciones de su empresario principal), sino que también debe abarcar aquellos gastos exigidos para el normal desarrollo de la actividad empresarial del agente.

Este derecho a indemnización estipulado por la Ley a favor del agente nos pone de manifiesto una diferencia más entre agentes y representantes de comercio, por cuanto en estos últimos, al tratarse una relación laboral, la indemnización para el caso de extinción del contra-

to se incrementa por razón de la antigüedad; por contra, en el caso de los agentes, tal indemnización disminuye con la antigüedad, pues justamente esa antigüedad en el desempeño de su cargo es, por lo común, la que le habrá permitido al agente, mediante el cobro de las retribuciones a que tiene derecho, amortizar los gastos de las instalaciones, medios e instrumentos que le son necesarios para el desempeño de su actividad profesional. Llegados a una gran antigüedad será necesario que el agente acometa nuevas instalaciones de reposición, que deberán, nuevamente, ser amortizadas.

Por último, entendemos que la indemnización de daños y perjuicios a favor del agente por causa de la extinción anticipada del contrato de agencia no debe limitarse a las amortizaciones pendientes previstas en el artículo 28 de la Ley —debe entenderse, pues, que lo que hace la Ley es prever expresamente la indemnización por unos particulares daños y perjuicios, pero sin que ello suponga que no existan más daños y perjuicios indemnizables—, sino que como señala Sergio Sánchez Sole (66) deben ampliarse también al incumplimiento de los plazos de preaviso (en este caso la indemnización vendrá dada por el importe de las comisiones que normalmente se hubiesen devengado durante el periodo de preaviso, en el que hubiese continuado vivo el contrato), así como en los casos de extinción anticipada de los contratos de duración determinada antes del término pactado. En este último caso, cuando se produzca la extinción sin justa causa, quizás hubiese sido conveniente el estipular un precepto similar al artículo 56 LAU, salvando las distancias, que permitiese al agente seguir cobrando hasta el vencimiento normal del contrato el importe de las comisiones medias hasta la fecha recibidas; ante la ausencia de dicha norma pensamos que pueden tomarse como cánones de los daños y perjuicios a indemnizar: la naturaleza de la actividad, la necesidad o no de dismantelar las instalaciones, la exclusividad o no de la agencia e incluso la posible pérdida de prestigio profesional para el agente a quien se le rescinde anticipadamente su condición de tal.

## 5. Inexistencia y Pérdida de los Derechos a Indemnización por Clientela y por Daños y Perjuicios

La inexistencia se regula en el artículo 30 de la Ley, sobre la base de tres supuestos prácticamente coincidentes con los previstos en el artículo 18 de la Directiva Comunitaria:

a) Extinción del contrato por denuncia del empresario principal a causa del incumplimiento de las obligaciones legales y/o contractuales del agente, propias del contrato de agencia. Deberá tratarse, como ocu-

---

(66) Vid. Sergio SÁNCHEZ SOLE, «Comentario ...», ... ya citado, p. 92.

rre en todos los contratos, de incumplimientos que presenten la suficiente entidad como para erigirse en causa de resolución contractual.

b) Cuando sea el agente el que pone fin al contrato en virtud de su denuncia unilateral, a menos que la misma se deba a circunstancias imputables al empresario (pensemos en incumplimiento por el empresario de sus obligaciones contractuales y/o legales), o bien que por razones de edad, enfermedad o invalidez del agente ya no se le pueda exigir continuar con la ejecución del contrato de agencia.

c) Cuando con consentimiento del empresario se hubiese producido una sucesión en la condición de agente, de manera que el agente primitivo se hubiese visto sucedido por un nuevo agente en sus mismos derechos y obligaciones.

Los tres anteriores supuestos los hemos englobado bajo la rúbrica de «inexistencia» de los derechos de indemnización, por cuanto que en esos casos ni siquiera llega a nacer a favor del agente el derecho a obtener indemnización alguna de las previstas concretamente en la Ley.

Por lo que se refiere a la «pérdida» del derecho a las indemnizaciones de plusvalía de clientela y de daños y perjuicios, con ello queremos decir que si bien ha nacido el derecho a ser indemnizado, el agente lo pierde por la dejación de actividad reclamadora del mismo. El legislador ha preferido establecer un plazo expreso de prescripción muy breve, no calificado como tal en la Directiva Comunitaria (67), y asimilado, en cuanto a su extensión, al del ejercicio de las acciones de responsabilidad extracontractual. Así el artículo 31 —como excepción a la regla general de prescripción quincenal de acciones que se desprende de la remisión contenida en el artículo 4 de la propia Ley al Código de Comercio y, por esa vía, al artículo 1.964 del Código Civil— prevé un plazo de prescripción anual contado desde la fecha de extinción del contrato, por ser ese el momento en que nace la acción del agente para reclamar del empresario principal las señaladas indemnizaciones por clientela y por gastos amortizables.

---

(67) Dice el artículo 17.5 de la Directiva Comunitaria que: «El agente comercial perderá el derecho a la indemnización en los casos contemplados en los apartados 2 y 3 si no hubiere reclamado al empresario, en un plazo de un año desde la terminación del contrato». Para VALENZUELA GARACH, «EL Agente Comercial: Algunos Apuntes ...», ... ya citado, p. 1.155, dicho plazo previsto en la norma comunitaria era de caducidad. Nuestro legislador ha preferido calificarlo como plazo de prescripción, por lo que deberá ser invocado por el empresario, no aplicado de oficio por el Juez, así como será susceptible de interrupción y no de suspensión.