

La denuncia unilateral sin justa causa en el contrato de agencia por tiempo indeterminado

Por LUIS-FELIPE RAGEL SANCHEZ

Profesor colaborador de Derecho civil de la Facultad de Derecho de Jerez
(Universidad de Cádiz)

1. Dificultades para un estudio.

Nos proponemos estudiar en nuestro Derecho la extinción del contrato de agencia por tiempo indeterminado mediante denuncia unilateral formulada por el empresario representado, sin alegar justa causa. Por conveniencias de nuestra exposición, emplearemos el término denuncia en su sentido más amplio, es decir, declaración de voluntad de una de las partes, encaminada a extinguir la relación jurídica nacida de un contrato, haya o no justa causa, aun siendo conscientes de que el vocablo denuncia puede tener un sentido más estricto.

Con precedentes históricos en el *institor* romano y en el *trac-tator* italiano del siglo XI, el contrato de agencia es un contrato mercantil atípico (1), mediante el cual una persona física o jurídica (2) representa continuamente a un empresario (3) en la prepa-

(1) Entendemos atipicidad en el sentido de que no está regulado globalmente, en toda su extensión, por nuestro Ordenamiento jurídico. Se trata de un contrato atípico legalmente, aunque exista tipicidad social. Cfr. JORDANO *Los contratos atípicos*, «Revista General Legislación y Jurisprudencia», 1953, pp. 51 a 95; en concreto, pp. 62 a 64). Cfr. también Díez-PICAZO, *Dictámenes jurídicos*, Madrid, 1981, p. 164, para quien la atipicidad no choca con ningún problema de validez, de licitud o de admisibilidad, puesto que tales contratos pueden perfectamente celebrarse, amparándose en el principio general de la autonomía privada y de la libertad contractual. Véase también SAMPONS, *El contrato de corretaje*, Madrid, 1965, pág. 37, que constata la atipicidad cuando no existen elementos normativos que vaticinen el resultado de un litigio. Nos remitimos también al estudio de CASTRO LUCINI, *Los negocios jurídicos atípicos*, «Revista Derecho Notarial», 1974, pp. 9 a 34; en concreto, pp. 12 a 14.

(2) Es unánime nuestra doctrina en calificar de empresario al agente. Confrontar GARRIGUES, *Tratado de Derecho mercantil*, tomo III, vol. 1.º, Madrid, 1964, p. 538; BROSETA, *Manual de Derecho mercantil*, Madrid, 1974, p. 407, y Díez-PICAZO, *Dictámenes...*, cit., p. 164, para quienes el agente es un empresario, cuyo objeto consiste precisamente en la preparación, intervención y mediación de contratos mercantiles en nombre y por cuenta del representado. Algunos Ordenamientos extranjeros coinciden con el nuestro. Así, el art. 1, ap. 2, párr. 7 del HGB alemán califica al *Handelsvertreter* como comerciante. Sin embargo, el art. 1.º del

ración de una serie de contratos mercantiles, efectuados en una zona determinada, a cambio de una retribución que consiste generalmente en un porcentaje sobre las operaciones concertadas.

El tema que nos ocupa encuentra serias dificultades para su estudio, al no existir en nuestro Derecho disposiciones que regulen en su totalidad las modalidades, el contenido y los efectos del contrato de agencia, del que se conocen únicamente disposiciones parciales o de carácter administrativo (4), a diferencia de lo que sucede en otros países europeos (5).

En nuestra doctrina, el problema se ha estudiado solamente en obras generales y en contados artículos doctrinales —algunos de indudable mérito—, como consecuencia quizás de la ausencia de una legislación que regule la extensa problemática del contrato.

Son escasas las sentencias de la Sala 1.^a del Tribunal Supremo en esta materia. Nuestro Alto Tribunal no ha llegado a configurar a la agencia como contrato distinto de otros con los que guarda relación, como pueden ser la comisión, la concesión mercantil y la

Decreto francés de 23 de diciembre de 1958 elude la calificación de empresario, estando dividida la doctrina en este punto. Cfr. RIPERT, *Traité élémentaire de droit commercial*, 10.^a ed., por René Roblot, tomo II, París, 1981, p. 514, que se inclina por considerar empresario o comerciante al agente, haciendo constar la postura contraria de la jurisprudencia gala.

(3) Puede sernos útil el término «casa», para diferenciar al empresario que contrata con el agente de otros representados (mandante, comitente, poderdante) y evitar confusiones. El término casa se usa frecuentemente en la doctrina. Cfr. GARRIGUES, *Dictámenes de Derecho mercantil*, tomo I, Madrid, 1976, p. 312; URÍA, *Derecho mercantil*, Madrid, 1972, p. 544; BROSETA, *ob. cit.*, p. 413; BALDI, *Il contratto de agenzia*, Milán, 1981, p. 140; CATONI, *La rupture du contrat d'Agent commercial*, París, 1970, p. 4, y RIPERT, *ob. cit.*, tomo I, París, 1980, p. 121. En contra, véase DE THEUX, *Le droit de la représentation commerciale*, Bruselas, tomo I, 1975, tomo II, vol. I, 1977, tomo II, vol. II, 1981; en concreto, tomo I, p. 23), para quien el término es demasiado general, poco jurídico.

(4) La Ley 117/1969 de 30 de diciembre, reguladora de la producción de seguros privados y su Reglamento, aprobado por Decreto 1.779/1971 de 8 de julio, resultan claramente insuficientes, por tratar únicamente de una modalidad de la agencia y por establecer un margen demasiado amplio a favor de la autonomía de los contratantes. Así, el art. 17 de la Ley reserva el contenido del contrato a la voluntad de las partes, sin establecer un régimen supletorio en caso de ausencia o nulidad de las cláusulas contractuales.

Entre las disposiciones administrativas, podemos citar el Real Decreto 3.595/1977 de 30 de diciembre, que aprobó el Estatuto General de los Colegios de Agentes Comerciales de España, la Orden del Ministerio de Sanidad y Seguridad Social de 18 de julio de 1980, el Reglamento del Impuesto sobre la Renta de las personas físicas, aprobado por Real Decreto 2.384/1981 de 3 de agosto —que define a los Agentes Comerciales su art. 59, ap. 3, letra e), equiparándolos a los comisionistas— y la Orden del Ministerio de Hacienda de 14 de abril de 1982.

(5) El Derecho alemán occidental regula el contrato de agencia, tras la reforma, por Ley de 6 de agosto de 1953, en los arts. 84 a 92 del HGB. En Holanda está tratado en los arts. 75-a a 75-p del Código de comercio, tras la reforma de 5 de noviembre de 1936. En Italia, en los arts. 1.742 a 1.753 del *Codice civile* de 1942 y en los denominados *acuerdos económicos colectivos*. En Francia, por el Decreto de 23 de diciembre de 1958. En Suiza, por la Ley de 4 de febrero de 1948 —art. 418 del Código de obligaciones—. En Austria, por el párrafo 25 del BG de 13 de julio de 1960. No existe regulación del contrato en Bélgica ni en Luxemburgo.

distribución. Por otro lado, no ha llegado a abordar con rigor la cuestión de la extinción, como tendremos ocasión de comprobar.

Esta clara insuficiencia de legislación, doctrina y jurisprudencia, ¿implica a su vez ausencia de problemas en la práctica? La respuesta es, desgraciadamente, negativa. En nuestro país hay un número aproximado de cien mil personas que se dedican habitualmente a la representación mercantil y, tarde o temprano, por una u otra causa, deberán enfrentarse con la extinción de su contrato. Ciertamente es que de estos representantes constituyen mayoría los denominados *representantes de comercio*, relacionados con sus representados mediante contratos de carácter laboral (6).

Numerosas casas comerciales celebran con sus representantes un contrato mercantil, en el que se suele estipular la responsabilidad en el buen fin de las operaciones en que éstos intervienen. Si se produce la posterior extinción del contrato y los órganos jurisdiccionales laborales declaran su falta de competencia, será la jurisdicción civil la que entenderá del asunto. Basta ver la copiosa jurisprudencia de la Sala 6.^a del Tribunal Supremo para comprobar la cantidad de contratos de representación que son declarados mercantiles (7). Es entonces cuando el representante comprueba que el contrato es de agencia y descubre que no existe legislación sobre el mismo, lo que le producirá inseguridad de que prosperen sus pretensiones. Como, además, el proceso civil es lento y alarmantemente costoso, el agente optará en muchas ocasiones por renunciar a reclamar lo que estima que en justicia le corresponde.

Los contratos de agencia mercantil son numerosos en la práctica (8), puesto que los representados están vivamente interesados en eludir la jurisdicción laboral. Un número elevado de personas están ligadas por contratos de agencia (9), y todas ellas estarán

(6) Adviértase que empleamos la denominación *representante de comercio* como sinónimo de representante ligado con la casa comercial por vínculos laborales, dejando a salvo que los contratos no se califican por la terminología que le den las partes contratantes, sino por la relación que efectivamente se da. Cfr. la recientísima obra de ORTEGA PRIETO, *Representantes de comercio y agentes comerciales. Su situación jurídico-laboral*, Bilbao, 1983, pp. 55 y ss, que aclara la diferencia entre ambas figuras.

(7) Entre sentencias recientes, citemos, a modo de ejemplo, las de 14 de enero, 16 de enero, 20 de enero, 6 de abril, 8 de julio, 13 de septiembre, 20 de septiembre, 23 de septiembre, 29 de septiembre, 18 de octubre, 28 de octubre, 10 de noviembre, 15 de noviembre, 20 de noviembre, 17 de diciembre y 21 de diciembre de 1982, así como la de 18 de enero de 1983.

(8) No podemos considerar, pese a la denominación, agencias a las de Viajes —de las que se ocupa el Decreto 1.524/1973 de 7 de junio— ni a las de Publicidad —de las que tratan los arts. 11 y ss. del Estatuto de la Publicidad, aprobado por Ley 61/1964 de 11 de junio—, por no responder a los requisitos característicos de la agencia mercantil.

(9) Una cosa es el censo de los Colegios Oficiales de Agentes Comerciales y otra muy distinta el número de personas que están vinculadas por contrato de agencia mercantil. De todos modos, no sería exagerado establecer una cifra entre cinco mil y diez mil personas. DE THÉUX, *ob. cit.*, tomo I, pp. 10 y 11, indica que en 1975 había en Alemania Federal 100.000 agentes comerciales; en Francia

afectadas por la inseguridad derivada de la ausencia de legislación y los abusos de los empresarios representados.

Ante la ausencia de normativa imperativa que ordene el contenido y los efectos del contrato, los empresarios representados ostentan en la actualidad una posición dominante al inicio de la relación contractual, imponiendo al agente un contrato que le es totalmente adverso. Tales contratos pueden calificarse en la mayoría de los supuestos *de adhesión*, en el sentido tradicional del término (10), aunque el agente no sea un consumidor.

En ocasiones se establece la sumisión expresa de los contratantes a los órganos jurisdiccionales del domicilio del representado. Cuando el agente quiera reclamar judicialmente, deberá hacerlo en un lugar normalmente distante de su domicilio y por medio de letrado y procurador a los que no conoce.

Es frecuente en estos contratos pactar que el agente responderá del buen fin de las operaciones en que va a intervenir (11), sin establecer una comisión complementaria en contraprestación al riesgo que asume.

había más de 80.000 V.R.P. y 5.000 agentes comerciales; en Bélgica 4.000 agentes no laborales y en Italia 120.000 agentes.

(10) En ellos predomina exclusivamente la voluntad de la casa representada, que dicta su ley a la colectividad indeterminada formada por todos sus agentes, repartidos por las distintas zonas geográficas. Los agentes no hacen más que prestar su asentimiento a la normativa predispuesta previamente por el representado. No es la ocasión de estudiar la extensa problemática de esta fórmula de contratación y es obligada la remisión a algunos trabajos importantes sobre la misma. Cfr. ROYO MARTÍNEZ, *Contratos de adhesión*, ANUARIO DERECHO CIVIL, 1949, pp. 54 y ss.; DE CASTRO, *Las condiciones generales de los contratos y la eficacia de las leyes*, ANUARIO DERECHO CIVIL, 1961, pp. 306 y ss.); GARCÍA AMIGO, *Condiciones generales de los contratos*, Madrid, 1969, y CLAVERÍA, *La predisposición del contenido contractual*, «Revista Derecho Privado», 1979, pp. 667 y ss.).

(11) «Responder del buen fin de la operación» significa que cuando el cliente impaga total o parcialmente, el agente se hace responsable de esas cantidades impagadas ante el empresario representado, que efectúa el cargo del total o parte del importe impagado en la cuenta de comisiones. La sentencia del Tribunal Supremo de 4 de octubre de 1979 (Sala 1.ª) considera necesario, para poder compensar los impagados cargados en cuenta de comisiones, que el representado remita al agente un poder y las letras impagadas para que éste pueda reclamar al cliente moroso el cumplimiento de su obligación de pago.

Soportar este riesgo debe implicar en la práctica un porcentaje de comisión más elevado —la llamada *comisión de garantía*— que supone para el agente una compensación del riesgo que va a correr, y para el empresario representado un seguro de que no va a tener que afrontar fallidos. Cfr. SADA, *Los agentes*, «Revista Derecho mercantil», núms. 161-162, julio-diciembre, 1981, pp. 611 y ss., en especial, p. 618, que comenta la propuesta de Directriz presentada por la Comisión al Consejo de la C. E. E. en fecha 17 de diciembre de 1976 (JO, C, 13, de 18 de enero 1977 y Suppl. Bull., 1/77/CEE). Según esta Directriz, el pacto que establezca la comisión de garantía tendrá obligatoriamente forma escrita y se aplicará exclusivamente a las operaciones negociadas o concluidas por el agente. En fecha 21 de enero de 1982, una propuesta de modificación de la Directriz mencionada conserva en su artículo 21 las condiciones expuestas anteriormente. Cfr. también DE THEUX, *ob. cit.*, tomo II, vol. II, pp. 233 a 270. Téngase, por último, en cuenta la advertencia de GARRIGUES, *Tratado...*, cit., p. 571: «Es preciso defender a los agentes contra el poderío económico de los empresarios que les obligasen a aceptar esta exorbitante responsabilidad».

Para evitar posibles reclamaciones ocasionadas por una denuncia unilateral del contrato, la casa representada suele imponer una duración determinada, estipulándose la prórroga tácita por períodos de igual duración. Suele estipularse en el contrato que el cumplimiento del plazo contractual o de las prórrogas sucesivas dará fin a la relación, sin derecho a indemnización por las partes contratantes.

En otras ocasiones, el representado exige un elevado volumen de operaciones —prácticamente inalcanzable—, que el agente se compromete a promover. En consecuencia, el agente estará siempre en situación de incumplimiento contractual, pudiendo el representado provocar la resolución del contrato en el momento que estime oportuno, alegando que la contraparte no alcanzó las cifras a que se obligó.

El empresario representado puede cometer otros abusos, cuando el contrato está en vigor. En ocasiones violará el derecho de exclusiva que otorgó al agente, introduciendo otras personas en la zona que a éste reservó (12).

Cuando no haya cláusula de exclusiva, la casa, a veces, demora la entrega de los pedidos formulados a través de un agente del que quiere prescindir, sirviendo puntualmente aquéllos que han sido gestionados directamente por los clientes o a través de otros agentes que gozan de su beneplácito. Esta actuación del representado provocará irremisiblemente la dimisión del agente afectado, puesto que la clientela rehuirá su mediación.

Conocemos casos en los que el representado, para forzar la dimisión del agente, realiza descuentos importantes a la clientela que formula directamente sus pedidos.

¿Son legales todas estas situaciones? ¿Con qué instrumentos jurídicos cuenta el agente para defender sus derechos?

Obviamente, la parte más débil suele ser el agente (13), puesto que el contrato está redactado en la mayoría de los casos por el representado. Se hace necesario, como escribió hace tiempo Ga-

(12) No hay que confundir la actuación en zona determinada —característica del contrato de agencia— con la cláusula de exclusiva, es decir, con el compromiso por parte del empresario representado de no contar con más agentes en aquella zona, o el compromiso del agente de no representar a empresarios concurrentes. La cláusula de exclusiva debe ser expresa, no siendo consustancial del contrato de agencia, aunque se suele estipular con frecuencia. Cfr. GARRIGUES, *Tratado...*, cit., p. 564: «En la práctica casi todos los contratos son contratos en los que se asigna al agente un determinado ámbito territorial (agente de zona) o un determinado círculo de clientela (agente con clientela limitada)».

(13) De esta circunstancia se ha tomado conciencia en algunos países europeos. Cfr. DE THEUX, *ob. cit.*, tomo II, vol. I, p. 330, para el que las limitaciones de los contratos de representación laboral pueden ser aplicadas —*mutatis mutandis*— a los agentes comerciales jurídicamente independientes, pero a menudo en estado de inferioridad económica. Cfr. también Francesco FERRARA, *Contratti di agenzia camuffati*, en «Estudios Jurídicos en homenaje a Joaquín Garrigues», tomo II, Madrid, 1971, pp. 267 a 283, en concreto, p. 273, que nos dice: «En la economía del contrato de agencia, la ley considera al *preponente* como el contratante más fuerte y al agente como el contratante más débil y para neutralizar el desequilibrio económico dispone una disciplina imperativa en tutela del agente».

rrigues (14), una normativa imperativa sobre la agencia, que establezca unas bases y garantías mínimas para el agente y obligue a las partes a su fiel cumplimiento, limitando por vía legal el principio de la autonomía de la voluntad, principio que respeta celosamente nuestro Tribunal Supremo en esta materia, como tendremos ocasión de comprobar.

Mientras no esté en vigor esa normativa imperativa, podría solicitarse la anulación parcial del contrato de adhesión por violación del orden público económico (15), anulando las cláusulas que sean lesivas y dando lugar a la integración del contrato conforme a lo dispuesto en el artículo 1.258 del Código civil (16), restableciendo, en definitiva, el justo equilibrio contractual (17) en base al principio de la buena fe (18). A nuestro juicio, es la única medida que puede evitar actualmente que el agente se encuentre en interinidad continua y angustiosa, a merced del interés del empresario representado.

El agente acerca el producto o servicio elaborado por la casa representada a la clientela, estableciendo un valioso contacto personal y realizando una labor de intermediación mercantil. Para el empresario representado es altamente positiva su colaboración, pues «su retribución significará una disminución en las ganancias en lugar de constituir una carga permanente» (19), como sería la instalación de una sucursal en la zona, dotada del personal laboral.

Abogamos por la implantación de medidas legales que eviten lo que sucede con harta frecuencia: que el representado se des-

(14) GARRIGUES, *Tratado...*, cit., p. 543: «Esta laguna legislativa es sensible, ya que se trata de un contrato que hallamos constantemente en la práctica. La importancia económica de la agencia hace aconsejable su regulación legal, para lo que podemos tomar como ejemplo algunas leyes extranjeras».

(15) Cfr. FARJAT, *L'ordre public économique*, París, 1963, y GARCÍA AMIGO, *ob. cit.*, pp. 267 y 268. Cfr. también CLAVERÍA, *ob. cit.*, p. 680, que expresa la conveniencia de la insistencia en el empleo de esa técnica, «al menos mientras no se promulgue una ley específica sobre la predisposición». Repárese también en las reticencias de DE CASTRO, *Notas sobre las limitaciones intrínsecas de la autonomía de la voluntad*, ANUARIO DERECHO CIVIL, 1982, pp. 987 a 1085; en concreto, pp. 1046 a 1050, sobre este concepto. Escribe DE CASTRO que «el término orden público económico en sí mismo es inocuo y puede ser oportuno cuando se le utiliza para referirse a la ordenación de la economía impuesta por el Estado, la que con ello determina restricciones de la libertad de contratación. Lo que parece inadecuado y hasta peligroso sería identificar las limitaciones intrínsecas de la autonomía de la voluntad, aludidas en el artículo 1.255 del Código civil (orden público jurídico) y las imposiciones o restricciones a la libertad de contratar derivadas del intervencionismo económico de la Administración (orden público económico). Sentidos dados al orden público que deben separarse, porque su naturaleza y consecuencias jurídicas son otras (*ob. cit.*, p. 1048).

(16) Cfr. GARCÍA AMIGO, *ob. cit.*, pp. 270 y 271.

(17) En este sentido se pronuncian recientemente los Tribunales italianos. Cfr. LIPARI, *Derecho privado. Un ensayo para la enseñanza*, Bolonia, 1980, p. 336.

(18) Cfr. LASARTE, *Sobre la integración del contrato: la buena fe en la contratación. En torno a la sentencia del T. S. de 27 de enero de 1977*, «Revista Derecho Privado», 1980, pp. 50 a 78.

(19) Cfr. GARRIGUES, *Los agentes comerciales*, «Revista Derecho mercantil», núm. 83, enero-marzo 1962, pp. 7 a 25; en concreto, p. 8.

prenda del agente que le abrió un mercado y le puso en contacto con una clientela valiosa, sin obligación de efectuar desembolso alguno en concepto de indemnización (20). Nuestro cometido, en este trabajo, consiste precisamente en exponer soluciones, en tanto no se produzcan esas medidas que propugnamos.

II. Sobre la aplicabilidad de las soluciones de otros contratos.

En vista de la insuficiencia legal, doctrinal y jurisprudencial sobre la agencia, ¿se le podrán aplicar las soluciones que el Ordenamiento jurídico español establece para otros contratos?

A) En primer lugar, el contrato de comisión guarda cierta relación con la agencia, pues en ambas figuras una persona representa a otra en operaciones mercantiles y su remuneración suele consistir en un porcentaje sobre la cuantía de esas operaciones concertadas con terceros.

No obstante, existen notables diferencias entre ambos contratos. El comisionista actúa en nombre propio y por cuenta de otro. El agente actúa *siempre* por cuenta y en nombre de otro (21). Mientras que la comisión se caracteriza por suponer la creación de una relación de representación válida sólo para una o varias operaciones mercantiles, la agencia se establece para un período continuado en ocasiones por tiempo indeterminado (22), para dar ocasión a que el agente visite a la clientela, difunda el producto, gestione la formulación de pedidos, atienda reclamaciones e incluso gestione el cobro de los impagados, si se comprometió a ello (23).

(20) Se nos podría aducir que en todo momento tratamos en este trabajo de buscar medidas que protejan al agente, medidas que en muchos casos harían al empresario español, afectado por la grave crisis que nos azota, más gravosa aún la reestructuración de su empresa. No quisiéramos dar la impresión de haber olvidado la situación económica actual. Empero, creemos que existen fórmulas para compaginar intereses, reduciendo las exigencias cuando el empresario esté en situación de crisis, o instaurando legalmente una serie de medidas —las indispensables— para implantar progresivamente, cuando la situación económica vaya saneándose, las medidas complementarias. No se olvide que la Disposición Final Segunda del Estatuto General de Colegios de Agentes Comerciales, aprobado por Real Decreto 3.595/1977 de 30 de diciembre, prevé la necesidad de una normativa sobre la agencia, que desgraciadamente no se ha producido. Hay temas más urgentes o *espectaculares* sobre los que legislar.

(21) Cfr. BALDI, *Ob. cit.*, p. 35, y GARRIGUES, *Dictámenes...*, cit., p. 315. En contra, Francesco FERRARA, *ob. cit.*, pp. 279 a 281, que opina que puede existir un contrato de agencia, aunque el agente actúe en nombre propio. Para este autor, la empresa del agente es *auxiliar* de la del representado, mientras que la del comisionista no es auxiliar de la del comitente; en todo caso es auxiliar del comercio o de la producción. Por eso se explica que agencia y comisión deban ser tratados de forma diversa cuando el representado denuncia el contrato sin justa causa.

(22) Cfr. GARRIGUES, *Tratado...*, cit., p. 459, que señala acertadamente que la influencia doctrinal francesa se percibe en nuestro Código de comercio, al limitar éste el objeto de la comisión a un acto u operación de comercio, es decir, a uno o varios negocios concretos y determinados.

(23) A diferencia de la comisión, el agente cuenta con tiempo para conservar, reforzar y ampliar la clientela adicta al servicio o producto elaborado por el re-

Cuando el contrato de agencia no ha previsto una serie de circunstancias, no es adecuado acudir a las normas reguladoras del contrato de comisión, en contra de lo que aconsejan algunos autores (24), al permitir el artículo 279 del Código de comercio la revocabilidad de la comisión a instancias del comitente, solución lógica en ese contrato, pero poco equitativa en la agencia (25).

Nuestra jurisprudencia mantuvo en un primer momento el criterio de considerar a la agencia como un tipo o variedad de la comisión (26). Sin embargo, la importante sentencia del Tribunal Supremo de 23 de abril de 1974 estableció la diferencia de tratamiento y, en consecuencia, excluyó la aplicación del artículo 279 del Código de comercio para la agencia (27).

B) La relación laboral especial de los representantes de comercio guarda gran semejanza respecto del contrato de agencia mercantil (28). El agente mercantil y el representante de comercio actúan de forma análoga, tratando de promover la conclusión de contratos mercantiles en una zona determinada. En ambos casos, la remuneración es un porcentaje, llamada comisión (29).

presentado, teniendo el contacto directo con esa clientela y llegando a ser intermediario o mediador interesado, puesto que es el vendedor del producto o arrendador del servicio quien le paga, aunque en función de las operaciones concertadas con una clientela, por lo que, en gran medida, el agente depende de ésta e incluso llega a tener derechos de prospección sobre la misma.

(24) Cfr. BALDO DEL CASTAÑO, *Todo sobre representantes, agentes y comisionistas*, Barcelona, 1971, p. 10. Cfr. también URÍA, *ob. cit.*, pp. 543 y 544, que estima son aplicables a la agencia, en ciertos supuestos, la disciplina de otros contratos análogos, singularmente de la comisión. Es muy peculiar la posición doctrinal de ORTEGA PRIETO, *Representantes de comercio...*, cit., pp. 29 a 31, que considera que las normas de la comisión no se han concebido, ni histórica ni jurídicamente, para el dinamismo comercial implícito en el desarrollo del tráfico. Para este autor, «la comisión mercantil, en su concepto clásico, está más que obsoleta, prácticamente en desuso». Sin embargo, en otra obra (*Manual de formularios laborales comentados*, Bilbao, 1982, p. 52), este autor aconseja redactar el contrato de agencia indicando que regirán subsidiariamente las normas de la comisión.

(25) Cfr. BROSETA, *ob. cit.*, pp. 412 y 413.

(26) Véanse las sentencias del Tribunal Supremo de 26 de enero de 1943 y de 15 de marzo de 1972.

(27) Véase la sentencia del Tribunal Supremo de 30 de noviembre de 1964, que indica la diferencia entre agencia —en ese caso, de seguros— y comisión.

(28) Los acontecimientos de estos últimos veinte años han demostrado que la relación laboral especial de los representantes de comercio se ha convertido en regla general de la representación mercantil, dejando en la práctica reducido el número de contratos de agencia. Varias razones han motivado esta realidad incontestable, que pueden resumirse en dos: el representante no responde del riesgo de la operación con el resto de su patrimonio y, además, está más protegido en la jurisdicción laboral, menos costosa y más rápida que la civil.

(29) Entendemos por comisión el importe que resulta de aplicar el porcentaje elegido sobre el montante de las operaciones promovidas por el representante o realizadas en la zona en este último caso, si goza de exclusividad—. Sería positivo adoptar una denominación particular a la remuneración del agente, para deslindar definitivamente esta figura jurídica respecto del contrato de comisión. Esa denominación podría ser prima, premio, provisión o porcentaje. No obstante, reconocemos las dificultades para implantar esa denominación peculiar, puesto que el término comisión está muy generalizado, tanto en nuestro país como en otros Estados europeos. En Italia, por el contrario, su remuneración se denomina *provvigione*. Véase el art. 1.748 del Codice civile.

Empero, el contrato de agencia es un contrato mercantil, en el que las partes contratantes no están ligadas por un vínculo de dependencia o subordinación —como los representantes de comercio—, sino de colaboración e independencia. La labor del agente no tiene que ser necesariamente personalísima, ya que puede contar con subagentes que le sustituyan en su cometido. El agente puede constituirse bajo forma social o tener una organización externa muy superior a la del representante de comercio, que sólo cuenta con su trabajo personal y, a lo sumo, con organización interna (30).

Para que la relación sea laboral son necesarios, en nuestro Derecho, dos requisitos: Primero.—Que el representante no responda del buen fin de las operaciones en que intervenga (art. 1, apartado 3, letra f) del Estatuto de los Trabajadores) (31). Segundo.—Que el representante esté inmerso en la organización del empresario representado (art. 1, apartado 1 del Estatuto de los Trabajadores), es decir, que no tenga una organización externa propia.

Así, el empresario representado podrá destruir la presunción de relación laboral contenida en el artículo 8, apartado 1 del Estatuto de los Trabajadores, probando que el representante responde del buen fin o que cuenta con una organización distinta de la suya —es persona jurídica, tiene subagentes que le reemplazan en su labor o realiza las operaciones sin seguir las instrucciones del representado—.

Deslindado claramente el ámbito de cada figura, ¿deben tenerse en cuenta las soluciones contenidas en los Reales Decretos 2.033/1981 de 4 de septiembre y 1.195/1982 de 14 de mayo, que desarrollan la relación laboral especial de los representantes de comercio, para aplicarlas por analogía a la agencia? (*).

La respuesta positiva, que cuenta con adeptos en la doctrina italiana (32) tendría dificultades de implantación, ya que las normas citadas tienen su cauce oportuno en la jurisdicción social, no en la civil. No obstante, es interesante auspiciar una aplicación analógica, teniendo en cuenta que en ambas relaciones existe un

(*) «Con posterioridad a la redacción de este trabajo, la sentencia del Tribunal Central de Trabajo de 10 de julio de 1984, aplicando el criterio de la sentencia del Tribunal Constitucional de 1 de junio de 1983, ha declarado la ineficacia e inaplicabilidad del Real Decreto 1.195/1982, de 14 de mayo, por haber transcurrido el plazo de 18 meses fijado en la Disposición Adicional 2.ª del Estatuto de los Trabajadores».

(30) Cfr. ORTEGA PRIETO, *Representantes de comercio...*, cit., pp. 66 y 67, que opina que cuando la organización se limita a los aspectos puramente internos de su actividad —teléfonos, contabilidad, secretaría y despachos, etc.— el contrato puede ser laboral. Mientras que si los componentes de la organización relevan a su titular y lo reemplazan en la prestación de los concretos servicios, hay organización externa y el contrato sería mercantil.

(31) Cfr. ORTEGA PRIETO, *Representantes de comercio...*, cit., pp. 71 a 78.

(32) Cfr. FORMIGGINI, *Il contratto de agenzia*, en el «Trattato di diritto civile italiano» dirigido por VASALLI, Turín, 1958, pp. 156 y 159, que destaca la afinidad entre el contrato de agencia y el contrato de trabajo, sugiriendo medidas similares de tratamiento. Cfr. también BALDI, *ob. cit.*, pp. 168 y 169.

contratante débil, al que la ley debe proteger frente a otro con potencial económico más poderoso (33).

C) La agencia y el contrato de concesión mercantil tienen numerosos puntos en común. El agente y el concesionario son órganos de distribución de la empresa productora, tienen obligaciones análogas, les está generalmente prohibido difundir productos de empresas concurrentes y la remuneración, en ambas figuras, consiste en un porcentaje del precio de cada producto vendido y cobrado (34).

A pesar de lo que hemos manifestado, ambas figuras pueden diferenciarse claramente, puesto que el concesionario actúa en nombre y por cuenta propia, comprando la mercancía para revenderla, mientras que el agente no las adquiere, sino que promueve su venta por orden y cuenta del representado (35). Normalmente, el agente realiza una prospección itinerante y no efectúa servicios post-venta. Por el contrario, el concesionario atrae a la clientela por medio de reclamos publicitarios y servicios dignos de la representación de la marca, entre ellos el de post-venta (36).

En nuestro Derecho, la concesión mercantil carece de regulación legal, al igual que ocurre con el contrato de agencia. Los Tribunales, que suelen utilizar diversas denominaciones (37), se pronuncian con más frecuencia en supuestos de concesión mercantil, puesto que los concesionarios suelen ser más fuertes económicamente y pueden costearse con más facilidad un litigio cuyo resultado resulta incierto. Por otro lado, la organización del concesionario suele ser más poderosa y, en consecuencia, le afecta en mayor grado la denuncia unilateral del contrato formulada por la casa comercial. Sus pérdidas son mayores que en el caso del agente y, por esa razón, suele reclamar indemnización con más frecuencia.

Agente y concesionario son auxiliares de la casa comercial (38)

(33) Véase la sentencia del Tribunal Supremo de 26 de octubre de 1974.

(34) Cfr. CATONI, *ob. cit.*, pp. 90 a 99.

(35) Cfr. BALDI, *ob. cit.*, pp. 66 y ss.; Díez-PICAZO, *Dictámenes...*, cit., p. 165, y PUENTE MUÑOZ, *El contrato de concesión mercantil*, Madrid, 1976, pp. 66 y ss. Véase también la sentencia de la Audiencia Territorial de Palma de Mallorca de 15 de octubre de 1973.

(36) Cfr. DE THEUX, *ob. cit.*, tomo I, p. 305. Cfr. también PUENTE MUÑOZ, *ob. cit.*, pp. 69 y ss., que analiza otro carácter distintivo, el de la facturación, llegando a la conclusión de que no puede constituir un criterio cierto de distinción, ya que el agente no pierde su condición si es él quien factura. Véase también Díez-PICAZO, *Dictámenes...*, cit., p. 165), que se inclina por el contrato de concesión en un caso controvertido, «porque si bien es verdad que en ocasiones Productos Iris ha concertado contratos para Aquitaine Orgánico, la mayor parte de las importaciones se han hecho mediante operaciones en las cuales el llamado agente ha sido el comprador directo del producto».

(37) Se denomina *concesión* en las sentencias del Tribunal Supremo de 14 de febrero de 1973, 5 de febrero de 1976 y 21 de abril de 1979; *venta en exclusiva* en las sentencias de 14 de noviembre de 1970 y 15 de diciembre de 1973; *distribución* en la de 21 de abril de 1979.

(38) Cfr. IGLESIAS PRADA, *Notas para el estudio del contrato de concesión mercantil*, en «Estudios de Derecho mercantil en homenaje a Rodrigo Uría», Ma-

y, en ambos casos, una denuncia unilateral del contrato por parte de ésta puede provocar graves perjuicios, si no media preaviso.

La jurisprudencia de nuestro Tribunal Supremo se ha pronunciado en repetidas ocasiones sobre la naturaleza del pacto de exclusiva en la concesión, sin entrar decididamente en el análisis y estudio de este contrato. Teniendo en cuenta que el contrato de agencia suele incluir la cláusula de exclusiva, aunque no se presume —a diferencia de lo que dispone el art. 1.743 del Codice civile italiano—, pueden tener aplicación, en los supuestos en que se ha establecido este pacto, las soluciones jurisprudenciales sobre la concesión (39).

III. *La denuncia unilateral del contrato de agencia por tiempo indeterminado.*

A continuación, conviene acotar claramente el tema fundamental de nuestro trabajo. Por tanto, se hace necesario indicar que no vamos a entrar en tres supuestos de denuncia, entendida en sentido amplio, es decir, declaración de voluntad formulada por un contratante poniendo término a una relación jurídica. Estos supuestos excluidos son: *Primero*.—Cuando existe justa causa de extinción. Aunque es difícil definirla (40), existirá justa causa cuando se produzca un incumplimiento grave de las obligaciones del agente —resolución— (41) o cuando acaezca una excesiva one-

drid, 1978, pp. 251 a 281; en concreto, p. 272, y Francesco FERRARA, *ob. cit.*, p. 279.

(39) En nuestra doctrina, apoyan la aplicación analógica Díez-PICAZO, *Dictámenes...*, cit., p. 173, y BROSETA, *ob. cit.*, pp. 413 y 414. Este autor considera al contrato de concesión mercantil como un «contrato mixto, que incorpora ingredientes del suministro con exclusiva de reventa y de la agencia, de modo que su problemática incluye la propia de estos dos contratos». La sentencia del Tribunal Supremo de 21 de abril de 1979 recoge la calificación formulada por BROSETA.

En Francia, Bélgica, Alemania Federal e Italia, el tratamiento es diverso para ambos contratos. En Bélgica hay legislación específica para la concesión mercantil, en la que se favorece al concesionario. Sin embargo, el agente belga está más desprotegido, al no existir ley reguladora del contrato. En Francia e Italia ocurre el fenómeno inverso: la protección legal de que goza el agente no se extiende al concesionario, aunque la doctrina es partidaria de aplicar la analogía. Cfr. CATONI, *ob. cit.*, pp. 95 y 96, para quien «el contrato de concesión se presenta a menudo como un tipo particular de contrato de agencia concluido igualmente en interés común de las partes». Véase también DE THEUX, *ob. cit.*, tomo I, p. 323: «De *lege ferenda*, las dos categorías de intermediarios deberían beneficiarse, después de su licenciamiento, de una indemnización parecida, aunque no idéntica».

(40) Cfr. BROSETA, *ob. cit.*, p. 409, y SÁNCHEZ CALERO, *Instituciones de Derecho mercantil*, Valladolid, 1981, p. 395. En Derecho alemán se exige de la obligación de preaviso si hay *motivo importante*; Cfr. SCHRÖDER, *Recht der Handelsvertreter*, Munich, 1973, pp. 365 y ss. En Derecho suizo, se excluye el derecho a la indemnización cuando el contrato se extingue por causa imputable al agente; Cfr. DURR, *Du contrat d'agence*, Berna, 1959, p. 82. Igual solución se da en Derecho francés; Cfr. CATONI, *ob. cit.*, pp. 129 y ss., que estima que la carga de la prueba debe incumbir a la parte que alega el incumplimiento.

(41) Entre las posibles infracciones contractuales por parte del agente, hemos de resaltar las siguientes:

a) Apropriación indebida de cantidades. Salvo que esté debidamente autoriza-

rosidad sobrevenida (42). Segundo.—Cuando el agente denuncia el contrato, haya o no justa causa(43), aunque en este último caso deberá indemnizar al empresario representado si le ocasionó per-

do para retener cantidades en concepto de anticipos a cuenta de futuras comisiones. el agente debe proceder con toda diligencia a enviar al representado aquellas cantidades cobradas en su nombre. Cfr. LÓPEZ Y LÓPEZ, *Retención y mandato*, Bolonia, 1976, p. 71. *Ex abundantia*, si el agente no sólo retiene, sino que oculta al representado la percepción de cantidades con ánimo de apropiárselas, el incumplimiento es aún más grave. Véase la sentencia del Tribunal Supremo de 26 de octubre de 1974.

b) Infracción del compromiso de exclusiva. Si el agente se comprometió contractualmente a no promover operaciones por cuenta de empresarios concurrentes, la infracción de este compromiso supone competencia desleal. Véase la sentencia del Tribunal Supremo de 14 de noviembre de 1970.

c) Desobediencia grave o reiterada respecto a las instrucciones del representado. Véase la sentencia del Tribunal Supremo de 15 de marzo de 1972.

d) Falta de eficacia en la gestión del agente. Si la cifra señalada en el contrato puede alcanzarse con esfuerzo cuidadoso del agente, el posterior incumplimiento de esa cota de eficacia será prueba evidente de la mala gestión del agente, salvo que éste pueda probar que los productos de la competencia tienen mejor aceptación entre la clientela por circunstancias objetivas (menor precio, mayor seguridad o técnica más moderna). Téngase en cuenta que los empresarios y agentes de la competencia también promocionan sus productos.. Adviértase que la cláusula contractual que impone cifras elevadas al agente invierte la carga de la prueba, pues el agente tendrá que probar cumplidamente su eficaz gestión o la imposibilidad de alcanzar las cifras señaladas, para evitar que se produzca la justa causa de extinción. Cfr. GARRIGUES, *Tratado...*, cit., p. 546, *en nota*, estima que la cláusula que impone al agente un número de operaciones que aseguren al empresario una ganancia razonable ha de ser interpretada de buena fe.

e) Falta de información respecto de las gestiones realizadas. El incumplimiento manifiesto de la cláusula contractual por la que el agente se obliga a informar periódicamente de sus gestiones, puede motivar la extinción del contrato si el representado facilitó los medios necesarios para su cumplimiento, es decir, que no sea la información tan exhaustiva que impida la labor fundamental de promoción del agente. Véase la sentencia del Tribunal Supremo de 21 de diciembre de 1963.

(42) Cfr. ESPERT SANZ, *La frustración del fin del contrato*, Madrid, 1968. pp. 137 a 159, que expone las diversas posiciones doctrinales sobre el tema de la excesiva onerosidad sobrevenida. El requisito en el que coinciden la mayoría de los autores consiste en el carácter imprevisible y extraordinario de la alteración de las circunstancias contractuales. Para este autor, «la doctrina de la frustración del fin del contrato no es aplicable en Derecho mercantil, donde rige por encima de todo la seguridad del tráfico y el principio de total autorresponsabilidad frente a lo pactado» (*ob. cit.*, p. 233). Sin embargo, para GARRIGUES, *Tratado...*, cit., p. 125, cuando la alteración hace «extraordinariamente gravosa la ejecución del contrato, y esta variación no ha podido ser tenida en cuenta por los contratantes, parece excesivamente riguroso exigir la ejecución puntual de lo convenido», admitiendo la posibilidad de extinguir el contrato mercantil, aunque recomendando gran prudencia en las soluciones. También admite esta posibilidad VICENT CHULIÁ, *Compendio crítico de Derecho mercantil*, tomo II, Valencia, 1982, p. 213.

(43) Habrá justa causa cuando la denuncia se produzca como consecuencia de incumplimiento de las obligaciones del representado. Las más relevante son:

a) Impago o retraso reiterado en el pago de las comisiones. Este incumplimiento no faculta al agente para retener las cantidades que perciba en gestión de cobro, salvo autorización expresa.

b) Nombramiento de otros agentes en la zona, violando la cláusula de exclusiva. Cfr. DíEZ-PRCAZO, *Dictámenes...*, cit., p. 166.

c) Retraso negligente o doloso en servir los pedidos, o negativa a servirlos

juicios. *Tercero*.—Cuando la denuncia se produce en un contrato de duración determinada, antes del cumplimiento del plazo contractual (44).

La expresión «denuncia unilateral» es frecuentemente utilizada en Derecho contractual, queriendo significar aquel acto realizado por un contratante, mediante el cual comunica a la otra parte su voluntad de poner fin a la vigencia de la relación (45). No habrá justa causa cuando el agente haya cumplido fielmente sus obligaciones.

Cuando el contrato de agencia se celebra por tiempo indeterminado, debe proclamarse abiertamente la facultad, por parte del representado, de denunciar el contrato, aunque no esté amparada en justa causa. El contrato de agencia está basado en la confianza depositada por el representado sobre el agente, proyectada en la figura de éste (46). Si esa confianza se rompe, aun por causas ajenas al comportamiento del agente, debe ser reconocido incuestionablemente ese derecho de denuncia. Nadie debe ser forzado a respetar un contrato de duración indeterminada cuando ha perdido la confianza en la otra parte o no le interese mantener sus obligaciones. Esta facultad de denuncia unilateral, sin justa causa, pertenece al empresario representado, aun cuando no se haya pactado expresamente en el contrato (47).

Como opina Díez-Picazo, debe reconocerse la existencia de dos fenómenos contrarios. Por un lado, «la idea de que la subsistencia y ejecución de una obligación no pueda nunca dejarse al arbitrio de una de las partes. Por otro lado, se encuentra la exigencia de que una vinculación obligatoria no sea nunca indefinida». En opinión de este autor, que compartimos plenamente, debe darse

por parte del representado. El perjuicio para el agente es importante, porque el cliente no pagará mientras no le sirvan y, en consecuencia, el agente habrá realizado y cumplido su cometido, sin recibir la adecuada contraprestación. No habrá justa causa si el representado pone todo su empeño, pero la mercancía no llega a destino por causas externas o dificultades técnicas, siempre que sean temporales y subsanables.

Si no existe justa causa, la denuncia del contrato por parte del agente puede producir perjuicios al representado, que podrá solicitar la indemnización correspondiente.

(44) Cfr. BROSETA, *ob. cit.*, p. 395, que opina que el plazo debe cumplirse inexorablemente y no cabe la resolución anticipada sin justa causa que la ampare. Sin embargo, la sentencia del Tribunal Supremo de 21 de diciembre de 1963 la admite, aunque imponiendo al denunciante la obligación de indemnizar por los daños y perjuicios que ocasione a la otra parte con la extemporánea revocación.

(45) Cfr. DÍEZ-PICAZO, *Fundamentos del Derecho civil patrimonial*, tomo I, Madrid, 1979, p. 840, que añade que esta expresión, en la literatura jurídica, ha sido también utilizada en ocasiones para traducir la palabra alemana *Kündigung*. Cfr. también PUIG PEÑA (voz *Desistimiento unilateral*, en *Nueva Enciclopedia Jurídica*, tomo VII, Barcelona, 1980, pp. 290 a 296).

(46) Cfr. GARRIGUES, *Tratado...*, cit., p. 542: «El contrato se concluye en consideración a las cualidades personales del agente».

(47) Cfr. PUENTE MUÑOZ, *ob. cit.*, pp. 170 a 172, que constata la existencia del derecho de denuncia en el contrato de concesión mercantil, aunque no se haya pactado esa facultad. Véase la sentencia de la Audiencia Territorial de Oviedo de 19 de noviembre de 1973.

preferencia a la denuncia unilateral cuando se trate de una obligación duradera o de tracto sucesivo, de duración indeterminada y en la relación exista un componente fiduciario (48).

Teniendo en cuenta que estas características apuntadas por Díez-Picazo se manifiestan plenamente en el contrato de agencia por tiempo indeterminado, es incuestionable el derecho que tiene el representado de denunciar unilateralmente el contrato, aunque no exista justa causa (49).

IV. *Indemnización por denuncia unilateral sin justa causa.*

¿Tiene derecho a ser indemnizado el agente cuando el representado denuncia el contrato, sin justa causa?

Para responder a esta cuestión, que constituye la esencia de nuestro trabajo, no hay que olvidar que estamos hablando sobre el agente que cumple fielmente sus obligaciones y, por tanto, está difundiendo el producto de la casa representada, obteniendo una contraprestación por realizar esa tarea.

El perjuicio puede motivarse cuando el empresario representado formula la denuncia, sin conceder plazo de preaviso o cuando éste continúe disfrutando de la clientela que el agente le aportó.

En primer lugar, si el empresario representado no concede plazo de preaviso, la extinción del contrato opera automáticamente, una vez que el agente haya recibido la notificación de la voluntad de aquél. El agente deberá devolver el muestrario y dejará de obtener los emolumentos que le proporcionaba su actividad. En ocasiones, como consecuencia de la finalización de su contrato, el agente deberá realizar gastos importantes (despido de personal, readaptación del local o depósito). Pero, aunque no realice esos gastos, el agente se verá perjudicado económicamente por la brusca interrupción del contrato, mientras encuentra una ocupación que sustituya a la anterior. El perjuicio dimana de la drástica ruptura, pues el agente dejará de obtener, durante algún tiempo, los ingresos que percibía anteriormente. Deberá, además, realizar desembolsos para readaptar su actividad, en mayor o menor medida.

Si el empresario, al denunciar el contrato, formula preaviso, habrá que analizar de qué preaviso se trata. Si es extremadamente corto (por ejemplo, quince días), el perjuicio para el agente es semejante al producido con la inexistencia de preaviso.

El problema se complica cuando el preaviso es muy breve, pero coincide con el que se pactó contractualmente. ¿Cabe que el agente pida indemnización, alegando que el preaviso no le compensa suficientemente de los perjuicios que le produce la denuncia del contrato? Y, en todo caso, ¿tiene derecho a indemnización el agente, cuando no se le concede preaviso?

En segundo lugar, si el empresario representado continúa dis-

(48) Díez-Picazo, *Fundamentos...*, cit., pp. 840 y 841.

(49) Cfr. VICENT CHULIÁ, *ob. cit.*, tomo I, pp. 213 y 214.

frutando de la clientela adicta a sus productos o servicios, atraída o, en su caso, aumentada gracias a la labor del agente, éste se verá perjudicado económicamente, pues dejará de obtener los beneficios que esa clientela le proporcionaba. El representado saldrá beneficiado, pues seguirá percibiendo ingresos de esa clientela y, en la mayoría de los casos, si la clientela le solicita directamente el producto, se ahorrará el porcentaje que el agente devengaba con anterioridad. Se produce, por lo tanto, un desequilibrio manifiesto en las economías de los ex-contratantes. En esas condiciones, ¿tiene derecho el agente a que se compense por la clientela que aportó al representado?

Examinaremos en primer lugar los pronunciamientos de nuestros Tribunales, ante la insuficiencia de legislación (50).

La sentencia del Tribunal Supremo de 30 de noviembre de 1964 resolvió un caso de denuncia unilateral en un supuesto de agencia de seguros, concediendo derecho de indemnización al agente, argumentando que la reglamentación de seguros y el contrato no habían previsto la denuncia unilateral sin justa causa como motivo de extinción. El Alto Tribunal no aplicó por analogía —como pretendía el representado— las normas de la comisión mercantil y calificó a la relación como *mandato que une la explotación de un negocio común*, lo que justifica el derecho del agente a ser indemnizado. Esta sentencia recoge, aunque no se formule con precisión, la doctrina jurisprudencial francesa del *mandato de interés común*, anterior a la vigencia del Decreto de 23 de diciembre de 1958 (51).

En la sentencia del Tribunal Supremo de 17 de diciembre de 1973, en un supuesto de denuncia unilateral, formulada en un contrato de venta en exclusiva o concesión, se niega al concesionario el derecho a ser indemnizado, en base a la doctrina limitadora de las convenciones o pactos perpetuos. En este pronunciamiento, el Tribunal Supremo rechaza la doctrina del mandato de interés común al manifestar que «el contrato podrá darse por concluido en la fecha que convenga al *interés de una u otra de las partes*». En esta ocasión, nuestro Alto Tribunal «enfoca el problema de la

(50) La Ley 117/1969 de 30 de diciembre, reguladora de la producción de seguros privados, en su art. 20 se refiere a las causas de extinción del contrato del agente afecto de seguros, sin resolver la importante cuestión del preaviso, de la denuncia unilateral sin justa causa y de la posible indemnización.

(51) Cfr. CATONI, *ob. cit.* p. 43: la jurisprudencia francesa justificaba la necesidad de indemnizar al agente, sosteniendo que el contrato de agencia es un mandato concluido en interés común de las partes y, a diferencia del mandato común, no podrá ser revocado más que de común acuerdo, por cumplimiento de sus cláusulas o condiciones o por justa causa, reconocida legalmente. Posteriormente, el art. 3 del Decreto francés de 23 de diciembre de 1958 consagra la teoría al declarar: «Los contratos efectuados entre los agentes comerciales y sus mandantes son concluidos en interés común de las partes». Esta teoría también ha encontrado eco en la doctrina de nuestro Tribunal Supremo que, además de en la sentencia comentada, la tiene en cuenta, con más nitidez, en la de 21 de diciembre de 1963, para justificar la indemnización al agente por denuncia unilateral sin justa causa formulada por el empresario representado antes de cumplirse el plazo contractual.

prolongación *sine die* de las relaciones de exclusiva como árbol que no permite contemplar el bosque» (52). El problema no consiste en decidir si el concedente tiene o no derecho a la denuncia —que lo tiene—, sino en decidir si el concesionario o agente tiene derecho a la indemnización en el caso de que la decisión de la contraparte le produzca perjuicios o si tiene derecho a una contraprestación por la clientela aportada. Durante la vigencia del contrato, concedente y concesionario, representado y agente, tiene un interés común: difundir el servicio o producto elaborado. Ese interés común, vigente durante el contrato, debe tener su manifestación a su finalización y el agente o concesionario deberá participar de alguna forma en el beneficio obtenido.

En la sentencia del Tribunal Supremo de 21 de abril de 1979, se denegó el derecho a la indemnización por parte del concesionario. Nuestro Tribunal de casación manifestó que en los contratos de duración indeterminada «las soluciones propugnadas son fijar un tiempo máximo de vigencia (Ley francesa de 14 de octubre de 1943) o bien permitir la denuncia *ad nutum* en los suministros por tiempo indeterminado, autorizando a cualquiera de las partes para apartarse del contrato sin más que dar el preaviso en el término pactado en el establecimiento por los usos o, a falta de ambos, en un término adecuado, atendida la naturaleza del suministro, solución que es la acogida por el art. 1.569 del Codice civile italiano...», señalándose más adelante que la solución se da para evitar «... la repercusión que en el patrimonio de cada contratante pueda ocasionar la inactividad o falta de diligencia del otro». Del contenido de esta sentencia se podría inferir que el concesionario tendrá derecho a indemnización cuando no se le haya formulado preaviso. Si embargo, no está clara esta deducción pues no hay un pronunciamiento nítido sobre el tema. Nos parece criticable, por otro lado, el argumento de pretender evitar con la denuncia el perjuicio que pudiera tener el concedente por la inactividad o falta de diligencia de la otra parte. Para esos supuestos, basta acudir a la resolución del contrato por incumplimiento de la otra parte, previsto en el art. 1.124 del Código civil.

La sentencia del Tribunal Supremo de 21 de octubre de 1966, entendió de un contrato suscrito por las partes, que contenía un derecho de denuncia por vía unilateral. Habiendo ejercitado el concedente el preaviso pactado —un mes—, el Tribunal Supremo entendió que no era posible tergiversar el texto claro de lo convenido con una interpretación arbitraria, para pedir una obligación de indemnizar, cuya existencia y cuantía no aparecían reglamentadas y ni siquiera aludidas en el texto terminante del contrato (53). En este caso, nuestro Alto Tribunal no tuvo necesidad de argumentar el principio de limitación de las convenciones perpetuas, pues

(52) Cfr. IGLESIAS PRADA, *ob. cit.*, p. 271.

(53) Cfr. DÍEZ-PICAZO, *Dictámenes...*, cit., pp. 170 y 171, que comenta esta sentencia.

aplicó estrictamente el de la autonomía de la voluntad, sin tener en cuenta que el plazo pactado era extremadamente corto.

La sentencia de 14 de febrero de 1973 denegó al concesionario el derecho a ser indemnizado, basándose en cinco motivos, que resumimos: Primero.—Que el pacto de exclusiva debe interpretarse en sentido limitado. Segundo.—Que en la práctica mercantil se acompaña al contrato una cláusula de resolución *ad nutum*, con exención de resarcimientos de daños y perjuicios, que se justifica por la repercusión que el patrimonio de cada contratante puede ocasionar la inactividad o falta de diligencia del otro. Tercero.—Que ese es el criterio seguido en otros preceptos del ordenamiento jurídico cuando median obligaciones por tiempo indefinido (artículos 400, 1.052, 1.705, 1.733 y 1.750 del Código civil y art. 279 del Código de comercio). Cuarto.—Que las legislaciones extranjeras y la española adoptan medidas para evitar la prolongación *sine die* de los pactos de exclusiva, ya sea concediendo a los contratantes la facultad de desistimiento unilateral o señalando un plazo máximo de duración. Y quinto.—Que la jurisprudencia proclamó en las sentencias de 18 marzo 1966 y 29 mayo 1966 la doctrina limitadora de los pactos ilimitados y, por tanto, el denunciante no traspasó los límites de la equidad y la buena fe. Esta sentencia, que condensa la doctrina jurisprudencial, ofrece varios puntos vulnerables, en nuestra opinión. En primer lugar, por razones de seguridad jurídica, parece más correcto acudir a la técnica de la resolución del contrato, al amparo del artículo 1.124 del Código civil, en caso de inactividad o falta de diligencia de la otra parte. En segundo lugar, porque enumera preceptos como el artículo 279 del Código de comercio que, según la doctrina y la jurisprudencia, no es aplicable a la agencia y a la concesión mercantil (54). Además, nuestro Tribunal de casación se olvida mencionar el importante artículo 224 del Código de comercio, que impide la disolución de la sociedad colectiva o comanditaria cuando el socio pretende obtener un lucro particular que no obtendría con la subsistencia de la sociedad, calificándose esta conducta de mala fe. En tercer lugar, porque se olvida de la Ley extranjera más progresista y alabada por la doctrina en materia de concesión mercantil: la Ley belga de 27 de julio de 1961, que establece para el concesionario un derecho a ser indemnizado en caso de denuncia unilateral del contrato de duración indeterminada.

Como se puede comprobar, la doctrina de nuestro Tribunal Supremo sobre la indemnización derivada de la denuncia unilateral, sin justa causa, en el contrato de duración indeterminada, es claramente restrictiva, cuando existe cláusula de exclusiva (55).

(54) Véanse las sentencias del Tribunal Supremo de 30 de noviembre de 1964, 23 de abril de 1974 y 21 de abril de 1979.

(55) No puede decirse lo mismo cuando la denuncia unilateral, sin justa causa, se produce anticipadamente, en un contrato de duración determinada. Las sentencias del Tribunal Supremo de 6 de diciembre de 1924 y 21 de diciembre de 1963 reconocen el derecho a ser indemnizado por parte del «comisionista»

La sentencia de la Audiencia Territorial de Oviedo de 21 de diciembre de 1976, que recoge la doctrina jurisprudencial expuesta, contempla un supuesto de denuncia unilateral sin formular el preaviso pactado contractualmente. Esta sentencia, aunque reconoce al exclusivista derecho a ser indemnizado, estima que «debe seguirse el prudente sentido restrictivo en que se orienta la jurisprudencia de nuestro Tribunal Supremo... que debe concretarse a las ganancias dejadas de obtener en un semestre, teniendo en cuenta que la sociedad actora tenía la facultad de rescindir el contrato avisando con seis meses de antelación». Se trata de una indemnización sustitutiva del preaviso que, aun siendo insuficiente, supone mayor protección al exclusivista que la brindaba por la doctrina del Tribunal Supremo.

Más acorde con los intereses del agente y concesionario es la sentencia de la Audiencia Territorial de Oviedo de 27 de marzo de 1981 que, tras definir el contrato de concesión mercantil y el de agencia, los diferencia en el dato de la exclusividad, que es esencial en la concesión y accesorio en la agencia, y en la actuación en nombre y por cuenta propia por parte del concesionario mientras que el agente actúa en nombre e interés de otro. Esta sentencia, tras reconocer el derecho de denuncia del concedente o representado, declara procedente la indemnización de daños y perjuicios causados al concurrir una denuncia extemporánea o intempestiva, «dentro de la creciente tendencia hacia el fortalecimiento de la posición del concesionario o agente», indemnización «cuyo fundamento en la legislación española puede hallarse en el principio general de la buena fe».

Expondremos a continuación nuestra opinión favorable a que se conceda al agente derecho a la indemnización, en caso de denuncia unilateral formulada por el empresario representado en un contrato de duración indeterminada, sin alegar justa causa.

Para que el agente pueda tener derecho a la indemnización deberá haber cumplido fielmente todas sus obligaciones esenciales, de tal manera que la voluntad extintiva contraria le produzca auténtico perjuicio económico (56). Si el agente se mantuvo inactivo,

—agente, en realidad—, en base al principio de la buena fe. En estos supuestos, la indemnización coincide con la ganancia dejada de obtener en el plazo que falta para terminar el contrato.

(56) Cfr. BROSETA, *ob. cit.*, p. 409, que mantiene una posición crítica respecto de la posición dominante en la doctrina y jurisprudencia españolas, al manifestar: «Cuando, por el contrario, para el contrato no se ha pactado plazo o período de duración determinado, sino indefinido, suele afirmarse que el contrato puede revocarse libremente (se invocan en este sentido los arts. 224 y 302 del Código de comercio) siempre que la parte que así lo haga respete el plazo de preaviso. No compartimos esta opinión, porque puede dar lugar a arbitrarias revocaciones en perjuicio del agente, que habiendo cumplido fielmente sus obligaciones creando una organización de gran valor a disposición del empresario representado mediante cuantiosas inversiones, puede verse desposeído del fruto de su trabajo a consecuencias de la revocación libérrima y, por ende, arbitraria de su mandante. Admitimos, sin embargo, la revocación mediante preaviso cuando para ello concorra justa causa».

no devengaría comisiones a su favor, por lo que la extinción del contrato no puede perjudicarle económicamente. Si, aún estando inactivo, tuviera derecho a comisiones en las operaciones directas entre la clientela y el representado, la denuncia formulada por éste debe ampararse en justa causa, es decir, en el incumplimiento de las obligaciones del agente, para evitar el pago de la indemnización.

A) Cuando el representado no concede plazo de preaviso, el agente tendrá derecho a una indemnización, motivada por la brusca ruptura de la relación contractual, que produce un quebranto económico en su patrimonio.

Si el contrato establecía plazo de preaviso, que no fue respetado por el representado, el fundamento de la indemnización se halla en el artículo 1.101 del Código civil, pues se trata de un incumplimiento contractual (57). La cuantía de la indemnización debe ser equivalente a las comisiones que el agente debió percibir durante el plazo de preaviso pactado contractualmente. Se trata de una indemnización sustitutiva del preaviso, que se calculará sobre la media de los emolumentos devengados por el agente en un plazo anterior a la denuncia. *De lege ferenda*, estimamos que el plazo debe referirse, como máximo, a los dos años anteriores, para evitar que el agente puede verse perjudicado por la inflación.

Si el contrato no regula la necesidad de establecer un plazo de preaviso y el representado formula la denuncia sin concederlo, el agente tiene derecho a ser indemnizado, puesto que, en realidad, la conducta del representado supone también un incumplimiento contractual.

De conformidad con el artículo 1.258 del Código civil, el contrato obliga no sólo al cumplimiento de lo expresamente pactado, sino también a todas las consecuencias que, según su naturaleza, sean conformes a la buena fe, al uso y a la ley. La buena fe exige que el representado conceda un plazo de preaviso al agente (58), aunque no se hubiera pactado (59).

(57) Cfr. OGÁYAR Y AYLLÓN, *Efectos que produce la obligación bilateral*, Pamplona, 1983, pp. 110 y ss. La jurisprudencia es restrictiva en cuanto al lucro cesante. Así, la sentencia del Tribunal Supremo de 27 de marzo de 1972 señala: «... para el éxito de una acción sobre daños y perjuicios en cuanto éstos se refieran a las ganancias que haya dejado de obtener el acreedor, o sea, al *lucrum cessans*, debe probarse que realmente se han dejado de obtener y por tanto no han de ser dudosos ni contingentes, debiendo ser, por otra parte, consecuencia necesaria del incumplimiento. Cfr. TIRADO SUÁREZ, *Notas sobre lucro cesante*, «Revista General del Derecho», 1975, pp. 830 a 842; en concreto, pp. 839 a 841.

(58) Cfr. VICENT CHULLÁ, *ob. cit.*, tomo II, p. 214, que acertadamente se pregunta a qué obliga el principio de la buena fe: «en primer lugar obliga a la oportunidad, mediante preaviso con una razonable antelación». Cfr. también GARRIGUES, *Tratado...*, cit., pp. 574 y 575: «Toda la materia de la denuncia y del preaviso está sometida al principio de la buena fe dominante en toda la contratación mercantil y que resultaría violado por el ejercicio de un derecho en forma arbitraria (por ejemplo, si un empresario denunciase inesperadamente un contrato de agencia sabiendo que el agente había realizado grandes sacrificios para conseguir introducir los productos en el mercado)».

(59) Cfr. Cossío, *El dolo en el Derecho civil*, Madrid, 1955, p. 34, para

El representado debe actuar de acuerdo con las reglas de la buena fe, como consecuencia del mandato contenido en el artículo 1.258 del Código civil, que no tiene carácter dispositivo (60). La buena fe debe entenderse en sentido objetivo (61). Por ello, el representado deberá cumplir el contrato siguiendo una conducta de lealtad y colaboración con el agente, procurando no lesionar las legítimas expectativas de éste (62).

Cuando el empresario perjudica al agente que cumplió fielmente sus obligaciones, al denunciar el contrato en su interés exclusivo, rompiendo injustificadamente la confianza (63), debe indemnizarle adecuadamente, porque ha incumplido el contrato al infringir el deber objetivo de buena fe. El agente tendrá, en consecuencia, derecho a una indemnización en cuantía equivalente a las comisiones que debería haber percibido durante el plazo de preaviso si el empresario representado, obligado por la buena fe, lo hubiera concedido. Ese plazo deberá ser razonable o adecuado, para que el agente quede indemne de los perjuicios que le haya producido la brusca ruptura. *De lege ferenda*, en nuestra opinión, el plazo adecuado debe ser de seis meses, admitiendo *excepcionalmente* que pueda reducirse o prolongarse en función de la envergadura de la organización del agente. Esta indemnización sustitutiva del preaviso se calcularía sobre la media de los emolumentos devengados

quien la buena fe es «un principio normativo, del que se derivan determinadas obligaciones que deben ser respetadas, aunque no aparezcan expresamente de la ley ni del contrato». En opinión de LASARTE, *ob. cit.*, p. 71, «la función característica del art. 1.258 no radica en *redescubrir* el significado del acuerdo contractual (términos/intención) dentro de los márgenes de la autonomía privada, sino en procurar que ésta no se eleve al grado de coartada que legitime el desconocimiento de las consecuencias o efectos contractuales impuestos por las más elementales reglas del tráfico jurídico».

(60) Cfr. LASARTE, *ob. cit.*, p. 73. Por otro lado, GARRIGUES, *Tratado...*, cit., p. 87, escribe: «El principio de la buena fe, cuya aplicación a los contratos mercantiles es de derecho coactivo, servirá para decidir el juicio en favor del contratante que pactó o cumplió el pacto de buena fe». Cfr. también DE LOS MOZOS, *El principio de la buena fe. Sus aplicaciones prácticas en el Derecho civil español*, Barcelona, 1965, p. 137, que señala la diferencia de matiz existente entre la buena fe objetiva civil y la aplicación mercantil de la buena fe, «ya que esta última es de hecho casi *coactiva* y no del todo *dispositiva*».

(61) Cfr. COSSÍO, *ob. cit.*, p. 244; LASARTE, *ob. cit.*, p. 77; SCAEVOLA, *Código civil*, tomo XX, Madrid, 1904, p. 561; BETTI, *Teoría general de las obligaciones*, tomo I, Madrid, 1969, p. 112, y LIPARI, *ob. cit.*, p. 354.

(62) Cfr. LACRUZ, *Elementos de Derecho civil*, tomo II, volumen 1.º, Barcelona, 1977, p. 235: «La buena fe significa en el art. 1.258 algo más que una directriz en la interpretación del contrato. Ella misma entraña deberes para los contratantes; por de pronto, un deber de honestidad (abstenerse del dolo y tal fue el origen romano); pero también, con un sentido más positivo, un deber de cooperación». Cfr. también SADA, *ob. cit.*, p. 617, que señala que el principio de base en el contrato de agencia, configurado en la propuesta de Directriz presentada por la Comisión al Consejo de la C. E. E. en fecha 17 de diciembre de 1976, es que cada parte debe actuar lealmente y de buena fe.

(63) Cfr. DE LOS MOZOS, *ob. cit.*, p. 137: «En cuanto a su significado o contenido, hay que tener presente que la buena fe mercantil equivale a confianza».

por el agente en un plazo referido, como máximo, a los dos años anteriores a la denuncia unilateral (64).

Cuando el empresario representado concede el plazo de preaviso que se había pactado contractualmente, siendo ese plazo notoriamente inferior al que hemos considerado razonable (quince días, por ejemplo), ¿podrá el agente reclamar indemnización por la diferencia? El hecho de que el agente aceptara en su día el plazo que pretende impugnar plantea grandes dificultades y hace pensar en el fracaso de su reclamación. Mientras no exista una legislación imperativa que imponga la duración del plazo de preaviso, el agente deberá probar que el plazo pactado es insuficiente para resarcirle del quebranto económico que le supone la extinción y que el contrato fue redactado íntegramente por el representado, que lo impuso a la totalidad de sus agentes, en todos sus términos, sin que éstos tuvieran la posibilidad de discutir su contenido (contrato de adhesión). Teniendo lugar la integración del contrato, que no supone necesariamente la existencia de una laguna contractual (65), puede solicitarse la declaración de nulidad de la cláusula que impuso tan corto plazo de preaviso, sustituyendo su contenido por el que exige la buena fe (66). Solución análoga podrá adoptarse en caso de que el contrato no haya regulado el plazo de preaviso y el representado lo concede, por duración muy inferior a la adecuada.

B) Si, tras la denuncia unilateral, el empresario representado sigue disfrutando de la clientela que aportó el agente, tendrá éste derecho a ser compensado por aquél, en razón de ese disfrute.

En Derecho español, como indica Garrigues, «no existe un dere-

(64) En Derecho italiano, la denuncia o *recesso* deberá ser realizada con un preaviso que varía según los *acuerdos económicos colectivos* entre tres y seis meses. La notificación de la denuncia no reviste ninguna forma especial, siendo suficiente que se especifique a la otra parte las razones de la decisión. El preaviso puede ser sustituido por una indemnización, que se calcula teniendo en cuenta los meses que corresponderían de preaviso, a cuyos efectos servirá de base económica las cantidades devengadas a favor del agente durante el año natural anterior. En caso de extinción sin preaviso, el contrato queda extinguido desde el momento de la denuncia, sin que la ley vincule la eficacia de esa extinción al pago de la indemnización sustitutiva del preaviso. Cfr. BALDI, *ob. cit.*, p. 169.

En Alemania Federal, el art. 89 del HGB establece una obligación de preaviso en los contratos por tiempo indeterminado, que se fija de la siguiente forma: seis semanas y con efectos a final del cuatrimestre, si el contrato dura menos de tres años; tres meses si el contrato dura más de tres años. No se ha previsto expresamente la sustitución del preaviso por una indemnización.

(65) Cfr. LASARTE, *ob. cit.*, p. 73. Cfr. también Díez-PICAZO, *Fundamentos...*, cit., p. 224: «Una aplicación progresiva del principio de buena fe en la contratación permite limitar el ejercicio por la parte más poderosa de los derechos que a su favor derivan del contrato, a fin de que tal ejercicio se amolde a las exigencias de la buena fe y permite, además, imponer a dicha parte contractualmente *ex fide bona* especiales deberes de conducta».

(66) Cfr. Díez-PICAZO, *Fundamentos...*, cit., p. 225: «Deben considerarse nulas aquellas cláusulas que sean inmorales o contrarias al orden público de acuerdo con las convicciones éticas imperantes y también aquellas que impongan a la parte más débil especiales obligaciones que carezcan de propia causa o que exoneren a la parte más fuerte de responsabilidad si tal exoneración carece a su vez de causa».

cho a la clientela, porque ésta no es una cosa susceptible de dominación jurídica» (67).

En el contrato de agencia, la clientela no pertenece al agente ni al empresario representado. Mientras que el contrato está en vigor, el agente recibe sus comisiones en contraprestación a su labor; el representado obtiene el beneficio que se deriva de las operaciones realizadas por mediación del agente. Ninguno de los dos adquiere el derecho a la prospección de la clientela. La remuneración del agente está en función de las operaciones que llegan a buen fin, no del número de clientes que aporte.

Es muy frecuente que, tras la extinción del contrato por denuncia unilateral, el agente no continúe prospectando la clientela. En ocasiones, las demás casas comerciales dedicadas a la misma actividad tienen agentes en la zona o no los necesitan, por realizar las operaciones directamente con la clientela. En otras ocasiones, el agente deberá dedicarse a otra actividad, porque el mercado que encuentra, tras la extinción de su contrato, no le es favorable. En todos estos supuestos, el empresario representado, que denunció unilateralmente el contrato, seguirá gozando pacíficamente de una clientela con la que no contaba anteriormente, pues le fue aportada por el agente. En muchos casos, el representado no tendrá que detraer de sus ingresos las comisiones que anteriormente percibía el agente, pues ha optado por negociar directamente con la clientela. Se produce, por tanto, un enriquecimiento del representado que se corresponde con el empobrecimiento del agente, que dejará de obtener los emolumentos que le proporcionaba su anterior actividad.

El enriquecimiento del representado se produce merced a la denuncia unilateral del contrato de agencia, donde no tuvo necesidad de alegar justa causa. El empobrecimiento del agente deriva del mismo hecho, la denuncia unilateral, a pesar de que había cumplido fielmente sus obligaciones.

En esas condiciones, parece justo que el agente tenga derecho a una compensación por el goce pacífico de la clientela que aportó al representado. El fundamento de esa compensación se encuentra en la acción de enriquecimiento injusto, que en nuestro Derecho tiene el rango de principio general (68), puesto que:

(67) GARRIGUES, *Curso de Derecho mercantil*, tomo I, Madrid, 1976, p. 193. En Derecho francés, el *fonds de commerce* o derecho a la clientela, constituye una propiedad incorporal, que puede cederse o transmitirse a otra persona. El Derecho inglés tiene una noción de *goodwill of the business* semejante al *fonds de commerce* francés. Cfr. RIPERT, *ob. cit.*, tomo I, pp. 372 y 375. En Italia, hay autores que mantienen la opinión de que cabe derecho de propiedad sobre la clientela. Cfr. IANNARELLI (en LIPARI, *ob. cit.*, pp. 580 a 586). La jurisprudencia alemana ha llegado a reconocer la venta de *todos los valores inmateriales* de una empresa y, en consecuencia, ha declarado la prohibición de competencia posterior por parte del vendedor. Cfr. LARENZ, *ob. cit.*, pp. 746 y 747.

(68) En este sentido, las sentencias del Tribunal Supremo de 22 de diciembre de 1962 y 23 de marzo de 1966. Cfr. LACRUZ, *Elementos...*, cit., tomo II, volumen 3.º, Barcelona, 1979, p. 404, que afirma que esta acción tiene su origen en la ley (art. 1.901 del Código civil) y que no tiene carácter subsidiario. Para

a) El representado se ha enriquecido, ha obtenido una ventaja: el goce pacífico de la clientela aportada por agente (69).

b) El agente se ha empobrecido, al no poder obtener en lo sucesivo el «lucro cierto y positivo» (70) que constituían sus comisiones.

c) El empobrecimiento del agente se corresponde con el enriquecimiento del representado. Estas situaciones no derivan de una relación obligacional, puesto que el contrato de agencia no faculta al representado para gozar pacíficamente de la clientela, tras la extinción (71). Enriquecimiento y empobrecimiento no dimanán del contrato, sino de la denuncia unilateral que el representado formuló, sin alegar justa causa de extinción. Al formular la denuncia, el representado quebró la confianza que había depositado en el agente y deshizo el nexo de colaboración existente entre las partes.

Existe, por tanto, un enriquecimiento injusto, pues la denuncia que lo provocó supone una actuación realizada por el representado en su provecho particular, con infracción de la regla de la buena fe (72). En consecuencia, el agente tendrá derecho a solicitar una compensación, reclamando el *valor* en que se cuantifique su empobrecimiento (73).

un estudio más detallado del enriquecimiento injusto, véanse NÚÑEZ LAGOS, *Código civil*, SCAEVOLA, tomo XXX, pp. 387 y ss; ROCA SASTRE y PUIG BRUTAU, *Estudios de Derecho privado*, tomo I, Barcelona, 1948, pp. 485 y ss., y ALVAREZ CAPEROCHIPI, *El enriquecimiento sin causa en el Derecho civil español*, «Revista General Legislación y Jurisprudencia, 1974», pp. 415 y ss., y *El enriquecimiento sin causa en la jurisprudencia del Tribunal Supremo*, «Revista Derecho Privado, 1977», pp. 845 y ss.

(69) Aunque la sentencia del Tribunal Supremo de 23 de marzo de 1966, que resume la doctrina jurisprudencial, exige que haya traspaso directo del patrimonio del actor al del demandado, nuestra doctrina no considera este requisito como decisivo. Cfr. Díez-PICAZO, *Estudios sobre la jurisprudencia civil*, tomo I, Madrid, 1979, p. 344 y *Fundamentos...*, cit., pp. 77 y 78, y LACRUZ, *Elementos...*, cit., tomo II, volumen 3.º, pp. 400 y 401.

(70) Cfr. Díez-PICAZO, *Fundamentos...*, cit., p. 79.

(71) La sentencia del Tribunal Supremo de 28 de enero de 1956 establece que «no hay enriquecimiento sin causa cuando la atribución patrimonial responde a una relación jurídico-obligacional derivada de un contrato válido». En parecidos términos, la sentencia del Tribunal Supremo de 23 de marzo de 1966 indica que no hay enriquecimiento sin causa por el que adquiere una utilidad en virtud de un contrato que no ha sido invalidado.

(72) Cfr. GARRIGUES, *Tratado...*, cit., p. 426, que, al tratar la denuncia unilateral en el contrato de suministro por tiempo indeterminado recuerda que el principio de la buena fe, que proclama el art. 57 del Código de comercio, limita la facultad de denuncia, poniendo como ejemplo el art. 224 del Código de comercio, que califica de mala fe la conducta del socio colectivo o comanditario que pretende con la disolución un lucro particular que no hubiera obtenido subsistiendo de la compañía. Cfr. también VICENT CHULIÁ, *ob. cit.*, tomo II, p. 214: La buena fe obliga «a compartir los resultados o beneficios que son efecto de la colaboración entre las partes...» y, en consecuencia, «... lo más lógico es que se valore el resultado del trabajo en común, el beneficio esperado, y se dé a la parte perjudicada una *compensación económica*». Cfr. también SCAEVOLA, *ob. cit.*, tomo XX, p. 562, que considera incluido dentro de la buena fe «no enriquecerse en perjuicio del otro contratante».

(73) Cfr. LACRUZ, *Elementos...*, cit., tomo II, vol. 3.º, pp. 399 y 400. Cfr. también Díez-PICAZO, *Fundamentos...*, cit., p. 81, que escribe: «La acción no

En nuestra opinión, para que el agente tenga derecho a esta compensación, deberán cumplirse los siguientes requisitos:

- a) Que haya cumplido fielmente sus obligaciones.
- b) Que haya aportado nuevos clientes al representado.
- c) Que no concorra en un futuro próximo con el representado (74).

De lege ferenda, proponemos que el plazo de no concurrencia sea de dos años, semejante al de los técnicos en la relación laboral.

Se trata de una compensación económica que debe realizar el representado al agente por el goce pacífico de la clientela que éste le aportó. No se trata, como dice Garrigues, «de una indemnización en sentido técnico de la palabra, puesto que no es consecuencia de un incumplimiento contractual, siendo, por tanto, inaplicables los preceptos del Derecho civil que regulan el cálculo de la indemnización por tal concepto» (75). Tampoco se trata de una indemnización por antigüedad, puesto que el agente ha tenido durante la vigencia del contrato el premio a su fiel cumplimiento (76).

tiene por objeto la restitución o recuperación de las cosas salidas del patrimonio del demandante, sino que se dirige a la reintegración del equivalente».

(74) En Alemania Federal, el *Handelsvertreter* tiene derecho a una compensación (*Ausgleich*) por la clientela aportada, según el art. 89-b del HGB, cuando se cumplen estos requisitos: Primero.—Que el representado se haya beneficiado de la clientela aportada. Segundo.—Que el agente pierda la posibilidad de percibir comisiones que habría obtenido de haber continuado el contrato, por las operaciones con la clientela aportada por él. Y tercero.—Que el pago de la compensación, teniendo en cuenta las circunstancias concurrentes, corresponda en equidad. Cfr. SCHRODER, *ob. cit.*, pp. 365 y ss., y DUDEN, *Recht der Handelsvertreter*, Munich, 1977, p. 58. En el mismo sentido, el art. 418-u del Código de obligaciones suizo, que establece el derecho a la compensación cuando el agente haya aumentado considerablemente la clientela. Cfr. DURR, *ob. cit.*, p. 82. El art. 30 de la propuesta de fecha 21 de enero de 1982 de modificación de la Directriz del Consejo de la C.E.E. de 17 de diciembre de 1976 concede al agente el derecho a ser indemnizado, cuando concurren tres requisitos: Primero.—Que el agente haya aportado nuevos clientes o haya desarrollado sensiblemente las operaciones con la clientela existente. Segundo.—Que el agente no reciba más remuneraciones por operaciones realizadas con esos clientes. Y tercero.—Que el pago de esta indemnización sea equitativo.

(75) GARRIGUES, *Tratado...*, cit., p. 578). La jurisprudencia belga niega otorgar por analogía al agente la indemnización complementaria reconocida al concesionario por la Ley de 13 de abril de 1971, en su art. 3, que evalúa la indemnización en función de estos factores: Primero.—La plusvalía notable de clientela aportada por el concesionario. Segundo.—Los gastos efectuados por el concesionario y que beneficiaron al concedente. Tercero.—Las sumas que el concesionario adeude al personal que haya despedido como consecuencia de la extinción del contrato. Como vemos, se trata de una indemnización por perjuicios realmente sufridos y, a la vez, de una compensación por clientela. Cfr. DE THUEUX, *ob. cit.*, tomo I, p. 323. Tampoco tienen derecho a compensación el *Handelsagent* holandés ni el agente luxemburgués, aunque la jurisprudencia de ambos países la conceden en contadas ocasiones, cuando queda debidamente probado el carácter abusivo de la denuncia. Cfr. DE THUEUX, *ob. cit.*, tomo I, pp. 68 y 95.

(76) En Derecho italiano, según el art. 1.751, párrafo 1.º, del *Codice civile*, el *preponente* deberá satisfacer una indemnización proporcional al montante de las comisiones liquidadas en el curso del contrato y en la medida establecida en los acuerdos económicos colectivos, los usos y, a falta de ellos, por el juez, según

De *lege ferenda*, nos parece aconsejable establecer el cómputo de la compensación por clientela en una cantidad fija: la media de las comisiones devengadas por el agente en los dos últimos años, referidas *únicamente* a la clientela aportada por él. La mayoría de los países europeos, por el contrario, imponen un límite máximo a la compensación —o indemnización, en su caso—, dentro del cual, los órganos judiciales tienen amplias facultades (77). En nuestra opinión, las partes podrán acudir al Juez para discutir los presupuestos de la compensación (si hay o no justa causa, qué clientela aportó el agente, qué comisiones se han devengado) pero, si se cumplen estos presupuestos, la compensación por clientela debe ser conocida de antemano (78), por razones de seguridad jurídica y de economía procesal, de manera semejante a lo que acontece en la relación laboral especial de los representantes de comercio.

Una vez expuesta nuestra tesis sobre la indemnización y compensación derivada de la denuncia unilateral del contrato de agencia por tiempo indeterminado, efectuada por el empresario representado, sin alegar justa causa, convendría poner de manifiesto, como colofón, que la indemnización sustitutiva del preaviso ha

equidad. La doctrina crítica esta solución por basar la indemnización en las cifras obtenidas por el agente a lo largo del contrato, sin tener en cuenta el aumento de la clientela. Cfr. BALDI, *ob. cit.*, pp. 175 a 178. Con la solución italiana se produciría el supuesto en que dos agentes que han devengado las mismas comisiones, habiendo actuado el primero de ellos sobre una clientela anterior y el segundo sobre una clientela conseguida por él, tendrían —¡paradójicamente!— derecho a la misma cantidad en concepto de indemnización.

La jurisprudencia francesa tiene en cuenta la antigüedad del agente, aumentando la indemnización en algunos supuestos. Cfr. CATONI, *ob. cit.*, p. 148.

El art. 25 del BG austríaco reduce la indemnización cuando la antigüedad del agente es superior a los tres años, intentando no hacer demasiado gravosa esa indemnización cuando la relación dura largo tiempo.

(77) La cuantía es diversa en los países europeos. En Italia dependen de lo establecido en los acuerdos económicos colectivos, los usos y, a falta de ello, por el juez, según equidad. El párrafo 2.º del art. 89-b del HGB alemán occidental limita la compensación al tope máximo de un año de comisiones, calculándose sobre la media de los últimos años de actividad. Dentro de esta cifra máxima, el juez tiene libertad para cuantificar la compensación. El art. 3 del Decreto francés de 23 de diciembre de 1958 reconoce el derecho del agente a ser indemnizado por el perjuicio sufrido tras la denuncia unilateral. La jurisprudencia francesa ha tomado el hábito de acordar una indemnización semejante al valor de la cartera, es decir, dos años de comisiones, calculadas sobre la media de los tres últimos años. El art. 25 del BG austríaco reconoce al agente el derecho a ser indemnizado con el tope máximo de un año de comisiones, calculado sobre la media de los tres últimos años. Pero, si el contrato ha tenido una duración superior a tres años, la indemnización se reduce por cada año que exceda de tres en la doceava parte de la anualidad media. Si la duración es de doce o más años, la indemnización será como máximo las tres doceavas partes de la anualidad media. El art. 30 de la propuesta de fecha 21 de enero de 1982 de modificación de la Directriz del Consejo de la C.E.E. de 17 de diciembre de 1976, establece que la indemnización no puede exceder de una remuneración anual igual a la media de las remuneraciones del agente en el curso de los cinco últimos años o media del tiempo de duración, si es inferior a cinco años.

(78) Cfr. VICENT CHULIÁ, *ob. cit.*, tomo II, p. 214.

tenido una tímida referencia en la sentencia del Tribunal Supremo de 21 de abril de 1979 y, más valiente, en la sentencia de la Audiencia Territorial de Oviedo de 21 de diciembre de 1976, ya comentadas. La compensación por clientela aparece en nuestro Ordenamiento jurídico en el artículo 21 de la Ley 117/1969 de 30 de diciembre, reguladora de la producción de seguros privados, donde se establece el derecho del agente afecto a un porcentaje de las primas que devengue su cartera de seguros, que se determinará mediante acuerdo de las partes o, en su defecto, por los usos mercantiles. La sentencia del Tribunal Supremo de 30 de noviembre de 1964, anteriormente comentada, establece una compensación por clientela a un agente de seguros, en cuantía equivalente a ocho veces el valor semanal de la cartera, módulo admitido por la Compañía de seguros, por haber sido aplicado en un traspaso anterior de una delegación suya. La compensación por clientela tiene su reconocimiento más nítido en la también comentada sentencia de la Audiencia Territorial de Oviedo de 27 de marzo de 1981, donde se recogen los criterios de valoración de la indemnización adoptados en el contrato de concesión por el legislador belga —que combina la compensación por clientela con la indemnización por daños y perjuicios—, donde se reconoce que el fundamento de esa indemnización, en la legislación española, puede hallarse en el principio general de la buena fe (79). Esperemos su consagración a nivel jurisprudencial, en tanto no se promulguen esas deseadas leyes reguladoras de los contratos de agencia y de concesión mercantil.

V. Conclusiones.

Primera.—Hay un elevado número de contratos de agencia, en los que el agente se encuentra en clara situación de inferioridad, al no existir una normativa de carácter imperativo que establezca unas garantías mínimas a su favor.

Segunda.—El empresario representado tiene derecho a la denuncia unilateral del contrato de agencia por tiempo indeterminado, sin necesidad de alegar justa causa de extinción.

Tercera.—El agente tiene derecho a ser indemnizado en los supuestos de denuncia unilateral, sin justa causa, si el contrato establecía un plazo de preaviso, que no fue respetado por el empresario representado. El fundamento de la indemnización se halla en el artículo 1.101 del Código civil.

(79) Véase también la sentencia de la Audiencia Territorial de Palma de Mallorca de 15 de octubre de 1973, donde se dice que en estos contratos «los criterios de voluntad y libertad han de subordinarse o armonizarse al de buena fe objetiva consagrado (no sólo integradoramente, sino también como corrector; sentencia de 13 de junio de 1944 y 4 de diciembre de 1956, entre varias) en el art. 1.258 del Código civil».

Cuarta.—Si el contrato de agencia no regula la necesidad de establecer un plazo de preaviso y el empresario representado formula la denuncia unilateral sin concederlo, el agente tiene derecho a ser indemnizado. El fundamento de la indemnización se encuentra en los artículos 1.101 y 1.258 del Código civil, ya que, por la integración del contrato conforme a la buena fe, el empresario representado debe conceder plazo de preaviso o, en caso contrario, pagar al agente una indemnización sustitutiva.

Quinta.—Cuando el empresario representado concede el preaviso que se pactó en el contrato, siendo un plazo notoriamente inferior al que se considera razonable, por vía de la integración del contrato conforme a la regla de la buena fe, el agente podrá solicitar la ampliación del plazo de preaviso o, en caso contrario, que se le abone una indemnización sustitutiva. Idéntica solución podrá darse cuando el empresario representado conceda un plazo de preaviso notoriamente inferior al adecuado, en caso de que no se hubiera determinado en el contrato la duración de ese plazo.

Sexta.—Indemnización sustitutiva del preaviso.—La indemnización debe resarcir el quebranto económico producido en el patrimonio del agente, cuando no se le conceda plazo de preaviso o cuando el plazo concedido sea notoriamente inferior al razonable.

Séptima.—Compensación por clientela.—El agente tiene derecho a ser compensado por el empresario representado por el goce pacífico de la clientela que le aportó.

Octava.—Se recomienda la fijación del plazo de preaviso y de la indemnización sustitutiva en seis meses, que excepcionalmente podrá reducirse o prolongarse en función de la envergadura de la organización del agente. Se aconseja la fijación de la compensación por clientela en la media aritmética de las comisiones devengadas por el agente en los dos últimos años, referidas únicamente a las operaciones realizadas con la clientela aportada por él. Debe entenderse que lo dicho tiene el valor de sugerencia ejemplificativa que se somete a observaciones mejor fundadas. De nuestra exposición debe inferirse una idea clara: se necesita una regulación del contrato de agencia. Cuál sea ésta es algo que depende del legislador y que, por tanto, no tiene por qué coincidir con nuestras propuestas.

