

EL CONTRATO DE AGENCIA COMERCIAL [♦]

Análisis dentro del contexto del sistema jurídico romano-germánico, en vista de una posible modificación de su regulación en Colombia

MARIA ELISA CAMACHO LÓPEZ¹

SUMARIO: I. Proceso de Tipificación del Contrato de Agencia Comercial. – 1. En algunos Países Europeos antes de la Directiva Comunitaria 86/653. – A. Alemania. – B. Italia. – C. Francia. – D. España. – 2. En los Países Latinoamericanos. – A. Países en los que ha sido tipificada la Agencia Mercantil. – B. Países en los que no ha sido tipificada la Agencia Comercial. – 3. Directiva Comunitaria 86/653. – 4. Contrato Modelo de la Cámara de Comercio Internacional. – II. Incidencia de los Tratados de Libre Comercio celebrados con Estados Unidos sobre la Regulación del Contrato de Agencia Comercial. – 1. Experiencia de Algunos Países Centroamericanos. – A. Costa Rica. – B. República Dominicana. – C. El Salvador. – D. Guatemala. – E. Honduras. – 2. Experiencia Colombiana. – A. *Detrimental Reliance*. – B. Algunas consideraciones sobre el tratamiento de esta materia en los Estados Unidos.

I. Proceso de Tipificación del contrato de agencia comercial.

El agente de comercio encuentra su origen en la sociedad europea de mediados del siglo XIX². Desde el principio, los ordenamientos jurídicos de la época reconocieron en él un auxiliar del comerciante diverso de aquellos existentes, pues no obstante gozar de algunos elementos coincidentes, respondía también a otros propósitos. Así por ejemplo, el agente de comercio le permitía al comerciante entablar una relación continua con la clientela, conocer las condiciones económicas de un lugar para poder desarrollar en forma adecuada sus negocios y fundamentalmente, evitarle un gasto significativo, como habría sido aquél de tener que invertir en una sede de su empresa en otros lugares para

[♦] Este artículo fue presentado a la revista el día 23 de junio de 2008 y fue aceptado para su publicación por el Comité Editorial el día 28 de noviembre de 2008, previa revisión del concepto emitido por el árbitro evaluador.

¹ Abogada de la Universidad Externado de Colombia con estudios de especialización en derecho comercial de la misma Universidad. Máster en Sistema Giuridico Romanistico, Unificazione del Diritto et Diritto de la Integrazione de la Università di Roma II (Tor Vergata).

² Zanelli, Enrico. *Storia e teoria del rapporto di agenzia. Contributo allo studio dell'agenzia e dell'agente di commercio*, in "Studi Urbinati", 1963-1964, pág. 147, pp. 28: "La storia economica non offre una precisa documentazione al riguardo. Ricerche recenti e tuttora in corso, di cui ho avuto cortese notizia, indicherebbero bensì, sul piano locale, la comparsa dell'agente-procacciatore verso il finire del '700 sulle piazze di Milano e di Genova, ma non si va al di là di congetture aventi riferimento, per di più, non già ad agenti di commercio veri e propri, bensì a raccogliere di prestiti in denaro per conto di banchieri. Per epoche precedenti non si possono formulare che ipotesi a titolo di curiosità, riguardanti, ad es., la vendita di merci dei depositi generali dello Stato a Siviglia tramite appositi incaricati procacciatori; oppure la trasformazione di sensali in agenti, per la costante collaborazione con qualche preponente; ecc. Ma siamo già nel campo della 'commistione' di funzioni, di cui dovremo a più riprese tener conto".

introducir sus productos, pues el agente de comercio, al ser independiente, organizaba su propia empresa corriendo con los riesgos que derivaban de la misma³.

Por esta razón es lógico que las primeras referencias sobre el agente de comercio correspondan a ésta época⁴, sin embargo, teniendo en cuenta que para la misma ya habían sido expedidas algunas de las codificaciones de derecho mercantil⁵, también parece lógico que la figura del agente de comercio no haya sido regulada en aquellas; por lo que la primera tendencia de los diferentes ordenamientos jurídicos, esencialmente de la doctrina y de la jurisprudencia, será aquella de analizar las semejanzas y diferencias con las figuras ya existentes para resolver los problemas jurídicos que comienza a suscitar. Así por ejemplo algunos eran partidarios de introducir la agencia de comercio, dentro del género del contrato de mandato, otros preferían incluirla en el contrato de prestación de servicios, en fin, su aparición dio lugar a un intenso debate en torno a su naturaleza jurídica, aspecto éste que analizaremos más adelante para poder determinar los principios que rigen la figura.

A continuación nos concentraremos en el análisis del desarrollo normativo que tuvo la agencia de comercio en su primera etapa, la cual como hemos dicho se presenta en los países que hoy conforman la Comunidad Europea, posteriormente veremos su recepción en los Países Latinoamericanos, la armonización procurada por la Directiva Comunitaria

³ Sobre las razones que originaron la agencia de comercio ver: Cerami, Vincenzo. *Contratto di Agenzia*, Enciclopedia del Diritto, Giuffrè Editore, Tomo I, 1958, p. 871: “L’interesse dell’imprenditore ad avvalersi dell’attività degli agenti di commercio, anziché della propria organizzazione o dell’attività di operatori occasionali, sorse con l’espandersi del sistema produttivo e il diffondersi, nella concorrenza di mercato, di nuovi mezzi di penetrazione, acquisizione e conservazione della clientela, e si accrebbe a tal punto, che si può dire che oggi non vi sia prodotto che venga lanciato senza l’attività dell’agente di commercio, né imprenditore che non se ne avvalga per il collocamento della merce o dei servizi”; Giordano, Giacomo; Ianelli, Domenico; Santoro, Giuseppe. *Il Contratto di Agenzia, La Mediazione. Giurisprudenza Sistemica Civile e Commerciale*. Diretta da Walter Bigavi. Torino, Unione Tipografica –Editrice Torinese, 1974, p. 7: “Soltanto quando, sotto la spinta dell’espandersi della concorrenza come effetto della sempre maggiore produzione di beni e del moltiplicarsi delle imprese, cominciò a manifestarsi con chiarezza il beneficio derivante da una continuativa attività ausiliare di produzione di affari, la figura dell’agente di commercio prese corpo imponendosi sempre più nelle relazioni commerciali”; Molitor, Erich. *Sul concetto dell’agente di commercio*, in “Studi di Diritto Commerciale in Onore di Cesare Vivante”, vol. II, Roma, Società Editrice del “Foro Italiano”, 1931, p. 39: “Ragione economica decisiva per la creazione di un tipo autonomo dell’agente di commercio dovrebbe –qui come là- trovarsi nell’esigenza della divisione del lavoro. Poiché quasi ogni impresa commerciale svolge diversa attività che non sempre possono essere tutte organizzate e vigilate dal titolare nello stesso modo”.

⁴ Pues de esta fecha data la primera referencia literaria sobre el Agente de Comercio, tal como lo indica Pardolesi, Roberto. *I Contratti di Distribuzione*, Napoli, Editore Jovene, 1979, p. 96: “In effetti, il consolidamento della nuova professione può dirsi largamente compiuto, in Germania, già a metà del secolo scorso. È agente commerciale il protagonista di un romanzo apparso nel 1855”; en igual sentido: Zanelli E., *Storia e Teoria...*, cit., p. 155, pp. 48: “Se è perfino superfluo ricordare l’ingresso della figura dell’agente di commercio, in tutte le sue manifestazioni, nella letteratura narrativa (dal Balzac de L’illustre Gaudissart, al Soll und haben di Gustav Freytag del 1855, giù per un filone mitteleuropeo sino all’ambiente triestino del commercio di commissione e delle case di agenzia che si intravede ne La coscienza di Zeno del nostro SVEVO)...”.

⁵ Como por ejemplo el Código de Comercio Francés de 1807.

86/653 y el modelo del contrato de agencia comercial planteado por la Cámara de Comercio Internacional.

Sobre esta primera etapa lo primero que debemos decir, es que observamos un desarrollo bastante diverso del contrato de agencia dentro de los países que consagran los principales modelos que posteriormente serán acogidos por otros ordenamientos jurídicos, razón por la cual nos concentraremos en el estudio de los modelos implantados en Alemania, Italia, Francia y España, separadamente.

1. *En algunos países europeos antes de la Directiva Comunitaria 86/673.*

A. *Alemania.*

El primer gran debate que se suscitó en torno a su posible regulación en Alemania tuvo lugar en la llamada *Comisión de Norimberga*, en el bienio 1857-1858. Al interno de la misma se presentaron dos posturas, la de aquellos que consideraban que la agencia había adquirido un uso proficuo dentro de la sociedad suficiente como para que el legislador le diera una propia regulación y la de quienes por el contrario creían que la figura no había alcanzado un grado de certeza suficiente para poder ser regulada. Al final prevaleció la segunda postura, pero no por las razones comentadas, sino porque la primera habría implicado la necesidad de emplear las normas que regían la relación entre el comerciante y sus auxiliares, personal dependiente, a la agencia de comercio, y esto a su vez habría comportado la misma responsabilidad del comerciante frente a su personal dependiente e independiente, lo que no parecía conveniente⁶.

No habiendo prosperado el primer intento de regulación de la agencia, podemos considerar la sentencia del *Reichsgericht* del 2 de julio de 1892 como la primera tipificación de la materia. En esta decisión se consagraron algunas características importantes de la figura en cuestión que posteriormente serán acogidas en su regulación en el HGB, entre las cuales merecen particular resalto: la estabilidad de las funciones del agente y la forma de la retribución, esta última, que dependía fundamentalmente del resultado de las actividades desarrolladas por el agente, distinguiéndola así de la retribución derivada de la *locatio-operis*, apartándose entonces de este contrato para efectos de determinar la naturaleza jurídica del nuevo contrato de agencia⁷.

Luego de este importante antecedente, el Agente de Comercio fue regulado por primera vez en el HGB alemán §§ 84-92 de 1897. El mérito que se le atribuye a esta regulación radica en haber sido la primera en haber consagrado unas normas propias sobre la figura⁸, sin embargo, poco tiempo después de la misma, serán apreciables grandes falencias que darán lugar a su pronta modificación.

⁶ Este es un aspecto fundamental en torno al tema de la representación, pues como lo han aclarado algunos doctrinantes, no es lo mismo atribuirle representación a un empleado dependiente, el cual por el vínculo más estrecho con el comerciante, probablemente se sentirá en el deber de hacer quedar bien a su empleador porque depende más directamente de él, mientras que aquello no es totalmente seguro tratándose del comerciante independiente.

⁷ Cfr. Pardolesi, R. *I Contratti di Distribuzione...*, cit., p. 99.

⁸ Parece no estar de acuerdo con esta afirmación Giordano, Giuseppe. *Il Contratto di Agenzia, nel codice, negli accordi economici collettivi, negli usi e negli accordi post-corporativi*, Bologna, Leonardo Da Vinci Editrice Bari, 1959, pág. 46, quien al efecto afirma: "In effetti la dottrina francese

Lo primero que debemos decir sobre la legislación alemana, es que la misma responde a un criterio de definición subjetivo, pues además de haberla ubicado dentro del Libro I del HGB dedicado a los comerciantes y a sus auxiliares, en vez de haberla ubicado dentro del libro correspondiente a los contratos, el énfasis lo hace sobre la figura del agente, determinando sus facultades, derechos y obligaciones, incluso, podemos notar que sólo en un artículo de esta sección, se menciona la relación contractual entre el comitente y el agente de comercio⁹.

Sobre este aspecto me permito llamar la atención a un comentario de BETTI, en torno a las relaciones de gestión que existían en el derecho romano clásico, pues refiriéndose a la procura y al mandato, ve en el mayor interés que subyace en la primera la posición del *procurator* frente a los terceros, no siendo así en la segunda, en la que la relación interna entre mandante y mandatario es de mayor importancia, uno de los principales factores de distinción¹⁰; pues es muy probable que la razón que haya inducido al legislador alemán a regular el agente de comercio y no el contrato de agencia comercial, radique en la importancia que a su juicio tenían las facultades de dicho agente frente a los terceros y no tanto las reglas que debían regular la relación entre el agente y agenciado.

En efecto, el reconocimiento del agente como un empresario con suficiente capacidad económica para desarrollar su propia empresa, jugó un papel fundamental en la regulación de la figura, pues además de despreocupar al legislador de prever las reglas que regirían la relación entre el agente y el agenciado, les dio carácter dispositivo y no imperativo a las normas de protección a favor del primero¹¹, lo que cambiará, en un corto giro de tiempo.

Así pues, el § 84 del HGB definía el agente de comercio en los siguientes términos: “Chi, senza essere assunto come commesso, è stabilmente incaricato di trattare (*vermitteln*)

ancora oggi tra la concezione autonoma dell'agente (erroneamente attribuita alla dottrina tedesca anziché all'italiana) e la dottrina inglese dell'*agency*...”.

⁹ Este es el § 92 que dice, Codice di Commercio dell'Impero Germanico promulgato il 10 maggio 1897. Traduzione italiana dell'Avvocato Ludovico Eusebio. Torino. Unione Tipografico-Editrice Napoli-Roma-Milano, 1897: “Il rapporto contrattuale fra il committente e l'agente di commercio, ove sia stato contratto per un tempo indeterminato, può da ciascuna delle parti essere denunciato per la fine di un trimestre di calendario, coll'osservanza di un termine di denuncia di sei settimane. Il rapporto contrattuale può da ciascuna delle parti essere denunciato senza l'osservanza di un termine di denuncia, se vi sia un motivo grave”.

¹⁰ Betti, Emilio. *Istituzioni di Diritto Romano*, Vol. II, Parte Prima, Padova, CEDAM, 1962, p. 287: “Codesta origine del procurator mette in piena luce la rilevanza attribuita alla sua posizione nei rapporti esterni coi terzi interessati e la relativa indifferenza di un mandato che regoli il rapporto interno fra il preponente e la persona da lui preposta alla cerchia d'affari in questione”.

¹¹ Así por ejemplo indica Pardolesi, R. *I Contratti di Distribuzione...*, cit., p. 100, con relación a las normas dispositivas sobre el término de preaviso: “Più oltre, la natura dispositiva della regola che sanciva, per la risoluzione dei contratti a tempo indeterminato – e sempre che non soccorressero “importanti motivi”-, un termine di preavviso non inferiore a sei settimane, è giustificata come segue: “[g] li agenti sono commercianti indipendenti, assai spesso essi trattano contemporaneamente più ditte o esercitano l'agenzia solo in aggiunta ad un'altra attività lavorativa. Non si trovano, perciò, in una dipendenza dal preponente [Geschäftsherr] tale da rendere necessaria una protezione per il tramite di disposizioni normative inderogabili; data la varietà dei rapporti che vengono in considerazione, disposizioni di tal genere frequentemente lederebbero in modo indebito entrambe le parti nella libertà delle loro determinazioni negoziali”.

affari per il commercio di un altro o di concludere affari in nome di questi (agente di commercio, *Handlungsagent*) deve nelle sue operazioni procurare l'interesse del proprietario dell'affare (*Geschftscherr*) colla diligenza di un ordinato (*ordentlich*) commerciante.

“Esso è tenuto a dare al proprietario dell'affare le occorrenti notizie, in particolare, a dargli immediatamente avviso di ogni conclusione di affari”¹².

De la anterior definición emanan dos aspectos fundamentales sobre la forma en que era concebido el agente. En primer lugar, se aprecia su autonomía frente al agenciado, en la medida en que se le niega el carácter de empleado y adicionalmente, se aprecia una facultad de representación de tipo accidental y no esencial¹³. Tampoco constituye una consecuencia directa de la agencia, la asignación de un territorio determinado, aspecto éste que puede ser estipulado pero que en tal caso sólo representará un elemento con base al cual tendrá lugar la llamada remuneración indirecta¹⁴.

Por otra parte, en cuanto a la remuneración, se establecía que el agente tenía derecho a una provisión desde el momento en el cual el agenciado hubiese ejecutado el negocio, aunque era definitivamente adquirida en el momento en el cual el tercero hubiese cumplido su obligación. Finalmente es necesario resaltar que para aquella época no había sido consagrada aún una indemnización a favor del agente en caso de terminación del contrato por parte del agenciado, lo que por el contrario si tendrá lugar más adelante en la normativa austriaca, la cual como veremos ejercerá una importante influencia sobre la primera, empezando porque aquella fue aplicada en Alemania durante un periodo de tiempo.

Tal como lo señalamos anteriormente, algunos años después de la primera tipificación legal del Agente de Comercio en Alemania¹⁵, surgieron diversos movimientos tendientes a su pronta modificación. Pero lo que hay que saber, es que no sólo serán razones ligadas a dicha regulación las que darán lugar a esta imprescindible necesidad, sino que por el contrario también serán razones de carácter económico y social, puesto que con la primera Guerra Mundial las dificultades económicas por las cuales atravesaban algunas empresas llevaron a desestimular la contratación de empleados subordinados debido a las varias cargas que estos representaban para el empresario, estimulando por el contrario aquellos que no tenían trabajo a ofrecer sus servicios como agentes, no

¹² Codice di Commercio dell'Impero Germanico promulgato il 10 maggio 1897. Traduzione italiana dell'Avvocato Ludovico Eusebio. Torino. Unione Tipografico-Editrice Napoli-Roma-Milano, 1897.

¹³ Lo que resulta confirmado por el § 85, en el que se dice: “Se un agente di commercio incaricato soltanto della trattazione (*Vermittlung*) di affari conchiude con un terzo un affare in nome del committente, l'affare si ha come da questi approvato se esso, immediatamente dopo aver avuto notizia della conclusione, non dichiara in confronto del terzo che esso declina l'affare”.

¹⁴ Dice el § 89: “Se l'agente di commercio è expresamente costituito per un determinato distretto, nel dubbio, spetta a lui la provvigione anche per quegli affari che, senza la sua cooperazione, sono nel distretto conchiusi dal committente o per conto di questi”.

¹⁵ Después de la regulación Alemana, comienzan a expedirse diversas leyes sobre el Agente de Comercio en otros Países Europeos, como por ejemplo la Ley de Suecia del 18 abril de 1914 (mod. con la Ley 10 de mayo de 1974); la Ley Noruega del 30 de junio de 1916 (mod. con la Ley del 1º de junio de 1973); la Ley de Dinamarca del 8 de mayo de 1917 (mod. con la Ley del 13 de abril de 1938); la Ley Austriaca sobre *Handlungsagenten* del 24 de junio de 1921 (mod. con la Ley del 13 julio de 1960 e con la Ley del 15 de junio de 1978).

ostante no tener ellos la suficiente capacidad económica para organizar su propia empresa dirigida a la promoción de los bienes de otros empresarios, limitándose de esta manera a la simple prestación de su mano de obra, aspecto éste que dificultaba la diferenciación entre las dos categorías de colaboradores¹⁶. Esto también dió lugar al reconocimiento a nivel legal de una clase de agente semejante al empleado subordinado cuyas relaciones jurídicas serían sometidas al conocimiento del Tribunal de Trabajo¹⁷.

Teniendo en cuenta que esa era la situación que se presentaba desde el punto de vista social, resulta lógico que entre las principales críticas que le fueron atribuidas se encuentren, por una parte, la insuficiente protección social del agente frente al empresario y por otra, la difícil distinción de dicha figura con aquella del empleado subordinado¹⁸.

Ante este estado de cosas, la doctrina y la jurisprudencia trataron de contribuir a la solución de las mismas, afirmando que la diferencia decisiva entre el agente y el empleado subordinado estaba en la independencia de que gozaba el primero y en la dependencia en la que se encontraba el segundo. Sin embargo, no siendo suficiente su contribución, se trató de solucionar esta problemática con la introducción al territorio alemán de la Ley austriaca de 1921 que a diferencia de la alemana, ya consagraba algunas normas de protección social en favor del agente. Así por ejemplo nos interesa resaltar la previsión en la norma austriaca de una indemnización a favor de la parte que se haya visto perjudicada como consecuencia de la terminación anticipada del contrato por culpa de la otra, protegiendo esencialmente al agente por la terminación del contrato por parte del empresario¹⁹, siendo ésta la primera medida de dicha naturaleza que se

¹⁶ Molitor, E. *Sul concetto dell'agente di commercio ...*, cit., p. 44.

¹⁷ Hueck, Alfred. *La Riforma del diritto del rappresentante di commercio in Germania*, in "Rivista di Diritto Commerciale e del Diritto Generale delle Obbligazioni", Parte Prima, Vol. XXXIX, Milano, Casa Editrice Dottor Francesco Vallardi, 1941, p. 145: "Queste difficoltà hanno fatto sì, che si sia formato un particolare gruppo intermedio di agenti affini ai locatori d'opera (arbeitnehmerähnliche Agenten). Il § 5 della legge sui tribunali del lavoro designa come affini ai locatori d'opera le persone che, senza essere in un rapporto contrattuale di lavoro, prestano lavoro per incarico e per conto di altre persone, e, a causa della dipendenza economica in cui si trovano, occupano una posizione sociale simile a quella degli operai e degli impiegati. Si suole generalmente qualificarli come agenti personalmente indipendenti, ma economicamente dipendenti". Molitor, E. *Sul concetto d'agente...*, cit., p. 45: "In Germania, tenuto conto dell'incertezza della distinzione e delle cattive condizioni dei piccoli agenti di commercio, i loro rapporti giuridici sono stati sottoposti (in forza del § 5 della legge sui Tribunali del lavoro del 1926) alla speciale Magistratura del Lavoro...".

¹⁸ Hueck, A. *La Riforma del diritto del rappresentante di commercio...*, cit., p. 144: "Quindi il primo e più importante compito della riforma del diritto delle agenzie è di tener conto di questo bisogno di tutela, di rielaborare il diritto delle agenzie sotto il punto di vista sociale, in modo corrispondente alla concezione nazionalsocialista, e di dargli nello stesso tempo in tale ambito efficacia obbligatoria, in modo da neutralizzare gli accordi antisociali dei singoli. Un altro difetto essenziale del diritto vigente è nell'incerta delimitazione della cerchia di persone che esso abbraccia".

¹⁹ Reflejado en el artículo sobre *Il Progetto austriaco di una legge sugli agenti di commercio*, en "Rivista del Diritto Commerciale e del Diritto Generale delle Obbligazioni", Parte Prima, Vol. XVIII, (1920) Milano, Casa Editrice Dottor Francesco Vallardi, pag. 711: "Nel caso di scioglimento anticipato per colpa di una parte si dà all'altra diritto al risarcimento del danno: § 24, art. 283 cod. gen. di comm. La misura del danno è data dalla differenza con i risultati aspettati con la continuazione del rapporto: § 24,2 del Progetto. Nonostante la diffida, quando sia infondata, l'agente può pretendere dal principale l'adempimento del contratto: così deve spedire, ad es., i capioni, fare le anticipazioni dovute, ecc. Il contratto finisce altresì per la dichiarazione del fallimento a carico del principale, § 27. Ben s'intende che l'eventuale mandato dell'agente cade per il

introduce en la relación de agencia, debido, como hemos tenido la oportunidad de apreciarlo, a una serie de factores ajenos a la naturaleza de la figura o por lo menos a la forma en que fue concebida en su primer momento.

Posteriormente se consideró más conveniente modificar la legislación alemana, para lo cual se nombró una comisión especial que elaboró un proyecto de Ley que fue publicado en 1940²⁰. En este proyecto de ley podemos apreciar un igual interés, tanto por regular las relaciones internas como aquellas externas del agente de comercio, el cual, en virtud del mismo será llamado a partir de ese momento, representante de comercio.

En cuanto a la figura del representante de comercio fue aclarado que no tenía que ser necesariamente comerciante para ejercer su actividad siempre y cuando tuviera una empresa²¹ y en cuanto a su distinción de la categoría de los empleados, punto clave de la reforma, se acudió nuevamente a la independencia del primero, sin embargo en esta ocasión se consagró dicha característica en forma positiva y no negativa como se había hecho en un principio, definiendo el representante como un *esercente indipendente*.

En cuanto a la relación interna entre el representante de comercio y el empresario, el proyecto consagró en primer lugar, la posibilidad para ambas partes de solicitar un documento por medio del cual fuera probado el contrato²²; también reguló la garantía conocida como *star del credere*²³; fijó el derecho a la provisión en el momento en que el contrato hubiese sido ejecutado por alguna de las dos partes, no obstante lo cual, en caso de incumplimiento del cliente dicha provisión tenía que ser restituida; se reconoció el derecho a la provisión por los negocios concluidos con posterioridad a la terminación del

fallimento del principale (§ 26 nuova ord. concorsuale austriaca). Se il rapporto si estingue fuori tempo a questo modo il progetto, § 27,2 consente all'agente di reclamare il risarcimento del danno: è irrilevante la colpa del fallito per il verificarsi del fallimento. Invece il fallimento dichiarato a carico dell'agente lascia inalterato il rapporto, salvo per il diverso giudizio che ci si può fare della persona dell'agente, nel quale caso può dare la giusta causa alla diffida del principale".

²⁰ Hueck, A. *La Riforma del diritto del rappresentante di commercio...*, cit., p. 146; Baldi, Roberto. *Il Contratto di Agenzia. La Concessione di Vendita, il Franchising*. Sesta Edizione. Milano, Giuffrè Editore, 1997, p. I, 2: "Tale progetto non venne tramutato in norma legislativa a causa degli eventi bellici, ma ha influenzato in parecchie disposizioni la formazione della legge federale svizzera 4 febbraio 1949 sul contrat d'agence, entrata in vigore il 1° gennaio 1950 (inserita nel codice delle obbligazioni, artt. 418a-418v)".

²¹ Es interesante saber que el concepto de empresa ya había sido introducido en el Código de Comercio alemán de 1897, tal como nos lo indica Barrera Graf, Jorge. *El Derecho Mercantil en la América Latina*. Universidad Autónoma de México, México, 1963, pág. 14: "A fines del siglo, el C.Co. alemán de 1897, que entró en vigor el 1° de enero de 1900, introdujo un nuevo concepto que la doctrina germana primero, la francesa y la italiana después, comenzaban a analizar: el de la empresa".

²² Como tendremos la posibilidad de verlo más adelante, a mi juicio, en los mismos términos se consagra dicho derecho a favor de las partes del contrato de agencia comercial en la Directiva Comunitaria 86/653.

²³ El *star del credere* es un pacto accesorio que consagra una responsabilidad a cargo del agente debido a la insolvencia del tercero adquirente. En aquél proyecto se trató de regular esta garantía en forma equitativa, estableciendo: "per i piccoli rappresentanti non iscritti nel registro di commercio l'assunzione della garanzia deve essere senz'altro vietata, come troppo pericolosa; pei rappresentanti iscritti essa è ammessa, ma limitadamente, cioè soltando per singoli affari, e deve esser prestata per iscritto o dietro uno speciale compenso. In ogni caso, un'obbligazione preventiva per l'assunzione della garanzia non può efficacemente costituirsi".

contrato de representación siempre que los mismos fueran consecuencia de la actividad del Representante y tuvieran lugar dentro de un término razonable. También se introdujeron términos de preaviso más extensos y se consagró a favor del representante, pero también del representado, un resarcimiento en caso de injusta terminación del contrato²⁴. La comisión reconoció que entre los factores que debían ser tenidos en cuenta para calcular dicha indemnización se encontraban las utilidades de que iban a disfrutar cualquiera de las dos partes después del contrato de representación siempre que fueran consecuencia del mismo, así por ejemplo, la indemnización a favor del Representante sería mayor cada vez que éste le hubiese procurado al principal una clientela que le quedaría después del contrato y de la que podía seguir disfrutando.

Vemos entonces en la última indemnización, los rastros de lo que constituirá posteriormente la llamada indemnización de clientela, la cual se desarrollará en forma autónoma poco tiempo después de esta reforma y será uno de los aspectos, a mi juicio, más conflictivos de la regulación actual²⁵. Insisto de nuevo en esto y observemos como en un principio configura apenas un criterio de tasación de la indemnización por la terminación injusta del contrato de representación, para después desprenderse de ésta y constituir una indemnización diferente de aquella.

Lógicamente estas primeras particularidades relativas a la indemnización de clientela, van a tener enormes consecuencias en su posterior regulación, así por ejemplo, resulta lógico que derivando de la indemnización prevista por la injusta terminación del contrato, se encuentre estrechamente ligada a dicha situación, de tal forma que su procedencia se hará depender de esta circunstancia, sin que en realidad esto corresponda a su finalidad, en otras palabras, y así lo han dicho varios autores²⁶, el hecho de que la terminación del contrato sea imputable al agente, no significa necesariamente que al mismo no se le pueda reconocer la indemnización de clientela, pues no obstante aquella situación, el agente pudo haber procurado una clientela significativa al agenciado, quien probablemente continuará gozando de la misma, aspecto éste que analizaremos con mayor detalle más adelante.

Irónicamente, el primer ordenamiento jurídico en consagrar la indemnización de clientela dentro del contrato de agencia comercial, no fue el alemán, no obstante haber dividido *per primus* dicho mecanismo de protección en favor del agente, lo fue el ordenamiento jurídico Suizo que por medio de la Ley del 4 de febrero de 1949 introdujo en el Código de las Obligaciones el contrato de agencia comercial. Obviamente la forma en que fue configurada la indemnización de clientela responde a los antecedentes de la misma en el régimen alemán, así pues, dicha indemnización se consagró en favor del agente al que no fuera imputable la resolución del contrato, fijando además como límite de tasación, las previsiones obtenidas en un año de agencia²⁷.

²⁴ Esta indemnización deriva indudablemente de una previsión similar ya existente en el contrato de trabajo, tal como lo considera Hueck, A. *La Reforma del diritto del rappresentante di commercio...*, cit., p. 151.

²⁵ Pues como veremos en el Título II, va a ser éste uno de los elementos que se busca modificar con la aprobación del TLC, no solamente en el caso colombiano.

²⁶ Pardolessi, R. *I Contratti di Distribuzione...*, cit., p. 111: "In senso contrario alla ricostruzione testè accennata depone già il fatto che il compenso non spetta in ogni caso (perchè negare la dovuta 'controprestazione' quando la cessazione del rapporto sia riconducibile all'agente?)".

²⁷ Giordano, G. *Il Contratto di Agenzia...*, cit., p. 43: "La innovazione più rilevante è l'istituzione di una indennità di clientela (avviamento) a favore dell'agente al quale la risoluzione non sia imputabile".

Después de ese primer intento de modificación de la regulación alemana sobre el agente de Comercio, se hizo un segundo esfuerzo que terminó con la Ley de los *Handelsvertreter* del 6 de agosto de 1953 § 84-92c del *HGB*. Por medio de esta Ley se modificó la naturaleza dispositiva de algunas reglas de protección en favor del agente, convirtiéndose éstas en normas de carácter imperativo²⁸. Pero el aspecto más importante de esta Ley se encuentra en la introducción de la indemnización de clientela (*Ausgleichsanspruch*), en el § 89b del *HGB* en el caso de la terminación del contrato de Agencia a término definido o indefinido²⁹ por parte del Agenciado, sin tener éste un motivo importante que justificara la extinción.

En dicho artículo se fijaron tres requisitos esenciales para la procedencia de la indemnización de clientela: (1) El primero de ellos consistente en las ventajas económicas a favor del agenciado con posterioridad a la terminación del contrato, como consecuencia de la nueva clientela que le procuró el agente o la continuación o incremento de aquella ya existente, (2) En segundo lugar se encuentra la pérdida de provisiones que el agente habría continuado a percibir, por los negocios ya concluidos o que hubiera podido concluir en el futuro con los clientes por él procurados y finalmente, (3) el principio de equidad que una indemnización de dicha naturaleza tendría, frente a las circunstancias mencionadas.

Uno de los interrogantes que se plantearon los doctrinantes y la jurisprudencia de la época como consecuencia de la consagración de esta indemnización, fue el de su naturaleza jurídica, pues se podía considerar que se trataba de una retribución de eminente carácter indemnizatorio por los daños sufridos por parte del agente como consecuencia de la terminación del contrato³⁰; se podía también ver en ella una aplicación

(si noti il termine 'imputabile' derivato evidentemente dal nostro art. 1751): essa è fissata equitativamente e non potrà superare l'importo delle provvigioni nette conseguite in un anno di agenzia", ésta sólo será prevista en el ordenamiento jurídico italiano en 1974 por medio del Acuerdo Económico Colectivo del 18 de diciembre de dicho año.

²⁸ Pardolesi, R. *I Contratti di Distribuzione...*, cit., p. 108: "Fu così sancita l'irrinunziabilità di una serie di disposizioni a loro favore (§ 86a Abs. 2 Satz 3; § 87c Abs. 5; § 88a Abs. 1, nel cui caso il divieto si riferisce alla rinuncia preventiva); l'inderogabilità in pejus di talune altre previsioni (§ 87a Abs. 5; § 90a Abs. 4); la vincolatività per entrambe le parti di misure evidentemente intese a far salvi gli interessi dell'agente (§ 85 Satz 2; § 89 Abs. 3 Satz 1)".

²⁹ Cfr. Baldi, R. *La Diretiva del Consiglio delle Comunità Europee 18 dicembre 1986 sugli agenti di commercio*, en "Rivista di diritto internazionale privato e processuale", Anno XXV, No. 1, Gennaio-marzo 1989, Padova, Edizioni CEDAM, pag. 64.

³⁰ El término *Ausgleichsanspruch*, correspondió a aquél italiano de *diritto all'indennità*, razón por la cual cada vez que nos referimos a dicho instituto usamos la expresión indemnización, que correspondería a la traducción literal de la palabra, sin embargo es necesario tener en cuenta que en Italia, la *indennità* no supone en todos los casos el resarcimiento de un perjuicio, por el contrario estos dos términos se distinguen, así nos lo pone de presente Ciccarelli, Sebastiano. *Indennità*, Enciclopedia del diritto, Tomo XXI, Giuffrè Editore, 1988, pag. 105, quien al respecto nos indica: "In conclusione sembra lecito affermare che testi legislativi è dato ricavare una nozione tipica di indennità: in essa vanno ricomprese tutte le ipotesi in cui un soggetto è tenuto ad una prestazione in danaro, quale corrispettivo di un servizio da altri prestato, considerazione del sacrificio, consentito legge, dell'altrui interesse. Si tratta di una prestazione che mira alla reintegrazione tanto del patrimonio (nel suo complesso quanto piuttosto del singolo bene (autonomamente considerato). Elementi caratterizzanti la categoria descritta sono dunque: la corrispettiva mancanza dell'illecito ed il carattere pecuniario della prestazione. In altri casi, invece, nella previsione normativa si rinviene l'elemento dell'illecito quale però (con riguardo ad effetti determinati) si prescinde: e pertanto è

del principio del enriquecimiento sin justa causa; o calificarla como una importante medida de tutela social. En fin, la posición mayoritaria veía en la indemnización de clientela una retribución por la actividad desarrollada por parte del agente, es decir por la clientela que le había procurado al agenciado, beneficio éste que con motivo de la terminación del contrato no podría ser compensado con posterioridad³¹.

Tampoco convence del todo esta última posición, pues tal como se dijo anteriormente, de ser ésta la naturaleza de la indemnización de clientela no tiene sentido que no se le conceda al agente que decidió la terminación del contrato³² aun cuando el mismo, con su actividad le haya dejado una considerable clientela a su agenciado. Igualmente, el hecho de que no se le conceda al agente que no desarrolla esta actividad en forma principal³³, es contradictorio con el objetivo que se le pretende atribuir, como también lo es, la posibilidad de deducir de la suma debida aquello que el agenciado haya versado a título de pensión de vejez. Por último, tal como lo refieren algunos autores, no había en el derecho alemán un principio de esta especie que constituyera el fundamento de dicha figura³⁴.

Un argumento adicional que a nuestro juicio podría darse contra este carácter retributivo de la indemnización, es que la clientela, siendo un objeto inmaterial sobre el cual puede recaer el derecho de propiedad³⁵, es desarrollada por el agente a favor de su agenciado

giustificato il riferimento all'indennità, che sottolinea la funzione compensativa ed il contenuto pecuniario della obbligazione – e da questo punto di vista, si è detto, può accogliersi l'opinione di chi mette in evidenza che in tali ipotesi non è dato il risarcimento in forma specifica di cui all'art. 2058 c.c.". Esto sería de vital importancia para efectos de identificar la naturaleza jurídica de la indemnización de clientela, pues teniendo en cuenta esta designación y haciéndola propia en este caso, se diría que su carácter *resarcitorio* no sería determinante acogiendo entonces aquél *retributivo*, sin embargo, esto tampoco resulta completamente satisfactorio debido a la dependencia de la indemnización de clientela a la terminación no imputable al Agente, tal como se ha indicado en repetidas ocasiones.

³¹ Pardolesi, R. *I Contratti di Distribuzione...*, cit., p. 111: "Piuttosto si è al cospetto di un diritto alla retribuzione (Vergütungsanspruch) per servizi prestati: l'originaria pretesa alle provvigioni si trasforma, per effetto della cessazione del contratto, in diritto ad un compenso, il quale non è altro che la capitalizzazione (ovvero il valore attuale) di provvigioni che sarebbero presuntivamente spettate all'agente se il rapporto non fosse stato interrotto. In definitiva, dunque, una remunerazione per la clientela creata dall'agente e accresciutasi al produttore".

³² Pensemos por ejemplo en un agente que logra incrementar en forma significativa la clientela en favor de su agenciado, pero el cual decide terminar el contrato porque le hacen un ofrecimiento mejor para desarrollar otra empresa, o la misma en otro lugar. De conformidad con la norma que regula la indemnización este agente no tendría derecho a ella pues la terminación del contrato es consecuencia de su decisión, pero en todo caso le deja la clientela al agenciado, que es lo que se pretende compensar.

³³ Pardolesi, R. *I Contratti di Distribuzione...*, cit., p. 111: "Per di più, il diritto viene espressamente precluso, nel § 92b, a chi svolga attività d'agente in funzione accesoria rispetto ad altra professione".

³⁴ Cfr. Pardolesi, R. *I Contratti di Distribuzione...*, cit., p. 112.

³⁵ El concepto de clientela en esta discusión es determinante, tal como lo fue en aquel debate suscitado también en la primera mitad del siglo XX en torno a los beneficios de que podía gozar el propietario de un establecimiento que después de la terminación del contrato de arrendamiento del mismo, continuaba personalmente su ejercicio, pues al respecto algunos doctrinantes recurrían, según lo informa Vivante, Cesare. *La Proprietà Commerciale della Clientela*, in *Rivista del Diritto Commerciale e delle Obbligazioni*, Vol. I, Anno 1928, al principio del enriquecimiento sin justa causa, al Abuso del Derecho, al modo de adquirir la propiedad consistente en la accesión y

sabiendo que el titular de la misma será el Agenciado, por lo que no podrá esperar los beneficios que derivan de la misma. Es decir, si los modos de adquisición de dominio requieren la intensión de hacerse dueño y en el caso del agente dicho elemento subjetivo no está presente porque sabe que su labor se dirige a crear una clientela para otro, ¿porqué se le tendrá que pagar por algo que nunca ha sido de él?, o mejor ¿ porque se le tiene que pagar por algo por lo que ha sido retribuido a través de la provisión, sobre todo cuando tiene derecho a aquella incluso por negocios posteriores a la terminación del contrato? No dudo ni siquiera por un instante que la indemnización de clientela es bastante benéfica para la parte débil del contrato que es sin duda el agente, pero lo que me parece es que el fundamento no es claro y que en ocasiones los derechos consagrados al final prácticamente están retribuyendo lo mismo.

No siendo clara la naturaleza de dicha indemnización, resulta lógico que en ocasiones ésta fuera confundida con el resarcimiento de los perjuicios que se le hayan causado como consecuencia del receso anticipado del contrato por un comportamiento culpable del agenciado prevista en el § 89a del HGB³⁶.

Al final se terminó reconociendo que el principal objetivo de la indemnización de clientela era aquél de desestimular la terminación del contrato por parte del agenciado, procurando a favor del agente una situación de estabilidad que de otra forma no podría ser garantizada, por lo que prevaleció el carácter de protección social que en un principio se le quería negar, probablemente para evitar de nuevo un acercamiento al contrato de trabajo y la reapertura de las discusiones que sobre el punto habían sido aparentemente concluidas.

Dentro de las últimas modificaciones del régimen alemán, antes de la introducción de la Directiva Comunitaria de 1986, resaltamos aquella del § 89b que prevé el derecho a la indemnización de clientela cuando la terminación del contrato a pesar de provenir del agente, tenga su razón de ser en la edad o enfermedad de aquél³⁷.

B. Italia.

finalmente en el reconocimiento de la clientela como objeto de un derecho de propiedad, que defendía este autor, como también defiende lo que en el texto llama *buona uscita* a favor de los agentes de comercio, diciendo: “Uno degli esempi più espressivi di questo reclutamento quasi coattivo dei clienti lo danno le assicurazioni sulla vita, ove si fa scontare al cliente l’abbandono dell’affare con una perdita più o meno elevata dei premi pagati; questo patto per cui l’impresa si conserva la fedeltà dei clienti è valutato in ogni cessione di portafoglio da compagnia a compagnia ad altissimi prezzi. Un altro esempio lo forniscono gli agenti di commercio e gli agenti di assicurazione che ottengono quando lasciano l’agenzia una *buona uscita* corrispondente alla massa dei clienti che lasciano al principale o al loro successore: questo diritto di buona uscita è il compenso della clientela”.

³⁶ Cfr. Pardolesi, R. *I Contratti di Distribuzione...*, cit., p. 111, Esta indemnización tal como había quedado regulada, se refería a los perjuicios comprendidos a partir del momento en que había sido terminado anticipadamente el contrato y la fecha de terminación inicialmente pactada.

³⁷ Baldi, R. *Contratto di Agenzia*, Enciclopedia Giuridica, Istituto della Enciclopedia Italiana Fondata da Giovanni Treccani, p. 6: “...cui sono state aggiunte al §87b, per effetto della l. 29 maggio 1967 (Umsatzsteuergesetz), una disposizione riguardante l’Umsatzsteuer, o imposta generale sull’entrata, e al § 89b, per effetto della legge 18 marzo 1976, una disposizione sull’Ausgleich a favore dell’agente. La legge 21 maggio 1979 e l’Arbeitsgerichtsgesetz 2 luglio 1979 hanno poi modificato le norme sulla competenza degli Arbeitsgerichte, o Tribunali del lavoro, per gli agenti di commercio”.

La expresión “agencia”, tal como viene a ser desarrollada dentro del ámbito mercantil del ordenamiento jurídico italiano, según algunos autores, no responde a su precedente latino *agere*, entendido como (obrar, hacer, actuar), sino que por el contrario, encuentra su origen en la transfusión de dicho concepto por parte del derecho anglosajón “Agency” y posteriormente francés “Agence”, con significados diversos entre ellos³⁸.

Por esta razón, al inicio, el término “agente” en el ordenamiento italiano designaba no sólo aquellos que trabajaban en forma independiente en interés y por cuenta de un empresario, sino también los que lo hacían como dependientes de aquél. Por su parte el término “Agencia” se usaba para distinguir el lugar en el cual dicho agente desarrollaba su actividad de intermediación. Esta situación contribuirá a que la figura del agente comercial en Italia sea particularmente más difícil de entender que en el resto de Países Europeos³⁹, explicando probablemente la tardía recepción definitiva de la misma en el ordenamiento jurídico italiano, pues a diferencia del alemán que data del año 1897, la primera tipificación del agente en Italia corresponde al AEC de 1931.

Así lo atestiguan las Codificaciones de 1865⁴⁰ y 1882⁴¹, en las cuales no se hizo ninguna referencia expresa al contrato de agencia. En esta última simplemente se consagraron como actos de comercio “*le imprese di commissione, di agenzie e di uffici d'affari*”⁴², lo que constituyó a juicio de algunos doctrinantes⁴³ un antecedente legislativo del contrato en

³⁸Giordano, G. *Il Contratto di Agenzia...*, cit., p. 3: “ ‘Agenzia’ ed ‘agente’ etimologicamente derivano dal latino ‘agere’ (=operare, fare, agire), ma nella nomenclatura della nostra pratica mercantile e del diritto italiano sono pervenuti mediatamente prima dall’inglese ‘Agency’ ed ‘Agent’ e successivamente dal francese ‘Agence’, con accezioni del tutto differenti l’una da l’altra; l’anglosassone ‘Agency’, comprensiva delle norme della Common Law regolanti qualunque figura di intermediario, dal mandatario al mediatore, per la compravendita mobiliare ed immobiliare e per la trattazione di qualsiasi affare civile e commerciale, finanziario od amministrativo; la francese ‘Agence’, comprensiva non solo delle imprese di cui al codice Napoleone, ma di ogni altra specie di mandato commerciale non rientrante nelle specifiche sottospecie della commissione e della spedizione e nell’autonoma figura del mediatore”.

³⁹ Así lo reconoce Zanelli, E., *Storia e teoria...*, cit., p. 132: “Lo studio dell’agenzia commerciale nel nostro diritto è però reso singularmente complicato da un complesso di circostanze per cui a) da un lato al rapporto contrattuale d’agenzia fa riscontro la figura professionale dell’agente; b) dall’altro lato il rapporto si scarnifica, risultando ad esso prima facie estraneo, o quanto meno inessenziale, l’istituto della rappresentanza, e inapplicabile quello del mandato”.

⁴⁰ En este Código fué definido el comisionario como: “colui che fa atti di commercio in suo nome o sotto di una ragione sociale per conto e per ordine di un committente mediante salario o provvigione”.

⁴¹ Nos explica Giordano, G. *Il Contratto di Agenzia...*, cit., p. 24 la forma en que fueron concebidos el contrato de mandato comercial y la figura del institor: “L’art. 349 diceva che il mandato commerciale ‘ha per oggetto la trattazione degli affari commerciali per conto ed in nome del mandante’ (...) Negli artt. 367 a 375 quel codice parlava dell’institore definendolo come colui che viene preposto all’esercizio del commercio del preponente nel luogo ove questi esercita od in luogo diverso”. También definió en el art. 377 los *commessi viaggiatori* en los siguientes términos: “Chi manda in altro luogo un suo dipendente autorizzato con lettere, avvisi circolari o simili documenti, a trattar affari o fare operazioni del suo commercio, è tenuto per le obbligazioni da lui contratte entro i limiti dell’incarico, con le restrizioni espresse nei documenti che lo autorizzano”.

⁴² Código de Comercio Italiano de 1882, Artículo 3, numeral 21.

⁴³ Formiggini, Aldo. *Il Contratto di Agenzia*, en Trattato di Diritto Civile italiano, Vol. VIII, tomo 2º, fasc. 1, Torino, 1958, pag. 3: “Il codice di commercio del 1882 non conteneva, salvo una embrionale e controversa menzione nell’art. 3, n. 21, alcuna disposizione specifica concernente gli

cuestión, afirmación que no resulta del todo procedente, teniendo en cuenta que en la Comisión de este Código se reconoció que en el mismo no se regulaba este tipo de auxiliares⁴⁴.

Sin embargo, los aportes realizados por la codificación de 1882 serán de gran utilidad en el proceso de tipificación del contrato de agencia comercial en Italia, debido a que con aquella, se trató de resolver el problema de algunos ayudantes del comerciante que gozaban de representación, como por ejemplo el *institor*, pero que no encontraban una disciplina propia en el Código de Comercio de 1865. Esto llevó, entre otras cosas, a revisar la figura del mandato comercial y en esta dirección se produjeron novedades importantes dentro de las cuales merece particular resalto, la limitación del derecho a revocar el contrato por parte del mandante en el mandato comercial, aspecto éste que como tendremos la oportunidad de verlo más adelante será también tenido en cuenta en la agencia, pues su ejercicio en adelante, conforme a esta innovación, dependería de la configuración de una justa causa⁴⁵. Pese al paso hacia delante que se estaba dando con esta disposición, al mismo tiempo se estaba dando un paso hacia atrás, en la medida en que acercaba de nuevo la figura del mandato a aquella de la locación de obra, las cuales se pretendían desligar, después del cambio introducido por el art. 1986 del *Code Civile*⁴⁶, pues ésta contaba con una reglamentación similar en la materia.

Posteriormente en el camino hacia la tipificación del contrato de agencia comercial, jugarán un papel muy importante a partir de ese momento y en adelante, las

agenti di commercio. Per quella disposizione, si reputavano atti di commercio 'le imprese di commissioni, di agenzie e di uffici d'affari'. Secondo l'interpretazione dominante, l'agente di commercio, tenendo una agenzia o un ufficio di affari, compiva professionalmente atti di commercio ed era perciò commerciante. Avrebbe qui carattere retrospettivo soffermarsi su alcune diverse opinioni, le quali, pur discordando sulla precisa classificazione dell'agente di commercio in una o in altra delle categorie previste da quell'articolo, concordavano nel riconoscere all'agente professionale la qualità di commerciante tutte le volte che egli esercitasse la sua attività in forma autonoma, cioè non si trattasse di un prestatore di lavoro alle dipendenze altrui. Il codice abrogato non si spingeva comunque al di là della classificazione dell'attività dell'agente tra gli atti di commercio, limitandosi a qualificare atto di commercio l'esercizio di 'imprese di agenzie' (termine che abbracciava non chiramente svariate attività, molte delle quali non si collegano affatto a quella dell'agente di commercio); e non conteneva alcuna disciplina del contratto fra l'agente e il preponente, affidata ai patti contrattuali e agli usi, salva l'applicazione, estensiva o analogica, di altre norme di legge, specie di quelle sul mandato commerciale".

⁴⁴ Baldi, R. *Il Contratto di Agenzia...*, cit., p. I, 1: "Il Codice di Commercio del 1882 si occupava all'art. 377 dei soli commessi viaggiatori ma nella relazione della commissione della camera elettiva n. XLVI si poneva in rilievo che il nuovo codice non si occupava di quegli asulieri che <<senza essere al servizio di alguno, assumono incarichi da parecchi commercianti, imperocché essi non sono che semplici mandatari a cui si debbono applicare le norme generali sul mandato comérciale>>".

⁴⁵ Cfr. De Nova, Giorgio. *Il Tipo Contrattuale*, Padova, CEDAM Casa Editrice Dott. Anonio Milani, 1974, pág. 213.

⁴⁶ De Nova, G. *Il Tipo Contrattuale...*, cit., pág. 193: "Con un'innovazione introdotta nella fase finale della sua elaborazione il *code Napoléon*, all'art. 1986, afferma che '*le mandat est gratuit, s'il n'y a convention contraire*'. L'esplicita previsione della configurabilità di un patto contrario alla gratuità rende automaticamente necessario delimitare in termini nuovi il mandato rispetto alla locazione di opere, un contratto che sembra avere ad oggetto una prestazione di identica natura".

organizaciones de agentes que ya se habían constituido en esa época⁴⁷, pues aquellas impulsarán el proceso de regulación de la agencia, proponiendo incluso algunos proyectos que tendrán en cuenta las costumbres mercantiles existentes en ese sector⁴⁸.

También serán bastante relevantes los esfuerzos de la doctrina dirigidos a esclarecer la figura de la agencia, es el caso de SRAFFA⁴⁹ y VIVANTE, quienes con sus respectivos tratados contribuyeron en forma significativa al desarrollo de aquella.

En cuanto a la doctrina de VIVANTE, lo primero que debemos tener en cuenta es que para él sólo eran agentes de comercio aquellos que no tenían la representación de su agenciado, siendo *institores* aquellos que sí, pues afirmaba que la labor del agente se limitaba a su participación en la etapa precontractual del negocio, quedando a la plena autonomía del agenciado la celebración del contrato. Así las cosas, parece lógico que dicho autor emparentara la figura de la agencia con aquella del mandato, pues la labor de este último, tal como lo decía el artículo 349 del Código de Comercio de 1882, consistía en la tratación de negocios comerciales⁵⁰. Sin embargo, dicha posición no era compartida por todos los doctrinantes como es el caso de BIGIAMI quien afirmaba que VIVANTE incurría

⁴⁷ Giordano, G.; Ianelli, D.; Santoro, G. *Il Contratto di Agenzia...*, cit., p. 8: “...(si ricordino la U.N.V.E.R., Unione Nazionale Viaggiatori e Rappresentanti, e la A.R.C.I., Associazione Rappresentanti di Commercio Italiani, rispettivamente costituitesi nel 1901 e nel 1905)”.

⁴⁸ Así por ejemplo afirmaba Viavante, C. *Gli agenti di commercio e la conclusione dei contratti*, in “Rivista del Diritto Commerciale e del Diritto delle Obligazioni”, vol. I, 1921, pag. 614, pp. 1: “Gli agenti e rappresentanti di commercio, uniti in federazione, dal 1905 reclamarono vivamente in pubblicazioni e congressi una legge speciale e prepararono parecchi progetti di cui si tenuto conto nella presente trattazione in quei punti che accertano una consuetudine commerciale, poichè questa può considerarse non solo come contributo alla formazione di un progetto di legge, ma come fonte di diritto vigente. L’ultimo di questi progetti col titolo di Schema di progetto, formulato nel loro primo congresso di Roma nel novembre 1908, fu confermato nei successivi Congressi di Torino, 1911, Milano, 1912, Napoli, 1913”.

⁴⁹ Sraffa, Angelo. *Commentario al Codice di Commercio*, vol. IV, Milano, Casa Editrice Dottor Francesco Vallardi, 1900, pag. 20 y ss, concibe el contrato de Agencia Comercial en los siguientes términos: “...sorge e si sviluppa nella pratica mercantile odierna un nuovo istituto, sul quale non si sono ancora soffermati sufficientemente gli scrittori e del quale non ci sembra abbia la giurisprudenza nostra compreso l’importanza e il carattere, deviata forse dall’improprietà del linguaggio onde il mondo degli affari designa questo istituto che sta in mezzo fra la commissione e la mediazione, ed al quale è completamente estraneo il concetto giuridico della rappresentanza, benchè vada designato col nome di *rappresentanza commerciale* (...) Ma tale contratto è precisamente quello che erroneamente ma universalmente si chiama di rappresentanza commerciale, che nella dottrina si considera come un contratto di locazion di opere e che, data la distinzione che, seguendo la vigente legge commerciale, noi riscontrammo fra locazion d’opere e mandato, deve riconoscersi un vero e proprio rapporto di mandato, concretandosi nella trattazione di affari giuridici in nome di una persona che ha dato il relativo incarico”.

⁵⁰ Vivante, Cesare. *Trattato di Diritto Commerciale*, vol. I, I Commercialisti, Milano, Casa Editrice Dottor Francesco Vallardi, 1922, pag. 310: “ 287. Gli agenti di commercio di cui qui trattiamo non hanno il potere di concludere gli affari del principale. Non sono da considerarsi nè come institori nè come rappresentanti, ma pur sono da considerarsi come mandatari, e dovranno subire la disciplina di questo rapporto, poichè cooperano alla trattazione degli affari del principale mettendo la loro attività al servizio dell’azienda di cui alimentano la vita economica e giuridica colla continuità delle loro proposte”. Según Baldi, R. *Il Contratto d’Agenzia...*, cit., p. 8: “D’altronde l’inserimento della figura dell’agente nel ceppo del mandato era facilitata in Italia dalla individuazione e definizione del mandato commerciale data dall’art. 349 del Codice di Commercio del 1882, che tra l’altro ne precisava la non gratuità”.

en un error al considerar que el agente no podía actuar como representante de su principal, pues habían ocasiones en las cuales se le podía reconocer dicha facultad, estando además la posición de VIVANTE en directa contradicción con lo consagrado en el HGB alemán⁵¹.

Otra importante apreciación de VIVANTE, esta sí acogida por la mayoría de doctrinantes, e incluso presente aún en la legislación actual, se encuentra en la delimitación de una Zona⁵² como elemento esencial del contrato de agencia. Esta, en un principio⁵³ se encontrará inescindiblemente ligada a otro concepto predicable del contrato de agencia, que también encontramos dentro de las contribuciones de VIVANTE, quien a su vez tuvo presentes los proyectos de las Asociaciones de agentes. Nos estamos refiriendo a la exclusividad a favor de las dos partes contratantes, la cual será consagrada en la legislación italiana como un elemento natural del contrato de agencia, a diferencia de la mayoría de legislaciones europeas en las cuales el mismo constituye apenas un elemento de tipo accidental.

Sin embargo, es necesario tener en cuenta que la exclusividad no tuvo desde su inicio la configuración de que goza en la actualidad. Por el contrario, según algunos estudiosos de la materia, en un primer momento la misma estaba a cargo del agente y a favor del Agenciado, e implicaba fundamentalmente la prohibición para el primero de colaborar con empresarios que se encontraran en situación de competencia con la persona con la cual había contratado previamente⁵⁴. Esta prohibición para el agente tenía su fundamento en la

⁵¹ Bigiavi, W. *Sul concetto di agenzia di commercio*, en "Studi Urbinati", 1931, n. 3-4, pag. 5: "Diremo soltanto che, contro la tesi, che fa dell'agente di commercio un mandatario senza rappresentanza, si potrebbe aggiungere, oltre a quanto è stato osservato per escludere la figura del mandato (diretto, secondo gli oppositori, alla conclusione, e non alla sola preparazione di negozi giuridici), essere inesatto che esso agente, per rimaner tale, non debba rivestire la qualità di rappresentante del suo 'principale'. Sembra a noi che non colga nel segno il VIVANTE, allorché afferma che agenti di commercio veri e propri dovrebbero considerarsi soltanto coloro, che non hanno il potere di concludere gli affari del principale, mentre coloro, che di tale potere fruiscono, sarebbero da considerarsi degli istitori. (...) La distinzione formulata dal VIVANTE in rapporto ai 'rappresentanti', di case nazionali si basa sul citato art. 376 forse perchè nella relazione MANCINI è scritto che gli agenti di case estere differiscono dai veri e propri rappresentanti '...in quanto non hanno la facoltà di concludere contratti, ma soltanto di riferire le offerte alla casa mittente, che stringe ed eseguisce direttamente le contrattazioni...'; ma, comunque sia, ci sembra certo che la distinzione proposta non debba accogliersi (...) D'altra parte, non ci sembra inutile osservare che la distinzione del Vivante è chiaramente respinta dal § 84 del codice di commercio tedesco, in cui per la prima volta vennero legislativamente contemplati i c.d. Handlungsagenten".

⁵² Sobre ese aporte de Vivante se expresó Molitor, E. *Sul concetto d'agente*, cit., p. 45 en los siguientes términos: "Deve quindi reputarsi felice idea del Vivante e del progetto, quella di esigere l'assegnamento di una certa sede o zona per l'esercizio dell'agente, e quindi di richiedere per questo una fissa base territoriale. Certamente non spetta a me sapere se ciò corrisponda in ogni caso alla pratica italiana. In ogni modo, noi in proposito dobbiamo metterre in chiaro che anche per questo non sempre è possibile una sicura distinzione nel caso singolo, perchè può scegliersi una sede molto grande, e più persone possono essere insieme incaricate di lavorare nella cerchia della locale clientela".

⁵³ Porque la exclusividad se predicará en un primer momento, de un territorio determinado y con posterioridad también será referida a una categoría de clientela.

⁵⁴ Cerami, *Il Contratto di Agenzia...*, cit., p. 877: "a) Esclusiva a carico del solo agente. È alle origini della clausola, che si è introdotta quale appendice e riforma delle fattispecie primarie dell'agenzia di commercio. Questa, prima che i meccanismi della distribuzione e correlazione dei prodotti si

relación de confianza implícita en la agencia, por lo que dicho principio también presente en la relación laboral y adicionalmente ya regulado en esa, hace pensar que entonces la exclusividad de la Agencia tenga su principal antecedente en esta última, mas aún, que la misma Agencia provenga de la categoría general de los empleados subordinados⁵⁵.

Así pues resulta lógico que las primeras consideraciones en torno a la exclusividad que encontramos en los juristas de esa época, sean en el sentido indicado, como por ejemplo en el caso de VIVANTE quien afirmó que el agente no podía tratar negocios para otras casas, cuando con ello hicieran una competencia dañosa para el mandato ya asumido⁵⁶. Otros dos elementos sobre los cuales queremos llamar la atención, también presentes, como los otros aportes ya indicados en el Proyecto VIVANTE de 1920 de reforma del Código de Comercio, es el de la provisión y el de la indemnización a favor del agente por la resolución del contrato de agencia.

En cuanto a la provisión, a diferencia de su regulación en el HGB alemán, surgía y se efectuaba cuando el negocio celebrado por el agenciado debido a la actividad desarrollada por el agente, había llegado a buen fin, lo que quería decir que dependía del cumplimiento del contrato por las dos partes contratantes, esto es, por el agenciado y el tercero, no siendo suficiente la celebración del contrato o la ejecución del mismo por parte del primero. Según algunos doctrinantes la razón para que ello fuera así radicaba de nuevo en la relación de confianza con el agente⁵⁷. Para otros doctrinantes en cambio, ésta característica se contraponía a aquella conforme a la cual el agente asumía los riesgos

perfezionassero, si organizzava frequentemente per interi settori economici: tipico, per esempio, quello laniero e cotoniero, ove la clausola di esclusiva può dirsi, ancora oggi, raramente adottata. La inserzione pertanto di essa caratterizza l'inasprirsi della concorrenza e, in pari tempo, l'espandersi della pubblicità, che, mentre prepara la diffusa acquisizione della clientela, esige poi assidua e capillare assistenza all'interno dei mercati di consumo".

⁵⁵ Ghezzi, Giorgio. *Del Contratto di Agenzia. Art. 1742-1753*, in "Commentario del Codice Civile a cura di Antonio Scialoja e Giuseppe Branca", Libro IV, Bologna, Nicola Zanichelli Editore, 1980, pag. 62: "3. Segue: valutazione del medesimo assunto in termini storici. - Da un punto di vista più comprensivo, poi, che tenga conto anche della dimensione storica entro la quale si è venuto sviluppando l'istituto, il rilievo secondo il quale, all'origine, si pone una clausola a carico del solo agente, sembra ricevere spiegazione e maggior significato proprio dall'ormai accertata derivazione storica degli ausiliari che qui interessano dalle file di quegli impiegati 'di cui molto spesso gli agenti, sotto larvata forma, esplicano le funzioni, quando le condizioni locali contingenti consigliano tale sostituzione': esclusiva come 'surrogato' del tipico 'dovere di fedeltà', sotto il profilo del divieto di concorrenza (art. 8 1° comma r.d. 13 novembre 1924 n. 1825 e, per l'istitutore, art. 372 cod. comm. 1882; oggi, art. 2105 cod. civ.)". Esto será fundamental para el análisis que haremos de la cláusula de exclusividad dentro del contexto del derecho romano.

⁵⁶ Vivante, C. *Trattato di Diritto...*, cit., pag. 312: "L'agente non può trattare gli affari per altre case quando facciano una concorrenza dannosa al mandato già assunto; come persona di fiducia della sua casa non deve tradire la fedeltà che le deve, creando nei loro rapporti una causa continua di diffidenze. Se vuole assumere la stessa funzione per altre case concorrenti dovrà chiederne l'assenso al principale, perchè ciò può indurlo a modificare il mandato (art. 353)".

⁵⁷ Vivante, C. *Trattato di Diritto...*, cit., pag. 314: "La provvigione s'intende, nel silenzio del contratto, dovuta sugli affari condotti a buon fine, e non semplicemente conclusi. Ciò corrisponde alla natura fiduciaria delle funzioni affidate all'agente, che ha la scelta dei clienti, e deve adoperarsi per evitare o diminuire al principale i danni della loro insolvibilità. Se il diritto del mediatore alla provvigione è guadagnato ad affare semplicemente concluso (art. 32) la differenza è logica, perchè il mediatore, conclusa l'operazione, vi diventa estraneo, mentre l'agente è stabilmente legato al suo principale e alla buona fortuna della sua casa".

derivados de su actividad, pues conforme a esta última, sería más lógico retribuirle por la actividad desarrollada y no por el resultado⁵⁸.

Finalmente en cuanto a la indemnización prevista en el Proyecto VIVANTE, ésta era consecuencia de una tipificación por remisión al art. 366 del Código de Comercio, que regulaba la indemnización por la terminación injusta del contrato de mandato. En términos del autor de la propuesta, dicha indemnización era debida por la violación del interés legítimo del agente a percibir la remuneración que venía percibiendo como consecuencia del contrato y no, por que la terminación por si misma fuera ilegal⁵⁹. Sin embargo, es importante apreciar que aunque ésta no es la conocida indemnización de clientela, dentro de la argumentación expuesta por el autor de la propuesta juega un papel muy importante el hecho de que la actividad desarrollada por el agente termine beneficiando en forma considerable a su agenciado, en la medida en que le deja una clientela de la cual podrá seguir disfrutando⁶⁰, por lo que podríamos pensar que el cauce de dicha indemnización es igual en el ordenamiento jurídico de los dos Países hasta este momento estudiados, pues comienza simplemente como un fundamento o criterio de tasación de la indemnización por la terminación del contrato no imputable al agente, para terminar separándose de ella.

Desde ya es posible divisar en los precedentes del *Codice Civile* de 1942 varios aspectos en los cuales la regulación del contrato de agencia comercial se separa de las legislaciones que ya existían en otros países. Así pues serán característicos de la legislación italiana los elementos de la zona, la exclusividad, la previsión que tiene lugar solo en el caso del buen fin de los negocios celebrados por el Agenciado como consecuencia de la labor desarrollada por su agente y los fundamentos de la indemnización por la terminación del contrato. Estos aspectos serán muy importantes

⁵⁸ Zanelli, E., *Storia e teoria...*, cit., p. 170: "l'assunzione degli oneri e del rischio dell'organizzazione della propria attività non comporterebbe necessariamente una retribuzione subordinata al risultato, essendo perfettamente concepibile anche un compenso commisurato all'attività svolta, pur restando all'agente, come a qualsiasi commerciante, l'alea della copertura delle proprie spese e del conseguimento di un utile; tanto meno appare necessaria la condizione che subordina la provvigione all'esecuzione, anziché alla conclusione dell'affare", para agregar después, pp. 78: "La regola per vero si giustifica non già facendo capo alla natura della prestazione dedotta in obbligazione, quanto in base a criterio meramente economici, per cui questa forma di retribuzione sarebbe adeguatamente commisurata all'attività dell'agente, equamente compensandolo in relazione alle molteplici occasioni di conclusione di un affare derivanti dalla stabilità del suo incarico".

⁵⁹ Vivante, C. *Trattato di...*, p. 315 y sgtes.: "Il mandante deve risarcire il mandatario del danno che gli deriva dal fatto della revoca intempestiva, non perchè questa costituisca un fatto illecito o una violazione di un preteso obbligo <<di non revocare senza giusta causa>>, ma perchè esercitando il suo diritto di revoca il mandante viola un legittimo interesse del mandatario".

⁶⁰ Esto se ve claramente en las siguientes palabras de Vivante, C. *Trattato di Diritto...*, cit., pag. : "Di questa stabilità e del risarcimento dei danni che la consacra hanno più di tutti bisogno – e più di tutti su di essa affidano- i rappresentanti generali, gli istitori, gli agenti di commercio, e in una parola quelli fra i mandatari che sono forniti di una mandato continuativo. Per convincersene basta riflettere che questi agenti moltiplicando gli affari del principale non seminano per sè ma per lui; non seminano solo per l'ora presente, ma per l'avvenire creandogli una clientela, onde quando sono licenciati sono costretti a ricominciare da capo, perchè hanno sempre lavorato per conto del principale e non per sè; da ciò è facile argomentare che essi, più di ogni altro mandatario, hanno bisogno di stabilità", teniendo en cuenta también el artículo que citamos con anterioridad sobre la propiedad de la clientela del mismo doctrinante, es posible que él no haya perdido de vista este importante aspecto".

entre otras razones, porque algunos de ellos llegarán a ser transferidos a las legislaciones de algunos Países latinoamericanos.

Este Proyecto de Código de VIVANTE no será aprobado, pero ejercerá una gran influencia en el Proyecto de reforma sucesivo y en los posteriores acuerdos económicos colectivos que regularán el contrato.

En el siguiente Proyecto de Reforma, es decir el Proyecto D'AMELIO de 1925, se percibe a mi juicio un importante aire de autonomía que no estaba presente en el proyecto anterior y eso es posible apreciarlo a través de la definición que en el mismo se consagra del agente de comercio: "*chi è incaricato stabilmente da una o più ditte italiane o straniere di promuovere la conclusione dei contratti in una determinata zona*"⁶¹, pues no se usan las denominaciones mandatario o representante para designarlo. Adicionalmente se observa consagrada la Zona como parte de su definición.

Sin embargo, según algunos autores, este Proyecto a diferencia del Proyecto VIVANTE, intentaba introducir el contrato de agencia comercial dentro de las filas del contrato de trabajo⁶², regulando muchos aspectos a semejanza de éste último y recordemos que no es la primera vez que se pone de presente la posible asimilación entre las dos figuras, pues ya cuando analizamos el tratamiento de la misma en el HGB pudimos apreciar algunas circunstancias que contribuyeron con tal situación y obviamente Italia no será la excepción, pues dentro de la amplia categoría de los agentes, se encontraban tanto aquellos que gozaban de recursos suficientes, como aquellos que no, adicionalmente durante los dos conflictos mundiales la doctrina italiana no se preocupó por el uso que se daba del esquema formal de la agencia para eludir la normativa laboral⁶³. También será decisiva la influencia ejercida por aquella parte de la doctrina que encuentra los orígenes de la agencia en la relación laboral. A mi juicio, las razones económicas que dieron lugar al nacimiento de la agencia comercial, nos demuestra que dicha figura nace en el ámbito social bajo los presupuestos de independencia y autonomía, siendo las situaciones posteriores, las que ejercerán una fuerte influencia dirigida a promover su mayor protección⁶⁴.

⁶¹ Artículo 70.

⁶² Pardolessi, R. *I Contratti di Distribuzione...*, cit., p. 129: "La relazione sul progetto del '25 lascia trasparire, infatti, che i suoi compilatori avevano inteso rimettere la disciplina di questo profilo al regolamento fissato nella legge sul contratto d'impiego (che prevedeva, appunto, l'indennità di licenziamento, oltre all'obbligo di preavviso)".

⁶³ Frè, Gian Carlo. *Gli Agenti di Commercio nel progetto per il Nuovo Codice*, en "Rivista del Diritto Commerciale e del Diritto delle Obligazioni", vol. I, Anno 1928, p. 46: "La materia in questione è forse più delicata di quanto da molti non si pensi e ritengo perciò che gli articoli del Progetto [della commissione reale D'Amelio] che ad essa si riferiscono meritino di essere ancora rimeditati. E questo nell'interesse stesso della categoria degli agenti di commercio, poiché è bastato il timore che le norme ora esaminate siano destinate ad essere trasfuse nel nuovo codice senza modificazioni per diffondere nel mondo commerciale il convincimento che sarà per l'avvenire più opportuno di servirsi per la ricerca di affari sulle piazze lontane di impiegati a retribuzione fissa, anziché di agenti di commercio pagati a provvigione".

⁶⁴ Esta no parece ser la posición de Pardolessi, R. *I Contratti di Distribuzione...*, cit., pag. 133, el cual considera que esa no era la situación en el caso italiano: "La tendenza a stabilizzare il rapporto non è, come in Germania e in qualche misura in Francia, il frutto di un afterthought, una valenza protezionistica sovrapposta al modello di un diritto di eguali. Essa è invece presente sin dalle prime battute, è solidale col faticoso processo di definizione del nuovo ausiliario".

Después de estos dos proyectos de modificación de la legislación mercantil italiana, tuvieron lugar algunos Acuerdos Económicos Colectivos⁶⁵ que harán importantes avances en torno al contrato de agencia de comercio⁶⁶.

El primer Acuerdo Económico Colectivo sobre la materia⁶⁷ fue el estipulado entre la *Confederazione dei commercianti* y la *Federazione Nazionale degli agenti e rappresentanti di commercio* del 25 de mayo de 1935. En este Acuerdo Económico se concretaron muchos de los aportes hechos por la doctrina y la jurisprudencia hasta aquél momento, así por ejemplo, encontramos consagrada la zona⁶⁸, la cual ya había sido introducida dentro del concepto de agencia en el Proyecto D'Amelio de 1925, también se estableció la exclusividad como elemento natural del contrato tanto a favor del agente

⁶⁵ Sobre las razones por las cuales la disciplina de la agencia de comercio fue objeto de un acuerdo económico y no de un contrato colectivo, explica Giordano, G. *Il Contratto di agenzia...*, cit., pag. 31: "Col Decr. Luog. 3 febbraio 1919, n. 112 veniva definito il contratto di impiego privato siccome quello mediante il quale un'azienda assume al proprio servizio l'attività professionale dell'altro contraente con funzioni di collaborazione tanto di concetto che di ordine, normalmente a tempo indeterminato. Con l'art. 3 i rappresentanti a stipendio fisso ed i commessi viaggiatori venivano qualificati impiegati e come tali aventi diritto allo stesso trattamento di questi, mentre nessun cenno veniva fatto degli agenti e degli altri rappresentanti retribuiti soltanto a provvigione, in quanto non essendo essi al servizio di alcuno, non erano vincolati dal rapporto di impiego. Con l'art. 10 del R.D.L. 13 novembre 1924, n. 1825, le disposizioni sull'impiego privato, oltre che ai rappresentanti a stipendio fisso, furono estese anche a quelli non esercenti esclusivamente in proprio.

"Conseguentemente, gli agenti ed i rappresentanti a provvigione ed esercenti in proprio venivano esclusi dalla disciplina dell'impiego privato. Fu questa legge che, escludendo dalla tutela dell'impiego privato l'agente esercente esclusivamente in proprio, lo relegò nel limbo degli istituti senza tetto, ma nello stesso tempo risvegliò in lui l'istinto della conservazione, stimolandolo a difendersi.

"Non essendosi potuto stipulare un contratto collettivo di lavoro, poichè quest'ultimo ha per oggetto la disciplina di rapporti tra datori di lavoro e prestatori di lavoro dipendenti, ai sensi della legge 3 aprile 1926, n. 563, mentre l'agente di commercio, pur essendo prestatore di lavoro latu sensu, non ha il vincolo della dipendenza e la sua prestazione – locatio operis e non operarum- è a di lui relativo rischio e viene esercitata liberamente, fu concluso un accordo economico in data 25 maggio 1935, pubblicato per decr. del Capo del Governo del 5 luglio 1935, n. 1203, rinnovato alla scadenza con altro accordo del 30 giugno 1938..."

⁶⁶ Asquini, ALBERTO. *Il Rapporto di Agenzia Commerciale nell'Accordo Economico Collettivo 12 Luglio 1935*, en "Rivista del Diritto Commercial e del Diritto delle Obbligazioni", diretta da A. Sraffa e C. Vivante, vol. I, 1935, Milano, Casa Editrice Dottor Francesco Vallardi, p. 506: "L'aver scelto per la disciplina del rapporto di agenzia la via dell'accordo intersindacale, invece che l'ordinaria via legislativa, ha dato indubbiamente il vantaggio di una procedura più spedita e politicamente meno impegnativa (...) In contrapposizione ciò ha portato necessariamente a non oltrepassare i limiti della disciplina del rapporto interno di agenzia..."

⁶⁷ Antes de este Acuerdo se había estipulado uno entre las empresas y los agentes de aseguración del 12 de octubre de 1931, en el cual el agente de seguros era definido como <<colui al quale viene conferito il mandato di provvedere a proprio rischio e spese alla gestione dell'agenzia e allo sviluppo degli affari e che svolge direttamente i suoi rapporti con la direzione della compagnia>>. Este fué sustituido por otro convenido el 5 de julio de 1939, en el que fue afirmado el carácter principal de la independencia profesional de los Agentes. Cfr. Giordano, G.; Ianelli, D.; Santoro, G. *Il Contratto di Agenzia...*, cit., p. 11.

⁶⁸ AEC de 1935 Art. 1º: "...Agli effetti di esso, è agente di commercio chi è incaricato stabilmente da una o più ditte di promuovere la conclusione dei contratti in una determinata zona".

como del agenciado⁶⁹, consecuencia de esto, obtuvo regulación el término de provisión indirecta, conforme al cual, teniendo el agente la exclusividad sobre un territorio determinado también tendrá derecho a una parte de las ganancias obtenidas por el agenciado como consecuencia de los negocios tratados directamente por este último, en la medida en que la actividad desarrollada por el agente en ese territorio, como es el caso de la publicidad del producto, aprovecha al agenciado para la conclusión de tales negocios⁷⁰. También fue consagrado para los contratos de agencia a término indefinido un preaviso de tres meses a favor de ambas partes y una *indemnización sustitutiva de preaviso* cuando este no sea hecho⁷¹; en el caso de contratos a término definido, la indemnización por la terminación anticipada comprenderá las sumas por el periodo que faltó. Finalmente, fue incorporada una indemnización a favor del agente por la resolución del contrato a término indefinido que no encuentre fundamento en una justa causa atribuible al agente⁷².

Sobre esta última indemnización es importante tener en cuenta que correspondía al 3% del monto de las provisiones recibidas durante el tiempo en que el contrato estuvo en vigor, pero no será debida cuando las sumas recibidas por el agente durante dicho periodo superen una cantidad específica prevista en el acuerdo⁷³, lo que nos demuestra una estimación de la situación económica del agente para decidir la atribución de un derecho⁷⁴.

⁶⁹ AEC de 1935 Art. 2. Sobre la razón por la cual se elevó la exclusividad al rango de elemento natural en el AEC y en las sucesivas regulaciones de la materia, Ghezzi, G. *Contratto di agenzia...*, cit., pag. 64, nos explica que esto se debe a la práctica comercial, pues se acostumbraba pactar entre las partes del contrato de Agencia la exclusividad a favor de las dos.

⁷⁰ AEC de 1935 Art. 4: "...Salvo patto in contrario, nella zona in cui l'agente tratta quale agente esclusivo gli affari di una ditta, egli ha diritto alla provvigione anche per gli affari conclusi dalla medesima, senza suo intervento".

⁷¹ AEC de 1935 Art. 13: "In caso di risoluzione del rapporto da parte della ditta, nei casi in cui è dovuta l'indennità, dovrà essere dato all'agente un preavviso di tre mesi, salvo che non sia pattuito un periodo più lungo. Ove la ditta preferisca esonerare senz'altro l'agente dalla prestazione, dovrà corrispondergli in sostituzione del preavviso, anche se questo sia stato pattuito in misura superiore ai tre mesi, una somma pari ai 3/12 della provvigioni maturate nell'anno solare precedente o una somma a questa proporzionale in caso di esonero da una parte di preavviso. Ad analogo obbligo è tenuto l'agente nei confronti della ditta in caso di risoluzione del rapporto da parte dell'agente. La ditta può rinunciare al preavviso da parte dell'agente".

⁷² AEC de 1935 Art. 7: "In caso di risoluzione del rapporto a tempo indeterminato tra ditta e agente da parte della ditta, non dovuta:

a cessazione d'azienda o del ramo d'attività (escluse quindi le cessioni, fusioni, trasformazioni, creazioni o partecipazioni a uffici e società centrali di vendita);

a giusta causa data dall'agente;

a fallimento della ditta non seguito da concordato, sarà corrisposta dalla ditta all'agente una indennità secondo le disposizioni degli articoli seguenti".

⁷³ Art. 11: "L'indennità non verrà corrisposta qualora le provvigioni determinate come sopra, percepite dall'agente, superino nel periodo considerato la media annuale di L. 40.000".

⁷⁴ Este es un aspecto sobre el cual llamaba la atención Pardolessi, R., *I Contratti di Distribuzione...*, cit., pag. 109, al tratar el tema de la indemnización de clientela, pues decía: "Comunque, nessuno sembra dubitare che una certa fascia di situazioni postuli un penetrante sostegno normativo. Il nodo cruciale della discussione è un altro: se sia davvero 'inevitabile' sortire questo risultato attraverso l'allargamento indiscriminato della tutela a tutti quanti operino in qualità di agente (cfr. [s.n.] CODIG, Zur kommenden Reform des Rechtes der Handelsvertreter, in BB, 1952, 893, 895: ('Diese Gleichstellung ist ungerechtfertigt')). La tesi affermativa è smentita dall'art. 33 della 'Proposta di direttiva del Consiglio relativa al coordinamento delle legislazioni degli stati membri per quanto

ASQUINI, comentando la derogabilidad de algunas de las disposiciones contenidas en el acuerdo a favor del prestador de obra, dice que en el contrato de agencia, no obstante ser un contrato de trabajo en sentido amplio, no es ineluctable dar al agente el carácter de prestador de obra, teniendo en cuenta que el mismo también tiene una empresa en la cual contrata personal para su servicio, pudiendo incluso su empresa ser más fuerte que aquella del Agenciado, para agregar después que está expresamente previsto en el acuerdo la posibilidad de que el agente sea una sociedad comercial⁷⁵. Esta posición nos demuestra la consciencia de la independencia de que goza el agente, lo que será importante para efectos de determinar los principios que la rigen.

El Acuerdo de 1935 fué renovado con el Acuerdo del 30 de junio de 1938⁷⁶, que en su artículo 1° decía: “è agente di commercio chi è incaricato stabilmente da una o più ditte di promuovere la conclusione di contratti in una determinata zona; è rappresentante di commercio chi è incaricato stabilmente da una o più ditte di concludere contratti in nome delle medesime in una determinata zona”.

La contribución más importante de este Acuerdo consistió en la creación del ENASARCO⁷⁷, ente encargado de administrar los dineros provenientes de algunas provisiones a favor de los agentes.

Por su parte, el punto más conflictivo de esta regulación radica en los artículos 8° y 12° del mismo, pues mientras el primero consagraba una retribución de carácter indemnizatorio por el hecho de la terminación del contrato de agencia a término indefinido⁷⁸, el segundo consagraba una retribución con carácter de previsión social en los contratos a término definido e indefinido, agregando además que cuando el agente tuviera derecho al primero, aquél sería absorbido por éste⁷⁹. Esto último dio lugar a considerar

riguarda gli agenti ed i rappresentanti di commercio (indipendenti)’, Comm. CEE 17 dicembre 1976, ove si ammette la possibilità di deroga pattizia della disposizioni protettive quando agente sia una società o una persona giuridica con capitale versato superiore alle 100.000 unità di conto; nel qual caso –si legge nell’annesso commento – ‘non sembra necessario [...] garantire una particolare tutela’”. Importante sería determinar si en nuestro caso se debería hacer lo mismo.

⁷⁵ Cfr. Asquini, A. *Il Rapporto di Agenzia...*, cit., p. 511.

⁷⁶ Para ésta época ya encontramos regulado el contrato de Agencia Comercial en Polonia por medio del Código de Comercio entrado en vigor el 1° de julio de 1934, en el cual no se regulaba autónomamente la figura sino que era sujeta a las normas del mandato. También había sido proferida en Holanda la Ley del 5 de noviembre de 1936, la cual fue introducida con algunas modificaciones de la Ley del 17 de diciembre de 1953 en el Código de Comercio (arts. 75a-75p).

⁷⁷ Baldi, R. *Il Contratto di Agenzia...*, cit., pag. 5: “L’ENASARCO è un ente di diritto pubblico, il cui riconoscimento giuridico è stato concesso con r.d. 6 giugno 1939, n. 1305 (Riconoscimento giuridico ed approvazione dello Statuto dell’Ente nazionale fascista per gli agenti e rappresentanti di commercio) che ne ha approvato lo statuto. I suoi compiti attengono all’erogazione delle pensioni, alla formazione e qualificazione professionale in favore delle categorie degli agenti, all’assistenza sociale ed alla gestione dell’indennità risoluzione rapporto”.

⁷⁸ AEC 1938 Art. 8: “In caso di risoluzione del rapporto a tempo indeterminato non provocata da fatto e colpa dell’agente o rappresentante, sarà corrisposta dalla ditta allo stesso, una indennità secondo le disposizioni degli articoli seguenti”.

⁷⁹ AEC 1938 Art. 12: “In relazione alla costituzione da parte della Federazione nazionale fascista degli agenti e rappresentanti di commercio, dell’«Ente nazionale fascista di assistenza per gli agenti e rappresentanti di commercio», viene istituito un trattamento di previdenza a favore degli agenti e rappresentanti i cui rapporti, a termine o non, siano regolati dal presente accordo mediante il

que podría darse una confusión sobre la naturaleza de estas dos retribuciones y no era claro si lo que se presentaba era una acumulación de las dos o una absorción de una en la otra, tal como parece derivar de las mismas palabras del texto⁸⁰.

Dicha confusión se mantendrá incluso con el *Codice Civile de 1942* cuyo art. 1751 consagraba el reenvío a las normas corporativas en esta materia y sólo será resuelta a través del Acuerdo Económico Colectivo de 1956 en el que se dirá que las obligaciones indemnizatorias y de previdencia social se entienden satisfechas por las erogaciones hechas al ENASARCO.

En 1940 tuvo lugar la llamada comisión ASQUINI, en la cual se regulaba la Agencia entre los contratos comerciales (arts. 450-461). Sin embargo, este último proyecto tampoco logró el resultado esperado, entre otras razones⁸¹, por las varias veces que en aquél momento propugnaban por la divulgación de un Código Único de las Obligaciones.

Así pues, dos años después será expedido el *Codice Civile Unificato Italiano de 1942*⁸², cuyos artículos 1742-1753 del Título III *Dei Singoli Contratti*, del Libro Cuarto *Delle Obbligazioni*, contendrá la regulación del contrato de agencia comercial.

La regulación del contrato de agencia en el *Codice Civile*, mantiene en gran parte el desarrollo dado a la misma por los Acuerdos económicos colectivos ya citados y por los

versamento da parte delle ditte di un contributo del 3% sulle provvigioni liquidate all'agente o rappresentante e da un pari contributo a carico dell'agente o rappresentante che verrà trattenuto dalle ditte all'atto della liquidazione delle provvigioni stesse. (...) Il trattamento di previdenza di cui al presente articolo, assorbe il trattamento dovuto dalle ditte agli agenti o rappresentanti in caso di risoluzione del rapporto previsto agli artt. 8, 9, 10 e 11 del presente accordo”.

⁸⁰ Cerami, V. *Contratto di Agenzia...*, cit., p. 882: “A parte che non si riesce a capire perché mai l'accordo economico abbia tanto minuziosamente regolato l'indennità per poi dichiararla non dovuta, in quanto assorbita dal trattamento Enasarco, sorge dalle norme riferite il quesito se effettivamente si verifichi l'assorbimento di un istituto nell'altro, o non piuttosto il loro cumulo”.

⁸¹ Giordano, G.; Ianelli, D.; Santoro, G. *Il Contratto di Agenzia...*, cit., p. 11, p. 12: “approvato dalla Commissione Parlamentare, confortato dai pareri favorevoli dei diversi corpi consultivi interrogati, pareva matura per la traduzione in progetto definitivo, ma all'ultimo momento fu bloccato da improvvise censure di ordine politico che denunciavano il codice di commercio come espressione di spirito conservatore e chiedevano in suo luogo un codice nuovo del lavoro in senso corporativo”.

⁸² Asquini, Alberto. *Il Diritto Commerciale nel sistema della nuova Codificazione*, en “Rivista di Diritto Commerciale e del Diritto delle Obbligazioni”, Vol. XXXIX, p. I, pag. 420: “A differenza quindi dell'unificazione del diritto civile e commerciale operata in altri paesi, che è stata guidata da uno spirito conservatore e che perciò ha compresso, se non sacrificato, i principi informatori del diritto commerciale (caratteristico l'esempio del codice svizzero delle obbligazioni), la rifusione del nuovo codice civile italiano della materia civile e commerciale è avvenuta secondo uno spirito molto più prossimo a quello del diritto commerciale, che a quello dell'antico diritto civile”; Mossa, Lorenzo. *La Nuova Scienza del Diritto Commerciale*, en “Rivista del Diritto Commerciale e del Diritto delle Obbligazioni”, Vol. XXXIX, p. I, Pag. 445: “Ora che l'impresa ascende al culmine dell'ordine giuridico, non si possono recidere gli strumenti dei quali si vale per la sua vita pubblica e privata. I contratti di impresa sono contratti commerciali per definizione, perchè dall'interno all'esterno proiettano l'attività giuridica dell'imprenditore, perchè, nei rapporti con la generalità, formano essi stessi questa attività giuridica. L'inserzione dei contratti di impresa nel libro delle obbligazioni, mette insieme una serie vasta e robusta di tipi contrattuali (...) Si parla di commissione, perchè...Segue l'agente, che è sempre un imprenditore, perchè stabilmente rappresenta gli interessi di imprenditori”.

proyectos de modificación del código de comercio también tratados con anterioridad, razón por la cual no nos detendremos de nuevo sobre los mismos⁸³, en este momento lo que nos interesa fundamentalmente es hacer algunos apuntes en torno a la sistematización que recibió en este código que unificó las disciplinas privadas⁸⁴.

En primer lugar debemos observar que la disciplina de la materia responde a un criterio objetivo de regulación, a diferencia de la forma en que fue regulada por primera vez en el HGB, esto significa que se hizo énfasis sobre la relación existente entre el agente y el agenciado, hablando entonces del contrato y no del agente⁸⁵.

No obstante su regulación dentro del título correspondiente a los singulares contratos, también es posible encuadrar el agente dentro de la figura de los prestadores de obra sin vínculo de subordinación a que se refiere el artículo 2222 del Capítulo I del Título III del *Codice Civile*, sobre el *Lavoro Autonomo*⁸⁶, pues dentro de la misma se comprenden aquellas personas que se comprometen a prestar sus servicios a una empresa⁸⁷ a cambio de una contraprestación, realizando su actividad en forma autónoma. Sin embargo, dentro del mismo artículo se indica que no serán reguladas por las normas que rigen dicha categoría de trabajadores, aquellas actividades que gocen de su propia regulación, tal como sería el caso del contrato de agencia. Adicionalmente algunos doctrinantes intentan apartar el contrato en estudio de los trabajadores autónomos, haciendo énfasis en la continuidad que hay en la primera⁸⁸.

⁸³ Lo único que a este respecto nos interesa recordar en este momento, pues será determinante en un análisis ulterior, son las diversas indemnizaciones operantes en aquél momento, pues además de estar consagrada (1) la indemnización sustitutiva del preaviso, la cual operaba a favor de cualquiera de las dos partes en los contratos a término indefinido, cuando no se había hecho el preaviso (art. 1750), la cual no excluía el resarcimiento de los perjuicios que se hubieran podido causar como consecuencia de la terminación intempestiva del contrato; (2) La indemnización a cargo del agenciado por el hecho de la terminación del contrato de agencia a término indefinido que no tuviera su causa en un hecho imputable al agente (art. 1751 comma 1); y finalmente (3) la indemnización con carácter de provisión social consagrada en el Art. 12 del Acuerdo Económico Colectivo de 1938.

⁸⁴ Algunos años después fue proferida la Ley Federal Suiza sobre el contrat d'agence del 4 de febrero de 1949, la cual será introducida posteriormente en el Código de las Obligaciones Suizo.

⁸⁵ Cerami, V. *Contratto di Agenzia...*, cit., p. 871: "Ed appunto nel traspasso del rapporto al contratto si confermano la ragione e la funzione della sistematizzazione prescelta dal legislatore. Il quale non solo ha configurato il contratto di agenzia nel gruppo di quegli nominati, disciplinandolo così sotto il profilo oggettivo anziché sotto quello della persona degli agenti, profilo quest'ultimo tradizionale, accolto dalla dottrina commercialistica, dai progetti di riforma e dai contratti collettivi (anche da quelli posteriori al nuovo codice)...".

⁸⁶ Así lo pone de presente Giordano, G. *Il Contratto di Agenzia...*, cit., p. 36, quien dice: "Con il codice unitario del 1942 il contratto di agenzia ebbe un regolamento giuridico autonomo nel Libro delle Obbligazioni, mentre la figura dell'agente trovò il suo domicilio nel Libro del Lavoro per quanto riguarda le diverse ipotesi di agente-imprenditore e di agente-dipendente".

⁸⁷ Asquini, A. *Il Diritto...*, cit., pag. 434: "Lo statuto speciale dell'impresa commerciale sostituisce quindi e sviluppa il tradizionale statuto del commerciante, e tale statuto, per quanto espresso in linee sobrie, occupa nel sistema del nuovo codice un settore fondamentale. è questo il settore su cui deve impostare d'ora in poi il suo sistema la scienza del diritto commerciale".

⁸⁸ Baldi, R. *Contratto di Agenzia...*, cit., pag. 2: "Peraltro l'attività che caratterizza l'agente, volta alla promozione della conclusione di contratti in una zona determinata, si esprime in un rapporto di collaborazione stabile, che è elemento estraneo al contratto d'opera, in cui si richiede una sola opera od un solo servizio: e fa dell'agente un tipo particolare di lavoratore autonomo".

Lo anterior ha dado lugar a que algunos estudiosos de la materia consideren que puedan ser diversas las formas en que el agente desarrolle su actividad, ya sea como empresario, como pequeño empresario o como trabajador autónomo⁸⁹. BALDI parece compartir la opinión referida de ZANELLI quien indica que el agente como trabajador autónomo, puede desarrollar su actividad sin una organización empresarial según los términos de la misma indicados en el artículo 2082 del *Codice Civile*⁹⁰. A mi juicio estas dos posiciones darían lugar a equívocos⁹¹, retrocediendo el avance hecho por la nueva regulación, pues una diferencia fundamental entre el trabajador autónomo y el agente de comercio es que este último asume los riesgos de su actividad mientras que el primero no, siendo uno de los elementos que dieron lugar al surgimiento de la figura, razón por la cual no puede ser ignorado, de forma tal que en vez de insertarla dentro de la categoría de los contratos de prestación de obra se debe considerar que la verdadera agencia es aquella que se desarrolla de conformidad con el artículo 1742 y siguientes del *Codice Civile*⁹².

Otro de los aspectos interesantes sobre la sistematización del contrato de agencia en el *Codice Civile*, es aquél referido a la tipificación de algunas de las obligaciones a cargo del agente a través del mecanismo de la remisión efectuada a las normas que regulan las obligaciones a cargo del comisionario. Este inciso del artículo 1746 ha sido calificado por la mayoría de doctrinantes como un residuo histórico de la asimilación que durante un periodo de tiempo considerable se hizo de la agencia de comercio al contrato de comisión⁹³.

⁸⁹ Zanelli, E. *Storia e teoria...*, cit., pag. 192: "A seconda quindi del concreto atteggiarsi della sua attività l'agente di commercio può oggi indifferentemente collocarsi nell'una o nell'altra delle posizioni così puntualizzate; riepilogando: imprenditore, piccolo imprenditore, lavoratore autonomo; inoltre, analoga funzione può essere svolta invece in dipendenza di un rapporto di lavoro subordinato, ma in tal caso non potrà più parlarsi di agente in senso proprio".

⁹⁰ Codice Civile Italiano, art. 2082: "E' imprenditore chi esercita professionalmente un'attività economica organizzata (2555, 2565) al fine della produzione o dello scambio di beni o di servizi (2135, 2195)".

⁹¹ Equívocos que según algunos autores como Mossa, L. *Trattato del nuovo diritto commerciale secondo il cod. Civ. del 1942*, I, Milano, 1942, p. 543 quedaron resueltos con aquella regulación, refiriéndolo en los siguientes términos: "Con la determinazione nel codice della figura dell'agente si sono dispersi, finalmente, quei variegati tentativi di catalogarla nel cavo del mandato, come nel cavo della rappresentanza o del contratto di lavoro, tentativi che rispondevano a ispirazioni giuridiche pure ma più di una volta ad impuri interessi unilaterali".

⁹² Podemos respaldar nuestra opinión en las siguientes palabras de De Nova, G. *Il Tipo Contrattuale...*, cit., págs. 101, 102: "In questi casi, trova quindi conferma la considerazione che il diritto vigente, dopo l'unificazione del diritto civile e commerciale, tende a qualificare e disciplinare i tipi contrattuali sotto un profilo unitario, senza dare rilievo alla circostanza che siano o meno collegati ad una impresa (...) Discorso diverso potrebbe consentire il contratto di agenzia: il requisito della stabilità (unito alla necessità di organizzazione derivante dall'attività dedotta in contratto ed alla natura dell'attività stessa) postula sempre nell'agente la qualità di imprenditore, e a questa qualità soggettiva si potrebbe fare ricorso per distinguere l'agenzia da altri tipi. A tal fine, tuttavia, appare sufficiente rimanere ancorati all'indice della stabilità: così differenziando, ad esempio, l'agenzia dalla mediazione".

⁹³ Baldi, R. *Contratto di Agenzia...*, cit., p. 4: "La norma sembra rappresentare più che altro un residuo storico, riportando a quel collegamento esistente alle origini della figura dell'agente con quella del commissionario, ed a quella prevalente opinione dottrinale che sotto il passato codice di commercio riconduceva il rapporto di agenzia nello schema del mandato, di cui la commissione una sottospecie".

Por último, hay que hacer mención al hecho de la consagración de la representación como un acto que puede hacer parte del contrato en cuestión, sin que su introducción modifique su naturaleza. Según el artículo 1745 del *Codice Civile*, la única representación inherente al contrato de agencia es aquella pasiva⁹⁴ consistente en recibir los reclamos por los incumplimientos contractuales y aquellas declaraciones relativas a la ejecución del contrato por su trámite.

A la tipificación del contrato de agencia comercial dentro del nuevo *Codice Civile* de 1942, siguieron los Acuerdos Económicos Corporativos del 20 de junio de 1956 para los agentes de empresas industriales y del 13 de octubre de 1958⁹⁵ para los agentes de casas mandantes comerciales, los cuales tuvieron eficacia *erga omnes* en virtud de su recepción por parte del D.P.R. n. 145 del 16 de enero de 1961 (*Norme sul trattamento economico e normativo per gli agenti e rappresentanti di commercio delle imprese industriali*)⁹⁶ y del D.P.R. n. 1842 del 26 de diciembre de 1960 (*Norme transitorie per garantire minimi di trattamento economico e normativo ai lavoratori*)⁹⁷ respectivamente⁹⁸. Como lo dejamos expuesto antes, una de las contribuciones más importantes del AEC de 1956 consistió en la solución de la problemática suscitada en torno a los artículos 8º y 12º del anterior Acuerdo de 1938.

Posteriormente, debido a la fuerte influencia que para el legislador italiano de aquél momento generaban los desarrollos del contrato de trabajo en el de la agencia comercial, se discutió la posibilidad de aplicar la indemnización prevista en el artículo 1751 a todos los casos de terminación del contrato, es decir, eliminando el requisito de la no imputabilidad de la resolución del contrato al agente de comercio⁹⁹. Frente a tal propuesta, la jurisprudencia pronunció su rechazo, argumentando la imposibilidad de transferir a las relaciones de agencia los procesos referidos al trabajo subordinado. No obstante el desacuerdo de los dos sectores del ordenamiento jurídico, el legislador terminó

⁹⁴ Cerami, V. *Contratto di Agenzia...*, cit., p. 880: "Questa rappresentanza per così dire passiva è concessa nell'interesse dei terzi, che possono in tal modo notificare i reclami relativi ad inadempienze contrattuali nel luogo ove opera l'agente e che è la sede naturale del contratto (Lordi, op. cit., in letter., II, 234)".

⁹⁵ Para ésta época ya había sido regulado el Contrato de Agencia Comercial en los artículos 116-134 del Código de Comercio de Turquía de 1957.

⁹⁶ Cfr. Baldi, R. *Il Contratto di Agenzia...*, cit., p. 2.

⁹⁷ Cfr. Baldi, R. *Il Contratto di Agenzia...*, cit., p. 2.

⁹⁸ Los Acuerdos Económicos Colectivos posteriores a éstos, como consecuencia de la entrada en vigor de la Legge n. 741 del 1959, no tendrán eficacia *erga omnes* sino que por el contrario sólo serán aplicables a los contratos entre personas que se encuentren inscritas a las asociaciones estipulantes. No obstante lo anterior, Baldi, R. *Il Contratto di Agenzia...*, cit., p. 2, aclara: "È costante orientamento giurisprudenziale però (Cass., 5 febbraio 1983, n. 986, in Giur. it. Mass., 1983, 245), di applicare la contrattazione collettiva anche ai non iscritti alle associazioni stipulanti, quando essi nel singolo contratto l'abbiano espressamente richiamata, o l'abbiano implicitamente recepita attraverso una costante e uniforme applicazione delle norme relative (e senza che ne sia stata eccepita l'inapplicabilità)".

⁹⁹ Pardolessi, R., *I Contratti di Distribuzione...*, cit., p. 140: "L'occasione è data dalla questione di legittimità costituzionale sollevata dalla Cassazione, sulla scorta delle stesse argomentazioni che avevano indotto la Corte costituzionale a dichiarare l'illegittimità dell'art. 2120 cod. civ., nella parte in cui escludeva l'indennità di anzianità in caso di dimissioni volontarie o colpa del prestatore di lavoro".

expidiendo la *Legge n. 911* del 15 de octubre de 1971, por medio de la cual modificó en el sentido indicado el artículo 1751 del *Codice Civile*¹⁰⁰.

De acuerdo con la nueva regulación de la indemnización ésta vendría a ser concebida como una “retribución diferida”¹⁰¹, lo que en principio representaría una mayor protección de la parte débil del contrato, pues no se pondría ningún requisito para su otorgamiento, tal como había sido en el pasado sino que sería suficiente con la simple terminación del contrato. Sin embargo, según algunos autores, esto no fue así, pues al ser perdidas en cualquier caso de terminación del contrato por parte del agenciado las sumas que había acumulado a favor del agente, el pago de las mismas se convertía en un costo adicional de la relación, por lo que no ejercían ninguna influencia sobre el agenciado para evitar la terminación del contrato, afectando la estabilidad de la agencia¹⁰², consideramos que esto se aprecia más claramente teniendo en cuenta que dicho valor era pagado incluso en el caso de terminación imputable al agente, lo que hace que el agenciado ponga en una balanza las dos opciones, continuar el contrato de agencia asumiendo las pérdidas por el mal desempeño de su encargado o pagar el valor correspondiente a la indemnización asumiendo un nuevo agente que le puede salvar su empresa, siendo preferible probablemente esta última.

Con el fin de resolver la situación de inestabilidad en que quedaron los contratos de agencia después de la previsión referida, tuvo lugar el Acuerdo Económico Colectivo del 18 de diciembre de 1974, que creó la llamada *indemnización supletoria de clientela*, la cual sólo procedería en el caso de receso del contrato por hecho no imputable al agente¹⁰³. Esta indemnización, al igual que su antecedente alemán, constituía una

¹⁰⁰ Codice Civile, Art. 1751 modificado por la Legge n. 911 de 1971: “All’atto dello scioglimento del contratto a tempo indeterminato, il preponente è tenuto a corrispondere all’agente un’indennità proporzionale all’ammontare delle provvigioni liquidategli nel corso del contratto e nella misura stabilita dagli accordi economici collettivi, dai contratti collettivi, dagli usi o , in mancanza, dal giudice secondo equità...”.

¹⁰¹ Pardolessi, R. *I Contratti di Distribuzione...*, cit., p. 147.

¹⁰² Así lo pone de presente Pardolessi, R. *I Contratti di Distribuzione...*,cit., p. 147: “È vero che la garanzia di una ‘retribuzione differita’ - ammesso che sia questa la configurazione giuridica dell’indennità ex art. 1751, nuovo testo - ha costituito un’importante conquista (specie se si parte dal presupposto della patologica ‘debolezza’ della posizione contrattuale degli agenti). Ma al conseguimento di questo obiettivo si è sacrificata l’esigenza, non meno vividamente avvertita, di ‘stabilizzare’ il rapporto”.

¹⁰³ En el Acuerdo Económico Colectivo del 19 de diciembre de 1979 que sustituyó aquél de 1974, se consagraba en el Artículo 11 la indemnización supletoria de clientela en los siguientes términos: “Se il contratto a tempo indeterminato si scioglie ad iniziativa della casa mandante per fatto non imputabile all’agente o rappresentante, sarà corrisposta direttamente dalla ditta preponente all’agente o rappresentante, in aggiunta all’indennità di risoluzione del rapporto di cui al precedente articolo 10, un’indennità suppletiva di clientela nella misura del 3% dell’ammontare globale delle provvigioni liquidate durante il corso del rapporto e relative ad affari conclusi dopo il 1° gennaio 1975. Sulle provvigioni maturate dopo il primo anno compiuto di durata del rapporto verrà applicata, nel limite di un importo annuo di 36 milioni di provvigioni, un’aliquota aggiuntiva dello 0,50%. L’indennità suppletiva di clientela sarà altresì corrisposta - sempreché il rapporto sia in atto da almeno un anno - in caso di dimissioni dell’agente, dovute a sua invalidità permanente e totale o per conseguimento della pensione di vecchiaia (ENASARCO), nonché in caso di decesso. In quest’ultimo caso l’indennità predetta verrà corrisposta agli eredi, in analogia a quanto previsto dall’articolo 1751, 4° comma, del codice civile. Agli effetti della liquidazione dell’indennità suppletiva di clientela saranno computate anche le somme corrisposte espressamente e specificatamente a

compensación por la clientela que el agente había procurado a su agenciado y por supuesto las críticas son las mismas. Lo más importante en este punto es notar que prácticamente 20 años después de haber sido prevista por primera vez la indemnización de clientela en uno de los Países Europeos, fue consagrada en el ordenamiento jurídico italiano, lo que se compadece creo, con la tardía tipificación de la figura, por las razones que expusimos con anterioridad, lo que no significa necesariamente que no se encuentren rastros de la misma en algunos desarrollos doctrinarios o incluso en otros institutos ya regulados.

C. Francia.

Ninguna referencia sobre el contrato de agencia comercial encontramos en el *Code de Commerce* de 1807, lo que nos confirma nuevamente, junto con los datos atrás referidos, que dicha figura adquirió relevancia social sólo a mediados del siglo diecinueve. Sin embargo, dentro de esta codificación podemos encontrar expresiones semejantes a aquella, como es el caso de *agence* dentro del art. 632, para referirse de la misma forma en que lo hará con posterioridad el *Codice Civile* de 1882, a uno de los actos comerciales consistente en una actividad de intermediación¹⁰⁴. También se hace referencia en los artículos 71-90 a los *agents de change* y a los otros *courtiers*, entendidos como mediadores de mercancías, de transporte por tierra y por agua, de seguros, etc.¹⁰⁵.

Sobre este tipo de intermediarios, comentan algunos autores¹⁰⁶, que no habiendo la regulación calificado la relación contractual, no quedaba al ordenamiento jurídico otro camino que aquél de recurrir a algunos tipos del derecho civil, como por ejemplo al mandato, debido a la semejanza con esos por su carácter de negocio de gestión¹⁰⁷, razón por la cual la comisión será comprendida como una especie de aquél. No obstante lo anterior, nos indica el mismo autor que cuando en algunas de tales actividades la prestación de obra fuera más relevante que la actividad de gestión, la misma podría ser calificada como un subtipo del *louage d'ouvre et d'industrie*¹⁰⁸.

titolo di rimborso o di rimborso spese. Ai fini dell'indennità di cui al presente articolo si considera a tempo indeterminato il contratto a termine che venga rinnovato o prorogato”.

¹⁰⁴ Zanelli, E. *Storia e teoria...*, cit., p. 150: “...è venuta anch'essa a confluire in quella nozione di ‘commissione’ che nell'ordinamento commercialistico francese finisce così per assumere valore riassuntivo di una serie di rapporti gestorii, ai quali si ricollega infine anche la figura dell'agent de change, della cui natura di commissionario (in contrapposizione agli altri courtiers= mediatori) non si dubita”.

¹⁰⁵ Cfr. Zanelli, E. *Storia e teoria...*, cit., p. 148.

¹⁰⁶ Cfr. Zanelli, E. *Storia e teoria...*, cit., p. 152.

¹⁰⁷ Tal como lo plantea BETTI, clasificación ésta que nos parece de gran utilidad para comprender mejor estas figuras.

¹⁰⁸ Zanelli, E. *Storia e teoria...*, cit., p. 153: pag. 153: “Ovviamente, non manca infine, d'altra parte – quando le caratteristiche dell'operare per conto altrui si allontanano dallo schema del rapporto gestorio, per risolversi in una mera prestazione di lavoro subordinato, o di lavoro autonomo (opera o servizio) – la possibilità del ricorso alle diverse sottospecie del *louage d'ouvrage et d'industrie*: non senza rilevare, per altro, che nei codici napoleonici queste stesse distinzioni tra i vari contratti di lavoro sono tutt'altro che perspicue, così come incerta resta in ogni caso (e questo è problema ancora attuale) la linea di demarcazione tra rapporto di lavoro e rapporto di mandato. Non è raro per tanto che, all'ombra di tali incertezze, si giunga poi a prospettare per talune fattispecie non tanto una qualificazione contrattuale univoca, quanto una sovrapposizione di contratti, in cui le combinazioni richiamate più frequentemente (ma non esclusivamente) sono quelle di commissione e mandato, lavoro e mandato ecc.”.

Ya en repetidas ocasiones hemos visto como los diversos ordenamientos jurídicos tienden a identificar el aspecto sobresaliente de la actividad desempeñada por un intermediario, para determinar las normas aplicables cuando los mismos no gozan de una tipificación propia, o para fijar normas supletorias o su naturaleza, tal como por ejemplo en el caso del contrato de agencia comercial en el que aún después de su regulación dentro del *Codice Civile*, los doctrinantes se empeñaron en distinguirlo según el agente tuviera o no una empresa, fuera esta grande o no. Similar a esta tendencia es aquella que pretende dar un tratamiento diverso a los agentes, según el valor del patrimonio con que cuentan para desarrollar su actividad. En fin, en estas dos posturas me parece identificar un interés por conocer las circunstancias económicas en que se encuentra el respectivo intermediario para establecer la mayor o menor protección que merecen, por lo que me pregunto hasta que punto será útil y sobre todo práctico realizar este tipo de escisiones para efectos de interpretar un contrato, como en el presente caso, el contrato de agencia.

A pesar de que algunos años después de esta primera codificación mercantil, será reconocida la necesidad de tipificar la agencia comercial, tal como sucedió con la mayoría de Países Europeos en aquella época, Francia será uno de los últimos en expedir una reglamentación propia y definitiva para dicha figura. Entre las razones que la mayoría de doctrinantes identifican para que ello haya sido así, están, en primer lugar, la expedición de la Ley del 18 de julio de 1937, completada con las leyes del 7 de marzo 1957 y 9 de mayo de 1973 sobre los *V.R.P. (voyageurs, représentants, placiers)* y el importante desarrollo jurisprudencial que tendrá la misma¹⁰⁹.

El estatuto de los *V.R.P.* disciplinaba los intermediarios asalariados no necesariamente dependientes de una sola empresa y consagraba a su favor una serie de derechos que operaron como un imán para todos aquellos que se dedicaban al sector distributivo¹¹⁰.

¹⁰⁹ Pardolessi, R. *I Contratti di Distribuzione...*, cit., p. 114: “A parte ossasinali anticipazioni, si può convenire che la prima, consistente serie di decisioni in materia risalga agli anni trénta...”.

¹¹⁰ Pardolessi, R. *I Contratti di Distribuzione...*, cit., pag. 102, pp. 27: “Lo statuto dei *V.R.P.* o *représentants de commerce* (introdotta con legge 18 luglio 1937, e completata in due riprese: legge 7 marzo 1957 e 9 maggio 1973) si applica ad una categoria professionale che costituisce ‘...un singolare paradosso, dacché si tratta di salariati cui la legge offer la facoltà di capitalizzare, alla fine del contratto, il potenziale di relazioni commerciali dovute al loro lavoro personale, per mezzo dell’indennità di clientela’ (J.M. Mousseron e altri, *Droit de la distribution*, Paris, 1975, 328). In pratica, i *VR.P.* uniscono, ai vantaggi sociali e fiscali che derivano dalla condizione di prestatore di lavoro subordinato, taluni dei quelli che sono propri di operatori indipendenti (cfr. R. et J. Savatier et J.M. Leloup, *Droit des affaires*⁴, Paris, 1974, 291); costituiscono, quindi, una fascia intermedia, per quanto consta senza equivalenti negli altri sistemi giuridici (rilievo che non deve far dimenticare come la legge del 1937 sia stata introdotta col preciso scopo di risolvere, nel senso del *louage des services*, i conflitti di qualificazione concernenti la figura del *représentant*, privo sì di effettiva indipendenza economica, ma relativamente libero nelle sue iniziative, o comunque sottratto al controllo puntuale dell’impresa lontana). Per toccare con mano il favor legis nei riguardi dei *V.R.P.*, basta scorrere l’elenco delle indennità loro spettanti in caso di *rupture du contrat a tempo indeterminato*: a) eventuale indennità compensatrice del preavviso e delle ferie retribuite; b) indennità di licenziamento, cui accedono *dammages-intérêts* in caso di recesso ingiustificato; c) indennità di *retour sur échantillonnages*, ovvero il diritto alle commissioni sugli ordini non ancora trasmessi all’atto dell’interruzione del rapporto; d) indennità di clientela (nell’ipotesi di mancato rinnovo del contratto a termine, al *représentant* spetta la sola indennità sub d); ma se la controparte mette fine al rapporto prima del tempo, scattano le regole di cui all’art. L. 751-7 del *Code du travail*”.

Entre los varios derechos que fueron consagrados a favor de estos intermediarios se encuentra uno sobre el cual nos interesa llamar la atención, pues se trataba de la indemnización de clientela que tenía prácticamente la misma estructura de aquella existente en el ordenamiento jurídico alemán¹¹¹, ya que paradójicamente esta indemnización no será consagrada en la Ley que más adelante será expedida para los agentes de comercio, más aún, será establecida una indemnización diferente que constituirá uno de los principales aspectos de separación del régimen francés frente a aquel alemán, dando lugar a que se haga continua referencia a estos dos como modelos diversos, de relevancia incluso en la misma Directiva Comunitaria 86/653, tal como se verá más adelante. Se preguntará entonces porque razón el legislador francés habiendo conocido desde antes la figura de la indemnización de clientela decidió no aplicarla para los agentes de comercio, lo que a nuestro juicio encuentra explicación en la naturaleza jurídica que se le atribuye a esta relación jurídica, pues tal como tendremos la oportunidad de verlo a continuación, en el ordenamiento jurídico francés, al igual que lo fue durante un periodo de tiempo en aquél italiano, la agencia de comercio será analizada como una especie del contrato de mandato, separándose por ello de los V.R.P., lo que trae como consecuencia que no le sean aplicables las normas previstas para estos últimos como es el caso de la indemnización en cuestión.

El otro factor determinante para que la regulación del contrato de agencia comercial tardara tanto en Francia, como lo mencionamos anteriormente, se debió al proficuo desarrollo jurisprudencial que se le dio a la misma y fue dentro del marco de las reglas relativas al contrato de mandato previstas en el Código Civil Francés que dicha figura obtuvo su tratamiento, pues se consideraba que a través de tales normas el agente de comercio podía ser protegido¹¹². Sólo una de aquellas normas resultaba demasiado inconveniente para esta especie de mandatario, cual era aquella correspondiente al artículo 2004 del Código Civil en la que se consagraba la *révocation ad nutum*¹¹³, pues de

¹¹¹ Guyenot, Jean. *Cours de droit Commercial*, Paris, Libraire du Journal des Notaires et des Avocats, 1977, pag. 275 y 276: "Passée la période d'essai limitée à trois mois (art. L. 751-6), et au cours de laquelle le contrat peut être rompu sans indemnité, le 'V.R.P' a droit à une indemnité. De ce chef, doivent être précisées les conditions d'ouverture du droit à indemnité et de la perte du droit. Ouverture du droit à indemnité. Le droit d'ouvre a la résiliation du contrato u au non-renouvellement par l'employeur, à la condition que le représentant ait apporté, créé ou développé par son travail la clientèle de son employeur. L'indemnité répare le préjudice que lui cause le retrait de la clientèle, en même temps qu'elle compense l'enrichissement procuré à l'employeur qui en bénéficie; à défaut, il y aurait enrichissement injuste de ce dernier qui profiterait sans bourse délier des résultats du travail d'autrui".

¹¹² Parece que las mismas consideraciones tuvieron lugar al momento de expedir el *Décret n. 38-1345* de 1958, en el que tal como nos indica Guyenot, J. *Cours de droit Commercial...*, cit., pag. 269: "Le statut des seconds résulte du décret no. 58-1345 du 23 décembre 1958 (*J.O.*, 28 décembre 1958, p. 1197) pris à l'initiative d'Edmond Michelet qui avant d'être ministre d'Etat, exerçait la profession dans le secteur des produits alimentaires: non rattachés au salariat, ils relevant des techniques contractuelles du mandate, non moins protectrices de leurs conditions juridiques".

¹¹³ Otra aplicación de esta figura la encontramos en el Article L.225-18 del Código de Comercio, en el que se establece que los Administradores de una Sociedad Anónima podrán ser revocados de su cargo en todo momento por la Asamblea General Ordinaria. Ante esta situación, también perjudicial para dichos mandatarios, la jurisprudencia francesa ha proferido algunas decisiones como por ejemplo *l'arrêt 'SA Econocom Location c/ Spilmont' du 26 novembre 1996 de la Chambre Commerciale de la Cour de Cassation*, en la que se reconocieron algunos casos en los cuales el Administrador tendrá derecho a una indemnización. Posterior es la Loi n° 2001-420 du 15

ser aplicada al agente implicaba que el agenciado podía terminar el contrato en cualquier momento sin ninguna indemnización a favor del primero, ni siquiera por la clientela que éste último hubiese aportado.

Tal como lo explica GUYENOT, esa figura de la *révocation ad nutum* tenía su razón de ser dentro del contexto de un contrato de mandato gratuito y ocasional, pero no, tratándose de un mandato profesional, remunerado y continuo como era aquél del agente comercial¹¹⁴. Para solucionar dicha situación, dentro de la jurisprudencia francesa, se desarrollaron dos soluciones diversas que tenían por objeto la protección del agente de comercio ante la terminación del contrato, ya fuera, por medio de la inaplicación de la regla de la *révocation ad nutum*¹¹⁵ o por medio de su atenuación. La primera de ellas partía de la concepción de la agencia como un mandato en interés común, en la medida en que el mandatario obtenía una retribución como consecuencia de su labor, mientras que el interés del mandante provenía del carácter profesional del contrato¹¹⁶. La aplicación de esta teoría implicaba una presunción de culpa del mandante (agenciado) por el hecho de la terminación del contrato sin una causa legítima, por lo que para su exoneración de responsabilidad tenía la carga de demostrar la culpa del mandatario (agente).

Sin embargo, según algunos autores, esa concepción de mandato en interés común era errónea, pues prácticamente se estaba equiparando al mandato de carácter oneroso conforme al cual ambas partes obtenían un beneficio del mismo¹¹⁷. Por esta razón, los

mai 2001, en la que se fija para el Director General el derecho a una indemnización en caso de ausencia de un justo motivo en su revocación.

El más reciente desarrollo relacionado con esta materia lo hayamos en el Artículo L442-6, Modificado por el Artículo 8º de la Ley de enero 3 de 2008, en cuyo numeral 5º se previó la responsabilidad del empresario que lleve a cabo una *rupture brutale et totale* de la *relation commerciale*.

¹¹⁴ Cfr. Guyenot, J. *Cours de droit Commercial...*, cit., pag. 277.

¹¹⁵ Pardolessi, R. *I Contratti di Distribuzione...*, cit., p. 103, pp 29: “La regola dell’art. 2004 rinvia alla matrice storica del mandato, alla sua natura originariamente gratuita: un retaggio obsoleto già al momento della codificazione napoleonica (arg. es artt., 1986 e 1999; sul punto, cfr. G. De Nova, *Il tipo contrattuale*, Padova, 1974, 193 ss.). L’altra idea-forza è che la volontà del mandante costituisca l’elemento prevalente del contratto: chi conferisce ad un terzo la facoltà di agire in suo nome e s’impegna a considerare come propria tale attività, deve poter revocare il potere che egli stesso ha creato. ‘Nul ne peut être représenté contre son gré’ (a questo proposito conviene notare come i redattori del Code civil tendessero a sovrapporre *procuracion* e *mandat*; questa confusione è poi divenuta dato caratterizzante dell’esperienza giuridica francese). L’una e l’altra concezione non poterono impedire che la giurisprudenza ammettesse l’irrevocabilità del mandato...”

¹¹⁶ Una decisión representativa en esta materia fue aquella del 13 de mayo de 1885, sobre la cual comenta Guyenot, J. *Cours de droit Commercial...*, cit., pag. 278: “Puis, par un arrête du 13 mai 1885, elle devait décider qu’en l’absence de toute clause, le mandat de l’agent commercial ne peut être résilié par une décision unilatérale du mandant. Elle justifie sa solution sur le fondement du concept de mandat d’intérêt común qu’elle forge, en considérant que le contrat qui – les parties a été stipulé dans l’intérêt de l’une et de l’autre pour rechercher le chiffre d’affaires le plus élevé possible par création et développement d’une clientèle. Par suite, en cas de rupture du contrat par le mandant, sans faute du mandataire, celui-ci peut obtenir une indemnité réparatrice du préjudice que lui cause – perte de sa profession”. Cfr. Pardolessi, R. *I Contratti di Distribuzione...*, cit., p. 115.

¹¹⁷ Pardolessi, R. *I Contratti di Distribuzione...*, cit., pag. 115: “In realtà, avallando una siffatta argomentazione, si rischiava di dimenticare che l’interesse comune non può risiedere nel mero fatto che l’una e l’altra parte ritraggano benefici dall’esecuzione del contratto; tant’è vero che, in precedenza, la giurisprudenza aveva seccamente respinto l’idea di una coincidenza della nozione con quella di mandato retribuito”.

críticos de dicha posición decidieron separarse de aquella y buscar un fundamento distinto por medio del cual pudieran proteger al agente de comercio frente a la figura de la *révocation ad nutum*, decidiendo entonces hacer centro en el principio del abuso del derecho para explicar su atenuación. Esta posición en cambio, exigía probar el dolo de quien había revocado el contrato sin haber tenido una causa legítima para ello¹¹⁸ y se encontraba a cargo de quien ejercía la respectiva acción, es decir, del agente, por lo que era mucho más exigente que la anterior.

Ambas tesis, como lo hemos visto tenían por objeto la protección del agente de comercio, quien generalmente representaba la parte débil del contrato, sin embargo lo hacían a través de principios distintos que por supuesto tenían una incidencia directa en su aplicación, pues mientras en el primer caso, era suficiente el hecho de la terminación del contrato para que operara la protección en cuestión de tal forma que era al mandante a quien correspondía demostrar que había revocado el contrato como consecuencia de una causa imputable a su mandatario, en el segundo era necesario el interés por parte del agenciado de dañar o afectar al agente, razón por la cual el agente debía comprobar este hecho, siendo un poco más difícil su situación por la carga de la prueba que a él incumbía.

Los primeros intentos de regulación del contrato de agencia comercial iniciaron con el *arrêté* del 5 de noviembre de 1946. En éste se consagró el derecho en cabeza del agente de obtener de su mandante una *carte* con la que podía ejercer su actividad y la que podía ceder siempre y cuando el mandante no se rehusara a ello. Por otra parte el valor de la *carte*, constituía el criterio principal para el resarcimiento en caso de receso 'abusivo'¹¹⁹. Tiempo después, este *arrêté* fue anulado, no obstante lo cual logró ejercer cierta influencia sobre los desarrollos posteriores de la figura.

En 1953 fue presentado el primer proyecto de Ley, el cual seguía a grandes líneas el *arrêté* anulado, sin embargo éste no fue aprobado debido a algunas críticas relativas a la *propiété de la carte*¹²⁰. Un segundo proyecto fue presentado en 1957, el cual terminó siendo aprobado el 23 de diciembre de 1958 dando lugar al *Décret n. 38-1345*, primera regulación definitiva del contrato de agencia en Francia.

Creo que uno de los objetivos que se debe proponer un legislador al momento de expedir un cuerpo de normas dirigido a regular una específica relación jurídica, como en el presente caso, para el contrato de agencia, debe ser el de darle autonomía, sin embargo, cuando a partir de la misma definición se usa el nombre de otros tipos jurídicos para denominar a las partes de dicho contrato, tal vez no se alcanza a cabalidad ese fin, pues siempre habrá la tendencia de asimilación entre ellos. Así pues en el *Décret n. 38-1345*, el agente fue definido en los siguientes términos:

¹¹⁸ Pardolessi, R. *I Contratti di Distribuzione...*, cit., p. 116: "Per poter parlare di abuso del diritto, occorre che il suo esercizio fosse, per così dire, inquinato dall'intenzione di nuocere, o quanto meno da una *légèreté blâmable* (sì che, coerentemente, se ne doveva escludere la ricorrenza quando il preponente fosse in grado di addurre effettive esigenze di riorganizzazione del suo apparato distributivo; e la prova, non sempre scontata, incombeva all'attore".

¹¹⁹ Cfr. Pardolessi, R. *I Contratti di Distribuzione...*, cit., p. 117.

¹²⁰ Cfr. Pardolessi, R. *I Contratti di Distribuzione...*, cit., p. 117.

“Est agent comercial le mandataire qui à titre de profession habituelle et indépendante, sans être lié par un contrat de louages de services, négocie et, éventuellement, conclut des achats, des ventes, des locations ou des prestations de services, au nom et pour le compte de producteurs, d’industriels ou de commerçants.

“Le contrat qui lie l’agent à ses mandants est écrit et indique la qualité des deux parties contractantes.

Il peut éter à durée déterminée ou indéterminée.

Il peut contenir une convention d’exclusivité, une convention ducroire, une convention de consignation de marchandises en vue de livraisons à la clientèle”.

Esta definición nos indica varios aspectos importantes sobre la forma en que fue concebido el agente comercial en Francia. En primer lugar veamos que en ella se dice que la actividad del agente consiste en *negociar* y eventualmente *concluir* contratos de compra, de venta, de prestación de servicios, a diferencia de la normativa italiana en la que se hablaba de promover negocios, sin hacer específica referencia a la clase de estos últimos¹²¹. También nos señala el carácter accidental que tiene la exclusividad a favor de las partes del contrato, coincidiendo entonces con la forma en que dicho elemento fue regulado en el HGB¹²², apartándose de nuevo de la norma italiana en la cual la exclusividad desde los proyectos preliminares de modificación de la codificación mercantil hasta su definitiva consagración por medio de normas corporativas y ulteriormente en el *Codice Civile*, fue catalogado como un elemento natural.

Por otra parte, esta definición suscitó ciertas dudas en torno a la posibilidad de que las personas jurídicas pudieran ejercer la actividad de agentes, pues al no mencionarlas dejó abierta el camino para que se interpretara que no podían serlo, teniendo en cuenta además que esta regulación preveía dos requisitos, por una parte, el documento escrito en que constara la voluntad de los negociantes y por otra, la inscripción del agente al registro especial de agentes de comercio, para éste último era necesario un documento en el que constaran los antecedentes penales, siendo éste motivo suficiente para que la jurisprudencia negara a las personas jurídicas la facultad de desarrollar las actividades propias de un agente de comercio¹²³.

¹²¹ Baldi, R. *La Direttiva del Consiglio delle Comunità Europee...*, cit., p. 57: “Mentre il progetto di direttiva del 1979 faceva generico riferimento alla promozione o conclusione di affari, la direttiva si riferisce espressamente a contratti di vendita o di acquisto di merci, così come è disposto dalla legge francese (art. 1 Décret cit.)”.

¹²² En el HGB no había una disposición específica que declarara la posibilidad de convenir la exclusividad entre las partes, sin embargo esto se extrae como lo expresamos en su momento de la consagración de la provisión indirecta.

¹²³ Roy-Thermes, Patricia. *Definición del Agente Comercial y Legislation Aplicable en Francia* <http://www.eurojuris.fr/fre/particuliers/emploi/contrats/articles/contrato-comercial.html>: “En efecto, durante varios años, la jurisprudencia, al fundarse en algunas exigencias de un decreto del 19 de junio de 1959 que impone, especialmente, la producción de un extracto de registro de antecedentes penales para la inscripción como agente comercial, se negó a sociedades la posibilidad de ejercer la actividad de agente comercial (CA París, 27 de junio de 1961, JCP éd. G 1962, II, n 12479, nota Hémar J.; CA París, 14 févr. 1962, D. 1962, p. 514.; CA París, 7 de marzo de 1964, Gaz Pal. 1964, 2, p. 131; CA París, 22 de mayo de 1964, JCP éd. G 1964, II, n 13857)”.

En el artículo segundo de esta norma¹²⁴ se consagraba una obligación de no hacer a cargo del agente, consistente en no desarrollar el mismo tipo de actividades que desarrollaba a favor de alguno de sus agenciados, para empresarios que se encontraran en competencia con aquellos, a menos que obtuviera su previa autorización. El incumplimiento de dicha obligación daba lugar al rompimiento del contrato sin derecho a indemnización para el agente¹²⁵. Se preguntará ante la especial forma en que aparece tipificada esta obligación en la legislación francesa, si la misma hace las veces de la exclusividad consagrada en el régimen italiano, lo que a nuestro juicio se podría responder afirmativamente, pues es probable que en la primera, se haya tenido el cuidado de no usar el término exclusividad en la medida en que éste es vinculado generalmente a un pacto de los contratantes, lo que no ocurre en este caso, pues realmente se trata de una obligación negativa prevista por la Ley, lo que le dá el carácter de elemento natural¹²⁶.

En cuanto a la remuneración a favor del agente, el *Décret n. 38-1345* no dedicaba ningún artículo, pero en doctrina y en jurisprudencia se consideraba que el compenso en la relación de agencia consistía en una comisión¹²⁷ que surgía cuando el contrato celebrado entre el agenciado y el cliente había sido ejecutado¹²⁸, aspecto éste en el cual, a diferencia del anterior, encuentra mayor cercanía con el régimen italiano que nos habla de buen fin del negocio.

Para concluir el análisis de la primera regulación autónoma del contrato de agencia comercial en Francia, debemos hacer referencia a la llamada *indemnización compensadora del perjuicio sufrido*¹²⁹. Esta indemnización era prevista por la *résiliation* del contrato por parte del mandante cuando ésta no tuviera fundamento en una falta del mandatario y comprendía, el resarcimiento de los daños sufridos por el agente como

¹²⁴ Décret No. 38-1345 Art. 2: "L'agent commercial a le droit d'accepter la représentation de nouveaux mandants sans avoir à en référer. Toutefois, il ne peut accepter la représentation d'une entreprise concurrente de celle d'un de ses mandats sans accord de ce dernier. Il a également le droit d'effectuer des opérations commerciale pour son propre compte. Il peut recruter ou employer, sans autorisation, des sous-agents rémunérés par lui. Ces sous-agents sont, suivant les conditions dans lesquelles ils exercent leur activité, soumis aux dispositions des articles 29k et suivants du livre Ier du code du travail ou à celles du présent décret".

¹²⁵ Roy-Thermes, P. *Definición del Agente...*, cit.: "El agente comercial podrá aceptar sin autorización la representación de nuevos mandantes. Sin embargo, no podrá aceptar la representación de una empresa competidora de la de uno de sus mandantes sin el acuerdo de éste (artículo L. 134-3). El agente comercial asume pues una obligación legal de no competencia en el beneficio de su mandante. La violación de esta obligación justificaría la ruptura del contrato sin indemnización (Cass. Com, 21 de junio de 1967, n 66-11.426, Bull civ. III, n 259, p. 250; Cass. com., 7 de julio de 1993, n 82-12.271, Bull civ. IV, n 209, p. 182, RTD com 1994, p. 104)".

¹²⁶ En este sentido Ghezzi, G. *Contratto di agenzia...*, cit., pag. 57, quien al analizar el artículo 1743 del *Codice Civile*, afirma: "Non costituisce, però, patto di esclusiva in senso tecnico, proprio il peculiare divieto di concorrenza che, per l'agenzia, è posto dall'articolo in esame".

¹²⁷ Baldi, R. *La Diretiva del Consiglio delle Comunità Europee...*, cit., p. 59.

¹²⁸ Baldi, R. *Il Contratto di Agenzia...*, cit., p. 6: "La questione -dibattuta- sul momento in cui sorge nell'agente il diritto alla provvigione, è stata risolta in giurisprudenza nel suo riconoscimento solo al momento della completa esecuzione dell'affare (così Cour de Cassation, 27 gennaio 1959, citato ed annotato adesivamente da Guyenot, J., 180)".

¹²⁹ Décret No. 38-1345 Art. 3: "Les contrats intervenus entre les agents commerciaux et leurs mandants sont conclus dans l'intérêt común des parties. Leur résiliation par le mandant, si elle n'est pas justifiée par une faute du mandataire, ouvre droit au profit de ce dernier, nonobstant toute clause contraire, à une indemnité compensatrice du préjudice subi".

consecuencia de la resolución del contrato, las ganancias dejadas de percibir con la clientela preexistente y aportada, aquellas derivadas de la reducción de su actividad y su relativa incidencia sobre sus gastos; dando lugar en la jurisprudencia a tasar dicha indemnización según las provisiones recibidas por el agente durante dos años de actividades calculadas sobre la media de los últimos tres años¹³⁰.

Nos parece ver en esta indemnización las mismas características de aquella que había sido prevista en el artículo 7 del Acuerdo Económico Colectivo estipulado entre la *Confederazione dei commercianti e la Federazione Nazionale degli agenti e rappresentanti di commercio* del 25 de mayo de 1935, la que a su vez también se asemeja a aquella consagrada en el § 89ª del HGB, por lo que no veo como pueda ser ésta entendida como un régimen de indemnización completamente diverso a aquellos ya existentes hasta el punto de ser considerado un elemento fundador de un nuevo modelo¹³¹.

A nuestro juicio lo que sucedió en la mayoría de legislaciones de los países europeos en torno a las indemnizaciones previstas a favor del agente comercial, fue el reconocimiento de la imprescindible necesidad de proteger a un importante sector de la economía representado por los agentes de comercio que generalmente constituían la parte débil del contrato por medio de la estabilización de la relación, objetivo éste que en un principio pretendió ser alcanzado con la simple consagración de una indemnización por los perjuicios sufridos como consecuencia de la terminación del contrato, lo que en cierto momento se demostró insuficiente frente a la capacidad económica del empresario

¹³⁰ Baldi, R. *Il Contratto di Agenzia...*, cit., p. 6: "In base all'art. 3 la risoluzione del rapporto da parte del preponente, se non giustificata da colpa dell'agente, dà diritto a quest'ultimo di ottenere un'indennità di risoluzione 'compensatrice du préjudice subi' che la giurisprudenza fissa costantemente in due annualità di provvigioni, calcolate sulla media degli ultimi 3 anni (così Cour de Cassation, 26 febbraio 1958, in GP, 1958, 348; Cour d'Appel de Riom, 8 ottobre 1976, in Cahiers de droit de l'entreprise, 1977, III, 16; Cour d'Appel de Paris, 25 settembre 1984, in GP, 8-9 marzo 1985, Sommaires de Jurisprudence, 3)". Una comparación del periodo de tiempo tenido en cuenta en la indemnización prevista en el régimen francés y en aquél alemán, llevó a Pardolesi, R. *I Contratti di Distribuzione...*, cit., p. 118, pp75, a expresar lo siguiente: "...Nel valutare la Maggiore consistenza dell'indennità (calcolata, in Francia, sulla base minima di due anni di provvigioni, laddove in Germania non può comunque eccedere l'ammontare di un anno), è opportuno tenere presente che, a norma del §90a Abs. 1 HGB, l'imposizione di un divieto di concorrenza per il periodo successivo alla cessazione del contratto comporta il diritto ad un'indennità supplementare; e che la disciplina tedesca appare assai favorevole per quanto concerne il termine di preavviso e i retours sur échantillonages (§§ 89 e 87 Abs. 3). Queste e altre voci possono tuttavia concorrere, in Francia, ad accrescere l'ammontare dell'indennità spettante all'agente (cfr. Catoni, cit., 150). In definitiva, il limite più rilevante del sistema divisato dal décret n. 38-1345 resta quello di fondarsi sulla résiliation da parte del mandante: nulla è dovuto in caso di morte del 'mandatario', o di sua incapacità".

¹³¹ Encontramos confortante a estos efectos una posición similar referida por Ghezzi, G. *Contratto di agenzia...*, cit., pag. 69, quien explica: "Si afferma abbastanza spesso che la previsione dell'indennità per lo scioglimento del contratto (art. 1751) corrisponde, presso di noi, almeno in sostanza, all'istituzione della c.d. 'indennité de clientèle', che sembra profilarsi, in Francia, con l'art. 3 2º comma del decreto n. 58-1345 del 23 dicembre 1958 (in caso di 'résiliation pour le mandant', 'si elle n'est pas justifiée par une faute du mandataire, ouvre droit au profit de ce dernier, nonobstant toute clause contraire, à une indemnité compensatrice du préjudice subi'; ma si veda la molto più articolata ed incisiva disciplina applicabile, in virtù dell'art. 29 o del *code du trav.*, ai già considerati VRP.).".

agenciado, por lo que se trató de hacerla más severa introduciendo el criterio de la clientela como un valor adicional para su tasación, hasta llegar a un punto en el cual, éste que constituía un criterio de evaluación, pasó a convertirse en una indemnización independiente, dando lugar a la llamada *indemnización de clientela*, que hoy en día es acogida por la mayoría de Países Europeos, en contraposición a la otra opción dada por la Directiva 86/653, de la indemnización compensadora del perjuicio sufrido prevista en la regulación francesa¹³².

El *Décret du 23 décembre 1958 n. 38-1345*, fue modificado con posterioridad por el *Décret 68-765* del 22 de agosto de 1968 y el *arrêté* de la misma fecha, esencialmente en torno a la inscripción de los agentes de comercio a un registro especial, aspecto éste que estaba regulado en el artículo cuarto del primero y resolviendo la duda que el primero había suscitado sobre la facultad de ejercer en sociedad la actividad de agente de comercio en forma afirmativa, esto es, dando lugar a ello¹³³.

D. España.

El Código de Comercio Español de 1829 preveía en su Título III, Libro I "...los oficios auxiliares del comercio y sus obligaciones respectivas"; por su parte, el Código de Comercio Español vigente de 1885 dedica el Libro I a los comerciantes y al comercio en general, dentro del cual disciplina en su Título VI los agentes mediadores del comercio y sus obligaciones, incluyendo dentro de éstos, los agentes de cambio y bolsa, los corredores de comercio y los corredores intérpretes de buques¹³⁴, mientras que en el Título III trata sobre la Comisión Mercantil, disponiendo la Sección I a los comisionistas y la II a las otras formas de Mandato Mercantil "Factores, Dependientes y Mancebos".

Como podemos ver, el agente de comercio o el contrato del cual deriva, no fue codificado, lo que no significa en absoluto que no haya sido lo suficientemente relevante desde el punto de vista económico social como para que el ordenamiento no se ocupara de dicha figura, lo que ha ocurrido en el caso español, de la misma forma que en otros países europeos, es que éste ha sido desarrollado fundamentalmente por medio de leyes, las cuales, como lo comentamos en algún momento tienen a su favor la rapidez con que el legislador atiende las necesidades derivadas de la aparición de nuevas figuras. Así pues, podemos ver como los agentes mediadores en el tráfico mercantil empezaron a organizarse profesionalmente en los años 20, consecuencia de lo cual fueron expedidos el Decreto del 8 de enero de 1926 que creaba los Colegios Oficiales de Agentes

¹³² Según algunos autores Cagnaso, Oreste. *Agenzia*, en *Digesto delle Discipline Privatistiche*, Sezione Commerciale, UTET, Torino, 1987, I, p. 43, la diferencia entre estas dos indemnizaciones está en que: "Il polo della disciplina sembra spostarsi da una maggiore accentuazione dell'aspetto indennitario ad un maggior risalto dell'aspetto risarcitorio. In ogni caso la funzione di tali istituti pare essere, soprattutto, quella di rendere stabile il rapporto".

¹³³ Cfr. Guyenot, J. *Cours de droit Commercial...*, cit., pag. 282. Por otra parte, por esta época fue regulada en el Líbano la relación de Agencia Comercial por medio del Decreto Ley n. 34 del 10 de agosto de 1967 (modificado por el Decreto n. 9639 del 6 de febrero de 1975) y de acuerdo con lo que nos indica Baldi, R. *Il Contratto di Agenzia...*, cit., p. I, 2, éste es evidente derivación del derecho francés.

¹³⁴ Artículo 88 del Código de Comercio de España.

Comerciales y el del 24 de mayo del mismo año, por medio del cual se aprobó el Reglamento provisional de agentes comerciales de España¹³⁵.

El primer acercamiento legislativo a la materia se produjo con el Reglamento del Cuerpo de Agentes de Comercio (Decreto del 7 de noviembre de 1931), en cuyo artículo primero serán definidos como: “*todo mandatario mercantil independiente que por profesión y de un modo habitual medie, en nombre propio y por cuenta ajena o en nombre y por cuenta de otro, en operaciones de compraventa de mercancías de cualquier clase, concepto y clasificación tributaria*”. Este Reglamento fue derogado por el Decreto del 21 de febrero de 1942, el cual definió el agente de comercio en el art. 1º como: “*El comerciante que esté encargado de un modo permanente de realizar o preparar contratos mercantiles en nombre y por cuenta ajenos*”¹³⁶.

Era claro que en ese entonces, en España, los agentes de comercio gozaban de dos características fundamentales, la primera de ellas su independencia y la segunda su calificación como comerciantes, lo que los hacía sujetos de regulación por parte de la normativa mercantil. Sin embargo, poco tiempo después ésta situación cambió dando lugar a que normas de tipo laboral se encargaran de dicha figura, algunas veces con el simple objeto de excluirlas de su reglamentación, otras por el contrario para tratar de introducirlas dentro de las mismas¹³⁷. Así por ejemplo vemos como en el Reglamento Nacional del Trabajo en el Comercio de 1948, se dispuso en su Artículo 3º apartado c): “que no se considerará incluido en la presente Reglamentación el personal que trabaja a comisión con facultades de representar a varias empresas o casas comerciales del mismo ramo o ramos diferentes”¹³⁸. Esta disposición dio lugar a distinguir en la doctrina dos clases de representantes de comercio, aquellos que actuaban bajo comisión pero en forma exclusiva para una determinada empresa los cuales eran comprendidos dentro de dicho Reglamento y por tanto regidos por las disposiciones que en el mismo se consagraban, y aquellos que recibían a título de remuneración una comisión, pero tenían la facultad de colaborar con varias empresas al mismo tiempo. Esta exclusividad a la cual

¹³⁵ Un interesante estudio sobre las diferencias entre el Contrato de Trabajo y el de Agencia Comercial es el de Cairós Barreto, Dulce Maria. *Contratos de Mediación Laboral y de Agencia Mercantil: (un estudio sobre el objeto del contrato de trabajo y sus transformaciones)*, Editorial Lex Nova, 2004, pag. 136.

¹³⁶ Cfr. Maillo Niño, Antonio. *Los Representantes de Comercio y la Jurisdicción Laboral*, http://www.cepc.es/rap/Publicaciones/Revistas/10/RPS_056_087.pdf. Cairós, D. *Contratos de Mediación Laboral...*, cit., pag. 137: “Por otro lado, la problemática planteada por la regulación jurídica de esta profesión no tardó en preocupar a la Organización Internacional del Trabajo. En la tercera reunión de la Comisión Consultiva de Empleados, celebrada en Ginebra en 1935, se estudió la situación jurídica de los viajantes u los representantes de comercio, especialmente, los problemas derivados de la ausencia de identificación jurídica de las categorías, así como de los derechos de protección social de los mismos en función del estatuto jurídico aplicable a la relación”.

¹³⁷ Cairós, D. *Contratos de Mediación Laboral...*, cit., pag. 134: “En esta época de nacimiento del derecho del trabajo en España, el régimen jurídico que el Código de Comercio contenía y aplicaba a los empleados del comerciante era más beneficioso para el empleado que las normas sobre el arrendamiento de servicios con las que el Código Civil regulaba la prestación laboral de servicios de los trabajadores, por lo que la cuestión de la consideración jurídico laboral de los auxiliares del comerciante se produce más tarde, cuando el Derecho del Trabajo ha iniciado su andadura histórica y se ha convertido en un ordenamiento protector de los derechos de los trabajadores asalariados”.

¹³⁸ Maillo, A. *Los Representantes de Comercio...*, cit., p. 99.

se refería este reglamento era entendida más como una especie de dependencia al empresario y no como el atributo a favor del agente consistente en ser el único intermediario del Agenciado en un territorio determinado, tal como ha sido apreciada hasta el momento.

En este mismo sentido encontramos también la Orden del Ministerio de Trabajo del 27 de junio de 1960, la cual en su artículo 3º consagraba la exclusión de los agentes de comercio de su reglamentación por el hecho de su independencia¹³⁹. Estas normas, al sacar al agente de su ámbito de aplicación, daban algunas características de aquél lo que sin embargo era insuficiente para resolver los interrogantes que suscitaba, por lo que le venían siendo aplicadas las normas del contrato de mandato y de comisión mercantil.

Una norma que por el contrario trató de comprender los agentes de comercio dentro de su regulación de tipo laboral, fue la Ley del 21 de julio de 1962 que modificaba el artículo 6 de la Ley del Contrato de Trabajo, pues dentro del concepto de trabajadores comprendía también aquellos que desarrollaban actividades de intermediación en la compraventa por cuenta de uno o más empresarios, aunque no estuvieran sujetos por un vínculo de subordinación¹⁴⁰. A esta Ley le siguió un decreto del Ministerio de trabajo del 20 de septiembre de 1962 que regulaba la indemnización por la terminación del contrato, de clara derivación laboral.

Este recorrido del agente comercial por las sendas del derecho laboral perdurará por algunos años más, hasta la expedición de la considerada por algunos doctrinantes, primera disciplina orgánica de la relación de agencia comercial¹⁴¹, aunque a decir verdad aquella a nuestro juicio ni siquiera logrará desligarse completamente de su tendencia laboral, entre otras razones porque en su artículo 1º num. 1º al describir las relaciones que se encuentran comprendidas dentro de dicha normativa afirma que son aquellas en las que una persona natural asume la labor de promover operaciones mercantiles por cuenta de otro, sin asumir el riesgo y ventura de esas¹⁴², ya que con esta definición, si

¹³⁹ Orden del Ministerio de Trabajo del 27 de junio de 1960, Art. 3º: "No se comprenden en el presente Orden los Agentes Comerciales que realizan funciones mediadoras como una profesión libre y encaminada de un modo permanente a realizar o preparar operaciones mercantiles en nombre propio y por cuenta ajena".

¹⁴⁰ Baldi, R. *Il Contratto di Agenzia...*, cit., pag. 1, 2: "La legge 21 luglio 1962 modificava l'art. 6 della 'Ley de contrato de trabajo' qualificando tra i 'trabajadores' coloro che svolgono attività di intermediazione nella compravendita per conto di uno o più 'empresarios', anche se non soggetti a vincolo di subordinazione ('aunque no se hallen sujetos a jornada determinada o a vigilancia en su actividad'), incluyendo il rapporto contrattuale nella 'legislación laboral' e rendendo competente nella materia la 'Magistratura de Trabajo'. Tale disciplina era stata giudicata erronea dalla dottrina, in quanto l'agente è autonomo e non può essere assimilato ai dipendenti".

¹⁴¹ Cfr. Baldi, R. *Il Contratto di Agenzia...*, cit., pag. 1, 2.

¹⁴² Real Decreto 1438/85 de 1 de agosto de 1985, Artículo 1: 1. El presente Real Decreto será de aplicación a las relaciones en virtud de las cuales una persona natural, actuando bajo la denominación de representante, mediador o cualquiera otra con la que se le identifique en el ámbito laboral, se obliga con uno o más empresarios, a cambio de una retribución, a promover o concertar personalmente operaciones mercantiles por cuenta de los mismos, sin asumir el riesgo y ventura de tales operaciones. Dicha actividad principal puede o no ir acompañada de la distribución o reparto de los bienes objeto de la operación.

2. Quedan excluidos de su ámbito de aplicación:

consideramos incluidos los agentes de comercio en la misma, estamos desnaturalizando el contrato de agencia, pues recordemos que precisamente una de las razones que dieron lugar a su aparición, fue la asunción del riesgo por parte de otro empresario para disminuir en cierta medida el del comerciante interesado en expandir el conocimiento y distribución de su producto, lo contrario habría dado lugar a que el contrato de agencia comercial no se desarrollara y este último comerciante al cual nos referimos, lograra su objetivo por medio de la apertura de nuevas sedes de su empresa en los lugares en los que quería darse a conocer.

Por esta razón no compartimos la posición de los doctrinantes que consideran incluida la figura del agente dentro del Real Decreto de 1985, haciendo caso omiso del artículo indicado¹⁴³. El riesgo de la actividad no se refleja solamente en los gastos que en forma independiente de su empresario asume para el desarrollo de su empresa, por ejemplo abriendo un establecimiento de comercio o comprando una serie de bienes para dicho fin, sino también en la comisión que recibe por su actividad, la cual se encuentra generalmente condicionada al buen fin del negocio, lo que se traduce como lo hemos visto en su cumplimiento por parte de los dos contratantes. Tampoco compartimos la opinión de aquellos que consideran posible pactar dentro del contrato de agencia un periodo de prueba para el agente, el cual también fue previsto en el artículo 3º del decreto en cuestión¹⁴⁴, pues pensemos por un momento en aquel agente que para efectos de lograr la introducción de un nuevo producto dentro de determinado territorio tiene que hacer una serie de gastos correspondientes a la publicidad del mismo, etc., después de lo cual, como consecuencia del periodo de prueba, el posible agenciado decide no continuar el contrato. No parece tener algún sentido una disposición de este tipo ante la inversión hecha por el agente, la cual probablemente no le servirá para un posterior negocio de Agencia Comercial. Otro aspecto del cual se desprende la exclusión que aquí hacemos de

-
- A. Los trabajadores de la empresa que aun dedicándose a promover o concertar operaciones mercantiles para la misma lo hagan en sus locales o teniendo en ellos su puesto de trabajo y sujetos al horario laboral de la empresa.
 - B. Quienes se dediquen a promover o concertar operaciones mercantiles de forma continuada por cuenta de uno o más empresarios, como titulares de una organización empresarial autónoma, entendiendo por tal aquella que cuenta con instalaciones y personal propios. Se presumirá que no existe esta organización empresarial autónoma cuando quienes se dediquen a promover o concertar operaciones mercantiles actúen conforme a las instrucciones de su empresario con respecto a materias como horarios de trabajo, itinerario, criterios de distribución, precios o forma de realizar los pedidos y contratos.
 - C. Las personas naturales incluidas en el ámbito de la normativa específica sobre producción de seguros y corresponsales no banqueros siempre que, de acuerdo con dicha normativa, se configuren como sujetos de una relación mercantil”.

¹⁴³ Por el contrario, para dar sustento a la disposición contenida en el artículo referido Cairós, D. *Contratos de Mediación Laboral...*, cit., pág. 168, expresa: “A ello hay que añadir, además, que la no asunción del buen fin de la operación no es un requisito exclusivo de las prestaciones laborales. La no asunción del buen fin de la operación no es más que una de las manifestaciones de la ajenidad, la llamada ajenidad en los riesgos. Y hay otras relaciones jurídicas prestadas en régimen de ajenidad que no constituyen un contrato de trabajo, como el arrendamiento de obra y, por supuesto, el contrato de agencia mercantil”.

¹⁴⁴ Real Decreto 1438/85 de 1 de agosto 1985, Artículo 3. Num. 3. El período de prueba se regulará por lo dispuesto en el Estatuto de los Trabajadores.

los agentes de comercio a la regulación contenida en el Decreto de 1985, es la consagración de un valor fijo como modalidad de retribución¹⁴⁵.

Finalmente debemos resaltar que dentro de esta regulación fueron previstas por una parte la indemnización por despido improcedente¹⁴⁶ y por otra, la indemnización de clientela, que tendrá lugar cada vez que el trabajador especial a que se refiere el Decreto, haya incrementado la clientela a favor del empresario, no le sea atribuible la terminación del contrato y se encuentre obligado a no competir con el empresario con posterioridad a la fecha en que tiene fin su relación contractual, esto último nos indica que también fue dispuesto el pacto de no competencia posterior a la terminación del contrato en esta norma, así como también será previsto en la Directiva Comunitaria.

Antes de analizar como fue la recepción del contrato de agencia comercial o por el contrario, la inexistencia de la misma, aún presente, en algunos Países Latinoamericanos, considero relevante hacer referencia a la *Convención del Benelux* del 26 de noviembre de 1973 estipulada entre Holanda, Bélgica y Luxemburgo¹⁴⁷, por medio de la cual se pretendió unificar el régimen del contrato de agencia comercial disponiendo entre otros aspectos, la indemnización de clientela a la terminación de la relación y el derecho a la provisión por la conclusión del negocio, aclarando que su condicionamiento a la ejecución del mismo debía ser expresamente pactada^{148 149}.

2. En los países latinoamericanos.

¹⁴⁵ Decreto 1438 de 1985 Art. 8 num. 1: "Las retribuciones de los trabajadores comprendidos en el ámbito del presente Real Decreto estarán constituidas por comisiones sobre las operaciones en que hubiesen intervenido y fuesen aceptadas por el empresario, siempre que en el contrato se haya establecido la necesidad de aprobación, o por una parte fija y otra por comisiones sobre dichas operaciones, más los incentivos y compensaciones que hubieran pactado en el contrato. Por último, la retribución también podrá consistir exclusivamente en una cantidad fija".

¹⁴⁶ Decreto 1438 de 1985 Art. 10 num. 3. "En relación con las posibles indemnizaciones por despido improcedente o casos asimilados, éstas serán fijadas de acuerdo con lo previsto en el Estatuto de los Trabajadores, calculándose el salario mensual en base al promedio de ingresos obtenidos los dos años anteriores al despido o resolución del contrato o período inferior, en su caso".

¹⁴⁷ Baldi, R. *Il Contratto di Agenzia...*, cit., p. 1, 2: "In base all'art. 1 della Convenzione le Parti contraenti si impegnavano ad adattare la loro legislazione alle disposizioni dell'Allegato della Convenzione stessa al più tardi alla data della sua entrata in vigore, fissata dal n. 2 dell'art. 5 al primo giorno del secondo mese che avrebbe seguito la data del deposito del secondo strumento di ratifica. Il che non si è verificato ed è stato superato dall'emissione della direttiva comunitaria 18 dicembre 1986 e relative leggi di esecuzione".

¹⁴⁸ Cfr. Baldi, R. *Il Contratto di Agenzia...*, cit., p. 7.

¹⁴⁹ Según Giordano, G. *Il Contratto di Agenzia...*, cit., p. 50 ss., dentro de estos movimientos tendientes a la unificación del régimen del contrato de Agencia Comercial, se pueden citar el proyecto del I.L.A. (Internacional Law Association) sobre la regulación internacional de la venta de cosas muebles, pues dentro de ellas se ubicaría el contrato de agency del régimen anglosajón, como también el proyecto de la UNIDROIT (Istituto Internazionale per l'unificazione del diritto privato in Roma) para una Ley uniforme sobre la representación en materia de derecho privado, comprendiendo entonces la representación comercial. Me aparto de la posición de Giordano en cuanto al primero de dichos modelos, pues se trata como veremos más adelante de un contrato diverso.

Si la influencia legislativa entre los diferentes países europeos es relevante y en ocasiones determinante para el desarrollo de algunas figuras jurídicas, piénsese nada más como será ésta en el caso de los países latinoamericanos los cuales fueron colonizados por los primeros y durante un largo periodo de tiempo estuvieron regidos por normas que pertenecían a los primeros o que aquellos habían hecho para estos territorios, incluso hoy día es posible advertir dicha influencia, o en otros términos, ese intercambio jurídico en el cual participan activamente la doctrina y la jurisprudencia. Por esta razón nos parece importante hacer una breve referencia a este dominio de la legislación extranjera en materia mercantil sobre nuestros países, para poder entender la forma en que fue recibido el contrato de agencia comercial en Latinoamérica.

Como lo expresamos anteriormente hubo un periodo en la historia de los países latinoamericanos durante el cual rigieron algunas de las normas promulgadas en la respectiva Madre Patria. Así pues, en el caso de las colonias españolas eran de gran relevancia además de las Siete Partidas las cuales habían sido dictadas en el año 1348 y cuya partida quinta era la que se encontraba más relacionada con la materia mercantil pues trataba de las obligaciones y contratos, las Ordenanzas de Burgos de 1494¹⁵⁰ y de Sevilla de 1554¹⁵¹ y fundamentalmente, las Ordenanzas de Bilbao, que representan un verdadero ordenamiento mercantil¹⁵², habiendo sido dictadas las primeras en 1560 durante el reinado de Felipe II, fueron adicionadas en 1665 y finalmente en 1737 fueron expedidas las nuevas Ordenanzas de Bilbao mucho más completas que las anteriores¹⁵³.

¹⁵⁰ Las cuales serán introducidas como fuente supletoria del Derecho Indiano en la Recopilación de las Indias.

¹⁵¹ Por su parte las Ordenanzas de Sevilla se convirtieron en el Libro IX de las Leyes de Indias, las cuales se aplicaron como derecho principal en Latinoamérica.

¹⁵² Barrera, J. *El Derecho Mercantil...*, cit., p. 16.

¹⁵³ Sobre los objetivos que se pretendían alcanzar con las Ordenanzas citadas. ORDENANZAS DE LA ILUSTRE UNIVERSIDAD Y CASA DE CONTRATACION DE LA M.N. Y M.L. VILLA DE BILBAO: "CONFIRMACION REAL, y DECRETOS PARA HACER ESTAS ORDENANZAS. Don Felipe, por la gracia de Dios, Rey de Castilla, de Leon, de Aragon, de las dos Sicilias, de Jerusalén, de Navarra, de Granada, de Toledo, de Valencia, de Galicia, de Mallorca, de Sevilla, de Cerdeña, de Córdoba, de Córcega, de Murcia, de Jaen, de los Algarbes, de Algecira, de Gibraltar, de las islas de Canaria, de las Indias Orientales y Occidentales, Islas y tierra firma del Mar Océano; Archiduque de Austria; Duque de Borgoña, de Brabante y de Milán; Conde de Abspurg, de Flandes, Tirol, Rosellon y Barcellona; Señor de Vizcaya y de Molina, etc. Por cuanto por parte de vos el Prior y Cónsules de la Universidad y Casa de Contratación de la M.N. villa de Bilbao, espedida por la Majestad de la Señora Reina Doña Juana en Sevilla á veinte y dos de junio del año pasado de mil quinientos once, con inserción de la librada por las majestades de los Señores Reyes Don Fernando y Doña Isabel en Medina del Campo á veinte y uno de julio del de mil cuatrocientos noventa y cuatro, á instancia del Prior y Cónsules de la Universidad y Mercaderes de la ciudad de Burgos, se habian gobernado en sus comercios y jurisdicción por las Ordenanzas contenidas en las precitadas reales Cédulas, y las que posteriormente habian ido ejecutando, aprobadas todas por los del nuestro Consejo: Y que reconociendo ahora, según la practica del presente Comercio, lo que se ejecutaba en otros pueblos de Europa, y varios sucesos que habian ocurrido, lo muy importante que seria aclarar las dudas y confusiones que se padecian, para evitar pleitos y discordias entre los Comerciantes, y precaver en lo posible las dilaciones y daños que de los pleitos se originaban; habiais acordado en diferentes juntas de Comercio hacer nuevas Ordenanzas, claras y expresivas; á cuyo fin se habían nombrado de conformidad seis personas de los Comerciantes de esa Villa, los mas prácticos é inteligentes, y de mejor concepto, para que con vista de todas las antecedentes, antiguas y modernas, de las reales Cédulas citadas, confirmaciones posteriores, y los demas papeles é instrumentos, y casos prácticos que necesitasen; y que tomando de todo lo que hubiesen menester, las formasen y dispusiesen con

En este último cuerpo de normas fueron tratados entre otros aspectos del derecho mercantil, el comerciante y sus obligaciones, los corredores de mercancías, cambios, seguros y fletamentos y también fue dedicado el capítulo XII de la misma a las comisiones entre mercaderes, el modo de cumplirlas y lo que se ha de llevar por ellas¹⁵⁴, obviamente no fue tratada la figura del agente comercial, pues como sabemos para la época de las Ordenanzas la figura ni siquiera había comenzado a desarrollarse en el ámbito económico de la sociedad de dicha época. La importancia de este cuerpo de normas radica en su vigencia, pues en la mayoría de colonias españolas fueron aplicadas prácticamente hasta la primera mitad del siglo XIX.

expresión y comprensión á todos los casos y cosas que en lo natural y regular del Comercio pudiesen ofrecerse, para que propuestos con distinción, y por capitulos, quedase en cada uno de ellos prevenido y prescrito el orden, forma y modo de entenderle, y lo que se debería ejecutar, para que establecido en estas Ordenanzas el modo y gobierno mas util y justificado y provechoso al bien comun, servicio de ambas Majestades, beneficio de la universidad del Comercio; y que aprobadas que fuesen por los del nuestro Consejo, se pusiesen en uso y observancia: Y con efecto, los nominados á este fin se habian empleado en esta importante obra desde quince de setiembre del año pasado de mil setecientos y treinta y cinco (en que habian sido elegidos) hasta doce de diciembre de mil setecientos treinta y seis, que habian dado acabadas y firmadas las Ordenanzas en veinte y nueve capítulos, con expresión de lo que en cada uno se trataba, y con división de números para las mas clara inteligencia; y que habiéndose presentado á ese Consulado en la Junta general de comercio que se habia celebrado en catorce de dicho mes de diciembre y año referido; reconociendo, que para leerse el todo de ellas con la debida reflexion, seria menester ocuparse muchos dias, según el crecido volumen que contenian; se habia acordado se nombrasen personas idóneas, y de la mayor satisfacción del Comercio, para que juntos con los seis que las habian ejecutado, las examinasen y añadiesen ó quitasen, como tuviesen por conveniente; á cuyo fin se habian nombrado otros cuatro Comerciantes en veinte del propio mes, quienes en diez y ocho de julio pasado de este año habian espuesto su dictamen, en que referian haber visto y reconocido por menor las referidas Ordenanzas con la reflexion debida á la materia tan dilatada y seria, y conferido sobre el tenor de todo con personas de la primera inteligencia, experiencia y conciencia; y que no habiendo en ellas cosa que advertir ni enmendar, se habian conformado con todo lo prevenido y ordenado en ellas, por ser muy arreglado y conforme al estilo del presente Comercio; como todo resultaba de las referidas Ordenanzas, y testimonio de los acuerdos que con la debida solemnidad presentabais; y para que se pudiesen poner en uso y observancia, y tuviesen la fuerza y validación que se necesitaba, y requerian, nos pedisteis y suplicasteis, que habiendo por presentadas dichas Ordenanzas, y testimonio de los acuerdos, fuésemos serviso en vista de todo aprobarlas y confirmarlas, y mandar que con su inserción se librase nuestra real Carta y Provision, ó el real Despacho competente, para que lo contenido en los veinte y nueve capítulos de que se componian; y espresado en los números en que cada uno de ellos se dividía, para la mas clara inteligencia, se observasen y guardasen inviolablemente, interponiendo para su mayor validación y firmeza nuestra autoridad y proteccion real: Y con esta representación hicisteis presentacion del referido testimonio de acuerdos celebrados por vos, y de las Ordenanzas ejecutadas por las personas á este fin nombradas: que uno y otro está signado y firmado de Baltasar de Santelices, nuestro Escribano público, del Número de esa Noble Villa, y Secretario de esa Universidad y Casa de Contratación”.

¹⁵⁴ El Artículo 1º de este Capítulo explicaba las obligaciones del comisionario en los siguientes términos: “1. Por ser las comisiones una de las partes mas principales del comercio y de diferentes especies, se ordena y manda: que todo comerciante de esta Villa á quien se encargare por otro de este reino ó de fuera de él la compra de cualquiera género de mercaderías, deberá atender y poner el debido cuidado en ejecutar las órdenes que se le confieren con la mayor exactitud, y obrar en la misma forma que si fuese en cosa propia suya, no escediendo de aquello que se le previniere, y procurando siempre por todos medios el alivio de la persona de cuya cuenta fueren las compras, así en los gastos como en los precios, bondad de los géneros y demas correspondientes á la confianza que se le hiciere”.

En el caso de las colonias de Portugal, el ordenamiento aplicable estaba constituido por las Ordenanzas Alfonsinas de 1446, las cuales fueron sustituidas por aquellas Manuelinas de 1521 y finalmente las Ordenanzas Filipinas de 1603, confirmadas y revalidadas en 1643, las cuales estuvieron vigentes en Brasil hasta el año 1850, en el que entró en vigor el Código de Comercio.

En el caso de Haití, rigieron las Ordenanzas de Luis XIV de Comercio del año 1673 y de la Marina de 1681.

Posteriormente fue expedida en 1567 la Nueva Recopilación ordenada por Felipe II, la cual pretendía reunir las disposiciones más importantes de los ordenamientos españoles para regir como fuente principal del derecho. Este primer intento de ordenación de normas fue sustituido en 1805 por la Novísima Recopilación, la cual también pretendía el mismo objetivo que la anterior, no obstante lo cual, según las observaciones hechas por algunos doctrinantes fue un resumen incompleto y mal ordenado del derecho español¹⁵⁵.

A la segunda categoría de normas que regían en Latinoamérica, es decir los textos hispanos dictados para las Indias, hacían parte algunas leyes en forma de ordenanzas dictadas para cada uno de los Consulados que se iban formando y también la Recopilación de Indias o Leyes de Indias, dictadas en 1680 por Carlos II.

La mayoría de estas normas estuvieron vigentes en los diferentes Países Latinoamericanos hasta la entrada en vigor de sus respectivos Códigos¹⁵⁶ o hasta la

¹⁵⁵ BARRERA, J. *El Derecho Mercantil...*, cit., p. 18.

¹⁵⁶ En el caso de Brasil, tal como nos lo indica BARRERA, J. *El Derecho Mercantil...*, cit., pag. 23 y sgtes.: "...la Asamblea Constituyente y Legislativa de 1823, por ley de 20 de octubre, "mandó continuar en el Imperio las leyes portuguesas vigentes hasta el 25 de abril de 1821"; posteriormente, hasta el Código de 1850; el Código francés de 1807 junto con el español de 1829 y el portugués de 1833, pero sobre todo el primero, "pasaron a constituir la verdadera legislación mercantil nacional (...) Las Ordenanzas Filipinas, dictadas en 1603 por Felipe II de España y I de Portugal, se mantuvieron en vigor en Brasil en materia mercantil hasta la promulgación del famoso Código de Comercio de 1850, y en materia civil hasta 1916 que se dictó el Código Civil (...) En Argentina, no sólo perduró la legislación colonial española con posterioridad de la emancipación, sino que en opinión del profesor ENRIQUE AZTIRIA, la organización de los consulados, se mantuvo hasta 1857. En Bolivia, también perduró la legislación colonial hasta dictarse el llamado Código de Santacruz de 1834. (...) En Chile, las Partidas estuvieron vigentes hasta la promulgación del Código Civil del eminente don Andrés Bello, en 1855, e influyeron decisivamente en la redacción de éste; y en cuanto a las Ordenanzas de Bilbao, se aplicaron por los consulados que subsistieron con posterioridad a la Independencia, habiéndose creado el de Valparaíso, por decreto de 1839; ambos consulados, el de Santiago y el de Valparaíso, funcionaron hasta que comenzó a regir el Código de Comercio de 1867, que suprimió los tribunales de comercio. En México, las Ordenanzas de Bilbao fueron declaradas aplicables por decreto de 15 de noviembre de 1841 y, con la breve interrupción de la vigencia del primer C. Co. de 1854, rigieron hasta el tiempo del Imperio de Maximiliano. Los consulados, en cambio, se abolieron por decreto de 16 de octubre de 1824. Rigieron también, dichas Ordenanzas, en Ecuador hasta la vigencia del C.Co. de 1831; en Perú, hasta la promulgación del de 1853 e incluso posteriormente; en Uruguay hasta el Código de 1866 y en Paraguay hasta 1846, aunque en este último país las *Siete Partidas* y las Leyes de Toro se aplicaron hasta 1877. Por último, en Centroamérica, al proclamarse la emancipación "se estableció en el Acta de Independencia que el derecho privado sería regulado por las leyes

expedición de algunas Leyes por medio de las cuales aquellas fueron abrogadas¹⁵⁷. Sin embargo, el influjo del derecho europeo sobre el nuestro no se detiene allí, pues la mayoría de Códigos que serán expedidos con posterioridad a la independencia de cada uno de los territorios latinoamericanos serán un reflejo fiel de los Códigos de algunas Naciones Europeas, en ocasiones incluso serán introducidos sin cambio alguno. Así por ejemplo, el Código de Comercio español de 1829 fue copiado en Ecuador en su Código de 1831, en Paraguay en 1846, en Perú, Costa Rica y Colombia en 1853, mientras que en los Códigos de Bolivia de 1835, Brasil de 1850 y México de 1854, sirvió como fuente principal, habiéndose recurrido también al Código de Comercio francés¹⁵⁸.

Con los antecedentes explicados queda claro que el Agente de Comercio no pudo haber sido regulado en los primeros Códigos de Comercio latinoamericanos, pues además de las razones de carácter temporal, en torno al nacimiento y desarrollo de la figura, está el hecho de que siendo éstos modelos de los citados códigos europeos, los cuales tampoco contenían la figura tal como lo vimos anteriormente, no hayan previsto disposiciones sobre la materia.

A. Países en los que ha sido tipificada la Agencia Mercantil

El primer desarrollo legislativo del contrato de Agencia Comercial en América Latina se produjo en Brasil por medio de la *Lei 4886 de 9 dezembro de 1965*, en la cual el Agente recibió la denominación de representante comercial autónomo, lo que no implicaba necesariamente la facultad de representar al Agenciado a menos que así hubiese sido pactado. Esta Ley tal como lo indicaba el título de la misma tenía por objeto regular las actividades de estos representantes, dedicando la primera parte a la determinación de los deberes, obligaciones y prohibiciones que estaban en cabeza de aquellos representantes, e igualmente consagraba la creación de unos Consejos Federales o Regionales como organismos encargados de ejercer vigilancia y control sobre dichos participantes en la actividad mercantil¹⁵⁹. En el artículo 1º de la misma, estos representantes autónomos eran definidos como aquellas personas naturales y jurídicas que sin una relación de trabajo desempeñaban en forma continua para una o más personas una actividad consistente en la mediación de negocios mercantiles, agenciando propuestas o pedidos y practicando o no actos relacionados con su ejecución¹⁶⁰. A nuestro juicio esta fue una definición

españolas, y aún después de la disolución de la Federación Centroamericana continuaron rigiendo en materia mercantil las leyes de España”.

¹⁵⁷ Es el caso de Colombia, por medio de la Ley del 13 de mayo de 1825 se estableció el siguiente orden jerárquico de normas: 1) leyes promulgadas por el Poder legislativo de la República; 2), pragmáticas, cédulas reales, órdenes y ordenanzas emitidas por el gobierno español hasta el 18 de marzo de 1808; 3), la Recopilación de Indias; 4), la Nueva Recopilación de Castilla; y 5) las *Siete Partidas*. En 1887 se abole la legislación española, sin embargo las Ordenanzas de Bilbao sólo estuvieron en vigor hasta 1855.

¹⁵⁸ Barrera, J., *El Derecho Mercantil...*, cit., p. 27.

¹⁵⁹ *Lei 4886 de 9 dezembro de 1965*, Art. 6º: “São criados o Conselho Federal e os Conselhos Regionais dos Representantes Comerciais, aos quais incumbirá a fiscalização do exercício da profissão, na forma desta Lei.

Parágrafo único. É vedado, aos Conselhos Federal e Regionais dos Representantes Comerciais, desenvolverem quaisquer atividades não compreendidas em suas finalidades previstas nesta Lei, inclusive as de caráter político e partidárias”.

¹⁶⁰ *Lei 4886 de 9 dezembro de 1965*, Art. 1º: “Exerce a representação comercial autônoma a pessoa jurídica ou a pessoa física, sem relação de emprêgo, que desempenha, em caráter não eventual

conveniente, entre otras razones porque al haber consagrado la posibilidad de que las personas jurídicas también pudieran desempeñar esta actividad, evitaba cualquier duda al respecto, como en cambio si había sucedido algunos años atrás en la regulación francesa debido a su ambigua definición.

A partir del artículo 27, la Ley brasilera regulaba el contrato celebrado entre el representante y su representado, comenzando por aquellos elementos que obligatoriamente debían constar en el contrato cuando éste fuera celebrado por escrito¹⁶¹, dentro los cuales se encontraban la zona en que sería ejercida la representación, la retribución y su erogación, la garantía o no, parcial o total o por un cierto plazo de exclusividad de zona o sector de zona y el derecho del representante a una indemnización por la rescisión del contrato que no constituyera alguna de las justas causas dispuestas en el artículo 35 de la norma. Sobre este último elemento es importante advertir desde ya que será un uso recurrente aquél de la expresión “justa causa” o “justos motivos” en los ordenamientos latinoamericanos que han regulado la figura, a la cual, por el contrario son reacios algunos doctrinantes europeos quienes consideran que la misma se explica en el caso de los contratos de mandato y de trabajo, más no en éste de la Agencia Comercial¹⁶².

De esta primera definición de la Agencia comercial en los términos indicados en el Brasil, podemos observar que la exclusividad no era un elemento natural de la misma, sino que por el contrario era un elemento accidental que por ello requería de pacto expreso por parte de los contratantes. Esto es confirmado por el artículo 31 de la norma en cuestión, en el que se disponía que el aquí llamado Representante, tendría derecho a la comisión por los negocios celebrados en la zona a él asignada con exclusividad, aunque aquellos fueran hechos por el Representado o por intermedio de terceros, aclarando en el único párrafo de dicho artículo que la exclusividad no se presumía en un contrato de este tipo¹⁶³.

por conta de uma ou mais pessoas, a mediação para a realização de negócios mercantis, agenciando propostas ou pedidos, para, transmiti-los aos representados, praticando ou não atos relacionados com a execução dos negócios.

Parágrafo único. Quando a representação comercial incluir poderes atinentes ao mandato mercantil, serão aplicáveis, quanto ao exercício deste, os preceitos próprios da legislação comercial”.

¹⁶¹ Consideramos que esta expresión habría dado lugar a pensar que dichos requisitos sólo operarían en aquellos casos en los cuales las partes hubiesen acordado que el contrato de Agencia se entendería perfeccionado con el documento escrito, constituyendo ésta una solemnidad ad substantiam actus “ad voluntatem”, pues se refiere al *contrato celebrado* por escrito, de lo contrario habría dicho *del contrato que se haga constar por escrito*, sin embargo me parece más probable que se haya entendido de esta segunda forma.

¹⁶² Cfr. Baldi, R., *Il Contratto di Agenzia...*, cit., VIII, 2: “Si è fatto riferimento in passato in giurisprudenza alle norme sul mandato (artt. 1723 e 1725 cod. civ.) per ipotizzare una possibilità di revoca del contratto d’agenzia per giusta causa, che nel contratto a tempo indeterminato esimerebbe il recedente del preavviso e dall’indennità sostitutiva. Non mi sento di seguire quest’orientamento, perché l’istituto delle giusta causa che determina il recesso, peculiare di alcuni specifici rapporti contrattuali (come il contratto di lavoro ed il mandato), è ad essi tassativamente limitato e non può estendersi analogicamente ad altri rapporti ed in particolare all’agenzia”.

¹⁶³ Lei 4886 de 9 dezemro de 1965, Art. 31: “Prevendo o contrato de representação a exclusividade de zona ou zonas, fará jus o representante à comissão pelos negócios aí realizados, ainda que diretamente pelo representado ou por intermédio de terceiros.

Tratándose de las indemnizaciones previstas en esta Ley, nos interesa resaltar que además de la indemnización a favor del Agente por la terminación injusta del contrato a la cual hicimos referencia anteriormente y para efectos de la cual estaban previstas las consideradas justas causas de terminación respecto de cada una de las partes; se encontraba prevista una indemnización similar a aquella del ordenamiento jurídico italiano conocida como indemnización sustitutiva de preaviso, a favor de cualquiera de los dos contratantes que en vigencia de un contrato a término indefinido no hubiese recibido el preaviso mínimo de 30 días¹⁶⁴. Sin embargo, una particularidad de esta disposición radica en condicionar la operatividad del preaviso o de su indemnización sustitutiva, a la injustificada renuncia, lo que quiere decir entonces que ante un justo motivo de terminación del contrato, como lo sería por ejemplo, según sus normas, la fuerza mayor predicable de las dos partes del contrato, la quiebra del Representado respecto del Representante o los actos de descrédito provenientes del segundo que afecten al primero, no es necesario cumplir el preaviso indicado. Probablemente la razón para que esto haya sido así radica en que en este caso fueron tipificadas expresamente las justas causas de terminación, permitiendo de esta manera dicha distinción.

Posteriormente la *Lei No. 8420, de 8 de maio de 1992*, introdujo algunas variaciones a la anterior, como por ejemplo aquella del artículo 27 que disponía los elementos que obligatoriamente debían constar en el contrato escrito, estableciendo la nueva disposición que los contratos de representación comercial, sin especificar que sólo en el evento de aquellos celebrados por escrito, deberán contener necesariamente la indicación de la zona o zonas en las que será desempeñada la representación comercial y la indemnización debida al representante por la rescisión del contrato sin justa causa, además de los otros elementos comunes a este tipo contractual. Por otra parte, introdujo algunas disposiciones nuevas previstas en los artículos 41 a 47, las cuales no cambiaron en forma significativa la tipificación preexistente del contrato de Representación Comercial Autónoma¹⁶⁵.

Parágrafo único. A exclusividade de zona ou representações não se presume, na ausência de ajuste expresse”.

¹⁶⁴ Lei 4886 de 9 dezembro de 1965, Art. 34: “A denúncia, por qualquer das partes, sem causa justificada, do contrato de representação, ajustado por tempo indeterminado e que haja vigorado por mais de seis meses, obriga o denunciante, salvo outra garantia prevista no contrato, à concessão de pré-aviso, com antecedência mínima de trinta dias, ou ao pagamento de importância igual a um terço (1/3) das comissões auferidas pelo representante, nos três meses anteriores”.

¹⁶⁵ Coincide más o menos con la fecha de la modificación de la primera regulación del contrato de agencia en Brasil, la primera ley sobre la misma materia en Paraguay, sobre la cual nos indica Bortolotti, F.; Costa, C., *Paraguay: la prima legge su agenti e concessionari*, en “Commercio Internazionale”, n. 4, 1992, pag. 216: “Per la prima volta, il Paraguay ha emanato una legge che regola i contratti con agenti e concessionari. Si tratta del decreto legge n. 7 del 27 marzo 1991, applicabile ai contratti tra parti aventi sede nel Paese latino-americano e le loro controparti straniere. La nuova normativa prevede alcune rilevanti restrizioni nei confronti delle imprese straniere che concludono accordi con agenti o concessionari paraguaiani. Una delle principali restrizioni riguarda la possibilità di recedere dal rapporto o di evitare successivi rinnovi dello stesso, che è resa particolarmente onerosa per il preponente (nel caso del contratto di agenzia) o per il concedente (nel caso del contratto di concessione). Inoltre il decreto legge n. 7 prevede la fissazione di una consistente indennità dovuta quasi inevitabilmente in caso di recesso: la nuova normativa infatti, stabilisce che tale indennità è comunque dovuta nel caso cisi rifiuti di prorogare il contratto all’agente o al concessionario senza giusta causa. Infine, il decreto legge afferma il principio dell’inderogabilità della giurisdizione locale”.

Finalmente hace algunos años fue expedido el nuevo Código Civil del Brasil *Lei No. 10.406 de 10 de Janeiro de 2002*, cuyos artículos 710- 721 correspondientes al Capítulo XII del Título VI *Das Várias Espécies de Contrato*, son dedicados a regular el contrato de Agencia Comercial y el de Distribución, estableciendo como uno de los criterios de distinción entre estos dos, la disposición que sobre los bienes objeto del contrato tiene el distribuidor a diferencia del Agente, lo que se explica obviamente por el hecho de que el primero se encarga fundamentalmente de tratar los negocios por cuenta de un empresario, mientras que la labor del segundo va más allá, teniendo a su cargo la reventa de los mismos.

En este nuevo Código fueron modificados algunos aspectos que habían caracterizado el régimen jurídico de la Representación Comercial Autónoma dentro de la cual se entendía comprendido el contrato de Agencia Comercial, tales como por ejemplo la naturaleza jurídica del elemento de la exclusividad, la cual en un principio constituía un elemento accidental a favor del Agente, mientras que de acuerdo con el nuevo artículo 711 parece haberse convertido en un elemento natural del contrato, tanto a favor del Agente como del Agenciado. Otra modificación relevante está constituida por el requisito del preaviso a cargo de cualquiera de las dos partes para efectos de la terminación del contrato a término indefinido, pues recordemos que de conformidad con la norma anterior, éste parecía tener lugar solo cuando la causa de la terminación no fuera justa, mientras que de acuerdo con el texto actual, no se hace ninguna distinción a este último respecto. Adicionalmente, también con relación al preaviso podemos observar que el término antes previsto fue incrementado en forma considerable pues de los 30 días requeridos en la legislación anterior se pasó a uno de 90 días.

Una disposición que a nuestro juicio merece ovación es aquella contenida en el artículo 713 del Código Civil, conforme a la cual el Agente y el Distribuidor correrán con los gastos propios del contrato de intermediación aquí referido, a menos que se haya expresamente estipulado lo contrario, pues como lo hemos dicho en repetidas ocasiones una previsión de este tipo se encuentra en plena consonancia con el origen de la figura.

Finalmente es importante tener en cuenta que de conformidad con el último artículo dedicado a estas dos relaciones contractuales, se reconoce la posibilidad de remisión a las normas que regulan los contratos de mandato y de comisión, como también a aquellas especiales como las anteriores sobre la Representación Comercial Autónoma, cuando resulten aplicables para efectos de colmar los vacíos que se adviertan al interno de la nueva regulación, ya que como lo pudimos apreciar en los comentarios que acabamos de hacer son varias y relevantes las diferencias entre ellas, con especial atención a las últimas, aspecto que deberá resolver la doctrina y la jurisprudencia de ese País.

En seguida de esta primera regulación del contrato de Agencia Comercial por parte de un País Latinoamericano, hayamos la tipificación de dicho negocio en nuestro Código de Comercio colombiano, Decreto 410 de 1971.

La primera observación que debemos hacer sobre esta tipificación de la Agencia, es que la misma corresponde a un criterio objetivo, en el sentido de que fue introducida en el Libro IV dedicado a los Contratos y a las Obligaciones mercantiles, en vez de haber sido incluida en el Libro I de los Comerciantes y de los asuntos de comercio, dando entonces mayor importancia a su carácter contractual que a aquél subjetivo como persona

ayudante del empresario. Probablemente una razón para que ello haya sido así, radica en que en este último Libro no estaba previsto un Título referido a los auxiliares del comerciante, como en cambio si sucedía en otras codificaciones¹⁶⁶, o tal vez la razón está en el fuerte ligamen que para el codificador, existía entre el contrato de mandato y la figura en cuestión, prefiriendo entonces ubicarla en seguida de aquél, así como también lo hizo para el contrato de comisión y de preposición. Esto último ya nos permite apreciar la dirección que habría tomado el legislador colombiano en el proceso de tipificación del contrato de Agencia. Veamos entonces hasta que punto fue realmente consistente con lo anterior.

De la definición dada en el artículo 1317 del contrato de Agencia Comercial, se infiere que dentro de sus elementos esenciales se encuentran la promoción de negocios, la independencia y estabilidad de la actividad del agente, la determinación de un ramo del comercio y de una zona geográfica dentro de la cual serán desarrolladas dichas actividades. Por el contrario, la facultad del Agente de representar a su Agenciado parece no pertenecer en todos los casos al contrato de Agencia, en la medida en que se dice que una persona explotará el negocio de otra como representante o agente del empresario, en otros términos, se puede considerar con fundamento en la norma que la representación sólo hará parte del contrato cuando así haya sido pactado.

Otro elemento que tampoco es esencial al contrato de Agencia Comercial es la exclusividad, la cual posee una naturaleza distinta, según la parte beneficiada por la misma. Así por ejemplo a favor del Agente, la exclusividad, de conformidad con el artículo 1318 es un elemento natural del contrato, en el sentido de que se entiende prevista dentro del contrato aunque las partes no lo hayan expresado, a menos de haber dispuesto lo contrario. Tratándose del Agenciado, la exclusividad a su favor es un elemento accidental de acuerdo con el artículo 1319 lo que significa que el Agenciado no podrá prohibir a su agente que desarrolle la misma actividad que desarrolla para él, a favor de un empresario competidor.

A primera vista no podemos menos que expresar nuestra profunda impresión del fuerte influjo que sobre la regulación del contrato de Agencia Comercial ejerció el Código Civil Italiano del año 1942, pues aunque no sean totalmente coincidentes, como por ejemplo en torno a la exclusividad (pues en este último dicho elemento recibe el carácter de natural para las dos partes del contrato), es posible apreciar como más adelante lo haremos más similitudes que diferencias entre estos dos, tanto en sus virtudes como en aquellas que no podemos catalogar como tal.

En cuanto a la remuneración a favor del Agente, el artículo 1322 prevé que aquél tendrá derecho a ésta cuando el contrato sea celebrado o cuando no habiéndolo sido, lo fue por causa imputable al Agenciado. No se dice nada sin embargo, en cuanto al derecho a la remuneración al Agente por los negocios concluidos por su Agenciado con posterioridad a la terminación del contrato de Agencia, pero como consecuencia de la actividad del primero. Aspecto éste que como tuvimos la oportunidad de verlo ya era previsto por

¹⁶⁶ Recordemos por ejemplo que en el caso del HGB alemán, el Libro I dedicado al estado de Comerciantes, estaba compuesto por ocho secciones, la primera “De los comerciantes”, la segunda “Del registro de comercio”, la tercera “De la empresa de comercio”, la cuarta “De los libros de comercio”, y las siguientes cuatro referidas a los ayudantes del comerciante.

algunas legislaciones y que como podremos verlo dentro de poco, fue también reconocido en la Directiva Comunitaria 86/653.

Ahora, sobre la terminación del Contrato de Agencia Comercial en nuestro Código de Comercio, tal como lo advertimos anteriormente, ésta legislación también se caracteriza por hacer referencia a una justa o injusta causa de terminación consagrando las que considera son justas tanto respecto del Agente como del Agenciado. Como consecuencia de la terminación del contrato, el artículo 1324 dispuso dos figuras, por una parte, una compensación que tiene lugar por el hecho de aquella sin tener en consideración si la misma fue justa o injusta, imputable o no al Agenciado o al Agente, lo que generalmente se conoce en el ámbito doctrinal como cesantía comercial y por otra, se reguló la indemnización equitativa derivada de la terminación injusta del contrato de Agencia por parte del Agenciado, agregando que la misma representa una retribución por los esfuerzos del Agente para acreditar la marca, la línea de productos o servicios objeto del contrato.

Es muy interesante observar que en el caso de la tipificación de la llamada cesantía comercial en nuestro ordenamiento jurídico, no tuvieron lugar las arduas discusiones que por el contrario se presentaron en la mayoría de países europeos sobre la naturaleza de aquella, puesto que en el caso colombiano tal derecho fue previsto a favor del Agente como consecuencia de la terminación del contrato, sin importar si la misma fue imputable o no a este último, atribuyéndole de esta forma un carácter netamente remuneratorio y no en cierta medida, resarcitorio, mientras que, recordemos, en las legislaciones de los países europeos esa indemnización tenía lugar cuando el contrato había finalizado por razones no imputables al Agente, lo que obviamente se contraponía con su objetivo dirigido a compensar la clientela lograda para su empresario, pues tal como lo expresamos con anterioridad, si éste era el objetivo no tenía sentido que no fuera pagada cuando la terminación le era imputable, pues antes de eso probablemente había conseguido un número significativo de personas interesadas en dicho producto. Incluso hoy bajo la Directiva de la Comunidad Europea podríamos decir que la naturaleza de la indemnización no es completamente clara, pues tal como se verá más adelante, ésta es excluida cuando el contrato termina por causa del Agente, lo que es obvio teniendo en cuenta que la Directiva siguió en líneas generales el modelo alemán.

Se ha especulado que una de las razones que generalmente lleva a los empresarios interesados en las prestaciones propias de la Agencia de Comercio a disfrazarla con el nombre de otros contratos, es precisamente esta compensación, puesto que en ocasiones puede ser bastante onerosa para ellos¹⁶⁷. Por esa razón creo que su eliminación no sería

¹⁶⁷ Así por ejemplo en una sentencia del 28 de febrero del año 2005, proferida por nuestra Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, con ponencia del Magistrado Dr. Carlos Ignacio Jaramillo, se discutió sobre el pago de dicha cesantía, afirmando lo siguiente, pags 29-30: "Si se considera que el derecho a esa prestación de tipo económico se encuentra estrechamente ligado a la clientela que preserva el agenciado, aún después de terminar el contrato de agencia, no se ve la razón para no autorizar una cláusula que, a partir del reconocimiento de aquel, permita que el agente, *ex ante*, vea retribuido –o, si se quiere- compensado su esfuerzo por la formación de una clientela que, en principio, no se desdibuja por la terminación del negocio jurídico, desde luego que ese pago anticipado tendrá un efecto extintivo total o parcial, según que, al finalizar el contrato, el monto de la obligación, cuantificado en los términos previstos en el artículo 1324 del C. de Co., resulte ser igual o mayor a la sumatoria de los avances pactados. Las mayores o menores dificultades que puedan presentarse en la cuantificación de la prestación, no pueden erigirse como

grave y tal vez podría sustituirse con el reconocimiento expreso del derecho del Agente a recibir una remuneración por los negocios celebrados o ejecutados con posterioridad a la terminación del contrato cuando estos sean consecuencia de su labor, ya que de esta forma se está remunerando de manera plena la actividad desarrollada por el agente y se está estimulando la celebración de este contrato en la medida en que no seguirá siendo demasiado costoso para el empresario.

En cuanto a la indemnización por la terminación injusta, consideramos que hay una crítica que se le debe hacer, y es el hecho de haber dispuesto como justificación de su configuración, los esfuerzos hechos por el Agente para acreditar la marca, la línea de productos o servicios, pues en realidad lo que motiva esta indemnización es la inexistencia de una justa causa imputable al Agente para poder terminar el contrato. Adicionalmente se podría llegar a pensar que tal como se encuentra regulado este derecho en la normativa actual, probablemente constituye una presunción de perjuicios que no en todos los casos conviene a las partes.

Volveremos a analizar algunos aspectos de la tipificación del contrato de Agencia Comercial en el siguiente título, en el que lo haremos a la luz de los compromisos asumidos por Colombia en el Tratado de Libre Comercio celebrado con Estados Unidos.

Los otros Países Latinoamericanos que tipificaron legalmente el contrato de Agencia Comercial, fueron la mayoría de países centroamericanos y lo hicieron en forma bastante similar lo que puede deberse a que aquellos tenían condiciones de mercado también parecidas¹⁶⁸. Así pues lo primero que podemos apreciar en la *Ley sobre Protección a los Agentes Importadores de Mercaderías y Productos No. 173 del 6 de abril de 1973* expedida en República Dominicana, en la *Ley de Representantes, Distribuidores y Agentes de Empresas Nacionales y Extranjeras No. 549 del 24 de noviembre de 1977* de Honduras y en aquella de Costa Rica No. 6209 del 9 de marzo de 1978 *Ley de Protección al Representante y Distribuidor de Casas Extranjeras*, es que por medio de ellas, no se pretendía tratar en forma exclusiva la figura que aquí nos ocupa, sino que por el contrario se querían involucrar todos los contratos de distribución y representación mercantil que tuvieran lugar en dichos Países, fundamentalmente, aquellos celebrados entre Representantes Nacionales de Empresas extranjeras pues hacían un importante énfasis

insuperable valladar para arribar a conclusión distinta, pues lo medular es que ella sea determinable, como efectivamente lo es en casos como el que motiva estas reflexiones, si se considera que el propio legislador estableció un referente de obligatoria observancia: la doceava parte del promedio de la comisión, regalía o utilidad recibida en los últimos tres años, por cada uno de vigencia del contrato. Por supuesto que esta regla general no se opone a que, en casos particulares, puede restarse eficacia a una cláusula así diseñada, si se demuestra, por vía de ejemplo, que ella vulnera el principio de autonomía de la voluntad; que es abusiva o leonina (cfme: cas. civ. de 2 de febrero de 2001; exp.: 5670), o que muy a pesar de lo pactado, claramente se burló —en la realidad— la eficacia del derecho reconocido en el inciso 1º del artículo 1324 del Código de Comercio, como sería el caso de no cancelarse la totalidad de la suma adeudada por el concepto a que dicha disposición se refiere. Pero es claro que la sola probabilidad de que sea distorsionada la voluntad contractual, no autoriza al intérprete, *ab initio*, para desconocer postulados que, como el de la autonomía, insuflan el derecho de los contratos”.

¹⁶⁸ Lo que se puede apreciar en un estudio hecho por la Cámara de Comercio Exterior de Costa Rica, titulado *Comentarios sobre la Ley de Protección al Representante de Casas Extranjeras*, <http://www.crecex.com/asesoria-juridica/art-interes/comentario-ley-casas.pdf>, al cual haremos referencia en el segundo título del presente artículo.

sobre estos últimos, lo que se puede apreciar por el título de las normas, incluso la Ley costarricense sólo era aplicable en este último caso. Común denominador de estas tres Leyes es también su objetivo, cual era aquél de proteger a las personas naturales o jurídicas que desempeñaban estas labores de promoción o distribución de los productos de otros, lo que se refleja en los considerandos¹⁶⁹ de aquellas y obviamente en sus disposiciones.

Lo anterior nos demuestra una vez más, que la parte débil del contrato de Agencia Comercial generalmente es el Agente, pues las leyes referidas, probablemente no son el fruto del influjo del desarrollo de la figura en los países europeos, sino que respondían a una necesidad concreta cual era aquella de defender los intereses de un sector económico de la sociedad de dichas Naciones que podría tener cierta incidencia en la misma economía de su territorio, razón por la cual, no queda duda que al momento de plantear una modificación normativa, resultará necesario partir de este presupuesto sin llegar al punto de hacer poco atractiva la figura a la otra parte del contrato hasta generar el desuso de la misma llegando a su posterior desaparición.

El Agente en estas leyes es concebido como la persona natural o jurídica¹⁷⁰, que en forma autónoma desempeña labores de promoción o distribución de productos de otro, con exclusividad o no. Emanada de esta definición el carácter accidental que tiene la exclusividad a favor de las partes del contrato, a diferencia del Código de Comercio colombiano que consagra como lo vimos anteriormente la exclusividad a favor del Agente como elemento natural¹⁷¹.

Finalmente y tal como lo expresamos al tratar la Ley del Brasil, en estas normas también se consagra una indemnización a favor de los Agentes, distribuidores o Representantes por la terminación del contrato sin justa causa. Por el contrario, ningún rastro de la llamada *indemnización de clientela* encontramos en estas Leyes, ni siquiera como criterio de tasación de la indemnización que si consagraban, pues dentro de ellos no se hacía referencia a las ganancias que después de la extinción del contrato obtendría el agenciado como consecuencia del aumento de la clientela o de la constitución de una nueva debida a la actividad del Agente. Se podría decir entonces que estos Países siguieron el modelo de indemnización francés y no aquél alemán? nosotros estaríamos tentados a decir que no aunque las coincidencias son varias, empezando por el hecho de

¹⁶⁹ Por ejemplo en el Considerando Primero de la *Ley No. 173 del 6 de abril de 1973* se expresaba lo siguiente: “que el Estado Dominicano no puede permanecer indiferente al creciente número de casos en que personas físicas o morales del exterior, sin causa justificada eliminan sus concesionarios o agentes tan pronto como éstos han creado un mercado favorable en la República, y sin tener en cuenta sus intereses legítimos”.

¹⁷⁰ En el caso de la norma de República Dominicana, la expresión utilizada en el artículo 1º es aquella de persona física o moral.

¹⁷¹ Esto es confirmado por el Art. 5 de la Ley No. 173 de 1973 de República Dominicana, en la que al respecto dispone: “Todo contrato de Concesión que otorgue al Concesionario la representación del Concedente, de manera exclusiva, comprende las mercaderías o productos de procedencia extranjera como las que sean fabricadas en la República Dominicana e igualmente los servicios que se originen en el extranjero con destino a la República Dominicana o viceversa, o bien sean originados en la República Dominicana con destino al propio territorio nacional” e igualmente el Art. 9º de la Ley Hondureña: “Los agentes, representantes o distribuidores podrán dedicarse a cualquier otra clase de negocios y a los de la misma naturaleza de los que efectúen en virtud de la relación contractual con su principal, salvo pacto escrito en contrario”.

que se trata de una indemnización que comprende los perjuicios sufridos y también tiene su fundamento en la inmotivada terminación.

Estas normas de los Países Centroamericanos serán analizadas más a fondo en el siguiente capítulo del presente estudio, debido a que las mismas también han sufrido algunas modificaciones como consecuencia del TLC que estas Naciones celebraron con el Gobierno de los Estados Unidos.

B. Países en los que no ha sido tipificada la Agencia Mercantil

Dentro de los Países en los que no ha sido tipificada la Agencia Comercial se encuentran, entre otros, Argentina, Chile, Venezuela y Ecuador¹⁷². Sin embargo dicha atipicidad en la mayoría de ellos es solo legal, en el sentido de que no ha sido expedida una norma en la cual se consagren los elementos del contrato, las obligaciones de las partes y sus consecuencias, puesto que la jurisprudencia es bastante proficua en la materia, existiendo entonces una verdadera tipicidad social de este negocio jurídico, además de aquellos casos en los que también hay una preeminente doctrina¹⁷³. Siendo un contrato atípico en estos ordenamientos jurídicos, el contrato de Agencia Comercial se encuentra regido en primer lugar por las disposiciones pactadas por las partes contratantes, por las normas generales sobre los contratos y las obligaciones teniendo en cuenta aquellas consagradas en los respectivos Códigos de Comercio y posteriormente las del Código Civil¹⁷⁴, cuando estos no están unificados, por las normas de aquellos contratos con los cuales tenga una considerable analogía¹⁷⁵ y finalmente por los principios generales del derecho¹⁷⁶.

¹⁷² Cfr. Baldi, R., *Il Contratto di Agenzia...*, cit., pag. I, 2.

¹⁷³ Camacho López, M., *Régimen Jurídico aplicable a los Contratos Atípicos en la Jurisprudencia colombiana*, Revista virtual e-mercatoria, www.emercatoria@edu.co, Vol. IV, No. 1, 2005, pag. 3: "Observemos bien, que al hablar de tipicidad nos estamos refiriendo a la regulación que hace el ordenamiento jurídico, sin especificar la fuente que cumple dicha función, por lo que debemos entender que esa tipificación se puede presentar por medio de la ley, pero también por otras fuentes del derecho. De ahí que la doctrina clasifique la tipicidad en social y legal¹⁰, comprendiendo por la primera aquella que se hace a través de la ley, y por la segunda, aquella que proviene de fuentes diferentes a la legal, comúnmente, por medio de la costumbre y la jurisprudencia".

¹⁷⁴ Así por ejemplo en nuestro ordenamiento jurídico, no obstante estar tipificado el contrato de Agencia Comercial, además de esas normas especiales también le serán aplicables algunas normas de carácter general previstas en el Código de Comercio tales como el art. 863 sobre la buena fe en la etapa precontractual, los artículos 832 y siguientes que regulan la figura de la representación, como cuando al Agente se le haya otorgado esta facultad en el contrato, entre otras normas de esta Codificación. Igualmente le serán aplicables los artículos 1502 y sgtes. del Código Civil que regulan los requisitos para obligarse, entre otras normas del Libro IV de conformidad con lo dispuesto en el art. 822 del Código de Comercio.

¹⁷⁵ Así por ejemplo en Argentina, Hoczman, H., *Contrato de Agencia Comercial*, http://www.justiniano.com/revista_doctrina/AGENCIA.htm, pag. 12 expresa que: "las opiniones se han dividido entre la aplicación de las normas del contrato de locación de obra, del mandato, de la comisión, de la locación de servicios, etc".

¹⁷⁶ El Código Civil Mexicano prevé en su Art. 1858 como fuentes aplicables a los contratos atípicos las siguientes: "Los contratos que no estén especialmente reglamentados en este Código, se regirán por las reglas generales de los contratos; por las estipulaciones de las partes, y en lo que fueren omisas, por las disposiciones del contrato con el que tengan más analogía, de los reglamentados en este ordenamiento".

Un intento de tipificación de la figura que estamos estudiando fue plasmado en el Proyecto de Código Civil Unificado con el Código de Comercio de Argentina¹⁷⁷ cuyos artículos 1361 a 1381 se encuentran dedicados a ésta. Bastantes son las coincidencias entre las disposiciones contenidas en este Proyecto y aquellas de la Directiva Comunitaria 86/653, lo que resulta lógico teniendo en cuenta que la Comisión designada para el primero lo fue en el año 1995, fecha para la cual ya había sido expedida la segunda. Dentro de las coincidencias a las cuales me refiero es relevante citar la de la consagración de la *indemnización por clientela*, aunque bajo la expresión *compensación de clientela* en el artículo 1377 y el pacto de no competencia posterior a la terminación del contrato, aspecto éste que fue implementado en la mayoría de Países europeos con posterioridad a la entrada en vigor de la Directiva, pues antes de ella eran muy pocos los que la preveían en sus respectivos ordenamientos. Por su parte, la exclusividad a favor del Agente es concebida como un elemento natural¹⁷⁸, recurriendo no solo al ámbito territorial como criterio para delimitar dicho derecho, sino también aquél del grupo de personas. Este Proyecto sin embargo no ha sido aprobado aún, por lo que el Contrato de Agencia Comercial continua siendo considerado un contrato innominado¹⁷⁹ en Argentina.

Un papel muy importante han jugado los principios generales del derecho en la jurisprudencia argentina para efectos de solucionar los conflictos suscitados en torno al contrato en cuestión, como por ejemplo la aplicación del principio general del abuso del derecho consagrado en el artículo 1071 del Código Civil¹⁸⁰, junto con el principio de la buena fe para efectos de proteger al Agente de Comercio ante aquellas decisiones del Agenciado que lo pueden perjudicar, ya sea la de la modificación intempestiva del contrato o la terminación unilateral del mismo sin un preaviso, tal como fue planteado en una sentencia reciente de la Cámara Nacional en lo Comercial, en la cual se expresó al respecto: “...si el móvil perseguido por la parte dominante al ejercer sus atribuciones

¹⁷⁷ Hocsman, H., *Contrato de Agencia...*, cit., pag. 6: “por decreto 685/95 se designó una comisión de juristas que tendría la tarea de redactar un proyecto de Código Civil unificado con el Código de Comercio, la cual se conformó con una nómina de destacados estudiosos del Derecho como los Doctores Héctor Alegría, Atilio Aníbal Alterini, Jorge Horacio Alterini, María Josefa Méndez Costa, Julio Cesar Rivera y Horacio Roitman”. El Proyecto fue elevado al poder jurídico Nacional el 28 de diciembre de 1998 y consta de siete libros “Del Derecho”, “De la parte general”, “De las relaciones de familia”, “De los derechos personales”, “De los derechos reales”, “De la transmisión de derechos por causa de muerte”, “De las disposiciones comunes a los derechos personas y reales”, posteriormente fue añadido el Libro Octavo “Del Derecho Internacional Privado”.

¹⁷⁸ Proyecto de Código Civil Unificado con el Código de Comercio, Art. 1362: “Exclusividad. Salvo pacto en contrario: a) El agente tiene derecho a la exclusividad en el ramo de negocios, en la zona geográfica o respecto del grupo de personas, expresamente determinados en el contrato.

b) El agente puede asumir igual calidad con relación a otros preponentes, salvo que se trate de operaciones del mismo ramo de negocios o en competencia con las del preponente. Sin embargo, el primer preponente puede autorizarlo a actuar en competencia, en cuyo caso se requiere cláusula expresa”. Obsérvese bien el uso de la expresión *preponente* en forma análoga a la expresión usada en el ordenamiento jurídico italiano para referirse al Agenciado, la cual no es común en los ordenamientos jurídicos latinoamericanos, no se trata de un concepto derivado del español.

¹⁷⁹ Código Civil Argentino, Art.1143: “Los contratos son nominados, o innominados, según que la ley los designa o no, bajo una denominación especial”.

¹⁸⁰ Código Civil Argentino, Art.1071: “El ejercicio regular de un derecho propio o el cumplimiento de una obligación legal no puede constituir como ilícito ningún acto. La ley no ampara el ejercicio abusivo de los derechos. Se considerará tal al que contrarie los fines que aquélla tuvo en mira al reconocerlos o al que exceda los límites impuestos por la buena fe, la moral y las buenas costumbres”.

contractuales **carece de buena fe**, sea en lo relativo a la celebración y al cumplimiento del contrato como en lo referente al ejercicio de las facultades, provoca una **disociación entre el derecho subjetivo, el precitado al principio y, la norma del art. 1071 del CCiv.** Permite poner en quicio las prerrogativas individuales. (C.Nac. Com., esta sala, in re, “La Central de Tres Arroyos v. Manufactura de Tabaco V/F Greco S.A. s/ Ordinario, del 30/6/1983)”¹⁸¹. Recordemos que el principio del abuso del derecho también sirvió de base a una de las corrientes jurisprudenciales de Francia a mediados de la década de los treinta para efectos de atenuar el rigor de la *resolución ad nutum* prevista en el contrato de mandato, la cual le era aplicada analógicamente a la figura objeto de nuestro estudio.

3. Directiva Comunitaria¹⁸² 86/653

La Directiva del Consejo relativa a la coordinación de los derechos de los Estados miembros en lo referente a los Agentes Comerciales independientes, es el fruto de varios años de trabajo, incluso antes de su aprobación tuvieron lugar dos proyectos, el primero presentado el 17 de diciembre de 1976 el cual dio lugar a varias comentarios por parte del Comité económico y social y a una resolución del Parlamento europeo por medio de la cual se requerían algunas modificaciones al mismo y el segundo, presentado el 29 de enero de 1979 al que se opusieron principalmente Francia y Gran Bretaña, debido a que éste seguía muy de cerca la legislación alemana, lo que no gustaba debido a que el modelo que abanderaba Francia era netamente contrario, más que todo en cuanto a la indemnización por la terminación, como ya se vio con anterioridad y en el caso del otro opositor, por el hecho de que el proyecto presentado contenía una definición genérica de Agente, que no era apto al sistema inglés¹⁸³. Finalmente y después de varias

¹⁸¹ Sentencia de la Cámara Nacional en lo Comercial, Sala B, (Dres. Ana I. Piaggi, Dr. Díaz Cordero y Dr. Bagalló) en la causa Telecel S.R.L. c/ Movicom Personal S.A, del 28 de junio de 2007.

¹⁸² Cena, D.; Martinetti, C., *Portogallo: la Legge in materia di Agenzia e la Directiva Comunitaria*, en “Rivista Commercio Internazionale”, No. 24, Anno XVI, 31 Dicembre 1992, 1437: “Gli atti della CEE si distinguono in:

Decisioni: direttamente efficaci, ma solo nei confronti di soggetti individuati specificatamente nelle decisioni stesse.

Raccomandazioni: come si intuisce dal nome, non hanno valore vincolante.

Regolamenti: provvedimenti legislativi comunitari di carattere generale, direttamente applicabili, alla pari delle legislazioni nazionali, e sono produttivi di effetti nei confronti dei singoli all’interno degli Stati membri.

Direttive: hanno carattere generale, la loro particolarità risiede nel fatto che esse sono rivolte agli Stati membri ed implicano per questi ultimi un obbligo di recepirle, ossia di renderle applicabili al loro interno mediante l’emanazione di una norma di diritto nazionale.

Le direttive sono quindi uno strumento indiretto di intervento della Cee nelle legislazioni nazionali; inoltre, diversamente dai regolamenti, che sono vincolanti in tutti i loro elementi, le direttive in base al Trattato (art. 189) obbligano gli Stati ‘per quanto riguarda il risultato da raggiungere salvo restando la competenza degli organi nazionali in merito alla forma es ai mezzi’. Di fatto, poi, le direttive sono diventate sempre più dettagliate. Esse lasciano spesso agli Stati solo la scelta fra diverse alternative su alcuni punti, e non si limitano più ad indicare il fine da raggiungere. Questo avviene specialmente per le direttive di armonizzazione tecnica, che si sono moltiplicate nell’ambito del progetto di mercato unico”.

¹⁸³ Cfr. Graziadei, M., *Agency*, en “Digesto delle Discipline Privatistiche”, Sezione Commerciale, UTET, Torino, 1987, pag. 32.

modificaciones el 18 de diciembre de 1986, bajo la presidencia británica, fue aprobado el primer proyecto presentado, entre otras razones para evitar aquél del año 79¹⁸⁴.

Los motivos que dieron lugar a la expedición de la precitada normativa fueron principalmente la necesidad de estabilizar las condiciones de competencia bajo las cuales actuaban los diferentes Estados miembros en esta clase de negocios, la protección de los agentes de comercio, los cuales no gozaban en ocasiones de alguna norma que previera sus derechos y la facilitación de las operaciones comerciales intracomunitarias, logrando así un mercado común¹⁸⁵. Teniendo en cuenta las anteriores razones se consideró que la mejor forma de alcanzarlas era a través de la armonización de las normas que regulaban la materia, lo que significaba reducir sus diferencias y no unificarlas, siendo éste también uno de los propósitos consagrados en el Tratado constitutivo de la Comunidad Europea, artículo 117.

No obstante lo anterior, a juicio de algunos doctrinantes la forma más adecuada para alcanzar los objetivos citados, no era la de la armonización de los diferentes ordenamientos jurídicos sino que por el contrario era necesaria su unificación, por lo que a juicio del mismo el único objetivo que parece estar destinado a superarse es aquél de la protección de los agentes de comercio y no los demás. También argumenta este mismo autor, que habiéndose recurrido al mecanismo de la armonización, ésta tampoco se hizo en forma adecuada, pues fueron muchos los aspectos que quedaron por fuera de la regulación como por ejemplo la disciplina del *star del credere*, mientras que otros fueron dejados a la libre elección de los estados miembros como es el caso de la indemnización por la terminación del contrato para efectos de lo cual se sugirieron dos soluciones diversas que corresponden a los modelos antagónicos que tratan el punto, la conceptualización de los agentes independientes y la consagración de normas de protección superiores a aquellas fijadas en la norma comunitaria¹⁸⁶. Por esta razón nos proponemos a continuación estudiar brevemente algunas de las disposiciones de la

¹⁸⁴ Cfr. Baldi, R., *La Diretiva del Consiglio delle Comunità Europee...*, cit., pág. 55.

¹⁸⁵ Lo anterior se desprende de los Considerandos de la Directiva Comunitaria 86/653, en los que se expresa: "Considerando que las diferencias entre las legislaciones nacionales sobre representación comercial afectan sensiblemente dentro de la Comunidad las condiciones de competencia y al ejercicio de la profesión y afectan también al nivel de protección de los agentes comerciales en sus relaciones con sus poderdantes, así como a la seguridad de las operaciones comerciales; que, por otra parte, estas diferencias pueden perjudicar sensiblemente el establecimiento y el funcionamiento de los contratos de representación comercial entre un comerciante y un agente comercial establecidos en diferentes Estados miembros; Considerando que los intercambios de mercancías entre Estados miembros deben llevarse a cabo en condiciones análogas a las de un mercado único, lo que impone la aproximación de los sistemas jurídicos de los Estados miembros en la medida que sea necesaria para el buen funcionamiento de este mercado común; que, a este respecto, las normas de conflicto entre leyes, incluso unificadas, no eliminan, en el ámbito de la representación comercial, los inconvenientes anteriormente citados y no eximen, por tanto, de la armonización propuesta..." <http://eur-lex.europa.eu>.

¹⁸⁶ Bortolotti, F., *La nuova legislazione sul contratto di agenzia: prime considerazioni sul decreto 303 del 10 settembre 1991*. "Contratto e Impresa", No. 1, Nono Anno, Padova, CEDAM, 1993, pag. 98: "Quanto sopra dimostra che la direttiva è di scarsa (o nessuna) utilità per realizzare uno degli scopi che essa si prefiggeve, quello di facilitare il commercio intracomunitario: il che non toglie, tuttavia, che essa abbia una rilevante importanza sotto il profilo dell'elevazione del livello di protezione degli agenti, portando ad allineare le legislazioni meno protettive sulle posizioni dei paesi più favorevoli all'agente".

Directiva Comunitaria para efectos de entender como concibe el contrato de Agencia Comercial y algunas de las normas por medio de las cuales dicho acto fue introducido en los diferentes países miembros para poder tener una visión autónoma sobre la materia.

De conformidad con la definición dada en la Directiva Comunitaria, podemos entender al Agente como una persona natural o jurídica que actúa como intermediario independiente teniendo a su cargo la función de promover o concluir *contratos de venta o adquisición de mercancías en forma permanente*¹⁸⁷. En esta definición encontramos una coincidencia con la regulación francesa en la medida en que ejemplifica los negocios que puede promover o concluir haciendo referencia específica a la venta o a la adquisición de mercancías, mientras que el proyecto de Directiva de 1979 no hacía referencia a la naturaleza de aquellos, utilizando por el contrario una expresión genérica¹⁸⁸. Se aparta en cambio del régimen italiano, puesto que no consagra la zona dentro de la definición¹⁸⁹. Adicionalmente, conforme al numeral 2º del artículo 2º es posible que cualquiera de los Estados miembros excluya la aplicación de esta norma comunitaria a aquellos que ejerzan la actividad de agente en forma accesoria, estando en estrecha relación con el par. 92b del HGB.

En la Directiva son consagrados en forma expresa los deberes de lealtad y buena fe que se deben las partes recíprocamente al tratar el tema de sus obligaciones¹⁹⁰. Antes de esta introducción, no obstante que no había una referencia específica a dichos principios dentro de la regulación del contrato de Agencia en la mayoría de legislaciones europeas, se entendía comprendido allí, ya fuera por que estuviera reflejado en el resto de disposiciones prescritas, o por la norma contenida en la parte general de los contratos relativa a los principios que deben guiar las actuaciones de las partes, cuestión que a nuestro juicio debe ser de esta última forma, ya que si se comienza a introducir una particular exigencia de buena fe y lealtad dentro de los contratos que a juicio del legislador, lo merecen más que otros, llegará el momento en el cual el intérprete de la norma se preguntará si en aquellos contratos en los que no aparece de esta forma, también vinculan estos conceptos a las partes, generando entonces cierta inseguridad jurídica. Es cierto que algunos contratos se caracterizan por el mayor nivel de confianza que debe existir entre las partes, como es el caso de la Agencia Comercial, pero si lo que se pretende es poner de presente esta situación sugerimos que se haga de otra forma, como podría ser indicando éste carácter dentro de la regulación del contrato y no a través de una referencia expresa al deber de lealtad y buena fe.

¹⁸⁷ Directiva 86/653, Art. 1 num. 2: "A efectos de la presente Directiva, se entenderá por agente comercial a toda persona que, como intermediario independiente, se encargue de manera permanente ya sea de negociar por cuenta de otra persona, denominada en lo sucesivo el «empresario», la venta o la compra de mercancías, ya sea de negociar y concluir estas operaciones en nombre y por cuenta del empresario".

¹⁸⁸ A mi juicio es preferible la referencia genérica a la *promoción o conclusión de negocios*, pues estos no se limitan a la venta o adquisición de mercancías, puesto que también puede tratarse de la promoción de servicios, caso en el cual cabrían negocios jurídicos diversos a los citados.

¹⁸⁹ Baldi, R., *La Diretiva del Consiglio delle Comunità Europee...*, cit., pág. 57: "Nella sua definizione dell'agente, la direttiva omette l'elemento, che dovrebbe ritenersi imprescindibile, della zona determinata in cui l'agente deve svolgere la sua attività, contenuto invece nell'art. 1742 cod. civ. italiano, e che nella direttiva è quindi solo eventuale, come in diritto tedesco (par. 87 n. 2 HGB)".

¹⁹⁰ Baldi, R., *La Diretiva del Consiglio delle Comunità Europee...*, cit., pág. 57: "I doveri di lealtà e buona fede insiti nel contratto di agenzia, che è un rapporto fiduciario, contenuti negli artt. 3 e 4 della direttiva, sono affermati in tutte le legislazioni europee".

Por otra parte, también se hace un importante énfasis en el deber de información, no solamente en aquél que se encuentra a cargo del agente, sino también al que está en cabeza del Agenciado a favor de su Agente, en el sentido de hacerle saber la disminución del volumen de las operaciones comerciales¹⁹¹ y la aceptación o rechazo del negocio promovido dentro de un plazo razonable. Esto será importante en algunas legislaciones como la italiana, en la cual la práctica era la de informar al Agente solamente sobre la aceptación de los negocios¹⁹² y también podría ser bastante útil en el momento de llegar a formular la posibilidad de una modificación de las normas sobre el contrato de Agencia Comercial en Colombia, pues esta clase de información podría ayudar al Agente a evitar ciertas pérdidas.

El Capítulo III de la Directiva se encuentra dedicado a regular la remuneración a favor del Agente, para efectos de lo cual recurre a esta amplia expresión comprensiva de las diversas formas que ésta puede tener, es decir, una retribución que corresponda a los usos normales en cierto sector o una cifra variable que dependa de todos los elementos conexos con la operación¹⁹³. Dicha retribución puede tener entonces el carácter de *provvigione* tal como ocurre en el régimen italiano, la cual según algunos autores constituye la forma natural de retribución del agente¹⁹⁴, o la *commission*, entendida en la doctrina francesa como la compensación con la relación a la agencia¹⁹⁵.

A juicio de BALDI, ha sido consagrada en la Directiva una neta distinción entre el momento en el cual surge el derecho a la provisión, que se concreta con la celebración del contrato promovido por el Agente de conformidad con lo establecido en los artículos 7º a 9º y aquél de la efectiva adquisición a que se refieren los artículos siguientes del mismo Capítulo. Esto con el fin de poder incluir los créditos a favor de los Agentes dentro de los trámites concursales o similares que se encuentren en trámite¹⁹⁶. Tratándose del segundo

¹⁹¹ Bortolotti, F., *La nuova legislazione sul contratto di Agenzia...*, cit., pág. 122: “Scopo di quest’ultima norma sembra essere essenzialmente quello di evitare che l’agente sia portato a promuovere affari a vuoto, non essendo stato informato di riduzioni della produzione (o cassazione della fabbricazione di determinati prodotti) decise in precedenza dal preponente”

¹⁹² Bortolotti, F., *La nuova legislazione sul contratto di agenzia...*, cit., pág. 123: “Ciò comporta un ampliamento rilevante del dovere di informazione del preponente, che obbligherà molti operatori a modificare la prassi prevalentemente seguita, consistente nell’informare l’agente solo in caso di esecuzione dell’ordine (attraverso l’invio di copia della fattura al cliente)”.

¹⁹³ Directiva 86/653, Artículo 6º, No. 1: “In assenza di un accordo in proposito fra le parti e fatta salva l’applicazione delle disposizioni obbligatorie degli Stati membri relative al livello delle retribuzioni, l’agente commerciale ha diritto ad una retribuzione conforme agli usi del luogo dove esercita la sua attività e per la rappresentanza delle merci che sono oggetto del contratto di agenzia. In mancanza di tali usi, l’agente commerciale ha diritto a una retribuzione ragionevole che tenga conto di tutti gli elementi connessi con l’operazione”.

¹⁹⁴ Baldi, R., *La Diretiva del Consiglio delle Comunità Europee...*, cit., pág. 58: “Il generico riferimento alla ‘retribuzione conforme agli usi’, contenuto nell’art. 6, vuole ricomprendere ogni possibile forma di compenso anche diverso dalla provvigione, che peraltro è la naturale forma di retribuzione dell’agente”.

¹⁹⁵ Baldi, R., *La Diretiva del Consiglio delle Comunità Europee...*, cit., pág. 59: “Il *Décret* francese del 23 dicembre 1958, n. 1345, non fa riferimento al compenso. In dottrina si considera come compenso nel rapporto di agenzia la *commissione*”.

¹⁹⁶ Baldi, R., *La Diretiva del Consiglio delle Comunità Europee...*, cit., pág. 59: “A noi pare più ortodosso il concetto unitario di diritto dell’agente al compenso (cioè sia alla provvigione sia all’esazione della stessa) per la regolare esecuzione o buon fine dell’affare, di cui alla legislazione

momento considera el mismo autor que la norma comunitaria consagró dos opciones diversas a los Estados miembros, la de dar por ejecutado el contrato cumplido solamente a cargo del Agenciado, caso en el cual la efectiva adquisición del derecho a la provisión en cabeza del Agente se concretaría en ese momento, o por el contrario, acoger la posición propugnada en la legislación italiana del buen fin del negocio, conforme a la cual se tendrá que esperar hasta que las prestaciones hayan sido cumplidas por los dos contratantes para efectuar el pago de la provisión¹⁹⁷. Esta última opinión no es acogida por todos los estudiosos de la materia, como es el caso de BORTOLOTTI quien argumenta no haber dejado la Directiva a la libre elección de los países miembros el momento en que debe tener lugar el pago de la provisión, en la medida en que lo que realmente hizo la normativa en cuestión fue haber previsto el cumplimiento de la prestación a cargo del Agenciado, en el contrato celebrado con el tercero, como una primera etapa dirigida a la concreción final del derecho, o mejor, usando sus propias palabras, la provisión madura ya con la ejecución del Agenciado, agregando después que cada vez que la Directiva abre espacio a opciones diferentes lo dice expresamente¹⁹⁸.

Por mi parte creo que la concepción de BALDI resulta mucho más coherente con los términos de la Directiva, pues el artículo 10º al citar los casos en los que tendrá lugar el pago de la provisión a favor del Agente lo hace en forma alternativa y no cumulativa, además ésta interpretación estaría acorde con uno de los objetivos de la norma comunitaria cual es el de la protección de los agentes de comercio, ya que prever el pago de la provisión por el cumplimiento de la prestación por parte del Agenciado es mucho más benéfico para el Agente, habiendo ordenamientos jurídicos que así lo disponían desde antes de la entrada en vigor de la Directiva¹⁹⁹. Finalmente debo decir que no comprendo la relevancia jurídica que podría tener el decir que la provisión *madura* a partir de cierto momento, me parece que esta expresión es un poco confusa.

También son objeto de regulación dentro de este capítulo, los casos de remuneración debida al Agente como consecuencia de los contratos celebrados con las personas pertenecientes a una zona o a un grupo que le ha sido asignado previamente, o a las primeras, cuando se le ha otorgado exclusividad sobre la misma²⁰⁰ e igualmente se

italiana (art. 1748 cod. civ. e accordi economici collettivi) che evita la possibile conseguenza della restituzione da parte dell'agente di provvigioni incassate e per le quali il diritto è estinto, *ex art. 11 della direttiva*".

¹⁹⁷ Cfr. Baldi, R., *La Diretiva del Consiglio delle Comunità Europee...*, cit., pág. 61.

¹⁹⁸ Cfr. Bortolotti, F., *La nuova legislazione sul contratto di agenzia...*, cit., pág. 118.

¹⁹⁹ Por ejemplo en la legislación alemana, HGB Par. 87 a.

²⁰⁰ Es importante advertir sobre el pacto de exclusividad dentro del ámbito de la Comunidad Europea, que el mismo se encuentra permitido dentro del contexto del contrato de Agencia Comercial, así por ejemplo se puso de presente incluso desde antes de la expedición de la Directiva Comunitaria de 1986, por medio de una decisión de la Corte de Justicia de la Comunidad, sobre la cual nos da noticia Baldi, R., *Il Contratto di Agenzia...*, cit., pag. 78, explicando sobre ésta: "Appunto per l'esistenza di un rapporto di collaborazione, e non competitivo, tra preponente ed agente, la Corte di Giustizia della Comunità Europee 13 luglio 1966 (pronunciando nel giudizio tra le società Consten e Grundig, e Commissione della Comunità economica europea) (cause 56 e 58/64), ammettendo l'applicabilità degli artt. 85 e 86 del Trattato di Roma, sui patti limitativi della concorrenza, ai contratti di concessione di vendita in esclusiva tra imprese di stati membri, e sancendo pertanto l'applicabilità di tali norme non solo ai cosiddetti accordi 'orizzontali', ma anche a quelli 'verticali', l'ha invece esclusa per gli accordi tra preponente ed agente o rappresentante, osservando che 'Sarebbe poi vano confrontare la situazione (soggetta all'art. 85) del produttore legato al distributore dei suoi prodotti tramite un accordo di esclusiva, con quella del fabbricante

consagra el derecho del Agente a la provisión por los negocios celebrados dentro de un término razonable después de la terminación del contrato, cuando aquellos sean consecuencia de la actividad desarrollada por el Agente durante la vigencia del negocio²⁰¹.

Resulta de particular interés la norma prevista en el artículo 13 de la Directiva, en la que se establece un derecho a favor de las dos partes del contrato de solicitar un documento en el que conste el contenido del contrato, siendo éste un derecho de carácter irrenunciable²⁰². En el numeral 2º del mismo artículo se dice que sin perjuicio de lo previsto en el primer inciso, los Estados miembros podrán erigir el documento como un requisito para su validez. Nos preguntamos entonces, ¿cuál es la naturaleza de la solemnidad prevista en esta disposición?, a nuestro juicio aquella a la que se refiere el primer numeral es *ad probationem*, porque tiene por objeto servir de prueba del contrato a las partes, la segunda en cambio, no queda duda de que se trata de una *solemnidad ad substantiam actus*. El artículo siguiente fija un principio ya bastante conocido en la mayoría de legislaciones sobre el contrato de Agencia, consistente en la modificación de la naturaleza del contrato a término definido en contrato a término indefinido como consecuencia de su renovación, cuya utilidad práctica está en impedir que mediante las renovaciones sucesivas del primero se logren evadir las medidas de protección previstas para el segundo o manipular los datos reales que permiten tasar las indemnizaciones previstas²⁰³. Después de esto se regulan los términos que debe tener el preaviso el cual es obligatorio para dar por terminado el contrato de agencia comercial a tiempo indeterminado; lo que no es óbice para que se conserve la extinción inmediata de la relación como consecuencia del incumplimiento por uno de los contratantes de toda o parte de sus obligaciones o en caso de circunstancias excepcionales, cuando así se

che provvede direttamente alla distribuzione dei suoi prodotti in un modo qualsiasi, ad esempio servendosi di rappresentanti, ed è come tale sottratto all'art. 85. *Queste due situazioni non soltanto sono giuridicamente distinte*, ma hanno altresì un valore diverso, potendo non essere identica l'efficacia di due circuiti economici, l'uno integrato e l'altro no' ". En la actualidad el problema se encuentra resuelto por el Reglamento n. 2790/1999 que a su vez reemplazó el Reglamento no. 1983/83, en el que se eximen ciertos acuerdos verticales de la prohibición contenida en el artículo 81 del Tratado Constitutivo de la CEE.

²⁰¹ Directiva Art. 8º: "Per un'operazione commerciale conclusa dopo l'estinzione del contratto di agenzia, l'agente commerciale ha diritto alla provvigione;

a) se l'operazione è dovuta soprattutto al risultato dell'attività da lui svolta durante il contratto di agenzia e se l'operazione è conclusa entro un termine ragionevole dopo l'estinzione del contratto, o b) se, conformemente alle condizioni di cui all'articolo 7, l'ordinazione effettuata dal terzo è stata ricevuta dal preponente o dall'agente commerciale prima dell'estinzione del contratto di agenzia".

²⁰² Bortolotti, F., *La nuova legislazione sul contratto di agenzia...*, cit., pág. 116: "La norma in questione dà quindi a ciascuna parte il diritto di ottenere dall'altra che un eventuale accordo verbale esistente tra le stesse venga redatto per iscritto e firmato. Ciò può essere importante non solo nel caso in cui una parte non desidera precisare per iscritto le condizioni del contratto, ma anche quando, avendo una parte proposto un contratto scritto, l'altra rifiuta di firmarlo, pur non contestando singole clausole dello stesso".

²⁰³ Así lo pone de presente Bortolotti, F., *La nuova legislazione sul contratto di agenzia...*, cit, pag. 124, pp. 73, quien al respecto menciona: "Analogo discorso si potrebbe fare per l'indennità di clientela prevista dal (nuovo) art. 1751: è vero che questa spetta indipendentemente dal fatto che il contratto sia a termine o a tempo indeterminato, però in presenza di una serie consecutiva di contratti a termine, il limite massimo di un anno di provvigioni verrebbe calcolato su un periodo più breve, il che potrebbe portare a risultati diversi da quelli voluti dal legislatore, particolarmente in caso di riduzione del fatturato nel corso dell'ultimo contratto".

encuentre previsto en alguna de las legislaciones de los países miembros²⁰⁴. Algunos doctrinantes italianos lamentan el hecho de que no haya sido introducida en la norma comunitaria la llamada *indemnización de preaviso*, la cual era desarrollada en el artículo 1750 del *Codice Civile* y precisamente como su nombre lo indica en sustitución del preaviso²⁰⁵.

Uno de los aspectos más sobresalientes de la norma comunitaria está representado por la regulación que le dio a la indemnización por la terminación del contrato, ya que previó expresamente las dos alternativas que hasta el momento habían ocupado las legislaciones de los países europeos con facultad de elección por parte de los mismos, esto es, el modelo alemán de la *indemnización de clientela* y aquél francés consistente en la *indemnización compensatoria del perjuicio sufrido*²⁰⁶, haciéndolo de una forma tan clara y sistemática, que a mi juicio logró resolver muchos de los interrogantes que se suscitaban en torno a su configuración, incluyendo por ejemplo el de su procedencia en los contratos a término definido como a término indefinido, no excluyendo su aplicación en alguno de estos.

Para que tenga lugar la indemnización de clientela, la norma comunitaria previó dos requisitos fundamentales, el primero de ellos consistente en la creación de una nueva clientela o el aumento de aquella que ya existía, cuando como consecuencia de esto el Agenciado obtenga sustanciales ventajas y el segundo, es el principio de equidad que debe estar representado en el pago de esta indemnización, teniendo en cuenta todas las circunstancias del caso, en especial las provisiones que el agente comercial pierde y que resultan de los negocios con tales clientes. No obstante ser esta previsión el resultado del modelo alemán, se pueden ver algunas diferencias con éste, el cual introdujo la Directiva comunitaria a través de la Ley del 23 de octubre de 1989, modificando los artículos 84 y siguientes del *HGB*²⁰⁷. Es importante tener en cuenta que el literal c) del numeral 2º del

²⁰⁴ Directiva Art. 16 y en estrecha conexión con este aspecto véase el análisis de los fragmentos I. 3,26,11 y Sentencias de Paolo 2,15,1 que se hará en la Segunda Parte del presente estudio.

²⁰⁵ Baldi, R., *La Diretiva delle Comunità Europee...*, cit., pág. 62-63: "Opportuna sarebbe stata la disciplina dell'indennità di preavviso prevista in diritto italiano dall'art. 1750 cod.civ., che rinvia per il suo ammontare agli accordi economici collettivi (importo pari a tanti dodicesimi delle provvigioni liquidate nell'anno solare precedente, 1º gennaio- 31 dicembre, quanto sono i mesi di preavviso) e prevista anche dalla convenzione Benelux (art. 13) dove si fa espresso riferimento al diritto al risarcimento dei danni, da calcolare in una somma uguale alla retribuzione corrispondente alla durata che il contratto avrebbe avuto se fosse cessato regolarmente (art. 15), tenuto conto delle provvigioni percepite in precedenza e di ogni altro elemento"; no obstante lo anterior, a juicio de Bortolotti, F., *La nuova...*, pág. 127, las partes pueden estipular dicha indemnización en el contrato.

²⁰⁶ La mayoría de Países Miembros han acogido la indemnización de clientela del régimen alemán, excepto por Francia, Cfr. Costa, C., *Contratto di Agenzia: Uno Sguardo all'Italia*, en "Rivista Commercio Internazionale", 3, anno XVI, 15 febbraio 1992, Ipsoa Editore, pag. 156, pp. 11

²⁰⁷ Bortolotti, F., *La nuova legislazione del contratto di agenzia commerciale...*, cit., pág. 103: "Con tutto ciò sussistono delle differenze, persino per quanto riguarda la norma sull'indennità di clientela, rimasta immutata nonostante alcune -lievi- modifiche introdotte dalla direttiva rispetto al modello tedesco. In particolare per quanto riguarda il diritto all'indennità i presupposti sono tre: (i) creazione e/o allargamento della clientela che dia al preponente sostanziali vantaggi anche dopo la cessazione del contratto; (ii) perdita di provvigioni che l'agente avrebbe guadagnato in caso di continuazione del rapporto; (iii) corrispondenza ad equità, tenendo conto di tutte le circostanze, del pagamento dell'indennità. Si tratta quindi di uno schema più articolato in cui ad esempio la perdita di potenziale guadagno dell'agente costituisce un elemento necessario, mentre nell'art. 17.2 della

artículo 17, aclara que el pago de esta indemnización no priva al agente de la facultad de pedir un resarcimiento de daños.

En cuanto a la reparación del perjuicio sufrido, el numeral 3º del artículo 17 indica que dicho perjuicio deriva de la terminación del contrato que priva al Agente de las provisiones que habría obtenido como consecuencia de la normal ejecución del negocio, beneficiando en cambio de manera considerable al Agente y también, aquellos representados por los gastos hechos por el Agente para efectos de ejecutar el encargo, los cuales como consecuencia de la terminación no logran ser amortizados. Esta previsión, de la misma forma que la anterior, no obstante seguir el modelo francés, se distingue de éste por el hecho de tener presente las ventajas que derivan de la actividad del Agente al Agenciado²⁰⁸.

Ambas disposiciones excluyen la indemnización a favor del Agenciado cuando la terminación del contrato le sea imputable, lo que pone de presente a juicio de algunos autores el carácter resarcitorio que las ha siempre caracterizado²⁰⁹.

Finalmente en el artículo 20 es regulado el pacto de no competencia, fijando los requisitos necesarios para su validez, cuales son, por una parte el de su documentación por escrito, su limitación al sector geográfico o económico en el que se desempeñaba el Agente y un límite temporal de dos años contados a partir de la terminación del contrato.

El proceso de recepción de esta norma comunitaria en los diferentes países europeos ha sido bastante fructífero²¹⁰, incluso países como Portugal antes de la expedición de la Directiva ya había proferido una Ley que regulaba la materia en forma muy similar a aquella, razón por la cual, aunque su precedencia temporal suscitó algunas dudas se consideró que lo importante era la coherencia de la norma Nacional con aquella comunitaria²¹¹, esta Ley fue objeto de ulteriores modificaciones dando lugar al Decreto del

direttiva esso non è che una delle circostanze di cui si può tener conto nel valutare se sia equo riconoscere l'indennità".

²⁰⁸ Baldi, R., *La Diretiva delle Comunità Europee...*, cit., pág. 66: "In merito alla seconda soluzione, l'indennità, compensando il pregiudizio subito dall'agente (il *préjudice subi* del diritto francese) per la perdita di provvigioni e di clientela, deve tener conto dei vantaggi derivati al preponente (elemento non considerato in diritto francese). Come già si è rilevato, l'indennità per il *préjudice subi* giunge in diritto francese fino a due anni di provvigioni (sulla media degli ultimi tre anni) ed in certi casi di particolare durata del rapporto fino a tre anni".

²⁰⁹ Cfr. Baldi, R., *La Diretiva delle Comunità Europee...*, cit., pág. 67.

²¹⁰ Dentro de las normas de recepción de la Directiva Comunitaria en los diferentes países miembros se encuentran: Países Bajos Ley de julio 5 de 1989, Dinamarca Ley No. 272 del 2 de mayo de 1990, Grecia Decreto Presidencial No. 219 del 18 de mayo de 1991, Suecia Ley No. 351 del 2 de mayo de 1992, España Ley 12 del 27 de mayo de 1992, Finlandia Ley No. 417 del 8 de mayo de 1992, Portugal Decreto Ley No. 118 del 13 de abril de 1993, Gran Bretaña Ley entrada en vigor el 1 de enero de 1994, Irlanda Ley entrada en vigor el 21 de febrero de 1994, Luxemburgo Ley del 3 de junio de 1994, Bélgica Ley del 13 de abril de 1995.

²¹¹ Cit. Cena, D.; Martinetti, C., *Portogallo: la legge in materia di Agenzia...*, cit., pag. 1437: "La legge portoghese n. 178 del 18 giugno 1986 in materia di agenzia ha sollevato nell'ambito degli operatori comunitari alcuni dubbi sul fatto che, data la sua antecedente alla direttiva CEE n. 653 del 18 dicembre 1986, potesse essere considerata come recepimento della norma comunitaria.

Con questo articolo cercheremo di dimostrare che il dato dell'antecedente costituisce un falso problema e che il fattore determinante per considerare una legge un valido recepimento delle direttive comunitarie è la conformità ad esse".

13 de abril de 1993. Por el contrario, algunas de las normas por medio de las cuales fue introducida la norma comunitaria contienen algunas disposiciones que se separan un poco de aquella²¹², es el caso del Decreto No. 303 del 10 de septiembre de 1991 por medio del cual se introdujo la norma comunitaria a la legislación italiana, en el que por ejemplo al prever los requisitos para la configuración de la indemnización de clientela del artículo 17, habiendo acogido la opción dada en el numeral 2 de la Directiva, consagró aquellos en forma alternativa y no cumulativa, de manera que podía darse el caso de un Agente que no obstante no haber incrementado en forma considerable la clientela a favor de su Agenciado, por el simple hecho de que el pago de una indemnización resultara conforme al principio de equidad, ésta con fundamento en la norma citada podía ser reconocida. Otro de los aspectos en los que se aparta la norma de recepción italiana está

²¹² Es el caso de la legislación de la antigua Checoslovaquia, en la que Bortolotti, F., Costa, C., *Cecoslovacchia: le norme sui contratti di agenzia*. en "Rivista Commercio Internazionale", No. 18, Anno XVI, 30 settembre 1992. Rubriche 1069 identifica varias diferencias: "Le nuove norme cecoslovacche sui contratti di agenzia sono contenute nel Codice di commercio, del 5 novembre 1991, agli artt. 652 e ss. (...) Una norma di un certo interesse, in quanto non ci risulta trovi uno specifico riscontro in altre legislazioni sui contratti di agenzia (non trova riscontro, ad esempio, nelle legislazioni che hanno attuato la direttiva CEE), prevede l'espresso obbligo dell'agente di mantenere il segreto sulle informazioni ricevute dal preponente, quando la loro divulgazione possa recare pregiudizio agli interessi dello stesso. Tale obbligo continua a permanere anche dopo la cessazione del contratto di agenzia. (...) Tuttavia, l'art. 660, 1 prevede che quando il cliente debba adempiere non prima che siano trascorsi sei mesi, l'agente acquisirebbe il diritto alle provvigioni non al momento dell'esecuzione dell'affare, ma al momento della sua conclusione. Anche questa norma non ci risulta trovi uno specifico riscontro in altre legislazioni sui contratti di agenzia. (...) È inoltre il caso di segnalare un'altra norma in materia di provvigioni che non trova espressi riscontri altrove. Si tratta dell'art. 661 che attribuisce alle parti la facoltà di limitare sensibilmente il compito promozionale dell'agente. In virtù di tale norma, infatti, i contraenti possono prevedere che l'agente si impegnerà semplicemente a procurare al preponente la semplice opportunità di concludere il contratto con il cliente. Conseguentemente, in tale eventualità, l'art. 661 anticipa il sorgere del diritto alla provvigione al momento in cui l'agente ha procurato l'opportunità di conclusione dell'affare. Naturalmente, una pattuizione contrattuale in tal senso è del tutto sconsigliabile dal punto di vista dell'esportatore italiano che intenda avvalersi di agenti cecoslovacchi". En el caso de la Ley de Países Bajos, se consagran algunas disposiciones más favorables de aquellas de la Directiva, tal como nos lo indica Bortolotti, F., *La nuova legislazione del contratto di agenzia...*, cit., pág. 104: "Una particolarità della legge olandese (art. 74e del codice di commercio) è che il diritto alla provvigione viene acquisito già al momento della *conclusione* del contratto tra il preponente ed il terzo: si tratta qui di una norma ancora più favorevole dell'art. 10 della direttiva, che fa riferimento al momento dell'*esecuzione* (da parte del preponente o del terzo). È però consentito alle parti –purché per iscritto- di far dipendere il diritto alla provvigione dall'esecuzione del contratto, e quindi anche dal pagamento del terzo. Un altro principio più favorevole della direttiva (simile al disposto dell'art. 6.7. del nostro Accordo economico collettivo 16 novembre 1988 per l'industria) è quello secondo cui gli affari proposti dall'agente debbono considerarsi accettati (ai fini del diritto alla provvigione) ove il preponente non comunichi all'agente il rifiuto entro un periodo ragionevole stabilito nel contratto o, altrimenti, entro un mese. Analogamente, si prevede il diritto dell'agente a ricevere una remunerazione nel caso in cui il preponente abbia utilizzato i servizi dell'agente in misura sensibilmente inferiore a quanto l'agente poteva normalmente attendersi (art. 74h)". La Ley española contiene una disposición adicional en la que establece la competencia exclusiva del juez del domicilio del agente y la nulidad de cualquier pacto en contrario, la cual, sin embargo no encontrará ejecución en el ámbito de la comunidad, pues resulta contraria al artículo 17 de la Convención de Bruselas de 1968.

La mayoría de normas de los Países de la Comunidad siguieron el modelo alemán en materia de indemnización por la terminación del contrato.

en el reconocimiento de la zona como un elemento esencial del contrato, no siendo así en la Directiva, lo que se podría explicar por el carácter natural que se le atribuye en la primera, a la exclusividad a favor de las dos partes contratantes, pues este elemento necesita circunscribirse a un determinado ámbito territorial o económico en el que el Agente desarrollará su actividad²¹³. Para solucionar estas divergencias fue expedido el Decreto No. 65 del 15 de febrero de 1999²¹⁴.

Dentro del proceso de recepción de la Norma Comunitaria, hay un caso que merece particular atención cual es el del Reino Unido, puesto que no existía una figura análoga a la del Agente de Comercio tal como se encuentra concebido en los demás países de la Comunidad²¹⁵. Esta es la razón por la cual le fue concedido a este País un término más amplio para efectos de cumplir las disposiciones contenidas en la Directiva²¹⁶, ya que para ello debió implementar nuevas medidas con carácter estatutario, tales como por ejemplo la consagración expresa del deber de buena fe con que deberá actuar el Agente, la fijación de una retribución a favor del Agente que sea razonable y conforme a la práctica existente en la materia, un deber específico en cabeza del Agenciado consistente en proporcionar al Agente el acceso a los documentos relativos a los negocios resultantes de la colaboración empresarial con fundamento en los cuales será retribuido y la previsión de la indemnización por clientela o la compensación del perjuicio causado, a que tendrá derecho el Agente en determinadas circunstancias como consecuencia de la terminación del contrato, la cual constituyó una previsión nueva dentro del ordenamiento jurídico de este País²¹⁷.

Parecerá extraña a juicio de algunos la inexistencia de la figura de la Agencia Comercial en el Reino Unido, sobre todo teniendo en cuenta la coincidencia de ese *nomen iuris* con el de *mercantile agents* o *commercial agents* que podemos encontrar dentro de ese ordenamiento jurídico. Pues bien, esos agentes que acabamos de mencionar hacen parte del amplio género de la llamada *agency* del *Common Law*, la cual es entendida como aquella relación por medio de la cual una parte identificada como el principal, permite que

²¹³ Bortolotti, F., *La nuova legislazione del contratto di agenzia...*, cit., pág. 114: "La direttiva invece parte dal presupposto che l'esclusiva costituisca una mera eventualità ed inoltre che la stessa possa venir pattuita sia con riferimento ad un territorio che con riferimento ad un certo tipo di clientela. (...) Possiamo quindi concludere che il nostro legislatore, nel prevedere l'esclusiva come un naturale negotii, si è parzialmente discostato dalla direttiva: tuttavia, trattandosi di un regime preesistente è da considerarsi pienamente legittimo.

Ci si potrà al massimo dolere del fatto che il nostro legislatore abbia trascurato di recepire il principio, contenuto nell'articolo 7.1., lettera b, per cui l'agente privo di esclusiva ha diritto alle provvigioni anche sugli affari non conclusi grazie al suo intervento, quando si tratti comunque di clienti in precedenza acquisiti dallo stesso...".

²¹⁴ Con este Decreto fue sustituido el segundo inciso art. 1742, el primer inciso del art. 1746, art. 1748 y el art. 1749.

²¹⁵ Randolph, F.; Hawkes, L., *Commercial Agency and Distribution Agreements, Law and Practice in the Member States of the European Community*, Chapter 13 United Kingdom, Graham & Trotman, 1989, pag. 419: "Unlike the German 'Handelsvertreter', there is no particular social group identifiable in the UK as "commercial agents". The basic principles of agency law are an integral part of the common law and, until now, legislation has played a very minor role in the development of the law of agency in the United Kingdom.

²¹⁶ Directiva 86/653 CEE, Artículo 22, Numeral 3º: "Tuttavia per quanto concerne l'Irlanda ed il Regno Unito, la data del 1º gennaio 1990 di cui al paragrafo 1 è sostituita dal 1º gennaio 1994".

²¹⁷ Cfr. Randolph, F.; Hawkes, L., *Commercial Agency and Distribution Agreements...*, cit., pag. 420.

otro, que viene a ser el Agente, actúe en su nombre, este último a su vez se compromete a actuar por el primero²¹⁸. Puesto en estos términos, se tendería a identificar la *agency* del *common law* o con la figura de la representación, o con la del mandato, mediación, o incluso con la figura aquí en estudio pertenecientes a nuestro *sistema jurídico romano-germánico*, no obstante lo cual, según algunos doctrinantes dicha equiparación no es posible entre otras razones, porque la primera a diferencia de las otras dos, no sólo comprende la ejecución de actos jurídicos sino también materiales²¹⁹, las equiparaciones que en cambio sí podrían tener lugar a juicio de los mismos, son aquellas de las diferentes figuras que se pueden encontrar al interno de la *agency*, tales como por ejemplo, el *factor*²²⁰, el *broker*, *stockbrokers*, *forwarding agent*, *solicitor*, etc²²¹.

Con las anteriores consideraciones esperamos haber puesto de presente los más radicales cambios producidos con la Directiva Comunitaria 86/653. A continuación nos proponemos analizar el modelo de contrato de Agencia Comercial planteado por la Cámara de Comercio Internacional, el cual a nuestro juicio constituye un buen ejemplo de aquello que las partes deberían estipular cuando se encuentren interesadas en las prestaciones que derivan de esta relación negocial.

4. Contrato modelo de la Cámara de Comercio Internacional

²¹⁸ Cfr. Graziadei, M., *Agency*, cit., pag. 31. Sobre las definiciones de los varios tipos de Agencias e Intermediarios Randolph, F.; Hawkes, L., *Commercial Agency and Distribution Agreements...*, cit., pag. 415: "An agency agreement exists when one party ("the principal") autorices another party ("the agent") to act on his behalf and the other agrees so to do. The agency agreement is often in contractual form, but the absence of a contract does not preclude an agency agreement. An agent must intend to act on behalf of his principal. As is stated in the Notice on Exclusive Dealing Contracts with commercial agents; "...he [the comercial agent] acts on the instructions and in the interest of the enterprise on whose behalf he is operating. Unlike the independent trader, he himself is neither a purchaser or a vendor, but seeks purchasers and vendors in the interest of the other party to the contract, who is the person doing the buying or selling".

²¹⁹ Otra razón para no hacer esa equiparación, está a juicio de Tedeschi, V., *Profilo dell'agency nel diritto nordamericano*, Milano, Dott. A. Giuffrè Editore, 1960, pag. 13, en que: "Tale impressione, rafforzata dal fatto che spesso gli autori anglosassoni si occupano dell'istituto in sede di teoria generale dei contratti, potrebbe condurre il giurista continentale alla conclusione di considerare l'*agency* quale mandato: conclusione erronea, giacchè nel diritto anglosassone non esiste il mandato quale tipo di contratto". Cfr. Graziadei, M., *Agency*, cit., pag. 32.

²²⁰ Tedeschi, V., *Profilo dell'agency nel diritto...*, cit., pag. 37: "Per quanto più specificamente riguarda il *factor* ed il *broker*, il primo è stato definito come "agente commerciale" (*mercantile agent*), la cui normale attività consiste nel vendere (o nel disporre) beni, dei quali il *principal* gli ha affidato il possesso o il controllo, mentre il secondo è un "agente", la cui normale attività consiste nel negoziare e concludere contratti di vendita e di compra di beni, dei quali non gli sono stati affidati nè il possesso nè il controllo. Un ulteriore elemento distintivo, non risultante dalle definizioni sopra riportate, consistirebbe in ciò, che normalmente il *factor* agisce (quale commissionario) *nomine proprio*, mentre il *broker* agisce *nomine alieno*. Sta di fatto, peraltro, che importantissime specie di *broker*, quale, ad es., lo *stockbroker*, agiscono *nomine proprio*".

²²¹ Tedeschi, V., *Profilo dell'agency nel diritto...*, cit., pag. 13, e "Ad ogni buon conto, un'efficace comparazione può compiersi solo in quanto, al di là delle "definizioni" e delle "regole", si individuano gli specifici casi ed interessi che stanno a base di esse. A questa stregua, l'istituto dell'*agency*, *prima facie* unitario, viene ad articolarsi in funzione dei rispettivi problemi, talchè al di sotto del *nomen iuris*, generale ed indifferenziato, si delineano questioni e soluzioni funzionalmente corrispondenti a singoli, distinti istituti del nostro diritto...".

Finalmente consideramos necesario hacer algunas observaciones en el presente Capítulo sobre el modelo del contrato de Agencia Comercial publicado por la Cámara de Comercio Internacional²²², el cual tiene como objetivo fundamental facilitar la labor de los comerciantes que se desenvuelven en el ámbito internacional, concediéndoles este instrumento que puede resultarles de gran ayuda para la celebración de contratos con otros comerciantes, ahorrando de esta manera costos y tiempo.

Este modelo de contrato fue desarrollado teniendo en cuenta las prácticas existentes en esta materia en el mercado internacional, como también los principios básicos que guían el contrato en las diferentes normas nacionales, por lo que tal como se aclara en la introducción del documento que lo contiene, no obstante las diferencias que puedan presentarse entre éste y las últimas, es muy probable que no sean tales como para llegar a constituir una violación a normas de orden público. Como tendremos la oportunidad de verlo en seguida, la Directiva de la Comunidad Europea sobre el contrato de Agencia Comercial obviamente también fue tenida en cuenta para efectos de desarrollar este modelo, razón por la cual, a nuestro juicio son varias las coincidencias existentes entre estas dos herramientas²²³.

En primer lugar, en cuanto a su ámbito de aplicación, se dispone que pueden hacer uso de este modelo las partes de un Acuerdo internacional de Agencia, por lo que no resulta apropiado para personas que tengan su domicilio comercial en el mismo país. Adicionalmente, como se encuentra dirigido a regular las relaciones con una persona que desempeñe esta labor de intermediación en forma autónoma, se aconseja que en aquellos Países en los que la naturaleza de dicho empresario tienda a ser confundida con la de los trabajadores dependientes, el uso de este modelo se restrinja en tal caso a los contratos celebrados con agentes personas jurídicas que desempeñan estas actividades. Por otra parte se encuentran también excluidos en este modelo, los Agentes encargados de comprar bienes, también conocidos como "*buying agents*" ya que sólo se aplicará para el caso de agentes que los promocionan y venden, como tampoco para los Agentes de servicios, a menos de introducir las modificaciones necesarias para estos efectos. Finalmente una última restricción al uso del modelo se encuentra relacionada con aquellos contratos de Agencia en los que esté de por medio una cláusula sobre bienes en consignación, pues nada dispone sobre esta materia el modelo en cuestión.

De las aclaraciones anteriores se puede observar una primera diferencia entre las normas de los estados miembros por medio de las cuales fue incorporada la Directiva Comunitaria y el modelo creado por la CCI, la cual reside precisamente en el diferente ámbito de aplicación y con esto no me estoy refiriendo al ámbito nacional o internacional del contrato, sino a la actividad desarrollada por el Agente, puesto que en la Directiva se encontraba también previsto el Agente que se dedicaba a la compra de bienes por otro empresario y no solamente a su promoción y venta como en este último.

Se advierte también en el modelo de la CCI que aunque con el mismo se trataba de dar una sola solución para cada caso, en algunas ocasiones esto no era realmente posible, razón por la cual podemos encontrar dos alternativas diferentes para aplicar a una

²²² International Chamber of Commerce, *The ICC Model Commerce Agency Contract*. Second Edition, 2002, París.

²²³ Aunque en las palabras introductorias al modelo indicado se afirme que la armonización con la Directiva, no cubrió todos los aspectos del contrato (p. 7).

cláusula del contrato. Como consecuencia de lo anterior, las partes que hagan uso del modelo deberán establecer cual es la alternativa que prefieren y eliminar aquella que no desean aplicar, no obstante lo cual, una de las últimas previsiones se refiere a la inclusión automática de alguna de las dos opciones, cuando los contratantes no hayan hecho la elección.

Entrando ya en el estudio del modelo planteado por la CCI, podríamos afirmar que aquél sigue en términos generales el esquema previsto en la Directiva, así por ejemplo dentro de las coincidencias más notables se encuentran la consagración expresa de los principios de lealtad y buena fe que deben guiar las actuaciones de las partes, el deber de información recíproco, la regulación conferida a las obligaciones a cargo de las dos partes contratantes y el tratamiento dado a la figura de la indemnización de clientela, aquí llamada *goodwill indemnity*, a la que nos referiremos más adelante. Es importante resaltar que en el modelo de la CCI se hace referencia en forma específica a la diligencia de un buen hombre de negocios cuando establece la forma en que el Agente deberá proteger el interés del Agenciado, pues recordemos que éste, tal como se determina en el ordenamiento jurídico colombiano, artículo 63 del Código Civil, constituye un criterio para determinar el grado de imputación de la responsabilidad contractual, que en este caso será el de la culpa o descuido levísimo.

Por el contrario, dentro de los aspectos de los cuales se aparta el citado modelo, de la regulación de la Directiva Comunitaria, hayamos la facultad que tendría el Agente de representar al Agenciado en la celebración de contratos, la cual requiere en el primero de un pacto expreso, mientras que en la Directiva puede representar la actividad normal a cargo del Agente. En el mismo modelo se aclara que ello fue previsto de esta forma ya que en el ámbito internacional el recurso a este mecanismo no es usual²²⁴.

También se aparta, a nuestro juicio en forma significativa, de las previsiones relativas a los pactos de no competencia, empezando porque no dedica una cláusula al pacto de no competencia posterior a la terminación del contrato, debido a que éste tampoco es común en el comercio internacional²²⁵. En cuanto a la obligación de no competir durante la ejecución del contrato de Agencia, se refiere en estos términos a aquella que está a cargo del Agente y a favor del Agenciado, señalando que el primero no podrá sin la previa autorización escrita del segundo, distribuir productos que estén en competencia con aquellos que él distribuye como consecuencia de ese contrato, disposición ésta que nos recuerda mucho aquella del *Décret No. 38-1345 Art. 2* que se mantuvo vigente después de la *Loi 91-593 1991-06-25 Art. 3* por medio de la cual se incorporó la Directiva Comunitaria al *Code de Commerce*. Tratándose de esta misma obligación pero a favor del Agente y a cargo del Agenciado se hace referencia a la exclusividad, conforme a la cual no podrá el segundo, durante la vida del contrato conceder a otra persona el derecho a vender sus productos dentro del territorio del contrato celebrado con el primero.

En cuanto a la comisión, nos da la impresión de que los dos artículos a ella dedicados en el modelo de la CCI se asemejan a los de la Directiva Comunitaria, en la medida en que en un primer artículo (Art. 15) se establece que el Agente es titular de la comisión por todas las ventas hechas durante la ejecución del contrato de Agencia, lo que se podría interpretar en el sentido de que la celebración del contrato de venta es suficiente para

²²⁴ International Chamber of Commerce, *The ICC Model Commerce...*, cit., pag. 16, pp. 20.

²²⁵ International Chamber of Commerce, *The ICC Model Commerce...*, cit., pag. 17, pp. 23.

hacer surgir el derecho en cabeza del Agente. No obstante lo cual, en el siguiente artículo designado como método para calcular la comisión y su pago, se determina que la comisión será calculada de acuerdo con el valor de las facturas de ventas y adicionalmente que el Agente adquirirá el derecho a la comisión tras el pago total por parte de los clientes de los valores facturados. En estos términos tendríamos que la comisión, de la misma forma que lo es en la Directiva, constituye un derecho sujeto a una condición, la diferencia estaría en esta última, pues mientras en el modelo es claro que la condición radica solamente en el pago por parte del cliente, en la Directiva, tal como lo mencionamos al analizarla, podrá ser ésta o también el cumplimiento del contrato por parte del Agenciado. Sobre la comisión, consideramos necesario resaltar una disposición bastante útil cual es la del Art. 16 num. 2, en la que se indica que en el caso de estar asegurado el Agenciado contra el riesgo de no pago por parte de sus clientes, las partes podrán acordar que la comisión sea pagada de acuerdo con las sumas que aquél obtenga como consecuencia de dicha aseguración.

Tratándose de la comisión derivada de los contratos celebrados por el Agenciado con posterioridad a la terminación del contrato de Agencia, en el modelo de la CCI, se establecen dos condiciones para que el Agente tenga derecho a tal comisión, la primera, es un poco más exigente que la de la Directiva, en la medida en que a pesar de reconocer el derecho a la comisión por los negocios celebrados con posterioridad a la terminación del contrato, siempre que las órdenes de venta hayan sido transmitidas por el Agente o recibidas por el Agenciado antes de la terminación, siendo hasta aquí análoga a la regulación de la norma comunitaria, agrega al final que esto ocurre siempre y cuando el contrato sea acordado en un término no superior a los seis meses siguientes a la finalización del contrato de Agencia, requisito éste que no prevé la Directiva, haciendo énfasis sobre el hecho de la recepción de la orden del Agente antes de terminado el contrato de Agencia. Por el contrario, en cuanto a la segunda condición para el pago de la comisión por los contratos celebrados con posterioridad sin una orden previa y consistente en que aquellos sean principalmente debidos al esfuerzo realizado por el Agente durante la vigencia del contrato y adicionalmente que sean concluidos dentro de un término razonable después de la terminación de la Agencia, podemos decir que no se distingue de los términos usados en la Directiva.

Finalmente encontramos dentro de las cláusulas que contienen dos alternativas diferentes, de libre elección por los contratantes, aquella referida a la vigencia del contrato en donde la alternativa **A.** es la de la vigencia indefinida de la relación contractual para cuya terminación por cualquiera de las dos partes se exige el preaviso dado por escrito en un término no inferior a 4 meses, a menos que el contrato haya estado vigente por más de 5 años caso en el cual el periodo será de 6 meses, y en últimas serán superiores cualquiera de estos dos si las partes así lo establecen. Por el contrario, la posibilidad **B.** es la de dar un término fijo al contrato, el cual, en caso de renovación se entenderá que es por un año, operando los mismos términos del anterior para efectos de darlo por terminado. Como podemos apreciar, en este modelo a diferencia de la Directiva, no se dispone la transformación del contrato a término definido continuamente renovado por las partes en contrato a término indefinido.

También se proponen dos alternativas a quienes hagan uso de este modelo en cuanto a la resolución de disputas y a la Ley aplicable al contrato, disponiendo para la primera el conocimiento ya sea **A.** a un tribunal de arbitramento de acuerdo con las reglas que regulan la materia en la CCI o **B.** a la jurisdicción ordinaria del País que elijan las partes.

En cuanto a la segunda, es decir a la Ley aplicable, la alternativa **A.** dispone las fuentes que deberán regir el contrato cuando las cláusulas del modelo no sean suficientes para ello, consagrándolas en el siguiente orden: (a) los principios de derecho generalmente reconocidos en el comercio internacional, aplicables al contrato internacional de Agencia, (b.) los usos del comercio pertinentes, (c.) los Principios sobre los Contratos Comerciales Internacionales de la Unidroit y si el Agente tiene su lugar de negocios dentro de la Comunidad Europea, las disposiciones imperativas de la Directiva también serán aplicables. Por su parte en la opción **B.** los contratantes podrán prever la aplicación de la Ley del País que ellos determinen.

Dispone el mismo modelo en su artículo 25 que en estos tres eventos de soluciones alternativas, si las partes no elijen alguna de ellas, ya sea suprimiendo aquella que no desean emplear o de cualquier otra forma, se considerará aplicable la opción **A.**

Una última solución alternativa que para efectos de nuestro estudio nos interesa resaltar, es aquella contemplada en el artículo 21 del modelo de la CCI, la cual se refiere a la indemnización en caso de terminación del Contrato de Agencia Comercial. La opción **A.** consiste en pactar el pago de la indemnización de clientela aquí llamada *goodwill indemnity*, cuyos requisitos, monto, término de prescripción y casos de exclusión del derecho, son prácticamente iguales a aquellos consagrados en la norma comunitaria, excepto porque en la del modelo de la CCI no se hace referencia al pacto de no competencia posterior a la terminación del contrato de Agencia como criterio adicional para tasar el monto de la presente indemnización, debido a que como lo dijimos antes, no fue dedicada una cláusula para este pacto, por no ser usual en el ámbito del comercio internacional. La alternativa **B.** en cambio, no está representada como podría esperarse por la indemnización compensadora del perjuicio sufrido, propia del régimen francés, que recordemos era la segunda opción en la Directiva Comunitaria, sino por el contrario, consiste en no pactar una indemnización como consecuencia de la terminación del contrato, lo que no excluye el derecho del Agente a reclamar los perjuicios que haya sufrido como consecuencia del incumplimiento del contrato por parte del Agenciado.

En cuanto a la opción que operará automáticamente como consecuencia de la falta de elección por parte de los contratantes, el artículo 25 en su numeral 2º dispuso que en el caso en que el Agente desarrolle su actividad en un País en el que la indemnización de clientela sea reconocida por su ordenamiento jurídico, regirá la alternativa **A.** mientras que en el caso contrario, es decir, si no se reconoce en dicho País la indemnización en cuestión, será la opción **B.** la que operará.

Así pues, en el modelo anterior se puede apreciar en forma significativa el sumo valor que tiene el principio de la autonomía privada, empezando obviamente por el hecho mismo de que las partes decidan dar vida a este modelo lo que ya representa de por sí la puesta en práctica de tal principio. Por otra parte, es posible apreciar el presupuesto de igualdad en que se encuentran las partes contratantes, lo que se refleja en la falta de disposiciones excesivamente favorables a una sola de ellas, más exactamente a favor del Agente, que se supone, es por lo general la parte débil de la relación. Lo más importante de este modelo es que como se dijo desde el inicio de este literal, el mismo tiene en cuenta las prácticas internacionales existentes en la materia, lo cual se ve en la mayoría de sus disposiciones, tales como por ejemplo en los pactos de exclusividad, en la representación, etc., pero al final, todo dependiendo de la libre disposición de los contratantes.

II. *Incidencia de los Tratados de Libre Comercio celebrados con Estados Unidos sobre la regulación del Contrato de Agencia Comercial*

Si desde la antigüedad los diferentes pueblos reconocieron la necesidad de salir del espacio en el cual se asentaban para poder negociar con personas ubicadas en otros lugares, podríamos decir que aún más en un mundo globalizado como el nuestro los diferentes países se ven en la necesidad de intercambiar productos y servicios con otros, abriendo las puertas de sus mercados para permitir la entrada de aquellos bienes que no abundan en sus respectivos territorios, o que a pesar de existir, pueden ser prestados en mejores condiciones por parte del empresario nacional que se ve obligado a competir con aquél extranjero, beneficiando indudablemente de esta manera al consumidor. En fin, muchas y de diversa índole son las razones que dan lugar a la celebración de acuerdos de tipo económico entre los diferentes países.

Una de estas formas son los Tratados de Libre Comercio los cuales son definidos como acuerdos derivados de conferencias Internacionales cuyo propósito es liberar el intercambio de bienes y servicios entre países o grupos de países, reduciendo los aranceles y otras barreras no arancelarias al comercio internacional a nivel regional o mundial²²⁶.

En los últimos tiempos han sido varios los Tratados de libre comercio celebrados, como por ejemplo aquél firmado por los Estados Unidos con algunos países centroamericanos, el de México con la Unión Europea, uno de los más recientes celebrado entre Perú y Canadá el 29 de mayo del año 2008 y por supuesto, de gran interés para nosotros, aquél del 22 de noviembre del año 2006, entre la República de Colombia y el Gobierno de los Estados Unidos de América, que entrará a regir según se dispone en el artículo 23.4 de su texto, sesenta días después de la fecha en que las partes del mismo intercambien notificaciones escritas certificando que han cumplido sus respectivos requisitos legales, o en la fecha en que las partes así lo acuerden.

Ha sido precisamente uno de los compromisos asumidos por nuestro País, relativo al contrato de Agencia Comercial y la modificación de su tipificación, lo que ha suscitado nuestro interés, dando lugar al presente estudio. Por esta razón nos proponemos analizar en este título la experiencia similar de algunos países centroamericanos y la de Colombia, teniendo en cuenta además algunos aspectos sobre el derecho en materia de acuerdos de intermediación en los Estados Unidos.

1. *Experiencia de algunos países centroamericanos*

El 5 de Agosto del año 2004 fue firmado el Tratado de Libre Comercio entre el Gobierno de los Estados Unidos de América, la República de Nicaragua, Honduras, Guatemala, Salvador, Costa Rica y República Dominicana.

El Capítulo Once de este Tratado se encuentra dedicado al comercio transfronterizo de servicios, en donde se prevé como objetivo principal la eliminación de todas las medidas tendientes a restringir, limitar o afectar de cualquier forma la prestación de aquellos por la otra parte, comprendiendo dentro de este amplio marco, cualquier disposición de carácter

²²⁶ Cancinos, J., *El Tratado de Libre Comercio*, www.monografias.com

gubernamental relacionada con la materia, así por ejemplo se entenderá de este tipo alguna medida sobre la producción, comercialización o venta de los servicios, el acceso a los sistemas de distribución y transporte y en particular, nos interesa resaltar para el caso en estudio, la presencia en un territorio de un prestador de servicios de otra parte, así como la exigencia de fianzas u otro tipo de garantías a estos últimos para poder desarrollar dicha actividad. No son incluidos para estos efectos los servicios financieros, los servicios aéreos tanto nacionales como internacionales, aquellos relacionados con la contratación pública, ni tampoco los subsidios o donaciones otorgados por una parte, incluyendo los préstamos, garantías y seguros apoyados por el Gobierno.

Por otra parte, dentro de los mecanismos previstos en este Tratado dirigidos a contribuir con el libre intercambio de mercancías y servicios entre los Países firmantes, se menciona la eliminación de todas aquellas medidas que tiendan a limitar el número de proveedores de servicios, por ejemplo bajo la forma de proveedores exclusivos, monopolios o mediante la exigencia de una prueba de necesidades económicas.

Pero la disposición que más nos interesa para efectos de nuestra investigación, es aquella consagrada en el Anexo 11.13 de ese capítulo, en el que se fijan algunos compromisos específicos para cada una de las naciones centroamericanas firmantes, los cuales en su mayoría tienen que ver con la derogación o modificación de las normas vigentes que regulan la materia de los Agentes de Comercio en dichos países. Por esta razón nos proponemos a continuación analizar dichos compromisos asumidos por estas naciones para observar con claridad la incidencia que el Tratado de Libre Comercio ha tenido en este caso en la concepción de los Contratos de Agencia Comercial, más exactamente en su tipificación actual.

A. *Costa Rica*

La primera obligación a cargo de Costa Rica consiste en derogar los artículos segundo²²⁷, noveno²²⁸ de la *Ley de Protección al Representante de Casas Extranjeras*, con fecha del 9 de marzo de 1978, su reglamento y el inciso b) del artículo 361 del *Código de Comercio*, Ley No. 3284 del 24 de abril de 1964²²⁹, a partir de la fecha de entrada en vigor del Tratado. Como consecuencia de lo anterior resulta lógico que el segundo compromiso se

²²⁷ Ley de Protección al Representante de Casas Extranjeras, Artículo 2º: “Si el contrato de representación, de distribución o de fabricación, es rescindido por causas ajenas a la voluntad del representante, del distribuidor o del fabricante, o cuando el contrato a plazo llegare a su vencimiento y no fuere prorrogado por causas ajenas a la voluntad de éstos, la casa extranjera deberá indemnizarlos, con una suma que se calculará sobre la base del equivalente de cuatro meses de utilidad bruta, por cada año o fracción de tiempo servido. El valor de la indemnización en ningún caso se calculará en un plazo superior a los nueve años de servicio...”

²²⁸ Ley de Protección al Representante de Casas Extranjeras, Artículo 9º: “Las indemnizaciones previstas en esta ley deberán ser pagadas en un pago único y total, inmediatamente después de terminado el contrato o cuando quede firme el fallo judicial condenatorio si lo hubiere. La casa extranjera deberá rendir una garantía sobre el total de las indemnizaciones reclamadas por el representante, el distribuidor o el fabricante, cuyo monto será determinado por el Juez. Si no lo hiciere, el Ministerio de Hacienda suspenderá, a solicitud del demandante, toda clase de importación, de los productos de la citada casa extranjera

²²⁹ Código de Comercio de Costa Rica, Artículo 361: “Para ser representante de casas extranjeras se requiere: b) Haber ejercido el comercio en el país, en cualquiera de sus actividades, por un período no menor de tres años”.

refiera a la expedición de un nuevo régimen legal aplicable a los contratos de representación, distribución o fabricación, y en este punto es necesario recordar que tal como se vio en el capítulo anterior, en la mayoría de países centroamericanos no existe un estatuto exclusivo para el Agente de Comercio, sino que por el contrario éste generalmente es comprendido dentro de las normas que regulan las distintas formas que puede tener la llamada representación comercial, por lo que obviamente cualquier cambio hecho en aquella, afectará la relación que aquí nos interesa.

Así pues, de conformidad con el Artículo 2º de la Sección A de este Anexo, la nueva reglamentación de dichos contratos deberá cumplir ciertos requisitos, tales como por ejemplo atribuir a la exclusividad un carácter accidental al contrato en la medida en que sólo será considerado un elemento del mismo cuando las partes del negocio así lo hayan estipulado, igualmente se dispondrá que la terminación del contrato como consecuencia de la llegada de la fecha convenida por las partes así como aquella hecha con un preaviso de 10 meses, cuando se trata de una relación a término indefinido, sean consideradas justas causas para la terminación del contrato por parte del proveedor de mercancías o servicios.

En cuanto a la indemnización, cuyo monto era determinado de acuerdo con una fórmula matemática indicada en el artículo 2º de la Ley de 1978, en virtud de la reforma, deberá responder en adelante a una prueba de los daños sufridos por el intermediario como consecuencia de la terminación injusta del contrato, para efectos de lo cual se tendrán en cuenta las disposiciones que regulan la materia en el Código Civil²³⁰.

B. *República Dominicana*

Por su parte, el compromiso asumido por esta Nación consistió en la inaplicación de la Ley 173 del 6 de abril de 1966²³¹ a los contratos denominados cubiertos, celebrados con

²³⁰ El art. 2º de la Ley de Protección al Representante de Comercio de Costa Rica es explicada por la Cámara de Comercio Exterior de Costa Rica, *Comentarios sobre la Ley de Protección al Representante de Casas Extranjeras*, <http://www.crecex.com/asesoria-juridica/art-interes/comentario-ley-casas.pdf>, en los siguientes términos, pag.: “La fórmula matemática establecida en el artículo 2, se constituye en una cláusula legal de determinación anticipada de daños y perjuicios, según la cual, el representante, debe probar únicamente el incumplimiento de las causales establecidas en la Ley, se presume - en consecuencia - la culpabilidad de la casa extranjera y se aplica en tal caso la fórmula legal de determinación del quantum del resarcimiento. Así, ante el incumplimiento culposo de la casa extranjera, correspondía al representante exigir el resarcimiento del monto dispuesto en la citada disposición legal, sin necesidad de probar el quantum de los daños y perjuicios, ni la culpa del deudor. La idea era facilitarle al representante su liquidación y evitarle la carga probatoria, tanto del daño como de la culpa. No obstante, en ocasiones y aunque la cláusula legal de determinación anticipada de daños y perjuicios - preestablecida y estructurada sobre utilidad bruta y por plazos determinados - representa montos importantes, en un proceso por daños y perjuicios, si el representante se considera afectado, puede exigir la reparación total de los daños (incluido el daño moral) y perjuicios ocasionados por el incumplimiento de la casa extranjera, y no solo los contemplados en la fórmula que se establece en el artículo 2, siempre y cuando, el derecho a tal reparación integral se pruebe y se origine en la alegación expresa de dolo en la demanda y el aporte de la prueba que corresponda, y se señalen además los daños y perjuicios causados con ese dolo y su cuantificación”.

²³¹ *Comentarios sobre la Ley...*, ob. cit., pag. 6: “Respecto a ésta Ley, se dieron en el pasado movimientos tendentes a reformarla debido a la reticencia de las casas extranjeras a establecerse en República Dominicana, alegando el carácter sumamente proteccionista de la Ley y las elevadas

posterioridad a la entrada en vigor del Tratado, a menos que el mismo contrato disponga lo contrario. Con razón en lo anterior, los contratos serán regulados por los principios generales previstos en el Código Civil, así como también se regulará la terminación de los mismos en forma similar a aquella establecida para los contratos celebrados en Costa Rica, con una diferencia particular en cuanto al término de preaviso, puesto que en este caso no se trata de 10 meses sino de 6.

En cuanto al tratamiento que se le debe dar a la indemnización por la terminación del contrato, en este nuevo contexto, consideramos que la primera previsión²³² es bastante confusa, pues establece que en caso de haber sido pactada dentro del contrato, incluyendo una disposición en sentido contrario, es decir no reconociendo dicha indemnización, ésta se regirá por la última cláusula, lo que a nuestro juicio se podría interpretar de dos formas, o como una aplicación al principio de la autonomía privada dando a las partes la facultad de modificar el contrato, lo que probablemente no sería nada nuevo, pues es claro que en los ordenamientos en los cuales dicho principio se encuentre previsto las personas gozan de tal derecho siempre con el límite de no generar una ventaja excesiva para una de las partes, o por el contrario, tal como lo consideran algunos esta disposición establece la posibilidad de renunciar a la indemnización²³³. Por el contrario, en caso de no ser reconocido en el contrato el derecho a la indemnización a favor del agente, se dijo que cualquier indemnización a que tenga derecho dependerá del valor real de los daños por éste sufridos como consecuencia de la terminación injusta del contrato, más no de una fórmula estatutaria. Como tendremos la oportunidad de verlo en el siguiente literal del presente capítulo, una disposición similar a ésta última fue también incluida en el Tratado de Libre Comercio celebrado con Colombia.

De la misma forma que para los contratos celebrados en Costa Rica, en República Dominicana se interpretará gozar de exclusividad el Agente, cuando así haya sido expresamente estipulado en el respectivo contrato.

indemnizaciones que la terminación de un contrato implicaba y la casi nula posibilidad de demostrar la causa justa que eximía del pago de la indemnización. El último movimiento tendente a reformar esta ley fue en el 2002. En este movimiento, el Banco Central formalmente solicitó opiniones y auspició un debate sobre la Ley, en adición varias asociaciones empresariales organizaron seminarios talleres y discusiones, pero no se logró que se aprobara ningún cambio. Durante el proceso de negociación del Tratado de Libre Comercio entre Estados Unidos, Centroamérica y República Dominicana, países como Guatemala y El Salvador externaron su preocupación en cuanto a la referida normativa, ya que algunos exportadores manifestaron que el excesivo proteccionismo de dicha normativa podría convertirse en un obstáculo al comercio. Finalmente, en lo que fue la negociación del Tratado se adquieren una serie de compromisos en relación con esta ley, que variarían sustancialmente el régimen de protección a los representantes y distribuidores de casas extranjeras de la República Dominicana”.

²³² Los términos del primer numeral del liberal (e) del artículo 1º de la Sección B del Tratado, son los siguientes: “(i) si el contrato cubierto contiene una disposición de indemnización, incluyendo una disposición estableciendo la no indemnización, la indemnización se basará en dicha disposición”.

²³³ *Comentarios sobre la Ley...*, ob. cit., pag. 6: “Además, si el contrato contiene una disposición de indemnización, incluyendo una disposición que establece la no indemnización, la indemnización se basará en dicha disposición; pero si no presenta ninguna disposición al respecto, cualquier indemnización se basará en los daños económicos reales y no en una fórmula estatutaria. Esta disposición implica que en la práctica y - a futuro - es posible y legal la renuncia de la indemnización”.

C. El Salvador

En el caso del Salvador se acordó no aplicar los artículos 394 a 399-B de su Código de Comercio a los contratos celebrados con empresarios de los Estados Unidos con posterioridad a la entrada en vigencia del Tratado, siempre que el contrato así lo establezca. De cualquier forma, si las partes de un contrato llegaren a estipular una indemnización, habiendo podido disponer lo contrario, esto es, la no indemnización, ésta no se regirá por el artículo 397 del Código de Comercio²³⁴.

Se insiste de nuevo en la necesidad de estipular la exclusividad para que se entienda incluida dentro del contrato, aspecto éste que ya había sido regulado de esta forma en el Código de Comercio²³⁵.

D. Guatemala

El compromiso de Guatemala es aquél de incitar a los empresarios que hayan celebrado sus respectivos contratos de Agencia bajo el Decreto 78-71 y que aún se encuentren

²³⁴ El derecho a la indemnización en el Artículo 387 del Código de Comercio del Salvador se encuentra previsto de la siguiente forma: "El contrato de agencia-representación o distribución podrá denunciarse por cualquiera de las partes, por escrito, con tres meses de anticipación. En caso de terminación del contrato, el agente representante o distribuidor tendrá derecho al valor de las comisiones pendientes, devengadas durante la vigencia del contrato. Si el principal diere por terminado, modificare o se negare a prorrogar un contrato de agencia representación o distribución, sin que se haya incurrido en alguna de las causales determinadas en el artículo 398 de este código, el agente representante o distribuidor tendrá derecho a que se le indemnice por los perjuicios que se le irroguen.

la indemnización se extiende a:

1e) los gastos efectuados por el agente representante o distribuidor en beneficio del negocio del cual se le priva, siempre que, debido a la expiración unilateral del contrato, tales gastos no puedan ser recuperados.

2e) el valor de las inversiones en local, equipo, instalaciones, mobiliario y útiles en la medida en que tales inversiones sean únicamente aprovechables para el negocio del cual se le priva.

3e) el valor de las existencias en mercaderías y accesorios, en la medida en que, debido a la expiración del contrato, el agente representante o distribuidor ya no puede continuar vendiéndolas o su venta se haga especialmente difícil. Este valor se calculara tomando en cuenta el costo de adquisición, mas los fletes hasta el lugar del establecimiento del agente representante o distribuidor y los impuestos y cargos que este haya tenido que pagar por tener las existencias en su poder. Pagado el valor de las existencias, el principal que indemniza tendrá derecho a hacerlas suyas.

4e) el monto de la utilidad bruta obtenida por el agente representante o distribuidor, en el ejercicio de la representación o distribución, durante los últimos tres años, o durante el lapso menor en que la haya ejercido.

5e) el valor de los créditos que el agente representante o distribuidor haya concedido a terceros, para pagar el valor de las mercaderías que distribuya. Pagado el valor de los créditos el principal que indemniza se subrogara en los derechos del agente representante o distribuidor".

²³⁵ Código de Comercio del Salvador, Art. 395: "A falta de convenio especial, el agente representante o distribuidor percibirá una comisión proporcional a la cuantía del negocio que se realice con su intervención, de acuerdo con los usos del lugar. Si por culpa del principal no se ejecutare el negocio, en todo o en parte, el agente representante o distribuidor conservara el derecho a reclamar el importe total de la comisión. Si el agente representante o distribuidor tuviere asignada en forma exclusiva una zona determinada, le corresponderá una comisión por los negocios de igual índole a los encomendados a su agencia que realice el principal o sus enviados en dicha zona, aunque aquel no haya intervenido en los mismos".

vigentes, siendo éstos a término indefinido, a renegociar dichos contratos sujetándolos a las normas previstas en el Código de Comercio, las cuales fueron reformadas por el Decreto 8-98, introduciendo algunas modificaciones al régimen anterior de la materia²³⁶.

E. Honduras

Finalmente en el caso de Honduras, éste País se comprometió, por una parte, a aplicar el Decreto Ley Número 549 solamente a aquellos contratos cuyo agente, representante o distribuidor se encuentre registrado en la Secretaría de Estado en los Despachos de Industria y Comercio, lo que tiene lugar cuando dicho negocio haya sido celebrado por escrito, igualmente a los contratos celebrados bajo la vigencia de esa norma. Por otra parte, se obligó también a considerar como justa causa de terminación del contrato la llegada de la fecha convenida para dichos efectos por las partes contratantes, no dando lugar entonces a una indemnización como consecuencia de lo anterior. Por el contrario, en caso de tener lugar una indemnización por la terminación del contrato sin justa causa la misma deberá basarse en la Ley de contratos.

Después de haber visto en términos generales los compromisos específicos asumidos en el Anexo 11.13 por los Países centroamericanos firmantes del Tratado de Libre Comercio con los Estados Unidos en el año 2004, no cabe la menor duda de que aquellos se encuentran dirigidos fundamentalmente a la modificación de la legislación existente en materia de contratos de intermediación y dentro de ésta a las previsiones relacionadas con la naturaleza atribuida a la exclusividad a favor de las partes, en especial del intermediario y a las referidas a la indemnización como consecuencia de la terminación del contrato, en algunas ocasiones, eliminando su aplicación, en otras disminuyendo las causales que le dan lugar o en últimas atenuando sus consecuencias.

Así pues el nuevo marco legal que fue acordado para los contratos de Agencia Comercial, representación comercial y distribución, celebrados con posterioridad a la entrada en vigor del Tratado de Libre Comercio firmado entre estas naciones, responderá a unas mismas características, empezando obviamente con su correspondencia al principio de libertad contractual, previendo el carácter accidental del elemento de la exclusividad y reconociendo el derecho a una indemnización que debe responder a un criterio probatorio²³⁷.

²³⁶ Así por ejemplo es de resaltar que de conformidad con el Artículo 283 del Código de Comercio después de la reforma, consagra la exclusividad como elemento accidental, lo que se extrae de sus palabras: "Agente, distribuidor o representante exclusivo. (Reformado por Decreto 8-98 del Congreso de la República de Guatemala) El principal puede valerse simultáneamente de varios agentes, distribuidores o representantes en la misma zona y para el mismo ramo de actividad, salvo cuando se les hubiere otorgado por contrato la calidad de agentes, distribuidores o representantes exclusivos para una zona determinada".

²³⁷ Consideramos importante resaltar las conclusiones a las que se llegó en esta materia en el estudio antes citado, *Comentarios sobre la Ley...*, ob. cit., pag.: "Finalmente, después del análisis realizado, cabe indicar que los cambios sufridos, tanto en Costa Rica como en el resto de la Legislación Centroamericana, apuestan por una mayor libertad comercial, y que las tendencias de leyes proteccionistas con cláusulas anticipadas de calcular la indemnización han cedido lugar a la prueba del daño, a la libertad contractual y al poder de negociación de las partes. Las nuevas fórmulas indemnizatorias basadas en el concepto de daños y perjuicios y en la prueba del daño pueden eventualmente aumentar la fórmula indemnizatoria si se prueban todos los daños alegados, pero también podrían alargar aún más el tiempo de resolución de los litigios, y una

Veamos ahora cual es la situación acordada en el Tratado de Libre Comercio que Colombia celebró con los Estados Unidos, el cual, en este momento está siendo estudiado por el Congreso del último País.

2. *Experiencia colombiana*

El Capítulo Once de este Tratado se encuentra dedicado, de la misma forma que en el caso del Tratado celebrado con los Países Centroamericanos, al Comercio Tranfronterizo de Servicios. En cuanto a su estructura y compromisos, el Tratado firmado con Colombia es bastante similar a este último, así por ejemplo el principio que se percibe en este capítulo es claramente el del libre intercambio de servicios de un País a otro tomando una serie de medidas tendientes a la eliminación de las barreras existentes en la materia, tales como por ejemplo la limitación del número de proveedores, el número total de las operaciones de servicios o la cantidad total de producción de servicios. También similar es el compromiso específico asumido por Colombia en el Anexo 11-E del Tratado, cuyas pocas diferencias respecto del otro, radican en el diverso tratamiento normativo dado a la figura de la Agencia Comercial.

Así por ejemplo, podemos ver que el Anexo 11-E titula Agencia Comercial, precisamente porque como tuvimos la oportunidad de verlo en el título anterior, en nuestro ordenamiento jurídico dicho contrato se encuentra regulado como un tipo especial en los artículos 1317 a 1331 del Código de Comercio, sin ser equiparado a otros contratos de intermediación y por ende regulado en una misma norma junto con estos últimos.

La primera obligación asumida por Colombia en este sentido, consiste en modificar o derogar dentro de los seis meses siguientes a la entrada en vigencia de este Acuerdo, aquellas medidas que prevean: (a.) Una compensación al agente como consecuencia de la terminación del contrato cuyo monto corresponde a una suma equivalente a una porción de la comisión, regalía o utilidad recibida por el agente en virtud del contrato, es decir, la eliminación de la que se conoce en el ámbito de la Comunidad Europea como indemnización de clientela y que en nuestro País ha sido llamada generalmente cesantía comercial; (b.) Una indemnización equitativa a favor del agente como consecuencia de la terminación sin justa causa por parte del agenciado o con justa causa imputable a aquél; y (c.) una exclusividad a favor del agente como elemento natural del contrato, es decir, perteneciente al mismo salvo pacto en contrario²³⁸.

posible presión de las casas extranjeras para renegociar los contratos bajo las nuevas condiciones establecidas en el marco del Tratado de Libre Comercio entre Centroamérica, Estados Unidos y República Dominicana. De manera que una alternativa importante, además de la evidente necesidad de agotar la creatividad empresarial e implementar una mayor competitividad dentro de las empresas - la cual se convierta en la efectiva defensa de los representantes y distribuidores frente a las casas extranjeras - sería la implementación del arbitraje así como de otros métodos de resolución alternativa de conflictos que prevean un foro neutral y ágil, mediante el cual se protejan los intereses y derechos de ambas partes. Surge entonces la necesidad de promover mecanismos de resolución alternativa de conflictos en el ámbito de cada país e incluso la posibilidad de establecer un centro a nivel regional que goce de credibilidad y de la suficiente objetividad para la resolución de conflictos”.

²³⁸ Código Civil Colombiano Art. 1501.

Como consecuencia de lo anterior, se deberá establecer que cualquier indemnización que tenga lugar en razón de la terminación sin justa causa del contrato por parte del agenciado o con justa causa imputable a él, sea determinada de conformidad con los principios generales del derecho contractual o con las estipulaciones voluntariamente acordadas entre el principal y el agente, siempre que sean compatibles con las leyes aplicables, cuando así lo hayan expresamente pactado. Es interesante observar que tratándose de los principios de derecho contractual a los cuales remite el Tratado, para efectos de regular esta materia, está además de los costos no recuperados y el lucro cesante, un concepto extraño a nuestro ordenamiento jurídico, cual es el de *detrimental reliance*, razón por la cual nos parece necesario analizar que se quiso decir con esta expresión, aspecto éste que pretendemos estudiar en el primer literal de este numeral.

En cuanto a la exclusividad, ésta deberá ser tipificada como un elemento accidental del contrato y ya no como un elemento natural, tal como estaba prevista a favor del agente en el artículo 1318 del Código de Comercio, dando la oportunidad al Agenciado de contratar con más Agentes en una misma zona y para el mismo ramo de productos o servicios, a menos de haber pactado lo contrario.

Posteriormente en el artículo 5º de este Anexo al Capítulo 11, se especifica aquello que debe entenderse por contrato de agencia comercial para las dos partes del Tratado, aclarando que en el caso de Colombia, dicho concepto responderá a las normas consagradas sobre la materia en el Código de Comercio colombiano, mientras que para los Estados Unidos será cualquier contrato en el cual una parte acuerde distribuir bienes comerciales para otra.

A. *Detrimental Reliance*

El *detrimental reliance*²³⁹ lo podemos definir como el perjuicio sufrido por una persona como consecuencia de su expectativa legítima en algo que otra le hizo creer. Este concepto se encuentra vinculado a una institución del derecho civil del *common law* denominada *estoppel*, que tiene precisamente por objeto la protección de esa persona y la sanción del comportamiento incoherente o contradictorio de la otra. En el derecho público, tiene lugar una doctrina bastante similar a la anterior, conocida como *legitimate expectations*²⁴⁰, la cual sin embargo se distingue en algunos aspectos de la anterior, entre

²³⁹ En forma particular sobre el concepto *reliance*, nos indica Fauvarque-Cosson, B., *La confiance légitime et l'estoppel*, vol. 11.3, en "Electronic Journal of Comparative Law", December 2007, <http://www.ejcl.org/113/article113-8.pdf>, pag. 14: "Comme l'estoppel en droit anglais, la reliance permet de suppléer à la *consideration* et de rendre une promesse obligatoire même si elle a été consentie sans contrepartie apparente". El mismo autor trae a colación en ese texto, un ejemplo bastante significativo del concepto de *detrimental reliance* que por su claridad, me permito citar a continuación, pag. 15: "Par exemple, si un employeur promet à sa secrétaire qu'il lui versera une somme supplémentaire si elle prend sa retraite par anticipation, le nouveau directeur est lié, lors même qu'aucune *consideration* n'a été donnée en échange de la promesse. La Cour d'appel du Missouri a ainsi découvert une *detrimental reliance* dans le fait pour la secrétaire d'avoir pris sa retraite sans chercher un nouvel emploi ni assurer sa situation financière".

²⁴⁰ Un interesante estudio sobre la diferencia entre estas dos herramientas del derecho del *common law*, lo podemos encontrar en Cartwright, J., *Protecting Legitimate Expectations and Estoppel in English Law*, vol. 10.3 en "Electronic Journal of Comparative Law", December 2006, 'http://www.ejcl.org/103/article103-6.pdf'.

otros, porque no requiere la clase de *detrimental reliance* que si se requiere en el *estoppel*. En todo caso, es necesario aclarar que la presencia de ese perjuicio como requisito para que opere la protección derivada del *estoppel* dentro del ámbito del derecho civil, ha sido objeto de debate en los Estados Unidos²⁴¹. Otra particularidad de la labor que desempeña la *reliance* en el Derecho de los Estados Unidos, es que además de ser el principio sobre el cual se funda la doctrina del *estoppel*, constituye un mecanismo de tasación de la indemnización²⁴².

Los objetivos buscados por medio de las figuras indicadas, las cuales podríamos decir que se caracterizan por su especialidad, son alcanzados en los Países pertenecientes al sistema jurídico romano-germánico a través de otros mecanismos más amplios y flexibles, dentro de los cuales se encuentran los principios generales del derecho, encabezados por el principio de la buena fe, la prohibición del abuso del derecho y el *venire contra factum proprium*, e igualmente por medio de otras figuras como la teoría de la representación aparente, en ciertos casos.

Esto sin embargo no ha constituido óbice para que en algunos ordenamientos jurídicos pertenecientes a este sistema y con las herramientas suficientes para poder combatir los inconvenientes que suscitan situaciones de este tipo, se dirijan lentamente hacia su recepción, como por ejemplo ha sucedido en Francia en donde en un primer momento, quienes se presentaban reacios a esta dirección, optaron por plantear una figura similar asignándole una denominación diversa, cual era aquella de '*principe d'interdiction de se contredire au détriment d'autrui*', no obstante lo cual, en el año 2006 en la primera Cámara Civil de la Corte de Casación francesa²⁴³, se hizo una referencia precisa a este

²⁴¹ Así lo pone de presente Fauvarque-Cosson, B., *La confiance légitime et l'estoppel*, cit., pag. 38, quien al respecto señala: "En droit américain, l'article 90 (1) du *Second Restatement* prévoit qu' "une promesse, dont l'auteur attend raisonnablement qu'elle entraînera une action ou une inaction de la part de l'autre partie et qui entraîne effectivement une telle action ou inaction, est obligatoire si l'injustice ne peut être évitée que par l'exécution de la promesse." De nombreux arrêts font jouer l'*estoppel* lorsqu'une personne, sur la foi de la promesse de l'autre, a renoncé à faire valoir ses droits en temps voulu et qu'elle se trouve ensuite empêchée de le faire du fait de la prescription. Le texte n'exige donc pas de préjudice et des décisions ont eu recours à l'*estoppel* en l'absence même de préjudice, du moins de préjudice quantifiable en termes de pertes matérielles ou financières. En effet, le préjudice peut simplement consister dans le fait de ne pas avoir pris certaines mesures en raison de la promesse (par exemple, ne pas avoir recherché un travail sur la foi de la promesse de versement d'une somme d'argent). De nos jours, aux Etats-Unis, le débat semble s'être déplacé de la question du préjudice à celle de l'intensité de l'action ou de l'inaction: les auteurs américains se demandent si elles doivent être "d'un caractère déni et substantiel".

²⁴² Cfr. Fauvarque-Cosson, B., *La confiance légitime et l'estoppel*, cit., pag. 16: "La différence avec les autres promesses, celles qui sont échangées sur la base d'une *consideration* se manifestera sur le montant de la réparation: tandis que la rupture du contrat peut donner lieu à des *expectation interests* visant à compenser le gain manqué, l'*estoppel* ne protège que la *reliance*, ce qui permet de limiter le montant de la réparation, surtout lorsque le bénéficiaire de la promesse n'a pas modifié sa position. Cependant, les *expectations* sont indemnisées si c'est le seul moyen de protéger la *reliance* (elles le sont d'autant plus volontiers qu'il y a mauvaise foi de la part du promettant). On ne peut donc pas départager le *promissory estoppel* et la *consideration* en disant que l'un protège la *reliance* et l'autre l'*expectation*".

²⁴³ Cass. Civ. 1re, 6 juillet 2005, D. 2006, p. 1424 note Agostini; D. 2005, Pan. P. 3050, obs. T. Clay; Gaz. Pal., 24/25 févr. 2006, note F.-X. Train.

concepto, lo que fue considerado por algunos como un extraordinario fenómeno de recepción de un concepto extranjero, sin traducción²⁴⁴.

En el caso colombiano, podemos apreciar que la jurisprudencia recurre a la teoría del acto propio, derivado del principio de buena fe, para sustentar la protección de la parte que dentro de una relación jurídica, ve afectadas sus expectativas como consecuencia del acto contradictorio de la otra parte, sea ésta un particular o la administración²⁴⁵. Sin embargo podemos observar también que dentro del contexto del derecho público se hace frecuente alusión al principio específico de la confianza legítima para iguales efectos²⁴⁶.

Habiendo en precedencia analizado el significado de la expresión *detrimental reliance* en el derecho del *common law*, en el que tuvo origen²⁴⁷, y los principios que cumplen la misma función en el ámbito del sistema jurídico romano-germánico, nos cuestionamos ahora, sobre la conveniencia de haber usado este concepto y no haber mencionado el principio o figura que hace las veces de aquél dentro de nuestro sistema²⁴⁸.

A nuestro juicio, la remisión a instituciones y principios del sistema del *common law* para su aplicación dentro de los ordenamientos jurídicos pertenecientes al sistema romano-germánico resulta inconveniente por una razón fundamental y es la confusión que puede suscitar, pues por más que se quiera, existe toda una compleja estructura sobre la cual se

²⁴⁴ Cfr. Fauvarque-Cosson, B., *La confiance légitime et l'estoppel*, cit., pag. 4.

²⁴⁵ Así se puso de presente en una Sentencia T- 259/99 de la Corte Constitucional, M.P. Dr. Alejandro Martínez Caballero, mayo 4 de 1999, en la que se explicó: "Un tema jurídico que tiene como sustento el principio de la buena fe es el del respeto al acto propio, en virtud del cual, las actuaciones de los particulares y de las autoridades públicas deberán ceñirse a los postulados de la buena fe (art. 83 C.N). Principio constitucional, que sanciona entonces, como inadmisibles toda pretensión lícita, pero objetivamente contradictoria, con respecto al propio comportamiento efectuado por el sujeto. La teoría del respeto del acto propio, tiene origen en el brocardo "*Venire contra pactum proprium nellí conceditur*" y, su fundamento radica en la confianza despertada en otro sujeto de buena fe, en razón de una primera conducta realizada. Esta buena fe quedaría vulnerada, si fuese admisible aceptar y dar curso a una pretensión posterior y contradictoria".

²⁴⁶ Corte Constitucional, Sentencia C-478 de 1998 Magistrado Ponente Alejandro Martínez Caballero: "Este principio, que fue desarrollado por la jurisprudencia alemana, recogido por el Tribunal Europeo de Justicia en la sentencia del 13 de julio de 1965, y aceptado por doctrina jurídica muy autorizada, pretende proteger al administrado y al ciudadano frente a cambios bruscos e intempestivos efectuados por las autoridades. Se trata entonces de situaciones en las cuales el administrado no tiene realmente un derecho adquirido, pues su posición jurídica es modificable por las autoridades. Sin embargo, si la persona tiene razones objetivas para confiar en la durabilidad de la regulación, y el cambio súbito de la misma altera de manera sensible su situación, entonces el principio de la confianza legítima la protege. En tales casos, en función de la buena fe (CP art. 83), el Estado debe proporcionar al afectado tiempo y medios que le permitan adaptarse a la nueva situación. Eso sucede, por ejemplo, cuando una autoridad decide súbitamente prohibir una actividad que antes se encontraba permitida, por cuanto en ese evento, es deber del Estado permitir que el afectado pueda enfrentar ese cambio de política".

²⁴⁷ Cfr. Fauvarque-Cosson, B., *La confiance légitime et l'estoppel*, cit., pag. 6.

²⁴⁸ Pone de presente este problema Fauvarque-Cosson, B., *La confiance légitime et l'estoppel*, cit., pag. 4, quien al respecto expresa: "Mais le comparatiste a depuis longtemps appris à se méfier de ce qui vient d'ailleurs. Par delà les mots et les concepts, il convient d'examiner les situations de fait, c'est-à-dire de rechercher dans quelle mesure la confiance permet d'obtenir, d'un système juridique à l'autre, des résultats, si ce n'est en tous points similaires, du moins largement semblables".

edifica el derecho de los contratos y a la cual responden determinadas instituciones, en forma tal que el ingreso de elementos nuevos que no hagan parte de esa estructura, probablemente necesitarán para su aplicación de modificaciones de fondo. Por esta razón, consideramos que habría sido más conveniente el uso de una expresión perteneciente a nuestro sistema jurídico que responda a las funciones del principio en cuestión, así como por ejemplo habría sido la citación al principio de la buena fe, o del *venire contra factum proprium*. Con esto no nos estamos oponiendo a cualquier intento de recepción de instituciones pertenecientes a otros ordenamientos jurídicos, ni siquiera si los mismos pertenecen al sistema opuesto, ya que si la labor del jurista es buscar la solución más justa, nada obsta para que esta se encuentre en otra parte, lo que deseamos es sugerir un mayor cuidado en tal proceso, pues esto podría generar consecuencias muy diferentes a las queridas, como por ejemplo la injusticia o inseguridad jurídica.

La segunda pregunta, que pensamos ha sido resuelta con el análisis anterior, es el papel que juega este principio del *detrimental reliance* dentro del derecho del Agente a ser indemnizado como consecuencia de la terminación injusta del contrato, el cual inferimos, sea el de comprender dentro de dicho concepto, las fundadas expectativas que habría podido tener el Agente, como por ejemplo, el de la continuación del contrato por un periodo de tiempo adicional.

B. Algunas consideraciones sobre el tratamiento de esta materia en el Derecho de los Estados Unidos

Pues bien, después de haber analizado las dos experiencias anteriores, las cuales tienen en común además de una de las Partes contratantes que en este caso es el Gobierno de los Estados Unidos de América y por otra, el vivo interés en modificar la regulación del contrato de Agencia Comercial en el caso colombiano y las figuras análogas de representación y distribución en el caso de los países centroamericanos firmantes, queda en todo caso por preguntarse, cual será la situación de esta clase de contratos en los Estados Unidos, pues se podría llegar a pensar que la motivación de éste último aspecto radica no solamente en una mayor apertura del mercado a través de un ordenamiento más flexible en la materia, sino que por el contrario se deba también a una situación de diferencias inconciliables entre ambos ordenamientos jurídicos, afectando de esta forma un trato equitativo de los empresarios pertenecientes a los países firmantes.

En estos términos la primera cosa que debemos saber al respecto, es que en los Estados Unidos no hay un contrato equivalente a aquél de la Agencia Comercial previsto en nuestro Código de Comercio²⁴⁹, sino que por el contrario podemos identificar diversas clases de intermediarios de bienes y servicios, algunos de ellos con representación y otros sin ella.

²⁴⁹ Christou, R., *Internacional Agency, Distribution and Licensing Agreements*, Fourth Edition, London, Thomson Sweet & Maxwell, 2003, pag. 763: "There is no similar concept to the Council Directive 653/86 of December 18, 1986, on the Coordination of the laws of the Member States relating to self-employed Commercial Agents, in the United States, and absent special relationship or expectations, contracts are freely terminable without payment for developed territories or customers".

Así por ejemplo sobresalen dentro del grupo de los intermediarios aparentemente más semejantes al agente de comercio, los llamados *sales representative* o *agents*, los cuales como su nombre lo indica, tienen la facultad de actuar en nombre y por cuenta de un empresario en la venta de sus mercancías. Han sido varios los Estados que han adoptado una *sales representative law or agents*, las cuales se distinguen en ciertos aspectos, pero coinciden en su objetivo primordial cual es aquél de proteger el derecho del agente a recibir una comisión. En virtud de dicho objetivo, en algunos casos se establecen unas penalidades cuando la comisión no es pagada, en ellas se pueden comprender los daños actuales, finales, como también los gastos relativos a los honorarios de los representantes procesales. Con pocas excepciones, estas leyes no establecen la necesidad de alegar una justa causa para poder terminar el contrato²⁵⁰. Otro de los mecanismos generalmente previstos para la protección de esta clase de acuerdos es la de plasmar el contrato en un documento escrito²⁵¹.

Probablemente el hecho de que sean llamados *agents* ha llevado a algunos estudiosos de la materia a equipararlos a la figura aquí analizada, de tal forma que al momento de compararlas, se suele destacar la inexistencia de la indemnización de clientela o aquella compensatoria del régimen francés, en el caso de la figura existente en los Estados Unidos²⁵². En todo caso, aunque es cierto que no son lo mismo, el hecho de que no se reconozca una figura como aquella consagrada en la Directiva Comunitaria para esta clase de representantes, nos hace pensar que puede ser ésta una de las razones adicionales que refuerzan la solicitud hecha por los Estados Unidos a los Países firmantes en los Tratados referidos.

Siguiendo el criterio de mayor proximidad al contrato de Agencia Comercial, encontramos una figura que recibe la denominación de *business opportunities*, la cual conforme a la descripción que de ella hacen algunos doctrinantes, consiste en la venta o arrendamiento de productos o servicios a un empresario que está iniciando un negocio, desempeñando además de otras funciones, una labor de asistencia a este último²⁵³.

²⁵⁰ *Internacional Agency, Distribution...*, ob. cit., pag. 763: "...but the treble damage and attorney fee-shifting features of such laws make it important to carefully review any termination of such relationships".

²⁵¹ *Internacional Agency, Distribution...*, ob. cit., pag. 763: "In addition to the typical requirement to timely pay commissions, these laws often include other requirements, such as a requirement that the agreement be in writing, that the agent's compensation is set out in the agreement, that the supplier provide a copy of the agreement to the agent and obtain written evidence of the agent's receipt of such agreement. In certain states, such as California, the law expressly treats any waiver of these requirements as contrary to public policy and thus void".

²⁵² Linares, S., *Contratto di Agenzia negli Stati Uniti*, <http://www.mglobe.it>, pag. 4: "Un altro aspetto importante, che differenzia il rapporto di agenzia così come disciplinato negli Stati Uniti rispetto a quanto avviene in Italia, è il mancato riconoscimento del diritto dell'agente all'indennità di fine rapporto. Salvo rare eccezioni (come nel caso dello Stato del Minnesota), le leggi statali americane non prevedono, infatti, che al momento della risoluzione del rapporto, l'Agente abbia diritto a percepire alcuna liquidazione, neppure nel caso in cui lo stesso rapporto sia stato risolto in assenza di giusta causa".

²⁵³ *Internacional Agency, Distribution...*, ob. cit., pag. 752: "In addition to the regulation of franchises, many US states also regulate "business opportunities" and impose disclosure and/or registration requirements, and possibly require the posting of a bond". Esta figura podría parecer ante nuestros ojos como un contrato similar al de concesión mercantil, debido a la venta de las mercancías y a la prestación de asistencia, aunque por otra parte, si tenemos en cuenta el elemento del empresario que apenas está iniciando una actividad mercantil nos llevaría a pensar

Finalmente encontramos los *dealers* y *distributors*, los cuales se dedican en forma continua a comprar bienes para revenderlos²⁵⁴, no se encuentran cubiertos por las normas que regulan los *representative sales* o *agents*, por el hecho de que estos últimos no compran las mercancías, mientras que los primeros si, por el contrario en ocasiones se les pueden aplicar normas relativas a la franquicia, cuando el acuerdo incorpore una licencia marcaria²⁵⁵.

Ahora, con relación a las específicas cláusulas que pueden ser contenidas en estos diversos acuerdos, nos interesa resaltar para efectos de nuestro estudio, aquellas que se refieren a la exclusividad y al derecho o no a un licenciataria a vender productos de la competencia en un determinado territorio. Estas cláusulas son analizadas a la luz de la *rule of reason* y por tanto aceptadas, siempre que su imposición tenga una razonable justificación comercial²⁵⁶. Este aspecto resulta de gran interés, porque nos indica que cláusulas de este tipo no son consideradas *per se* restrictivas de la competencia, razón por la cual, tal como se establece en el Tratado de Libre Comercio celebrado por los países centroamericanos y por Colombia, con Estados Unidos, aquellas podrán ser expresamente pactadas en un contrato.

Nos interesa llamar la atención a un comentario hecho por ZANELLI quien refiriéndose a su vez a la visión del FRÉ sobre los inconvenientes que podía tener la regulación del Contrato de Agencia prevista en el proyecto D'AMELIO²⁵⁷, fundamentalmente por el desestímulo que podría constituir para los empresarios la celebración de este negocio, trae a colación una consecuencia similar a la prevista, esta vez en los Estados Unidos y en torno a los llamados *exclusive dealings* conforme a los cuales un empresario da a otro la posibilidad de distribuir con exclusividad sus productos en determinado lugar, pues sobre dicho aspecto DOUGLAS decía que una prohibición de tales acuerdos para efectos de proteger la libre competencia terminaba en realidad perjudicándola, pues ese empresario interesado en vender sus productos en otros lugares recurrirá en vista de la prohibición de esa figura, a desarrollar dicha actividad por su propia cuenta recurriendo a los *representative sales* o *agents*²⁵⁸. Sin embargo de esta opinión lo que nos interesa resaltar, no obstante la

en el contrato estimatorio, sin embargo las posiciones se contraponen, por lo que probablemente más similitud tendría el primero.

²⁵⁴ *Internacional Agency, Distribution...*, ob. cit., pag. 751: "Dealers and distributors who purchase goods for resale generally are not covered by such statutes".

²⁵⁵ *International Agency, Distribution...*, ob. cit., pag. 751: "While these laws generally would not apply to most agency arrangements because they do not, for example, include payment of a "franchise fee", it is important to review each business relationship in light of these laws to avoid their inadvertent application. Such laws have been found to apply to distribution and manufacturing agreements which incorporate trade mark licenses".

²⁵⁶ *Internacional Agency, Distribution...*, ob. cit., pag. 761.

²⁵⁷ Capítulo I del presente estudio, pp. 60.

²⁵⁸ Zanelli, E., *Storia e teoria del rapporto di agenzia...*, cit., pag. 203: "Ma ciò che mi premeva sottolineare è che, mentre in applicazione delle leggi anti-trust la Corte Suprema americana sentenziava a maggioranza l'illiceità, nelle circostanze sopra illustrate, dei contratti di fornitura esclusiva, nell'opinione di minoranza del Douglas, notoriamente orientato in senso liberale e antimonopolista, si sosteneva che una simile decisione, di apparentemente rigida interpretazione della legislazione concernente la materia, avrebbe in realtà avuto conseguenze negative sul livello concorrenziale del mercato considerato, e quindi in sostanza contrarie ad una corretta applicazione

antigüedad de las consideraciones precedentes, es que se podría decir lo mismo con relación a la exclusividad en el contrato de Agencia, pues se puede pensar que las partes al dejar de ser éste un elemento natural del contrato prefieran recurrir a otra figura contractual, no obstante lo cual, e insistimos en esto, el hecho de que deje de ser natural no significa que las partes no lo puedan estipular expresamente en el contrato.

Relacionada con la cláusula precedente, podemos identificar la cláusula relativa a las compensaciones, derivadas de estas clases de acuerdos de intermediación, las cuales de conformidad con lo indicado por la doctrina, deberán ser similares en el caso de los contratos de distribución o licencia sin exclusividad.

Por otra parte están las previsiones hechas por los contratantes con relación a la terminación del acuerdo, estas al igual que las demás cláusulas de una figura de este tipo deben ser lo suficientemente claras, la terminación debe hacerse con un previo aviso y responder a un aspecto sustancial del mismo, sobre todo, responder al pacto implícito de *good faith* y *fair dealing* que deben estar presentes en estas convenciones. Lo contrario podrá dar lugar a demandar aquella parte que haya terminado el acuerdo bajo circunstancias diversas a las antes señaladas. En torno a este aspecto resulta significativo el hecho de que en el caso de un acuerdo de un representante de ventas o distribuidor, en el que la misma doctrina reconoce que aquellos han invertido tiempo y esfuerzos en la construcción de un mercado por su representado o distribuido, la terminación de un acuerdo podría terminar en *liability* precisamente por no responder a la buena fe. Así las cosas tenemos que aunque no sea reconocida en el derecho estadounidense la indemnización por clientela o la de compensación por los perjuicios sufridos, esto no significa en lo absoluto, que el intermediario no sea protegido ante el comportamiento ilícito o injusto del empresario que les ha dado el encargo, por el contrario se les reconoce la facultad de ejercer acciones derivadas del campo de la responsabilidad para obtener el resarcimiento de los perjuicios sufridos.

Otra cláusula de interés es aquella del *independent contractor* la cual es introducida generalmente para especificar la calidad de contratante independiente que tiene el intermediario. Estas cláusulas se presentan en los acuerdos de distribución y de licencia, para evitar, por una parte, que el intermediario pueda obligar al empresario y por otra, para no aplicarles los principios que regulan la agencia.

delle disposizioni a tutela della concorrenza: conclusione a cui si sarebbe agevolmente dovuti pervenire (sempre secondo tale opinione) ove si fosse considerato che, a fronte del divieto di continuare nella pratica della somministrazione con esclusiva, l'ovvia e prevedibile alternativa dell'industria interessata consisteva in qualche forma di più completa integrazione verticale, attraverso interventi diretti nel settore della distribuzione al consumo mediante una serie di rapporti di *agency* (ossia, grosso modo, di contratti di commissione o di vera e propria agenzia commerciale), ovvero addirittura attraverso la gestione diretta degli impianti di vendita con l'utilizzazione di personale dipendente: vale a dire con una gradazione di sempre più penetrante presenza delle grandi aziende monopolistiche a tutti i livelli distributivi. La conclusione di questa argomentazione era che, mentre il metodo dell'*exclusive dealing* consentiva almeno il mantenimento in vita di una moltitudine di rivenditori formalmente, e anche – sia pure con limitazioni- sostanzialmente autonomi, con le modifiche della struttura del settore, che la decisione della corte necessariamente comportava, 'il piccolo imprenditore indipendente sarebbe stato sostituito dagli impiegatucci [dell'impresa maggiore]' ”.

Finalmente una última disposición análoga a otra que puede tener lugar en el contrato de Agencia Comercial de acuerdo con los parámetros fijados por la Directiva Comunitaria, es la de los llamados *post termination covenants not to compete*, es decir, acuerdos de no competencia posteriores a la terminación de un contrato. La aplicabilidad de estos acuerdos varía de un Estado a otro y depende de la razonabilidad comercial de sus condiciones. Así por ejemplo cuando el ámbito geográfico de dicho acuerdo excede el territorio o la zona en la que actuaba el agente durante el contrato, o las actividades restringidas son más amplias de aquellas a las cuales se dedicaba el intermediario cuando se encontraba vigente el contrato, o finalmente en caso de ser excesivo el plazo estipulado para dicho acuerdo, es muy probable que el respectivo tribunal que lo analice decida su no aplicabilidad.

Después de haber visto estas pocas características sobre los acuerdos de intermediación en el derecho de los Estados Unidos, honestamente, son más las similitudes que a nuestro juicio se pueden percibir respecto de nuestro ordenamiento jurídico, que las diferencias entre ellos. No cabe duda que uno de los principios que los guía es la protección de quien desempeña la labor de intermediario (lo que se observa con claridad en el caso de los agentes), ni tampoco sobre la coincidencia de las diversas cláusulas que pueden formar parte del contenido de esta clase de acuerdos. En estos términos, creemos que el motivo que ha dado lugar a la solicitud de modificación de la legislación, tiene que ver con un verdadero objetivo dirigido a facilitar las transacciones entre los países firmantes, sin que esto implique una desprotección de quienes desempeñan una labor de intermediación, específicamente como agentes de comercio.