

UNIVERSIDAD MIGUEL HERNANDEZ DE ELCHE

FACULTAD DE CIENCIAS SOCIALES Y JURÍDICAS

Grado en Derecho



TRABAJO FIN DE GRADO

EL CONTENIDO DEL CONTRATO DE AGENCIA: OBLIGACIONES DE LAS PARTES

Curso académico: 2018/2019

Alumno: JAVIER CASTELL AGULLÓ

Tutor: MARIA DEL CARMEN ORTIZ DEL VALLE

ÍNDICE

1. <u>ABREVIATURAS</u>	3
2. <u>INTRODUCCIÓN</u>	4
3. <u>CARACTERÍSTICAS DEL CONTRATO</u>	5
4. <u>CONTENIDO DEL CONTRATO: OBLIGACIONES DEL AGENTE</u>	11
4.1 Actuar con la debida diligencia en la promoción y conclusión de actos y operaciones.....	12
4.2 Comunicación e información al empresario.....	16
4.3 Aceptar las instrucciones recibidas del empresario.....	18
4.4 Recepción de reclamaciones.....	20
4.5 Contabilidad independiente y organizada.....	21
5. <u>CONTENIDO DEL CONTRATO: OBLIGACIONES DEL EMPRESARIO</u>	23
5.1 Poner a disposición del agente los elementos necesarios para el ejercicio de su actividad profesional.....	24
5.2 Procurar al agente la información necesaria para la ejecución del contrato.....	25
5.3 Satisfacer la remuneración pactada.....	26
6. <u>OBLIGACIONES POSTERIORES A LA EXTINCIÓN DEL CONTRATO</u>	30
6.1 Pacto de prohibición de no competencia.....	31
7. <u>CONSECUENCIAS DEL INCUMPLIMIENTO DE LAS OBLIGACIONES DEL CONTRATO</u>	35
8. <u>CONCLUSIONES</u>	38
9. <u>BIBLIOGRAFÍA</u>	40

1. ABREVIATURAS

LCA	Ley del Contrato de Agencia
CEE	Comunidad Económica Europea
STS	Sentencia del Tribunal Supremo
Art	Artículo
C.Com	Código de Comercio
Pag	Página
RAJ	Repertorio Aranzadi de Jurisprudencia
TS	Tribunal Supremo
CC	Código Civil
S.A.	Sociedad Anónima
S.L.	Sociedad Limitada
LDC	Ley de Defensa de la Competencia
CE	Constitución Española
ET	Estatuto de Trabajadores
TJUE	Tribunal de Justicia de la Unión Europea
AP	Audiencia Provincial

2. INTRODUCCIÓN

En el siguiente trabajo vamos a analizar el contenido del contrato de agencia, más concretamente las distintas obligaciones que surgen de él para las partes. Normalmente el contrato de agencia se desarrolla entre dos partes principales, el empresario y el agente.

El contrato de agencia, en el derecho español, está regulado actualmente por la Ley 12/1992 de 27 de mayo del Contrato de Agencia (LCA). Dicha Ley viene a dar una regulación amplia y precisa del contenido contrato. Antes de esta Ley, para tratar temas relacionados con el Contrato de Agencia y sus obligaciones, se acudía a la Directiva 86/653/CEE¹, de 18 de diciembre de 1986, relativa a la coordinación de los Estados miembros en lo referente a los agentes comerciales independientes y por analogía a la regulación del Contrato de Comisión en el Código de Comercio.

A partir de la LCA, observaremos las peculiaridades del contrato de agencia y sus características propias, que mientras las analizamos, las iremos diferenciando de otras figuras afines de semejante función.

En el presente trabajo se va a analizar detalladamente cada obligación del empresario y del agente para ver sus características y comprender un poco más donde están los límites de las funciones de cada uno.

Por otra parte, veremos las obligaciones que sobreviven a la extinción del contrato de agencia y que afectan tanto al empresario principal como al agente. En esta línea, también observaremos las diversas consecuencias del incumplimiento de las obligaciones de las partes.

Todo esto acompañado de algunos ejemplos de jurisprudencia que muestran el aspecto práctico que este tipo de contrato tiene en la vida real.

¹ Esta directiva viene a regular el Derecho comunitario y es en la que se ha fijado la LCA para elaborar su texto legislativo.

3. CARACTERÍSTICAS DEL CONTRATO DE AGENCIA

Para empezar este trabajo, debemos saber que entendemos por contrato de agencia, el art.1 LCA nos lo aclara: “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”

En general, el contrato de agencia es un contrato mercantil y de colaboración entre empresarios², por el cual el agente colabora con el empresario para realizar o alcanzar un negocio jurídico. Para entender mejor el funcionamiento de este contrato y cual va a ser su contenido, antes hay que analizar las características principales y propias del contrato de agencia.³A partir de estas características observaremos las diferencias y las similitudes que tiene el contrato de agencia con el resto de contrato afines.

A continuación, se destacan las características que identifican y dotan de contenido al contrato de agencia:

- **Contrato bilateral**

El contrato agencia es un contrato bilateral porque de él surgen obligaciones para ambas partes, es decir, surgen obligaciones para el agente y para el empresario. Son obligaciones que ambas partes se comprometen a realizar para lograr así el fin perseguido. Mas adelante veremos detalladamente cada una de las obligaciones de las partes.

- **Contrato consensual**

Se trata también de un contrato consensual, de colaboración, ya que se da libertad a las partes para que negocien y establezcan las cláusulas que estimen oportunas y nazca de entre ellas una relación jurídica. Será válida cualquiera que sea la forma elegida. Aunque

² VICENT CHULIÁ, F. *Compendio crítico de Derecho mercantil*, Tomo II, J. M. Bosch, 1991, Barcelona, pags.381.

³ URÍA, R. *Derecho Mercantil*, vigésimo segunda edición, Marcial Pons, Madrid 1995, pag.717.

cada parte tiene derecho a exigir de la otra la formalización por escrito de los pactos contractuales y de sus modificaciones⁴. Las relaciones entre el empresario y el agente han de estar presididas por la lealtad y la buena fe recíprocas. A pesar de esta característica, es muy común en la práctica que en el empresario principal tenga predeterminadas varias cláusulas del contrato, teniendo claramente mayor poder de negociación. Hay algunas excepciones en las que si se exige la forma escrita para dar validez al pacto⁵, pero por lo general se pueden aplicar los arts. 1278 CC y 51 C.Com., comunes para los contratos civiles y mercantiles.

- **Contrato oneroso**

Es un contrato oneroso porque se suele pactar una retribución para el agente por el desempeño de su función. En el contenido del contrato se establece la cuantía de la remuneración que percibirá el agente, la forma y el plazo. Más adelante hablaremos de los diferentes métodos de retribución del agente. Si no se establece remuneración en el contrato no significa que no hay, sino que se realizará conforme a los usos y costumbres. La existencia de retribución en este contrato es incuestionable, ya que el propio art. 1 de LCA establece que “el agente desempeña su función, a cambio de una remuneración”.

- **Es un contrato típico**

Porque tiene su regulación en la Ley 12/1992 de 27 de mayo, la cual califica este contrato como mercantil, y se antepone a la antigua Directiva 86/653/CEE del Consejo de 18 de diciembre de 1986. Las normas que contiene la Ley son normas imperativas, excepto que la propia Ley diga lo contrario. Nos fijaremos principalmente en esta Ley para explicar el contenido del contrato, pero dependiendo de las circunstancias de cada caso se puede aplicar, por analogía otros textos legislativos. Una diferencia con el resto de contratos de distribución sería, que carecen de regulación propia y se le aplican por analogía algunas normas de la LCA.

⁴ Artículo 22 de la Ley 12/1992 de 27 de mayo del Contrato de Agencia.

⁵ En los pactos de limitación de competencia y en las cláusulas en las que el agente asume el riesgo de la operación

- **Independencia del agente**

Cabe destacar en el contrato de agencia, la independencia del agente, como uno de los rasgos más importantes y característicos del contrato. El agente es un intermediario independiente que actúa en nombre y por cuenta del empresario y debe cumplir el mandato del empresario principal, pero es independiente de organizar su propia actividad profesional, que la hará conforme a sus criterios.

El agente es independiente del negocio jurídico que promueva o concluya, es decir, que el agente no asume riesgos ni ventura por los actos y operaciones que promueve, salvo que se pacte expresamente. Dicho pacto debe constar por escrito y debe expresar la comisión a percibir por el agente, de lo contrario sería nulo. (art 19 LCA)

Si no hay independencia del agente, no estamos antes un Contrato de Agencia, por eso el art 2.2 LCA nos dice los supuestos de dependencia: “Se presumirá que existe dependencia cuando quien se dedique a promover actos u operaciones de comercio por cuenta ajena, o a promoverlos y concluirlos por cuenta y en nombre ajenos, no pueda organizar su actividad profesional ni el tiempo dedicado a la misma conforme a sus propios criterios”.

Nos debemos fijar en la “organización” del agente, para ver realmente si ese agente actúa independientemente. Podemos destacar la independencia como rasgo diferenciador de otros contratos afines⁶.

Un ejemplo de lo que acabamos de ver nos lo ofrece es la sentencia de la Audiencia Provincial de Castellón de 5 de mayo 2008 ⁷:

La sentencia habla de que en el contrato estipulado no existía independencia por parte del agente, que es requisito imperativo del Contrato de Agencia. En esta sentencia se habla sobre la supuesta existencia de un contrato de agencia (entre T. Sort, SL y Sesoca, SL). En la sentencia se niega tal existencia declarando que no hay independencia del agente comercial, en este caso T Sort SL, argumentando que no hay independencia porque los

⁶ Ya que en el resto de contratos de colaboración y distribución el “colaborador” no cuenta con una organización propia, sino que le viene impuesta por el empresario principal.

⁷ AP Castellón (sección 1º) sentencia num94/2008. (JUR 2008\224749).

miembros de esta empresa eran socios de Sesoca SL. Esto muestra que la labor de comercialización de T.Sort SL era solo aparente, ya que pertenecía a la estructura organizacional de la empresa demandada y no gozaba de una estructura propia para organizar su actividad. Por lo tanto, el contrato estipulado entre ambas empresas no se podía calificar como de agencia.

- **Actuación por cuenta ajena**

El agente tal y como establece el artículo 1 de la LCA se obliga: “a promover actos u operaciones de comercio por cuenta ajena, o a promoverlos y concluirlos por cuenta y nombre ajenos”.

Es decir, el agente debe desempeñar el ejercicio de la agencia, concluir actos y operaciones que le hubieran encomendado. Dicha función la puede realizar por medio de auxiliares que le ayudan en la ejecución, pero se necesita previo permiso del empresario (Art 5.2 LCA). El agente es responsable de la actuación de estos auxiliares.

Esta es una clara característica que diferencia el contrato de agencia del contrato de mediación y el de comisión. A diferencia de la mediación, en el contrato de agencia el agente actúa siempre por cuenta de la persona cuyo interés promueve. A su vez a diferencia de la comisión, en lo relativo a concluir actos u operaciones, el agente actúa siempre en nombre del empresario principal y el comisionista puede hacer en nombre propio.

Para poder concluir negocios en nombre del empresario se necesita, que este le atribuya un poder especial para ello (art 6 LCA).

Existe la posibilidad de que el agente ejerza su actividad profesional por cuenta de varios empresarios, pero necesita consentimiento del empresario con el que mantenga un contrato de agencia para ejercer su actividad relacionada con bienes o servicios que sean de igual o análoga naturaleza y concurrente o competitivos con aquellos cuya contratación se hubiera obligado a promover (art. 7 LCA). Respecto a la cantidad de empresarios por los que el agente puede actuar se exige que serán los que permita su organización administrativa, mientras no provoque una disminución de su rendimiento.

De aquí surge la obligación del agente, de llevar una contabilidad ordenada y separada de los empresarios por cuya cuenta actué.

Como medida de protección del empresario, existe la posibilidad de interponer una cláusula de exclusividad y de no competencia al agente. El agente que firme dicho pacto deberá respetar las obligaciones concurrentes que ahí se establezcan.

- **Contrato de duración**

El contrato de agencia es un contrato de duración, que puede ser de duración determinada o indefinida. Se pacte o no un tiempo determinado para el contrato, las partes desempeñan su función sin tener en cuenta el plazo establecido, es decir, ejercerán su actividad y cumplirán sus obligaciones sin tener la presión de cumplir los objetivos marcados antes de que acabe el plazo. El agente se obliga frente al empresario de una manera continuada y estable. Esta característica dota de estabilidad al contrato que permite al agente desempeñar mejor sus funciones, que no finalizan cuando promueva un solo negocio por cuenta ajena, sino que deberá promover o estipular negocios en la zona que tenga encomendada durante el periodo del contrato. En el contrato de agencia no se habla de una duración máxima, aunque se pacte un plazo determinado, las partes una vez que quieran terminar el contrato deben notificarlo (preaviso) a la otra.

En cambio, sí que se puede hablar de una duración mínima de un año, para que el agente tenga tiempo de realizar su actividad conforme a lo explicado anteriormente.

“La actuación del agente se puede calificar como de tracto sucesivo o constante, al contrato que la del comisionista que definiríamos como tracto único”.⁸

- **Extinción del contrato**

El contrato de agencia como todos los contratos se extingue por el cumplimiento del plazo pactado. Si se sigue ejecutando una vez cumplido el plazo el contrato pasa a ser de duración indefinida. Cuando el contrato sea de duración indefinida se requiere un preaviso⁹ de la parte interesada, a la otra, manifestando su voluntad de querer acabar con la relación contractual (Art.25 LCA). Este preaviso es como una obligación y una manifestación del deber de lealtad y buena fe de las partes.

⁸ ORTEGA PRIETO, E. “La nueva normativa aplicable a los agentes comerciales y representantes de comercio”, en *El contrato de agencia*, Deusto, Bilbao, 1993. Pag 58.

⁹ ORTEGA PRIETO, E. “La nueva normativa...”, *cit*, pág. 148

Otras formas de extinción del contrato es el fallecimiento del agente, invalidez, jubilación o enfermedad grave del agente y la denuncia de cualquiera de las partes cuando se hayan incumplido algunas de las obligaciones del contrato o cuando una parte haya sido declarada en concurso¹⁰.

Aunque se extinga el contrato, pueden quedar obligaciones pendientes para las partes que deben cumplirse.

- Tener en cuenta, dentro de todas estas características del contenido del contrato de agencia, la sentencia del Tribunal Supremo de 10 de Enero de 2011¹¹, en la cual, el TS desestima los recursos (casación e infracción penal) planteados por la parte recurrente, que consideraba que la relación contractual de la sentencia era de Agencia y el TS contesta, que para que una determinada relación pueda ser calificada de Agencia se requiere la concurrencia de los siguientes requisitos:
 - ✓ “Actividad de promoción y, en su caso, conclusión de actos y operaciones de comercio.
 - ✓ Actuación por cuenta ajena.
 - ✓ Independencia.
 - ✓ Estabilidad de la relación.
 - ✓ Retribución”

Como la relación contractual de la sentencia no reúne los anteriores requisitos, no resultan aplicables los arts. de la LCA reclamados por la parte recurrente.

Criterios que coinciden con los de arriba explicados y que son la base de este tipo de contratos, ya que sin ellos no estaríamos hablando de un contrato de agencia.

¹⁰ Estos últimos casos, son los supuestos que eximen del deber de preaviso (Art.26 LCA).

¹¹ STS (Sala de lo Civil, Sección 1º), de 10 enero de 2011, RJ 2011\151.

4. CONTENIDO DEL CONTRATO: OBLIGACIONES DEL AGENTE

Dada la consideración del contrato de agencia como contrato mercantil, el régimen jurídico de las obligaciones del agente ha de construirse a partir del sistema de fuentes de Derecho Mercantil. Así su régimen jurídico vendrá dado por las disposiciones de la Ley del Contrato de Agencia; fundamentalmente las relativas al artículo 9 de LCA, subsidiariamente se podrán aplicar las disposiciones del C.Com. (arts. del 50 al 63) y las normas de la comisión mercantil y del mandato.

En el ejercicio de su actividad profesional, las obligaciones del agente se encuentran presididas por el deber de actuar lealmente y de buena fe, velando por los intereses del empresario o empresarios por cuya cuenta actúe. (art. 9.1 LCA)

En relación, al principio de buena fe y de lealtad profesional el agente debe desempeñar su función como si estuviera concluyendo un negocio importante para sí mismo, como un ordenado comerciante. En lo atinente a la lealtad, cuando actúe para varios empresarios, el agente deberá de tener cuidado en proteger el interés económico de la otra parte y deberá de subordinar su interés al del empresario principal, cuando resulte necesaria para el cumplimiento de sus obligaciones.

Este deber genérico de lealtad y de buena fe se muestra en las obligaciones que se le imponen al agente de información y secreto, así también como la prohibición de competencia si ha llegado a estipularse.

El deber de lealtad también tiene importancia en la finalización del contrato, ya que si una parte desea finalizar unilateralmente el contrato debe realizar un preaviso a la otra, mostrando la intención de no seguir con la relación contractual y los motivos que tuviese.

Como ya se ha dicho el contrato de agencia es un contrato consensual y ambas partes pueden establecer, siempre respetando la buena fe, obligaciones adicionales a las que la Ley recoge. Pero aun así las más importantes son las que recoge el artículo 9.2 LCA, por el cual el agente estará obligado a:

4.1 Actuar con la debida diligencia en la promoción y conclusión de actos y operaciones.

Esta obligación del agente consiste principalmente en ocuparse con la diligencia de un ordenado comerciante de la promoción y, en su caso, de la conclusión de actos u operaciones que se le hubieran encomendado. La condición de empresario, que lo son ambas partes, justifica la exigencia legal de aplicar la diligencia de un ordenado comerciante.

a) En relación con la actividad de promoción de actos u operaciones de comercio (Conseguir clientela)

Esta es la obligación principal de la agencia y del agente, la de promover actos y operaciones de comercio por cuenta ajena. Esta función genérica del agente puede consistir en conseguir clientes para el empresario y que se integren y permanezcan en su estructura comercial, aumentar el volumen de negocios y conseguir contratos que impliquen una distribución del producto deseado. El agente se limita a poner en contacto al cliente con el empresario y a realizar todos los actos preparatorios para que se concluya el contrato. Si el empresario le atribuye poderes de representación, esto es que puede actuar en nombre de él, podrá concluir estos actos él mismo.

La función específica de promoción ¹²a la que se obliga el agente es a la de provocar un sentimiento de aceptación, de las propuestas, productos o servicios del empresario principal, en los clientes. Para cumplir esta obligación, el agente deberá persuadir a las terceras personas para provocar la conclusión del contrato¹³. Lo que realiza

¹² La real academia española entiende por “promocionar “: elevar o hacer valer articulo comerciales, cualidades personales, *etc...*, en definitiva, eleva o mejora las condiciones de productividad.

¹³ VÉRGUEZ SANCHEZ, M. “Reflexiones en torno al contenido y características de la prestación del agente y características de la prestación del agente” en *Estudios Jurídicos en homenaje al profesor Aurelio Menéndez*, , v III, Civitas, Madrid, 1996.pág. 3061.

el agente es ofrecer propuestas, conforme a las estipulaciones marcadas por el empresario, a terceros para que estos concluyan un contrato con el empresario principal.

Por todo esto, vemos que la labor de promoción es un elemento esencial en la agencia y abarca todas las operaciones del contrato, mientras que la posibilidad de que el agente concluya contratos, previa autorización del empresario principal, puede limitarse a determinados actos u operaciones.

El agente no desempeña esta obligación él solo, goza de una estructura empresarial propia en la que puede designar a subagentes para que le ayuden y realicen las labores de promoción que le han encomendado. El agente es responsable de la acción de estos subagentes y para poder contar con su presencia necesita autorización expresa del empresario principal (Art.5.2 LCA).

Cuando se habla de “actos y operaciones de comercio” se habla en el sentido socioeconómico y los actos u operaciones que tendrá que promover el agente serán los estipulados en el contrato. Normalmente estos actos son: la de promocionar determinados productos u operaciones por su naturaleza o por su actividad económica, el desarrollo de una actividad en una zona geográfica determinada o atender a un determinado grupo de personas que por su forma jurídica o el eslabón que tienen en la cadena comercial interesan al empresario.

El agente rechazará y no promoverá aquellos actos u operaciones que puedan producir un perjuicio al empresario o que no sean de su interés.

b) Realización de la prestación típica del contrato de agencia, por cuenta ajena y nombre ajenos (conclusión de contratos).

Como hemos destacado en las características propias del contrato de agencia, el agente actúa siempre por cuenta de quien le confiere el encargo, manifestándose así el carácter ajeno de la relación contractual. El agente no asume el riesgo ni ventura de las operaciones promovidas, salvo pacto contrario.

El pacto por el cual el agente asume el riesgo y la garantía de las operaciones debe ser por escrito y debe contener la comisión que el agente va a recibir, de lo contrario será nulo. (art 19 LCA)

El agente no solo promueve las operaciones sino también las puede concluir, para ellos es necesario que el empresario le atribuya unos poderes de representación que sirvan para que el agente pueda concluir actos y operaciones en nombre del empresario. La LCA en su artículo seis establece esta obligación, pero la doctrina observa que la LCA no regula la representación indirecta¹⁴, es decir concluir contratos en nombre propio y por cuenta ajena. La doctrina interpretando la LCA establece que, “no es posible en los contratos de agencia la representación indirecta porque desvincula la esencia y finalidad propia de estos contratos, ya que la LCA impone la necesidad que el agente celebre contratos por cuenta del principal”.¹⁵

Precisamente unos de los problemas de los contratos de agencia es la necesidad de atribuirlos esos “poderes de representación” para que el agente pueda llevar a cabo su actividad o la posibilidad de no atribuírselos. La LCA no dice nada al respecto sobre esta conclusión.

No hay duda de que cuando el agente tiene la facultad de concluir contratos existe poder de representación, pero cuando el agente realiza su actividad de promoción no esta tan claro de ver este poder de representación, por eso en estas situaciones habría que analizar si la labor de promoción tiene una trascendencia jurídica. ¹⁶Como ya se ha explicado antes, en la actividad de promoción el agente hace de intermediario entre empresario y tercero e invita al tercero para que celebre un contrato con el empresario principal. Las actuaciones de la promoción no tienen un contenido jurídico, pero si van encaminadas a conseguirlo, que es la finalización del contrato. Por lo tanto, se puede afirmar que en la promoción no existen poderes de representación.

Si el agente concluye un contrato sin poder representación o extralimitándose en sus límites, el negocio no afecta al empresario por cuya cuenta actúe.

Teniendo en cuenta el grado de diligencia que se le exige al agente en el desempeño de su actividad, una actividad mínimamente eficaz, no debería generar responsabilidad

¹⁴ La representación indirecta si procede, por ejemplo, en el contrato de comisión.

¹⁵ FERRARA, F. “Contratti di Agenzi camuffati”, en *Estudios jurídicos en homenaje a Joaquín Garrigues*, t. II, Tecnos , Madrid, 1971, pág. 272.

¹⁶ DÍEZ-PICAZO, L. “La representación de la sociedad frente a terceros”, en *La representación en el derecho privado*, T.5, Civitas, Madrid, 1992, Pag 81.

contractual para el agente, pero siempre hay que ver las circunstancias de cada caso. Dado el carácter resultativo de la obligación de concluir actos u operaciones, como mucho puede constituir un motivo legítimo para la no prórroga del contrato. Esto es, para los casos en los que el agente no cumple con las expectativas previstas por el empresario o su actividad no está siendo eficiente para el empresario. Hay que tener cuenta en estos casos la diligencia y la buena fe del agente en el desempeño de su función y si se han marcado unos objetivos contractuales. Si se hubieran marcado unos objetivos contractuales el agente sí que incumpliría si no alcanza el volumen pactado en el contrato.¹⁷

Respecto a la forma de concluir actos y operaciones el agente debe seguir las normas establecidas en el Código de Comercio y respetar siempre el principio de buena fe.

Cuando el agente actúa para varios empresarios, debe intentar que la realización de su actividad profesional (promoción y conclusión de actos y operaciones) no perjudique a ningún empresario por cuya cuenta actué y si fuera así, deberá comunicarlo inmediatamente. Como ya se he dicho antes para que un agente actué para varios empresarios es necesario consentimiento del empresario principal. En relación con este tema conviene destacar la sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid de 21 de diciembre de 2005¹⁸:

En esta sentencia la empresa (Tejidos J. V. R., SL) tenía un contrato de agencia con Sáenz e Hijos, SL y esta había reclamado una indemnización de daños y perjuicios y clientela por los daños que el desistimiento unilateral del empresario, sin preaviso y sin justa causa le ha causado.

Tejidos SL interpone un recurso de apelación manifestando que si había justa causa para el desistimiento unilateral del contrato y afirma que el agente incumplió sus obligaciones contractuales, motivo legítimo para poder extinguir el contrato (Art.26 LCA). Respecto a los incumplimientos Tejidos SL resalta y demuestra que el agente trabajaba para otros empresarios sin permiso expreso y que manejaba productos competentes y análogos a

¹⁷ LLOBREGAT, M.L. *El contrato de agencia mercantil*, J. M. Bosch, 1993, Barcelona, Pag 141.

¹⁸ AP de Madrid (Sección 14ª) de 21 de diciembre de 2005 (RJ 2005\33874)

los comerciados por ella (textiles). Argumentando que, aunque no haya pacto de exclusividad no se cumple el requisito del Art.7 de LCA, de consentimiento expreso del empresario principal para trabajar por cuenta ajena para otros empresarios.

También se resalta otro incumplimiento del agente; no seguir las instrucciones del empresario principal, que eran actuar de forma insistente y enseñar pronto los muestrarios de la temporada a los clientes Makro, Hipercor y Alcampo, visitando sus centros comerciales y promocionando el producto ante el descenso de las ventas del periodo anterior. Dejando constancia de que el agente no ha mostrado los muestrarios en los momentos exigidos por el empresario y que el agente tenía la obligación de hacerlo no solo por ser una obligación específica del contrato sino también porque esa actuación era acorde con su actividad de representante leal. La empresa Tejidos SL alega que dicho incumplimiento supuso una disminución de su volumen de negocios.

Dadas estas circunstancias la empresa Tejidos SL decidió rescindir el contrato de forma unilateral realizando una llamada telefónica y comunicándoselo a la otra parte.

4.2 Comunicación e información al empresario

El art 9.2b) de LCA nos dice: “El agente deberá comunicar al empresario toda la información de que disponga, cuando sea necesaria para la buena gestión de los actos u operaciones cuya promoción y, en su caso, conclusión, se le hubiere encomendado, así como, en particular, la relativa a la solvencia de los terceros con los que existan operaciones pendientes de conclusión o ejecución”.

Esta obligación se configura en términos más amplios que en el contrato de comisión (art. 260 C.Com.) e impone al agente el deber de transmitir toda la información necesaria y útil que pueda afectar al empresario principal para que el empresario pueda tomar la decisión de concluir un determinado acto u operación o que redunde en su adecuada ejecución. La obligación comprende todos los hechos y circunstancias relativos a la relación comercial, pero no se extiende, salvo pacto en contrario, a la realización de estudios de mercado. “El agente deberá realizar un análisis de la situación del mercado sólo

cuando sea necesario para la adecuada promoción de los actos y operaciones de comercio”.¹⁹

El agente deberá revelar el tercero con el que está cerrando una operación, así como las condiciones con él pactadas, fundamentalmente cuando se desvíen de las habituales. Sin embargo, la obligación de información no se extiende a los métodos de trabajo utilizados por el agente, al estado de las negociaciones, ni a cada una de las visitas que realiza el agente a los clientes.

Esta obligación, según las circunstancias, puede traer las siguientes obligaciones específicas para el agente:²⁰

-Informar veraz y puntualmente sobre las circunstancias relativas a la solvencia de los clientes con los que se está negociando (art. 9.2b LCA). En ningún caso el agente garantizará la solvencia del tercero ni el cumplimiento de sus obligaciones.

-Remitir con periodicidad al Empresario un informe relativo a todos los aspectos de los cuales el agente tenga constancia y que se consideren útiles para el empresario (la solvencia de los clientes, la situación del mercado...). En particular, el informe incluirá la lista actualizada de los clientes detallando e individualizando los productos, las cantidades promovidas y concluidas por el agente, y la previsión de futuras operaciones.

-Informar anualmente de todos los aspectos relativos a la competencia de los productos y actividades de otros empresarios competidores del empresario principal dentro del territorio. En particular, el agente remitirá toda la información necesaria y útil de que disponga para mejorar la política de ventas de los productos.

-Informar al empresario de la legislación local vigente y de la legislación aplicable a la actividad de promoción y comercialización de los productos en el territorio.

El agente una vez terminada la relación laboral, no tiene la obligación de informar sobre sus intenciones empresariales o laborales.

¹⁹ PALAU RAMIREZ, F, “Las obligaciones del agente”, *Revista de Derecho Mercantil*, núm. 230/1998, Civitas, Pamplona, 1998, (BIB 1998\2042).

²⁰ Consultado en: <https://2019.vlex.com/#WW/vid/349179761>.

La obligación de información esta muy relacionada con la obligación de confidencialidad que pesa sobre el agente sobre ciertos aspectos en los que puede llegar a perjudicar al empresario principal. Por ellos la LCA guarda relación con otras normativas como la Ley 3/1991, de 10 de enero de Competencia Desleal (LCD), precisamente en su artículo trece que habla sobre la violación de secretos empresariales.

Este deber de confidencialidad que se manifiesta en el pacto de no competencia, que veremos más adelante, abarca los secretos industriales y comerciales del empresario, los proyectos y estrategias, la lista de clientes... Este deber despliega sus efectos durante la vigencia del contrato y después de su extinción.

En definitiva, la obligación de información es una obligación de mera actividad, en la que el agente deberá de informar de toda la información que sea de interés para el empresario.

4.3 Aceptar las instrucciones recibidas del empresario

Tal y como establece la LCA, el agente debe realizar su actividad con arreglo a las instrucciones razonables recibidas del empresario, siempre que no afecten a su independencia. Entendiendo que las instrucciones se refieren al encargo y no a su forma profesional de realización.

Reviste cierta importancia el carácter de “independencia” ya que estas instrucciones del empresario principal no deben afectar a la forma con la que el agente desarrolla su actividad profesional, porque este es libre de usar los medios y forma que estime pertinente para lograr el fin demandado. En casos excepcionales que necesariamente se deba anteponer el interés del empresario, las instrucciones, afectaran a la organización administrativa del agente. En estos supuestos se hace exigible el deber de emitir informes periódicos ²¹con una forma determinada.

²¹ Normalmente, esto se realiza cuando el volumen de ventas de la empresa es inferior al esperado por el empresario y se está analizando si esa disminución es por la forma en la que el agente desarrolla su actividad del agente.

Las instrucciones del empresario pueden ser sobre las condiciones negociales que el agente debe seguir en la promoción y conclusión de actos y operaciones (periodos de pago, precios aplicables, muestrarios, descuentos). Hay que tener en cuenta que las instrucciones y condiciones serán diferentes dependiendo del tipo de agencia a la que se dedique. Si no hubiera instrucciones en determinadas situaciones, el agente procederá conforme estime oportuno y con la diligencia de un buen comerciante.

Siguiendo la doctrina del contrato de comisión²² ha definido el término “instrucciones” como: “actos unilaterales de eficacia declarativa, cuya función de especificar el contenido de una obligación asumida por la otra parte”.

De esta definición se puede extraer que las instrucciones son reflejo de la voluntad del empresario, por lo que son esencialmente revocables. Dichas instrucciones deben interpretarse según la presumible voluntad del mandante (el empresario).

El TS identificó las instrucciones con el propio encargo, alegando que: “las instrucciones del mandante son parte del mandato, a modo de prolongación de este, en puridad, el mandato mismo...”. UNIVERSITAS Miguel Hernández

La doctrina española²³ confirma este pronunciamiento del TS siempre y cuando se entienda que “las instrucciones son declaraciones de voluntad jurídico-negociables que desarrollan la función de pormenorizar el contenido de un negocio, en trance de conformación jurídica”.

El carácter “declarativo” de la definición refleja los límites de la facultad del empresario de dictar instrucciones, estas no podrán configurar las obligaciones del agente ni rebasar los límites del encargo inicial. Es decir, que cuando las instrucciones *a posteriori* impliquen una agravación inequitativa, el agente puede rechazarlas y abstenerse de ejecutar el mandato hasta que no se modifiquen.

²² GARRIDO, J.M. “Las instrucciones en el contrato de comisión”, Civitas, Madrid, 1995, pág. 65.

²³ GARCIA-PITA, J.L. “La mercantilidad del contrato de comisión y las obligaciones de diligencia del comisionista”, en *Estudios jurídicos en homenaje al Profesor Aurelio Menéndez*, Vol III, Civitas, Madrid, 1996, pág. 2852.

Curiosa también es la mención de instrucciones “razonables”, esto es que tales instrucciones deben ser “razonables” y no pueden exceder de aquello exigible al agente en función de las circunstancias del caso concreto. No serán razonables aquellas instrucciones que imposibilitan la actuación agente o le perjudiquen, las contrarias a la deontología de la profesión del agente y a las normas reguladoras de los actos y operaciones de comercio cuya promoción se ha encomendado al agente.

Por último, añadir que el agente, a diferencia del comisionista (art 254 C.Com.), no se exime de responsabilidad por la simple sujeción a las instrucciones del empresario, de igual modo tampoco se le exonerara al agente por actuaciones contrarias a la ley, aun cuando actué bajo las órdenes del empresario. El agente, aunque deba seguir las instrucciones del empresario debe respetar la ley y la buena fe empresarial. En relación a esta afirmación se puede resaltar el artículo 258 del C.Com que sí que se le aplica al agente: “El comisionista que, sin autorización expresa del comitente, concertare una operación a precios o condiciones más onerosas que las corrientes en la plaza a la fecha en que se hizo, será responsable al comitente del perjuicio que por ello le haya irrogado, sin que le sirva de excusa alegar que al mismo tiempo y en iguales circunstancias hizo operaciones por su cuenta”. Cuando el agente se negare sin justificación alguna a seguir las instrucciones del empresario, también estaría ante un supuesto de incumplimiento contractual.

4.4 Recepción de reclamaciones

Tal y como establece el artículo 9.2d) LCA el agente: “debe recibir en nombre del empresario cualquier clase de reclamación 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”.

El agente es como la “cara visible” de las transacciones que se desarrollan, ya que actúa como intermediario y no resulta descabellado que las terceras partes acudan a él cuando surja un problema o tenga alguna queja.

En particular, el agente comunicará sin dilación las reclamaciones al empresario y, conforme a sus instrucciones, las atenderá, y ejecutará las acciones que procedan. A falta de

autorización expresa y por escrito, el agente carece de autoridad para comprometer al empresario frente a terceros.

Una cosa es que el agente atienda y reciba las reclamaciones por los actos u operaciones que hubiera promovido y otra es que él sea responsable de tales reclamaciones, esto es cosa del empresario, ya que como cabe recordar, el agente salvo pacto por expreso y por escrito, no asume el riesgo ni ventura de las operaciones promovidas o concluidas.

Esta es una obligación de resultado, es decir que si el agente ha desarrollado bien su actividad y ha actuado diligentemente los clientes estarán contentos y no tendrán ninguna reclamación que interponer.

Para realizar la labor de promover actos y operaciones, como ya se ha dicho antes, puede tener subagentes o dependientes (previo consentimiento del empresario). Por la actuación de tales subagentes, responde el propio agente, tal y como establece el art 5.2 LCA: “Cuando el agente designe la persona del subagente responderá de su gestión”. Por esta razón, el agente también puede recibir reclamaciones de la actuación de sus propios subagentes, de los cuales es responsable.

Por último, para el cumplimiento de esta labor, el agente debe ser asertivo y actuar de manera cordial y aceptar las diligencias que el cliente reclame para así mostrar una imagen de compromiso con su obligación. También se debe tener un lugar determinado al que los clientes o terceros puedan dirigirse para presentar la oportuna reclamación.

4.5 Contabilidad independiente y organizada

El agente debe llevar una contabilidad independiente y separada de los actos u operaciones relativos a cada empresario por cuya cuenta actúe pudiendo, el empresario, inspeccionar la documentación de carácter comercial o contable del contrato.

Esta obligación, aunque recogida expresamente en la LCA (Art. 9.2e) es opcional y solo obligatoria, para el caso en el que el agente actúe para varios empresarios.

Como ya he mencionado antes el agente puede trabajar para varios empresarios, ya que su labor de gestor de intereses ajenos es compatible con varias personas. Para ello era

necesario consentimiento del empresario principal, dicho consentimiento se extiende a los subagentes, dependientes o distribuidores que trabajen para el agente.

Esta obligación facilita la rendición de cuentas del agente y ayuda a garantizar una actuación conforme a la buena fe.²⁴

La finalidad última de esta obligación es facilitar al empresario una información exacta sobre los actos y operaciones de comercio promovidos o, en su caso, concluidos en nombre del empresario. Dada la relación permanente entre empresario y agente, esta obligación suele surgir cuando concluye el contrato.

En la obligación de rendición de cuentas se integra el deber del agente de conservar y devolver los objetos que le hayan “ido confiados para el recto ejercicio de su actividad de promoción y, en su caso, conclusión”. Esta obligación²⁵ recae principalmente sobre los muestrarios, catálogos, tarifas y los demás documentos necesarios para el ejercicio de la actividad profesional del agente, que el empresario está obligado a facilitarle con antelación suficiente y cantidad apropiada. La devolución se extenderá también sobre las mercancías adquiridas para el agente y las almacenadas por él.

Por último, por analogía, puede resultar correcta la aplicación del artículo 263 del C.Com. Dicho artículo hace referencia a la rendición de cuentas de los libros contables que el comisionista debe hacer en el plazo fijado.

En esta línea convendría tomar en consideración el artículo 16 de la Ley sobre Contrato de Agencia que, salvo pacto en contrario, exige que el abono de las comisiones se haga trimestralmente. Teniendo en consideración esta regla podría exigirse la rendición de cuentas trimestralmente de forma pareja al pago de comisiones.

▪ **Obligación de guardar secreto.**

Esta obligación, aunque no recogida expresamente en la LCA es una obligación importante del agente, está muy relacionada con el deber de lealtad y buena fe que rige en el contrato de agencia.

²⁴ Se refiere a la buena fe exigida en los arts. 9.1 y 10.1 de LCA.

²⁵ Se asemeja mucho a la recogida en el artículo 1720 del CC, sobre las obligaciones del mandatario en el mandato.

La misma, consiste en guardar silencio y no revelar datos que puedan producir un perjuicio económico al empresario (secretos empresariales²⁶, lista de clientes, marcas...). Aquí no es relevante la forma en la que el agente ha recibido la información ni tampoco su intención, debe mantener el silencio y más aún cuando el empresario le advierta del carácter confidencial de los datos que le confía.

Dicha obligación no se exige sólo durante la existencia del contrato, sino también durante su extinción. Pero el grado de diligencia es mayor durante la vigencia del contrato debido a la relación de confianza entre agente y empresario.

Cuando exista un litigio y la revelación del secreto sea necesaria para el correcto desarrollo del procedimiento, se extingue esta obligación ya que una norma impone su revelación.

Los secretos empresariales son objeto de protección por otras legislaciones como LCD en su artículo trece o el CP que recoge como delito el apoderamiento de secretos empresariales (arts. 278 y ss.).

- Por último, el conjunto de obligaciones del agente que se ha expuesto, contribuye a perfilar el marco normativo de actuación del agente, marco que exige que el empresario principal atienda igualmente a las obligaciones derivadas de la relación de agencia con objeto de que la mencionada relación alcance la colaboración requerida para obtener el resultado previsto.

5. CONTENIDO DEL CONTRATO: OBLIGACIONES DEL EMPRESARIO

Al igual que hicimos con las obligaciones del agente y dado el carácter mercantil de este contrato, extraeremos las obligaciones del empresario a partir de la Ley de Contrato de Agencia (art. 10 LCA).

²⁶ GOMEZ SEGADE, J.A. “Concepto y protección”, *El secreto industrial (know-how)*, Tecnos, Madrid 1974, Pag 41.

La LCA también impone al empresario el deber de actuar lealmente y de buena fe en sus relaciones con el agente. Cuando se habla de buena fe, se refiere a la exigida en los arts.7.1 y 1258 del CC.

Este deber no deja de ser una expresión del deber general del empresario que colabora con el profesional, el agente, para conseguir mejorar su prestación y la promoción y conclusión de actos jurídicos. (art. 10.1 LCA y 57 C.Com.)

Por esta razón, el empresario debe abstenerse de realizar cualquier acción que impusiera un perjuicio en la actividad del agente.

En definitiva, la LCA (art.10.2) establece como obligaciones principales del empresario:

5.1 Poner a disposición del agente los elementos necesarios para el ejercicio de su actividad profesional

El empresario deberá poner a disposición del agente, con antelación suficiente y en cantidad apropiada, los muestrarios, catálogos, tarifas y demás documentos necesarios para el ejercicio de su actividad profesional y que estén en relación con los productos que se desea promover. En todo caso, las muestras y el material de promoción y publicidad son propiedad del empresario. (Art 10.2a LCA)

Cabe destacar de la definición dada anteriormente: “con antelación suficiente y en cantidad apropiada”. Es importante que cuando se perfecciona un contrato de agencia el empresario facilite lo antes posible al agente los medios necesarios para organizar su actividad, de otro modo, se estaría perdiendo un tiempo de trabajo muy importante, ya que sin estas herramientas el agente no podrá empezar a trabajar en la promoción de mercancías u operaciones. Respecto a la cantidad, resulta en la práctica, de un acuerdo entre empresario-agente para ver cuantos elementos son necesarios realmente.

El empresario indicará la forma de usar estas herramientas al agente y le comunicará el destino de tales elementos.

El agente, tal y como establece el art 18 de LCA: “no tendrá derecho al reembolso de los gastos originados en el ejercicio de su actividad profesional²⁷”. Esto es debido a la independencia de la que goza el agente en el ejercicio de su actividad, del carácter estable de la relación contractual y a la existencia de una organización empresarial propia del agente.

No obstante, las partes pueden pactar una compensación parcial o total para el agente de los gastos generados en el ejercicio de su actividad profesional o tener en cuenta esos gastos para su remuneración total o final.

Hay que dejar claro que la indemnización de daños y perjuicios, prevista en la LCA, no tiene la naturaleza de derecho al reembolso de gastos.

5.2 Procurar al agente la información necesaria para la ejecución del contrato

El empresario deberá procurar al agente todas las informaciones necesarias para la ejecución del contrato de agencia, y en particular, advertirle, desde que se tenga noticia de ello, cuando prevea que el volumen de los actos u operaciones van a ser sensiblemente inferior al que el agente hubiera podido esperar. (art.10.2b LCA)

Cuando se refiere a “informaciones” habla de la zona geográfica, clientes, productos y precios establecidos por el empresario que desea que el agente tenga en cuenta para desarrollar su actividad.

Aquí se da información sobre las futuras operaciones u actos que va a desarrollar el agente.

Respecto a lo que se refiere al volumen de negocios, puede ser en algunos casos, que el agente tenga falsas expectativas de ganancias en la ejecución de alguna operación, por esta razón cuando el empresario sepa de este error, debe comunicárselo inmediatamente al agente para su corrección.

²⁷ En contraposición con los contratos de gestión (mandato, comisión) que sí habrá reembolso por los gastos realizados.

Esta obligación tiene importancia cuando las partes hayan pactado unos objetivos mínimos de ventas. El empresario deberá avisar al agente de que con la forma que esta realizando su actividad no va a llegar conseguir el objetivo mínimo pactado y que deberá cambiar su metodología si quiere alcanzar lo estipulado. Esto es importante porque un incumplimiento de los objetivos de ventas establecidos se considera un incumplimiento contractual

Tiene cabida aquí también, el derecho de información del agente de las comisiones devengadas por cada acto u operación. Dicha información se entregará el último día del mes siguiente al trimestre natural en que se hubieran devengado, en defecto de pacto que establezca un plazo inferior. Se consignarán los elementos esenciales en base a los que haya sido calculado el importe de las comisiones. (art 15.1 LCA)

El empresario deberá, cuando se lo exija el agente, entregar la contabilidad de sus particulares, a fin de que el agente verifique todo lo relativo a las comisiones que le correspondan y en la forma prevenida en el Código de Comercio. Igualmente, tendrá derecho a que se le proporcionen las informaciones de que disponga el empresario y que sean necesarias para verificar su cuantía. (art 15.2 LCA)

Se destaca que el empresario debe notificar al agente, en el plazo de quince días, la aceptación o rechazo de la operación comunicada. También, en el plazo más breve posible, deberá informar al agente de la ejecución parcial o falta de ejecución de la operación.²⁸ (art 10.3 LCA)

El Empresario se reserva el derecho de denegar una operación cuando no la pueda asumir por su nivel de producción, o cuando estime que existen motivos legítimos para denegarla. Por ejemplo, un motivo para denegarla sería la insolvencia o previsible insolvencia de un cliente.

Por último, esta es una obligación recíproca ya que el agente también tiene esta obligación de dar información sobre el desarrollo de sus actos, de acuerdo al principio de

²⁸ Para los casos en el que el agente realiza su actividad sin tener atribuido el poder representación del empresario.

buena fe y de lealtad profesional esto es necesario para que haya una relación estable y fluida entre ambas partes.

5.3 Satisfacer la remuneración pactada

Esta es sin duda la obligación principal del empresario, que debe retribuir al agente por la prestación de su trabajo. La retribución es una de las características principales del contrato, suele ser pactada por las partes en el momento de conclusión del contrato, pero si no se ha pactado, no quiere decir que no haya, sino que esta se llevará a cabo: “de acuerdo con los usos de comercio del lugar donde el agente ejerza su actividad y si éstos no existieran, percibirá el agente la retribución que fuera razonable teniendo en cuenta las circunstancias que hayan concurrido en la operación “(art. 11.1 LCA). Un juez determinará la cuantía de la indemnización en estos casos.²⁹

De acuerdo también con el art. 11 LCA, se establecen 3 formas de remunerar al agente: la comisión, la retribución de una cantidad fija, o una remuneración mixta entre la comisión y el pago de una cantidad fija.

Se entiende por comisión, según el art 11.2 LCA: “cualquier elemento de la remuneración que sea variable según el volumen o el valor de los actos u operaciones promovidos, y, en su caso, concluidos por el agente”.

La LCA regula preferentemente la comisión ordinaria (arts.12-17 LCA), esto es, la que retribuye el resultado económico-jurídico de la prestación básica del agente, como modalidad remuneratoria del contrato.³⁰

El derecho a la comisión ordinaria se extiende tanto a la remuneración de las operaciones concluidas durante la vigencia del contrato de agencia como a las perfeccionadas después.

²⁹ BROSETA PONT, M y MARTÍNEZ SANZ, F. “Contratos mercantiles y derecho de los títulos valores”, *Manual de Derecho Mercantil*, Vol II, Tecnos, Madrid, 2015, Pags.124-125.

³⁰ También existe la remuneración especial que retribuye el resultado de prestaciones adicionales o accesorias en las que el agente ha intervenido.

Respecto a las primeras se exige, para que el agente tenga derecho a la comisión, que el acto u operación de comercio se haya concluido como consecuencia de la intervención profesional del agente o que el acto u operación se haya concluido con una persona respecto de la cual el agente hubiera promovido y, en su caso, concluido con anterioridad un acto u operación de naturaleza análoga (art. 12.1 LCA).

Cuando el agente tuviera la exclusiva para una zona geográfica o para un grupo determinado de personas, tendrá derecho a la comisión, siempre que el acto u operación de comercio se concluyan durante la vigencia del contrato de agencia con una persona perteneciente a dicha zona o grupo, aunque el acto u operación no hayan sido promovidos ni concluidos por el agente. (art. 12.2).

Por lo que se refiere a las operaciones perfeccionadas tras la extinción del contrato, dice el art 13.1 LCA que el agente tendrá derecho a comisión cuando: “el acto u operación se deban principalmente a la actividad desarrollada por el agente durante la vigencia del contrato, siempre que se hubieran concluido dentro de los tres meses siguientes a partir de la extinción de dicho contrato “. O cuando: “el empresario o el agente hayan recibido el encargo o pedido antes de la extinción del contrato de agencia, siempre que el agente hubiera tenido derecho a percibir la comisión de haberse concluido el acto u operación de comercio durante la vigencia del contrato”.

No tendrá el agente derecho a la comisión, si dicha comisión correspondiera a un agente anterior, salvo que, dadas las circunstancias, sea equitativo repartir la comisión entre ambos agentes (art. 13.2 LCA).

De todo esto se puede deducir que la obligación del empresario de satisfacer la comisión no tiene eficacia inmediata, sino que se produce en el momento de su devengo, que se devengará según el artículo 14 de LCA: “en el momento en el que el empresario hubiera ejecutado o hubiera debido ejecutar el acto u operación de comercio, u estos hubieran sido ejecutados total o parcialmente por un tercero”.³¹

³¹ En la comisión mercantil el devengo solo se produce si se ejecuta efectivamente el encargo, independientemente del resultado.

La comisión se pagará no más tarde del último día del mes siguiente al trimestre natural en el que se hubiere devengado, salvo que se hubiere pactado pagarla en un plazo inferior. (art 16 LCA).

El agente perderá el derecho a la comisión si el empresario prueba que los actos u operaciones en los que ha intervenido el agente para lograr su conclusión entre el tercero y empresario no han sido ejecutados por circunstancias no imputables al empresario. En tal caso, la comisión que hubiera percibido el agente deberá ser restituida inmediatamente al empresario (art. 17 LCA). Salvo esta circunstancia la LCA suele garantizar la remuneración del agente siempre que el agente ejecute la operación, ya que independientemente de que el empresario o tercero cumplan parcialmente un encargo o en caso de incumplimiento de estos, el derecho del agente no se verá perjudicado.³²

Algunos autores rechazan la retribución por medio de una cantidad fija ya que consideran que “solo la retribución mediante comisión permite al agente asumir el riesgo del resultado útil de su actividad”. Esta doctrina ³³opina que “una retribución fija desvirtúa el contrato al desplazar el riesgo de la actividad de promoción al empresario principal, desnaturalizando la figura del agente en un colaborador dependiente de hecho”.

Sin embargo, el hecho de que se retribuya al agente pagándole una cantidad fija, en absoluto comporta desnaturalización alguna, ya que seguirá asumiendo el riesgo de su propia empresa; los costes de la puesta en marcha y mantenimiento de su organización a través de la cual llevará a cabo el cumplimiento de sus obligaciones contractuales (recordemos que el agente no tenía reembolso de gastos y que esos gastos se podrían tener en cuenta en la remuneración final).³⁴ Aunque sí es cierto que con este sistema de retribución no asume los riesgos derivados de la falta de conclusión de los negocios promovidos, pues independientemente de su ejecución percibirá la correspondiente retribución en forma de cantidad fija. Influirá aquí mucho el deber de diligencia y de buena fe.

³² MARTÍNEZ SANZ, F.; MONTEAGUDO, M y PALAU RAMÍREZ, F. *Comentario a la Ley sobre contrato de agencia*, Civitas, Madrid, 2000, Pags249 y ss.

³³ VERGEZ SÁNCHEZ, M. “Reflexiones en torno...”, *cit*, pag.3053.

³⁴ Artículo 18 de la Ley del Contrato de Agencia.

Si bien la retribución por comisión puede resultar un incentivo para que el agente trabaje con más ganas y confianza, porque sabe que recibirá una comisión mayor en función de los negocios que promueva.³⁵

En definitiva, la percepción de una retribución fija no es incompatible con el riesgo empresarial que comporta la actividad de todo agente.

Y respecto a la retribución mixta hay muy poca doctrina, consiste en combinar una retribución fija que siempre va a recibir el agente y una variable (comisión) que dependerá de los negocios que promueva o intervenga el agente.

6. OBLIGACIONES POSTERIORES A LA EXTINCIÓN DEL CONTRATO.

Una vez terminado el contrato de agencia, suelen quedar algunas obligaciones pendientes de ambas partes que tienen eficacia y se deben cumplir, aunque el contrato se haya extinguido.

También hay otras obligaciones que se pactaron al inicio del contrato y adquieren importancia una vez terminado.

a) Respecto a las primeras podemos destacar:

- Pago de comisiones pendientes por actos u operaciones concluidos una vez extinguido el contrato. Como se ya ha explicado antes puede haber comisiones (siempre que se cumplan las condiciones mencionadas en art.13 LCA) que se devenguen finalizado el contrato y que el empresario debe abonar al agente en concepto de retribución.
- Respecto a la 1º obligación del empresario, una vez terminado el contrato, el agente debe restituir los productos y materiales entregados por el empresario y además debe facilitar toda la información relevante que haya obtenido a

³⁵ De hecho, unas de las diferencias con el contrato de distribución exclusiva, es que el beneficio del distribuidor es el margen comercial.

través de esos elementos. La propiedad de estas herramientas es del empresario, que las necesitará para un posible próximo agente.

- Satisfacer la denominada “indemnización por clientela”, que premia al agente el haber hecho posible que el principal incrementara el número de clientes o el volumen de operaciones con respecto a la situación anterior al contrato. Se trata, de una compensación al agente por traer una clientela que permanezca en la estructura organizacional del empresario, siendo este un requisito para su concesión, que una vez terminada la relación contractual, la clientela permanezca con el empresario. Esta indemnización se le concede al agente una vez extinguido el contrato.

b) En relación a las segundas destacamos:

- La obligación de secreto y de confidencialidad, ya mencionada, del agente. Mientras que esta obligación es exigible durante la vigencia del contrato también lo es después de su extinción. Respetando el principio de lealtad profesional y de buena fe empresarial el agente una vez extinguido el contrato no deberá revelar datos o informaciones que puedan producir un perjuicio al empresario. Ambas partes pactaran que información consideran confidencial ³⁶y la que puede ser divulgada sin ningún problema.
- El agente deberá de abstenerse de utilizar la calificación de “agente del empresario”, es decir una vez finalizado el contrato, el agente ya no actúa en nombre del empresario y debe mostrar esa imagen a los terceros para no crear confusión o asociación con el empresario por cuya cuenta estaba actuando. También debe dejar de utilizar las marcas o signos distintos del empresario.
- Prohibición de no competencia, las partes si así lo convienen pueden pactar un pacto de no competencia para cuando se extinga la relación contractual. Lo explicaremos a continuación.

³⁶ Normalmente la relativa a los clientes, secretos empresariales, marcas y cualquier otra información obtenida por la posición de su trabajo.

6.1 Prohibición de no competencia

Antes de todo, es importante señalar que también existe un pacto de no competencia durante la vigencia del contrato relacionado con que el agente pueda desarrollar su actividad por cuenta de varios empresarios. Así se le obliga al agente a actuar de buena fe y lealmente velando por los intereses de su representado.

Pero las partes cuando firman el contrato de agencia pueden incluir un pacto de prohibición de la competencia del agente, que entrará en vigor una vez extinguido el contrato. Este pacto podrá contener algunas restricciones o limitaciones en la actividad profesional del agente (art. 20.1 LCA).

Dicho pacto de limitación de la competencia no podrá tener una duración superior a dos años a contar desde la extinción del contrato de agencia. Si el contrato de agencia se hubiere pactado por un tiempo menor, el pacto de limitación de la competencia no podrá tener una duración superior a un año (art. 20.2 LCA).

Este pacto de limitación de competencia para que sea válido ha de reunir los siguientes requisitos (art 21 LCA):

- Que se formalice por escrito.
- Que se extienda sólo a la zona geográfica predeterminada o a esta, y al grupo de personas confiados al agente
- Que afecte sólo a los bienes o servicios objeto de los actos u operaciones promovidos o concluidos por el agente.

La finalidad perseguida con este pacto es que el empresario principal pueda seguir disfrutando de la clientela obtenida por el agente, una vez extinguido el contrato³⁷. Esto evidencia un claro perjuicio para el agente, además del perjuicio del agente de no poder realizar determinadas actividades profesionales en las zonas establecidas en el pacto. En

³⁷ MERCADAL VIDAL, F, *El contrato de agencia*, Real colegio de Bolonia, Zaragoza, 1998, Pag.546.

estos casos es procedente una indemnización por clientela (art.28 LCA), que antes hemos mencionado y compensara un poco el poder inquisitorio que se hace sobre el agente.³⁸

Otra ventaja que puede extraer el empresario con el pacto de no competencia es que se protegen los secretos empresariales o industriales a bajo coste, cuando otras medidas de protección (patentes) no están disponibles³⁹.

De este modo, el pacto de no competencia permite al empresario compartir información valiosa al agente, con la seguridad de que le respalda el pacto de no competencia.

Como ya se ha dicho en el artículo anterior, es necesario que se cumplan los tres requisitos para que el pacto tenga validez, siendo nulo cualquier pacto de no competencia en el que falte uno de los tres requisitos.

En general este pacto debe vincular siempre a los mismos contratantes y a los semejantes productos que comercializa el empresario principal, y lo que nunca podrá abarcar es una prohibición absoluta de la actividad del agente, a cualquier zona o producto, pues de lo contrario sería contrario al art.21 LCA.

Existe la posibilidad de que ambas partes, de mutuo acuerdo, extingan el pacto de no competencia. Pero la norma no prevé una resolución unilateral.

En relación con el pacto de no competencia en el contrato de agencia, la doctrina del Tribunal de Defensa de la Competencia afirma que el contrato de agencia no esta incurso en el supuesto de hecho del art. 1 LDC⁴⁰ por tanto, no precisa de autorización singular.

Aunque ya la propia Ley del Contrato de Agencia prevea algunas cláusulas protectoras para que no se abuse de dicho pacto, perjudicando gravemente al agente, porque no se puede negar que tal pacto limita un poco la libertad de actuación del agente. Resulta

³⁸ MARTINEZ SANZ, F, *la indemnización por clientela en los contratos de agencia y concesión*, Civitas, Madrid, 1998, pag.179.

³⁹ Se refiere a la obligación de secreto y confidencialidad que tiene el agente y que se resalta aún más cuando existe un pacto de limitación de la competencia.

⁴⁰ Que habla de las distintas conductas que están prohibidas y que pretender impedir, restringir o falsear la competencia del mercado nacional.

coherente que haya muchas normas protectoras de distintos textos legislativos que se pueden aplicar, dadas las circunstancias del caso, a la posición del agente. Destacamos:

- El artículo 35 CE: “Todos los españoles tienen el deber de trabajar y el derecho al trabajo, a la libre elección de profesión u oficio, a la promoción a través del trabajo y a una remuneración suficiente para satisfacer sus necesidades y las de su familia, sin que en ningún caso pueda hacerse discriminación por razón de sexo.”

Este artículo hay que tenerlo en cuenta para ver si el pacto de no competencia afecta al derecho al trabajo y libre elección de profesión del agente.

La respuesta es no. Pero siempre hay que ver las circunstancias de cada caso.

Es no, porque el agente puede seguir desempeñando su actividad profesional, sin oposición alguna, solamente tiene ciertas limitaciones que por razón del contrato no puede realizar.

- Artículo 21.2 del ET: “El pacto de no competencia para después de extinguido el contrato de trabajo, no podrá tener una duración superior a dos años para los técnicos y de seis meses para los demás trabajadores, solo será válido si concurren los requisitos siguientes:
 - a) Que el empresario tenga un efectivo interés industrial o comercial en ello.
 - b) Que se satisfaga al trabajador una compensación económica adecuada.”
 - c) Que la duración del pacto no sea superior a dos años.

Puntualizar que este artículo hace referencia para los pactos de no competencia interpuestos en los contratos de trabajo, dadas algunas similitudes entre este pacto y el contrato de agencia y siempre teniendo en cuenta las circunstancias de cada caso, se puede aplicar las características de este artículo. La falta de alguno de los requisitos provocará la nulidad del pacto.

El segundo y tercer requisitos son semejantes a los del contrato de agencia, ya que compensación económica en el contrato de agencia viene dada por la indemnización por clientela y los plazos de duración del pacto de competencia son iguales.

De este pacto de no competencia se desprenden dos obligaciones, una para cada parte, muy importantes que también se dan en el contrato de agencia:

-El agente no debe realizar ninguna actividad profesional en el tiempo pactado que ocasione competencia en relación con las funciones que venía realizando en la empresa anterior.

-El empresario debe satisfacer la indemnización por clientela, valorada por todos los clientes que haya podido traer el agente a la empresa y que una vez extinguido el contrato permanezcan en ella.

Por último, la prohibición de no competencia es una cláusula opcional que las partes (más bien el empresario) pueden acordar o no en el contrato, por lo que su eficacia viene determinada por la voluntad de las partes. A continuación, veremos las consecuencias del incumplimiento de este pacto.

7. CONSECUENCIAS DEL INCUMPLIMIENTO DE LAS OBLIGACIONES DEL CONTRATO.

La mayoría de las consecuencias del incumplimiento de las obligaciones están relacionadas con las indemnizaciones de clientela y la de daños y perjuicios.

La LCA cuando habla de “indemnización”, en este caso a la indemnización por clientela, no se refiere a una indemnización por incumplimiento contractual, la cual se regiría por las normas del Código Civil, sino a una compensación por los servicios prestados por el agente durante la vigencia del contrato con la captación de clientes nuevos, ya que estos clientes se quedan con el empresario produciendo un beneficio para él y un perjuicio para el agente.

La indemnización de daños y perjuicios se percibe como una fórmula de resarcimiento, es decir, hay que valorar los daños que la terminación del contrato ha podido provocar en el agente, de acuerdo con sus derechos y expectativas de negocio. El concepto

de esta indemnización en la LCA es el mismo que recoge el artículo 1101 CC, por esto, esta indemnización si tiene igual tratamiento que un incumplimiento.

Para empezar, hay que destacar que cuando hay un incumplimiento de cualquiera de las partes en las obligaciones del contrato, otorga a la otra parte la facultad de extinguir el contrato en cualquier momento⁴¹, sin necesidad de preaviso.

Este “preaviso” es muy importante porque ambas deben realizarlo si quieren extinguir el contrato correctamente⁴². Únicamente estarían exentos de realizar el preaviso cuando hay un incumplimiento contractual y cuando la otra parte hubiera sido declarada en concurso (art.26 LCA).

El incumplimiento de este preaviso y el no hacerlo de forma adecuada otorga el derecho a la indemnización de daños y perjuicios contemplada en el art 29 de LCA.

Otras de las consecuencias, la más importante, del incumplimiento contractual, por parte del agente, es que pierde su derecho de indemnización por clientela. Es decir, que cuando el agente incumpla alguna de sus obligaciones mencionadas no tendrá derecho a reclamar ni percibir la indemnización por clientela ni la indemnización por daños y perjuicios correspondiente (art.30 LCA).

Cuando se pacten unos objetivos mínimos de ventas o de cualquier otra cosa relacionada con la actividad del agente, el incumplimiento de estos supone un motivo para la no renovación del contrato. Además, también implicaría la pérdida de la indemnización por clientela,⁴³ y la de daños y perjuicios porque no solo supone una resolución del contrato por incumplimiento sino su extinción y no prorrogación del contrato por no cumplirse los objetivos pactados por las partes. Un ejemplo lo tenemos en la sentencia de la Audiencia Provincial de Álava:⁴⁴

En esta sentencia ambas partes firman un contrato de agencia y unos anexos en los que se estipulan: los productos afectos, la zona geográfica de actuación, las condiciones de venta (que se fijaran anualmente) y los tipos de clientes.

⁴¹ Es importante matizar que se prohíbe el desistimiento unilateral del contrato por cualquiera de las partes, salvo determinadas excepciones que estamos viendo.

⁴² Para los casos donde el contrato se ha transformado en duración indefinida.

⁴³ MARTINEZ SANZ, F, “*La indemnización por clientela...*” cit, pag.182.

⁴⁴ AP de Álava (Sección 1º) de 9 de marzo de 2006 (RJ 2006/117420)

El empresario en esta sentencia (Kerakoll) emite un fax al agente comunicándole el desistimiento del contrato por incumplimiento de los objetivos estipulados del contrato. La parte actora (agente) interpone una demanda y posterior recurso frente a la empresa Kerakoll alegando que no se cumplió el plazo de preaviso establecido en el art.15 LCA y que le corresponde una indemnización por clientela y de daños y perjuicios debido a este cese inesperado y que cumplir con los objetivos estipulados era muy difícil debido al campo de zona geográfica.

El Tribunal contestó que el agente ya sabía la zona geográfica donde iba a desarrollar su actividad y nadie le obligó a firmar el contrato. Por otro lado, quedando acreditado el incumplimiento del objetivo de ventas, no le corresponde ninguna indemnización por clientela debido al art.30 LCA, que establece que en caso de incumplimiento no procede la indemnización. En relación, al desistimiento sin el correcto preaviso, señala que el art.26 LCA permite en casos de incumplimiento, el desistimiento unilateral de la parte perjudicada.

La indemnización por clientela y la de daños y perjuicios son acumulables, es decir, se puede dar una y la otra no. Los plazos de prescripción de ambas indemnizaciones son de un año a contar desde la extinción del contrato.

▪ **Caso de incumplimiento de algunas de las partes del pacto de no competencia.**

Ante un incumplimiento, en el contrato de agencia, del pacto por parte del trabajador, el empresario tiene derecho a reclamar una indemnización por daños y perjuicios, la cuantía de dicha indemnización depende del acuerdo que han llegado las partes cuando firmaron el pacto de no competencia:

- Si han establecido una cláusula penal en el acuerdo, el trabajador deberá entregar la cuantía de la indemnización pactada en dicha cláusula. Esta cláusula penal viene a sustituir la indemnización por daños.
- Si no se estableció nada, cuando se firmó el pacto, normalmente se solicita la devolución por parte del trabajador de la indemnización por clientela. Si el empresario acreditase otros perjuicios, se solicitará al agente su resarcimiento.

Por otro lado, un incumplimiento del empresario en el pago de la cuantía indemnizatoria (indemnización por clientela) deja liberado al trabajador/agente y provocaría la iniciación de un procedimiento, iniciado por el propio agente, para reclamar dicha cuantía, con inclusión de la indemnización de daños y perjuicios si procede.

8. CONCLUSIÓN

Finalmente, como he podido observar, las obligaciones, en el contrato de agencia, son el aspecto clave a la hora de analizar el contenido del contrato.

El empresario principal y el agente asumen y se comprometen a realizar unas obligaciones que serán la base del contrato. Estas obligaciones a las que se comprometen son el motivo que impulsa la celebración de este tipo de contratos, ya que a raíz de ellas se logran los objetivos deseados.

Después de analizar las obligaciones de ambas partes, puedo deducir que el agente desempeña una función más activa que el empresario, teniendo obligaciones que dependerán mucho de las capacidades técnicas y organizativas del agente y otras que dependerán de la diligencia de todo buen profesional en el desempeño de su trabajo. Mientras que para las obligaciones del empresario no hace falta mucha actividad o eficiencia, solo un alto grado de responsabilidad y gozar de unos medios necesarios.

Estas obligaciones evidencian, en la práctica, la inferioridad económica del agente que está vinculado a la voluntad del empresario, titular de los bienes y servicios cuya promoción llevará a cabo el agente.

Por suerte este contrato cuenta con una normativa propia, la Ley 12/1992, de 27 de mayo sobre Contrato de Agencia, que establece la estructura del contrato y ofrece una solución a cualquier problema planteado por las partes. En el caso de que aparezca alguna laguna que la propia LCA no pueda subsanar, la Ley permite acudir a otras normativas como la del contrato de comisión (C.Com.) y la del mandato (CC). Esta Ley no es incompatible con tales normativas, dadas las similitudes en tales contratos.

Porque hay que recordar, que el contrato de agencia se integra en el mismo grupo (contratos de colaboración) que estos contratos afines y que son las características propias de cada contrato lo que diferencia a uno del otro.

Una de las peculiaridades de este contrato es la existencia de obligaciones aún después de extinguirse la relación contractual. Como este contrato se caracteriza por su estabilidad y durabilidad en el tiempo, pueden surgir consecuencias de actividades que se desarrollaron o se pactaron durante la vigencia del contrato y esto se traduce en obligaciones para las partes.

Como ocurre en todos los contratos es posible que alguna parte incumpla sus obligaciones, la Ley, para estos casos, prevé las consecuencias de cada incumplimiento.

Hoy en día vemos que el contrato de agencia es muy común y necesario en la práctica diaria, siendo un contrato muy utilizado en todos los ámbitos profesionales. Por este motivo, es importante saber cómo se articula su contenido y cuáles son los deberes y obligaciones de cada parte.

9. BIBLIOGRAFÍA

- BROSETA PONT, M; MARTÍNEZ SANZ, F. “Contratos mercantiles y derecho de los títulos valores”, *Manual de Derecho Mercantil*, Vol II, Tecnos, Madrid, 2015. Pags.124-125.
- DÍEZ-PICAZO, L. “La representación de la sociedad frente a terceros”, en *La representación en el derecho privado*, T.5, Civitas, Madrid, 1992. Pag 81.
- FERRARA, F. “Contratti di Agenzi camuffati”, *En estudios jurídicos en homenaje a Joaquín Garrigues*, t. II, Tecnos , Madrid, 1971. Pág. 272.
- GARCIA-PITA, J.L. “La mercantilidad del contrato de comisión y las obligaciones de diligencia del comisionista”, en *Estudios jurídicos en homenaje al Profesor Aurelio Menendez*, vol III, Civitas, Madrid, 1996. Pág. 2852.
- GARRIDO, J.M. *Las instrucciones en el contrato de comisión*, Civitas, Madrid ,1995. Pág. 65
- GOMEZ SEGADE, J.A. “Concepto y protección”, *El secreto industrial (know-how)*, Tecnos, Madrid 1974. Pag 41.
- LLOBREGAT, M.L. *El contrato de agencia mercantil*, J. M. Bosch, 1993, Barcelona. Pag 141.
- MARTINEZ SANZ, F. *la indemnización por clientela en los contratos de agencia y concesión*, Civitas, Madrid, 1998. Pag.179 y ss.
- MARTÍNEZ SANZ, F.; MONTEAGUDO, M y PALAU RAMÍREZ, F. *Comentario a la Ley sobre contrato de agencia*, Civitas, Madrid, 2000. Pags249 y ss.
- MERCADAL VIDAL, F. *El contrato de agencia*, Real colegio de Bolonia, Zaragoza, 1998. Pag.546.
- ORTEGA PRIETO, E. “La nueva normativa aplicable a los agentes comerciales y representantes de comercio”, en *El contrato de agencia*, Deusto, Bilbao, 1993. Pags.58 y 148
- PALAU RAMIREZ, F. “Las obligaciones del agente”, *Revista de Derecho Mercantil*, num 230/1998, Civitas, Pamplona, 1998, (BIB 1998\2042).
- URÍA, R. *Derecho Mercantil*, vigésimo segunda edición, Marcial Pons, Madrid 1995. pag.717
- VÉRGUEZ SANCHEZ, M. “Reflexiones en torno al contenido y características de la prestación del agente y características de la prestación del agente” en *Estudios Jurídicos en homenaje al profesor Aurelio Menéndez*, , v III, Cívitas, Madrid, 1996. págs. 3053 y 3061
- VICENT CHULIÁ, F. *Compendio crítico de Derecho mercantil*, Tomo II, J. M. Bosch, 1991, Barcelona. Pags.381 y ss.

Páginas webs

<https://app.vlex.com/#vid/elementos-definidores-contrato-agencia-101068>

<https://app.vlex.com/#vid/contrato-agencia-349179761>

<https://app-vlex-com.publicaciones.umh.es/#ES/vid/330647>

<https://app-vlex-com.publicaciones.umh.es/#ES/search/jurisdiction:ES/contrato+de+agencia/ES/vid/379522114>

<https://www.burgueraabogados.com/guia-contrato-de-agencia/>

<https://www.iberley.es/temas/regulacion-contenido-pacto-no-competencia-postcontractual-10161>

