

# Contrato de agencia comercial

**María Fernanda Juppet Ewing**

Profesora de Derecho, Economía y Mercado  
Facultad de Derecho  
Universidad del Desarrollo  
Decana UNIACC  
LLM. University of California  
Berkeley, Estados Unidos  
MBA, Universidad de Valencia  
Magister en Derecho de la Empresa

**Resumen:** En el presente artículo se tratará en forma orgánica un análisis comparativo de la legislación chilena, española, norteamericana y europea comunitaria en lo relativo al contrato de agencia comercial. Con la finalidad de facilitar la aplicación y comprensión de dicho contrato desde una perspectiva práctica.

\*\*\*

## Introducción

En el momento en que un empresario decide ampliar su radio comercial hacia el exterior, una de las principales dudas que debe resolver es la forma jurídica mediante la cual implementará esta estrategia. Al verse enfrentado a nuevos territorios deberá resolver una serie de temáticas tales como: la ausencia de contacto con los clientes potenciales, el desconocimiento de las normas legales locales y las preferencias de los consumidores. Todos estos problemas podrían complicar la toma de decisiones de la apertura de un nuevo mercado.

Por lo general, llegará a la conclusión que es más fácil desarrollar las actividades económicas en el extranjero si se está trabajando en la compañía de alguien que pueda representar sus intereses en el ámbito territorial de su expansión.

Las vías jurídicas para enfrentar este dilema pasan por la búsqueda de distribuidores, la aplicación de una alianza estratégica entre empresas a través de un *joint venture*, la instalación de una oficina de negocios o la contratación de un agente comercial.

Dentro de las alternativas potenciales, pareciera ser recomendable en un comienzo la opción del agente comercial, dado que contar con un representante en la zona de negocios permite usar su red local y el conocimiento sobre los

asuntos legales y requisitos para operar tiende a multiplicar las posibilidades de negocios en el nuevo territorio, y reducir los costos iniciales de conocer un mercado nuevo. Para lo cual existen dos estructuras jurídicas que podrían servir para este propósito: por una parte, el contrato de agencia, y, por otra, el contrato de distribución.

En ambos contratos se otorga la oportunidad de expansión que un empresario requiere para crecer fuera de las fronteras nacionales, con diferentes niveles de independencia del tercero relacionado.

### **Sobre el contrato de agencia**

El contrato de agencia se define, de acuerdo al profesor Osvaldo Contreras Strauch, como: "un contrato por medio del cual una parte, que generalmente es denominada comitente, encarga a la otra, llamada agente, la promoción de negocios por su cuenta y orden"<sup>1</sup>.

De la definición propuesta, es posible indicar que efectivamente el contrato de agencia de acuerdo a la doctrina comercial correspondería a una clase de comisión específicamente orientada a la promoción de negocios en el exterior. Por tanto, en el caso de la normativa chilena al igual que en la argentina, serían las normas del contrato de comisión las que se aplicarían supletoriamente a las del contrato de agencia, y en segundo lugar, las del mandato mercantil, por corresponder la promoción de negocios a un acto esencialmente de intermediación comercial.

De tal manera, el contrato de agencia de negocios se constituye en un negocio especial, que consta de dos elementos principales: En primer lugar, la promoción de negocios que busca mejorar las ventas de bienes producidos por el comitente. Y, en segundo lugar, la representación del comitente frente a clientes actuales o potenciales en el territorio determinado por el contrato de agencia, siempre y cuando se incorpore en el contrato una cláusula de cierre de negocios.

Con todo, es importante señalar que el contrato de agencia, si bien es considerado como una clase de comisión, o una comisión especial, se diferencia de ella dadas las características especiales del contrato de agencia, dentro de las cuales destacan: "(...) la continuidad de la relación y la exclusividad de una zona o territorio, elementos diferenciadores que no existen en el mandato ni la comisión mercantil"<sup>2</sup>.

<sup>1</sup> Contreras Strauch, Osvaldo; *Instituciones de Derecho Comercial*, Ediciones Universidad Diego Portales, primera edición, 2004, página 338.

<sup>2</sup> Gilberto Villegas, Carlos; *Contratos mercantiles y bancarios*; Tomo I: Contratos mercantiles; Edición del autor, Buenos Aires, Argentina, año 2005, primera edición, página 679.

A los elementos individualizados por Contreras, del estudio de doctrina comparada es posible identificar otros dos: la autonomía empresaria del agente y la relación de estabilidad en el contrato de agencia. La idea de autonomía surge del carácter profesional e independiente de las labores de promoción y conclusión de contratos del agente en el territorio designado. Mientras que la estabilidad se basa en la relación continua en el tiempo que se promueve a través de esta forma contractual.

Para parte de la doctrina, también puede considerarse un elemento propio de este contrato la exclusividad del agente en la promoción de los bienes o servicios del comitente, pero en mi opinión esta es sólo uno de los tipos de cláusulas de restricción que podrían imponerse al agente por el contrato, como revisaremos en un acápite especial del presente artículo.

En el proceso de crecimiento internacional de una empresa, el contrato de agencia se observa como una estrategia posible para la incursión en territorios desconocidos para el comerciante. Dado que mediante este contrato podrá investigar a un bajo costo la viabilidad comercial de abrir una sucursal o filial en el territorio del agente tras el vencimiento del contrato de agencia, una vez que los productos ya sean conocidos en el mercado objetivo donde ha operado el agente.

La ley relativa al contrato de agencia española 12/1992, de 27 de mayo, define en su artículo primero al contrato de agencia como: "Aquel contrato por el que una persona natural o jurídica (denominada agente) de forma continuada o estable y a cambio de una remuneración, a promover exclusivamente los actos u operaciones de comercio por cuenta ajena, o a promoverlos y concluirlos por cuenta y en nombre ajenos, como intermediario independiente sin asumir el riesgo de tales operaciones"<sup>3</sup>.

Es así como el agente en su calidad de empresario independiente deberá asumir sus propios riesgos, por cuanto es su experticia la que pone al servicio del comitente. En palabras de Carlos Gilberto Villegas: "El agente, asumiendo los riesgos de su propia actividad empresarial, pone su estructura empresaria, su experiencia y profesionalidad, a disposición del fabricante o mayorista, para facilitarle la promoción de sus productos y servicios en una zona geográfica determinada y, eventualmente, la conclusión de negocios mercantiles en nombre y representación del principal, sin asumir los riesgos de cada operación"<sup>4</sup>.

<sup>3</sup> Ley española que regula el contrato de agencia número 12/1992, de 27 de mayo, artículo primero.

<sup>4</sup> Gilberto Villegas, Carlos; *Contratos mercantiles y bancarios*; Tomo I: Contratos mercantiles; Edición del autor, Buenos Aires, Argentina, año 2005, primera edición, página 673.

El contrato de agencia es tratado dentro del derecho chileno como parte del estudio de los actos de comercio a propósito de la enumeración del artículo 3º en su numeral séptimo. Asimismo, se reconoce al agente como uno de los auxiliares independientes del comerciante, pero su principal importancia en el tráfico comercial está dada por su carácter de contrato comercial de colaboración.

En nuestro país se lo estudia a propósito de los nuevos contratos mercantiles basados en la costumbre mercantil y criterios internacionales, pero no contamos con una legislación pormenorizada que venga en regular esta forma contractual. En mi opinión, la falta de regulación del contrato de agencia es una ventaja interesante para su evolución, ya que permite incorporar casi instantáneamente nuevas cláusulas libremente, adecuándonos a necesidades internacionales permitiendo una mejor competitividad de nuestros empresarios en el exterior.

Es menester tener en consideración la necesidad económica a la que obedece el contrato de agencia, el cual, en palabras de Contreras, implica: "representar con independencia los intereses de un fabricante o de un comerciante en un cierto territorio, permitiendo a éste intentar sin riesgos la penetración en territorios comerciales donde no estaba antes presente y donde una organización de ventas a través de empleados directos le sería demasiado onerosa"<sup>5</sup>.

Con todo, resulta imperioso indicar que si bien es posible concordar con el autor en general las necesidades que llevan al comerciante a contratar un agente, no es menos cierto que el contrato de agencia implica dos clases de riesgos: Riesgos contractuales y riesgos legales. Los primeros se refieren a una serie de consecuencias adversas que pudieran afectar al comitente por una falta de claridad en el contrato de agencia. Mientras los segundos implican normativa especial de los territorios agenciados, tendientes a proteger al agente, especialmente en lo que se refiere a la terminación del contrato<sup>6</sup>, normas que usualmente son desconocidas por el comitente y que serán mencionadas en el acápite de derecho comparado del presente artículo.

En lo referente a los riesgos contractuales del contrato de agencia, es importante considerar que dado que el agente será la cara visible de la compañía dentro de dicho territorio, la representación implícita en el contrato no está exenta de riesgos para el comitente. Dado que en cualquier territorio en el cual el agente lo represente quien finalmente resultará obligado por sus actos será el comitente, por lo que es de suyo relevante restringir las actuaciones del agente por medio de normas claras contenidas en el contrato de agencia, de manera que sea posible limitar los riesgos asumidos por el comitente.

<sup>5</sup> Contreras Strauch, Osvaldo; *Instituciones de Derecho Comercial*, Ediciones Universidad Diego Portales, primera edición, 2004, página 338.

<sup>6</sup> Vagts, Detlev; Dodge, William; Hongju Koh, Harold; *Transnational Business Problems*. Cuarta Edición, Foundation Press, 2010, página 318.

Con todo, la representación para la doctrina comparada no es un elemento esencial para el contrato de agencia, sólo considerándose implícita en el caso que se incorpore el cierre de negocios dentro del encargo del comitente. En caso de no estimarse dicha labor entre las encomendadas al agente, la labor de éste: "...limita su actividad a la búsqueda de clientes, a la toma de contactos con ellos y al inicio de las tratativas, siendo extraño a la conclusión de los contratos que se concretarán entre el preponente (comitente) y los clientes en el momento que arriben a los respectivos acuerdos"<sup>7</sup>.

Además, considerando que la promoción de ventas es parte de los elementos propios del contrato de agencia, se deberán incorporar en el contrato normas expresas respecto de la imagen corporativa de la compañía a fin de evitar que a causa de una libertad excesiva o del silencio en el mismo se pueda ver afectada la marca comercial del comitente en el territorio delegado.

### **Agencia vs. distribución**

Al momento de optar por una forma jurídica de inversión, la decisión del empresario por regla general será definir entre un contrato de agencia, colocando a un tercero relacionado con su compañía en el exterior, u optar por un distribuidor que corra con los gastos del negocio en el territorio designado por contrato como su zona de operaciones.

Al comparar ambos contratos es posible observar que en el contrato de agencia la empresa tiene la decisión de contratar a un individuo local, con el encargo de facilitar la generación de nuevos negocios en un territorio previamente determinado.

El agente puede tomar varias formas jurídicas, en el caso del derecho chileno por ser una comisión se le aplicarán las normas del mandato. En otras legislaciones, como por ejemplo la norteamericana, el agente será considerado como un empleado del comerciante, al cual se le reconoce un territorio exclusivo de acción con una remuneración pactada en razón de un porcentaje sobre el monto general de los beneficios que genera a favor de su principal.

Una de las características que se consideran a nivel universal respecto del agente es que nunca adquiere la titularidad de los bienes, sino que se le reconoce un rol de facilitador de negocios, acercando al cliente a su representado.

Cuando se opta por un distribuidor, este presenta una mayor independencia del fabricante, al adquirir directamente los bienes para sí con autorización para

<sup>7</sup> Gilberto Villegas, Carlos; *Contratos mercantiles y bancarios*; Tomo I: Contratos mercantiles; Edición del autor, Buenos Aires, Argentina, año 2005, primera edición, página 675.

revender dichos bienes por su cuenta y riesgo, se convierte en un empresario independiente relacionado con el fabricante o comerciante por medio de una transacción comercial.

En el caso del distribuidor, su beneficio estará dado por la diferencia entre el precio de compra y el de reventa. Al contrario del contrato de agencia en el cual la retribución está dada por un porcentaje sobre los beneficios o un *royalty* previamente pactado.

Podremos ir observando un menor grado de control del fabricante o comerciante respecto del agente, sobre el cual puede ejercer un control real, hasta el distribuidor, en donde el control será menor, hasta llegar al contrato de concesión, que implica una menor tutela del comerciante sobre el vendedor de sus productos. "Así un grado de menor control aparece en el contrato de distribución, y se avanza hacia un mayor grado de control en el contrato de agencia para culminar con el de concesión. Lo que tienen en común estos contratos, además de ser los medios jurídicos adecuados a los procesos actuales de comercialización de productos o servicios, es una independencia de la empresa fabricante o mayorista y el mayor o menor grado de autonomía de la empresa distribuidora"<sup>8</sup>.

Con todo, el distribuidor en caso alguno podrá representar al fabricante o comerciante en las diversas transacciones realizadas en el exterior sobre sus productos. Representación que se le concede al agente cuando esté autorizado a cerrar los negocios a favor del comitente.

Asimismo, en caso de no pago del cliente, el distribuidor deberá soportar dicha pérdida, pero en el caso del agente será el comitente quien deba enfrentar las consecuencias adversas del negocio en su patrimonio.

## **Obligaciones de las partes en el contrato de agencia**

Como hemos indicado con anterioridad, las partes del contrato de agencia comercial serán el comitente, quien puede ser el comerciante o fabricante, el que actúa como principal del contrato, y el agente, quien actúa como comisionista dentro del contrato.

Es importante recordar, que los fabricantes que no desarrollan su actividad económica organizados en forma de empresa, de acuerdo al derecho chileno, están realizando un acto civil, no mercantil, y por ende no serían comercian-

<sup>8</sup> Gilberto Villegas, Carlos; *Contratos mercantiles y bancarios*; Tomo I: Contratos mercantiles; Edición del autor, Buenos Aires, Argentina, año 2005, primera edición, página 672.

tes, pero eso no obsta a que pudieran contratar agentes en una etapa previa a convertirse en un ente organizado mercantilizando la operación.

Por otra parte, tenemos al agente, el cual, de acuerdo a la doctrina francesa, es considerado como asistente independiente del comerciante, porque no actúa desde el comercio donde los productos del comerciante se han ganado un espacio del mercado, sino que abre nuevos territorios, dentro de las facultades que el comitente le haya delegado a través del contrato.

Por lo tanto, el agente comercial es intermediario al cual el comitente le concede la autoridad para negociar la compra o venta de bienes a su nombre, o el negociar otras operaciones mercantiles en su beneficio.

Es así como el agente presenta la forma de un auxiliar del comerciante, dado que no puede ser considerado empleado al no estar sometido bajo un vínculo de subordinación y dependencia. Pero, por otra parte, deberá rendir cuenta de sus acciones a su comitente al terminar el encargo.

De tal manera, entendiendo la naturaleza jurídica y la identificación de los roles de cada una de las partes, existen al menos ciertas obligaciones esenciales sin las cuales no sería posible concebir un contrato de agencia, de las cuales resulta posible distinguir las siguientes obligaciones de las partes:

#### **a. Obligaciones del comitente**

Las obligaciones del comitente en el contrato que nos ocupa serán dictadas por la naturaleza misma de la comisión, debemos comprender que estarán orientadas a facilitar el logro de la misión encomendada, por lo que deberá actuar de buena fe, buscando no sólo su interés personal, sino que el del agente, al proporcionarle toda la información necesaria para que éste pueda cumplir con su encargo.

De tal manera es posible identificar, al menos, las siguientes obligaciones:

- 1) Poner a disposición del agente el material gráfico de apoyo, y técnico, que tenga a su disposición respecto de los productos que le encomiende su venta.
- 2) Entregar toda la documentación e información necesaria para llevar a cabo el encargo.
- 3) Advertirle con anterioridad si el volumen de sus operaciones fuera inferior al que pudiera el agente lícitamente esperar.

- 4) Cumplir con la contraprestación pactada al momento acordado.
- 5) Informar al agente respecto de sus objeciones a una operación determinada, de tal manera que el agente pueda informar oportunamente al cliente de las instrucciones de su comitente.

Es importante considerar que la reputación comercial del agente se convierte en su principal capital de trabajo, por tanto, si es que el comitente no le entrega las herramientas para cumplir con su labor adecuadamente, dilata la decisión sobre operaciones negociadas por el agente o simplemente incumple sus obligaciones, lo afecta directamente, pudiendo resultar esta controversia en una indemnización de perjuicios. Que en el caso de contratar agentes europeos, está avalado por la legislación tanto comunitaria como en ciertos casos nacional.

#### **b. Obligaciones del agente**

Resulta claro de las características del contrato en comento, que existen una serie de obligaciones que el agente debe cumplir, dado que resultan parte inherente del negocio encomendado, en este caso, la promoción de ventas de un determinado producto.

Dentro de las obligaciones esenciales de este contrato es posible destacar las siguientes:

- 1) Debe velar por el interés de su comitente actuando diligentemente y de buena fe. Esto no significa que sea una obligación para el agente que cada transacción concluya con resultados positivos para el comitente, sino sólo que todos los esfuerzos del agente deben dirigirse hacia ese objetivo.

Siguiendo en este punto al tratadista argentino Carlos Gilberto Villegas, de la obligación de cumplir el contrato de buena fe surgen otras obligaciones, como la de confidencialidad del agente, al indicar: "Como el agente es un profesional, realizará las tareas encomendadas actuando con la diligencia que pone en sus propios negocios, además de requerirse una actuación de "lealtad y buena fe". De allí que se considere entre sus deberes el de observar estrictamente la "confidencialidad" de toda información que por razón de los negocios comunes le brinde el preponente"<sup>9</sup>.

- 2) Ocuparse de la promoción y de la conclusión de las operaciones que se hayan dejado a su cargo.

<sup>9</sup> Gilberto Villegas, Carlos; *Contratos mercantiles y bancarios*; Tomo I: Contratos mercantiles; Edición del autor, Buenos Aires, Argentina, año 2005, primera edición, página 682.

- 3) Comunicar al comitente respecto de cualquier información necesaria de la que disponga sobre el negocio, permitiendo al comitente modificar sus estrategias de negocios en caso de ser necesario.
- 4) Respetar y seguir las instrucciones que le sean entregadas por el principal en la ejecución de las operaciones mercantiles a su cargo.

La única excepción que pudiera presentarse a este deber es aquel caso en el que el agente en virtud de su experiencia mercantil en el territorio de su encargo pueda reconocer un peligro inminente para su comitente si siguiera sus instrucciones. Caso en el cual podrá suspender la operación hasta que comunique sus dudas al principal y reciba nuevas instrucciones complementarias.

Si es que el agente se abstiene de informar al comitente en este caso, será responsable de los posibles daños que implique para el comitente la actuación del agente, aun cuando se encuentre amparado por sus instrucciones. Por cuanto la naturaleza misma del contrato de agencia implica que una de las razones para contratar radica en la experticia del agente. Así, resulta de suyo relevante destacar que el agente pone al servicio del comitente no su obediencia, sino que sus conocimientos y habilidades.

- 1) Comunicar al principal respecto de toda la información de la que disponga cuando el encargo concluya.
- 2) Recibir a nombre del principal cualquier reclamo relativo a defectos, calidad o cantidad del producto o servicios prestados.
- 3) Rendir cuentas.
- 4) Obligaciones relativas a cláusulas de restricción en el contrato de agencia. Las cuales por su importancia serán tratadas en el acápite siguiente.

### **Cláusulas de restricción en el contrato de agencia comercial**

Aun cuando el contrato de agencia al ser clasificado como un contrato de colaboración pudiera entenderse como un contrato basado en la confianza, no es menos cierto que, dentro de las cláusulas usuales que encontraremos en ellos serán aquellas orientadas a la creación de barreras o restricciones al agente que tiendan a proteger los intereses del comitente en el territorio donde se lleven a cabo las operaciones comerciales del primero a nombre del segundo.

Además de la restricción inherente al contrato dada por la delimitación del territorio donde el agente ejercerá sus funciones, existen una serie de cláu-

sulas de restricción que son consideradas de estilo en el derecho anglosajón respecto de esta forma contractual, dentro de las cuales podemos distinguir tres: La exclusividad territorial, la restricción territorial y las obligaciones de no competir<sup>10</sup>.

#### **a) Exclusividad territorial**

La cláusula de exclusividad territorial implica para el agente el beneficio de ser el único promotor de ventas para el fabricante o comerciante en el territorio designado como zona exclusiva dentro del contrato de agencia. Prohibiendo al fabricante el contratar con un tercero la promoción de sus productos en el mismo.

Por regla general, el territorio delimitado se circunscribe a un determinado estado o país, agregando nuevas regiones dependiendo de los resultados obtenidos por el agente en sus gestiones previas.

#### **b) Restricción territorial<sup>11</sup>**

La restricción territorial, por su parte, es un reflejo de la cláusula de exclusividad territorial, dado que prohíbe al agente operar ampliando el radio que le fuera encomendado por el comitente en el contrato.

Este tipo de cláusulas implican una obligación de no hacer, una abstención por parte del agente de ampliar sus operaciones más allá del territorio previamente autorizado por el comitente.

Esta cláusula implica una restricción en las opciones del consumidor para adquirir el producto, ya que se lo obliga a acudir al territorio en que el agente está autorizado por el comitente para realizar la operación comercial, resultándole vedado el solicitar la venta en su propio domicilio, cuando éste se ubica fuera de la zona de restricción territorial del agente.

#### **c) Obligación de no competir**

Una cláusula común en los contratos de agencia, que se ha convertido prácticamente en una norma de estilo, es la que impone la obligación de no competir, de tal manera que el comitente exige una exclusividad de representación por parte de sus representantes o agentes de promoción de negocios.

<sup>10</sup> Vagts, Detlev; Dodge, William; Hongju Koh, Harold; *Transnational Business Problems*: Cuarta Edición, Foundation Press, 2010, página 335.

<sup>11</sup> Vagts, Detlev; Dodge, William; Hongju Koh, Harold; *Transnational Business Problems*. Cuarta Edición, Foundation Press, 2010, página 336.

Así, el agente queda impedido de ofrecer productos o servicios de las mismas características de los productos que el fabricante o que el comerciante han incorporado dentro del contrato de agencia.

En otras palabras, el representante se compromete a evitar toda representación de productos que pudieran ser considerados competencia para el negocio del comitente. Es decir, productos destinados a satisfacer las mismas necesidades que los fabricados o enajenados por el comitente.

Para el agente, en caso de existir además una cláusula de exclusividad territorial o restricción territorial, ésta podría ser entendida como una autorización tácita para representar productos de la competencia fuera del radio que dicha cláusula circunscribe. Es decir, la mezcla de ambas cláusulas podría implicar que el agente se obliga sólo a promover los productos o servicios del comitente dentro de dicha zona, no pudiendo representar directa o indirectamente productos o servicios que tengan características de bienes sustitutos de los producidos por el comitente. Por ende, quedaría en libertad de promover productos de su competencia fuera de dicha circunscripción territorial.

### **Agencia y las leyes de defensa de la libre competencia**

En materia de concentración de mercados cada vez más es posible distinguir dos posturas antagónicas. La primera, que es la que ha seguido la legislación chilena, condena aquellas prácticas tendientes a favorecer la concentración de mercado que pudiera dar origen a situaciones de abuso respecto de consumidores.

En segundo lugar, están aquellos que favorecen la idea de mercados concentrados, argumentando que permiten al fabricante producir de una manera más eficiente, reduciendo sus costos aprovechando economías a escala resultante de la capacidad de negociación del agente económico.

Más allá de la opinión personal que se ostente sobre este problema, no hay duda que las restricciones de la competencia que hemos abordado en el apartado designado para analizar las cláusulas de restricción implican convenios que privan a un agente del mercado (el agente) de participar en actividades con un competidor del comitente en un territorio determinado, de acuerdo a las condiciones ya discutidas. Esta cláusula puede ser considerada por la normativa internacional como infracciones de la normativa antimonopolio. Cual es el caso de Argentina, y potencialmente podría ser el chileno.

De la lectura de la Ley Sherman, que regula violaciones antimonopolio en EE.UU., resulta bastante clara la discutible legalidad de esta clase de acuerdos

al indicar que serán considerados ilegales: " Todo contrato, combinación en forma de confianza o no, o conspiración para restringir el comercio o el comercio entre los varios Estados, o con extranjero naciones se declara ilegal".

Con todo, la Corte Suprema de los Estados Unidos no comparte esta interpretación, ya que, según la jurisprudencia del Tribunal de Justicia, las operaciones comerciales de concentración ayudan a mejorar el comercio, incluso usando como ejemplo de este modelo virtuoso los acuerdos de exclusividad en contratos de agencia y distribución<sup>12</sup>.

Por otra parte, el Tribunal Supremo permite restricciones verticales, o en otras palabras, los acuerdos entre los diferentes agentes de la cadena de producción, como fabricantes, distribuidores y vendedor, favoreciendo su utilidad económica, por el peligro hacia el interior de la cuota de mercado que este tipo de acuerdos tienden a generar.

La Unión Europea, por su parte, también condena en su legislación este tipo de acuerdos, aun así, existiendo normativa que directamente los prohíbe en el artículo 81 del Tratado de Roma, se establece un tratamiento especial de carácter excepcional a través del Reglamento (CE) N° 2790/1999 de 22 de diciembre de 1999, sobre la aplicación del artículo 81 (3) del Tratado CE, autorizando la existencia de determinadas categorías de acuerdos verticales y prácticas concertadas.

Autorizando acuerdos verticales al indicar que: "(6) Los acuerdos verticales de la categoría, definidos en el presente Reglamento, pueden mejorar la eficiencia económica de una cadena de producción o de distribución al permitir una mejor coordinación entre las empresas participantes. En concreto, pueden llevar a una reducción de los costes de las transacciones y de los costes de distribución de las partes y a optimizar sus niveles de ventas e inversión"<sup>13</sup>.

Este Reglamento autoriza la suscripción de dichos acuerdos sin revisión adicional que los autorice por parte de la autoridad, en aquellos casos en que impliquen una concentración del mercado que no supere el 30% ordenando: "(8) Siempre y cuando la cuota de mercado del proveedor en el mercado de referencia no exceda del 30%, cabe suponer que los acuerdos verticales que no contengan determinado tipo de restricciones especialmente graves y contrarias a la competencia conducen por lo general a una mejora en la producción o distribución y reservan a los usuarios una participación equitativa en los beneficios resultantes.

<sup>12</sup> Vagts, Detlev; Dodge, William; Hongju Koh, Harold; *Transnational Business Problems*. Cuarta Edición, Foundation Press, 2010, página 337.

<sup>13</sup> REGLAMENTO (CE) N° 2790/1999 DE LA COMISIÓN de 22 de diciembre de 1999, relativo a la aplicación del apartado 3 del artículo 81 del Tratado CE a determinadas categorías de acuerdos verticales y prácticas concertadas, página 1.

En el caso de los acuerdos verticales que contienen obligaciones de suministro exclusivo, la cuota de mercado del comprador es el factor decisivo para determinar los efectos globales de tales acuerdos verticales sobre el mercado<sup>14</sup>.

Sin embargo, es importante tener en cuenta que este tipo de disposiciones se pueden encontrar en los mercados desarrollados, pero que en función de la regulación particular de algunos países en desarrollo, se puede llegar a contravenir la regulación de defensa de la libre competencia, lo cual puede implicar altas multas a favor de los gobiernos locales.

### **Formas y momento del pago de un contrato de agencia**

En el entendido que el agente es un auxiliar independiente del comerciante, y, por ende, se le reconoce en derecho comparado incluso la calidad de empresario independiente, existen variadas formas de pago que se pueden pactar en el contrato de agencia. Entre las que destacan el *royalty*, comisión basada en ventas, o comisión basada en beneficios generados.

- a) Royalty.** Esta forma de cálculo de pago implica el pacto de un monto por regalías, basado de antemano.
- b) Comisión basada en las ventas:** Se calculará sobre los ingresos de explotación del negocio, es decir, respecto de los montos vendidos antes de deducir costos y pago de impuestos.
- c) Comisión basada en los beneficios:** Se realizará el cálculo sobre las utilidades líquidas, es decir, tras la deducción de todos los gastos e impuestos que deba solventar el comitente respecto de la operación comercial.

Se deberá incorporar una cláusula que incorpore la forma de cálculo de la remuneración del agente, dado que en caso contrario el comitente quedará a merced de la legislación aplicable en el país de ejecución del contrato. Lo que puede implicar en casos como el chileno y el argentino, que esta suma sea determinada por los tribunales ordinarios de justicia basados en la costumbre mercantil.

O en otras ocasiones será la legislación territorial la que subsane este problema, como es el caso de la Directiva 86/653/CEE del Consejo de las Comunidades Europeas, la que en su artículo sexto ordena<sup>15</sup>: "Si no hubiere acuerdo sobre

<sup>14</sup> REGLAMENTO (CE) N° 2790/1999 DE LA COMISIÓN de 22 de diciembre de 1999, relativo a la aplicación del apartado 3 del artículo 81 del Tratado CE a determinadas categorías de acuerdos verticales y prácticas concertadas, página 1.

<sup>15</sup> Directiva 86/653/CEE del Consejo de 18 de diciembre de 1986 relativa a la coordinación de los derechos de los Estados Miembros en lo referente a los agentes comerciales independientes, publicada en el Diario Oficial N° L 382 de 31/12/1986, página 0018.

este punto entre las partes y sin perjuicio de la aplicación de las disposiciones obligatorias de los Estados miembros sobre el nivel de las remuneraciones, el agente comercial tendrá derecho a una remuneración de acuerdo con los usos habituales donde ejerza su actividad y por la representación de las mercancías que sean objeto del contrato de agencia. Si no existieren tales usos, el agente comercial tendrá derecho a una remuneración razonable que tenga en cuenta todos los elementos que hayan intervenido en la operación."

La obligación del pago de la comisión al agente comercial europeo se devenga bajo las siguientes circunstancias:

- a) El empresario ha ejecutado la operación.
- b) El empresario debió ejecutar la operación en virtud del acuerdo celebrado por el tercero.
- c) El tercero ha ejecutado la operación.

Con todo, dicha remuneración deberá ser pagada a más tardar, de acuerdo al artículo en comento, el último día del mes siguiente al trimestre durante el que se haya devengado esta obligación.

Debemos indicar que, asimismo, la normativa europea incluye una serie de normas tendientes a proteger al agente comercial, especialmente de la privación de su comisión por parte del comitente.

Se indica por el artículo séptimo de la directiva antes referida que el agente tendrá derecho a una comisión bajo diversos escenarios:

- a) Dentro del período de vigencia del contrato de agencia.
  - 1. Cuando la operación haya concluido gracias a su intervención.
  - 2. Cuando la operación se haya concluido con un tercero, cuya clientela haya obtenido anteriormente para operaciones del mismo tipo.
- b) Por una operación que haya concluido durante la vigencia del contrato.
  - 1. Cuando el agente esté a cargo de un sector geográfico o grupo determinado de personas.
  - 2. Cuando disfrute del derecho concedido por una cláusula de exclusividad para un sector geográfico o para un grupo determinado de personas, siempre que el cliente pertenezca a dicho sector o grupo.

- c) Por una operación que se haya concluido en forma posterior a la terminación del contrato de agencia<sup>16</sup>.
1. Si la operación se hubiere desarrollado durante la vigencia del contrato de agencia y la operación hubiera concluido tras un plazo razonable desde la terminación de dicho contrato.
  2. Si de acuerdo a los casos anteriormente indicados, el agente comercial hubiera recibido el encargo de un tercero antes de la terminación del contrato de agencia.

### **Terminación de un agente en el extranjero**

Así como la comprensión del contrato de agencia es diversa dependiendo de las costumbres mercantiles y legislación aplicable en el territorio donde se ha llevado a cabo la operación mercantil, la terminación del contrato de agencia no es un punto en que difiera de esta lógica.

De acuerdo a la normativa norteamericana no se considera una protección especial que garantice potenciales indemnizaciones a los agentes comerciales en caso de terminación de sus contratos de manera anticipada, a excepción de la aplicación de la "Automobile Dealers Act de 1956, 15 U.S.C.A. §§ 1221-1225", que establece un estatuto de protección especial para los agentes comerciales en el rubro automotriz<sup>17</sup>.

La Union Europea, por su parte, establece en la Directiva 86/653/CEE, antes indicada, indemnizaciones respecto de los agentes comerciales bajo las siguientes hipótesis:

#### **a) Indemnización respecto de clientela:**

Esta deberá ser calculada de forma tal que no exceda una cifra equivalente a la indemnización anual de las remuneraciones, basada en un promedio de aquellas percibidas por el agente en un plazo de 5 años. Si el contrato de agencia tuviera una duración inferior, será calculada desde la media de dicho período.

Además, se pagará esta indemnización sólo si se cumplen las condiciones siguientes:

<sup>16</sup> Directiva 86/653/CEE del Consejo de 18 de diciembre de 1986 relativa a la coordinación de los derechos de los Estados Miembros en lo referente a los agentes comerciales independientes, publicada en el Diario Oficial N° L 382 de 31/12/1986, página 0018. Artículo octavo.

<sup>17</sup> Vagts, Detlev; Dodge, William; Hongju Koh, Harold; *Transnational Business Problems*. Cuarta Edición, Foundation Press, 2010, página 326.

1. Que el agente comercial hubiere aportado nuevos clientes al empresario y hubiere desarrollado sensiblemente las operaciones con los clientes existentes, reportando ventajas sustanciales al empresario.
2. Que el pago de dicha indemnización fuere equitativo.

#### **b) Indemnización de perjuicios:**

Para que proceda la indemnización de perjuicios por parte del agente comercial europeo en contra del comitente, deberá surgir de la terminación de la relación comercial entre las partes alguna de las siguientes condiciones:<sup>18</sup>

1. Que priven al agente comercial de las comisiones de las que hubiera podido beneficiarse con una ejecución normal del contrato a la vez que le hubiese facilitado al comitente beneficios sustanciales debidos a la actividad del agente comercial
2. y/o que no hayan permitido al agente comercial amortizar los gastos que hubiere realizado para la ejecución del contrato aconsejado por el empresario.

No procederá indemnización alguna de acuerdo al artículo 18 de la Directiva en comento en los casos siguientes:<sup>19</sup>

Cuando el empresario haya puesto fin al contrato por un incumplimiento imputable al agente comercial que, en virtud de la legislación nacional, justifique la terminación del contrato sin preaviso:

- a) Cuando el agente comercial haya puesto fin al contrato, a menos que esta terminación estuviere justificada por circunstancias atribuibles al empresario o por la edad, invalidez o enfermedad del agente comercial, circunstancias por las que ya no se pueda exigir razonablemente la continuidad de sus actividades;
- b) Cuando, en virtud de pacto con el empresario, el agente comercial ceda a un tercero los derechos y obligaciones de que es titular en virtud del contrato de agencia.

<sup>18</sup> Directiva 86/653/CEE del Consejo de 18 de diciembre de 1986 relativa a la coordinación de los derechos de los Estados Miembros en lo referente a los agentes comerciales independientes, publicada en el Diario Oficial N° L 382 de 31/12/1986 página 0018. Artículo diecisiete.

<sup>19</sup> Directiva 86/653/CEE del Consejo de 18 de diciembre de 1986 relativa a la coordinación de los derechos de los Estados Miembros en lo referente a los agentes comerciales independientes, publicada en el Diario Oficial N° L 382 de 31/12/1986 página 0018. Artículo dieciocho.

## Normativa española

El contrato de agencia fue regulado en la legislación española por medio de la Ley 12/1992, de 27 de mayo, y complementada por el Real Decreto 330/1999. Ambas normas son el cumplimiento de la obligación de incorporar la Directiva 86/653/ de la Unión Europea en lo referente a esta forma contractual.

Al igual que en el caso de la normativa general de la Unión Europea, la figura española es altamente protectora del agente respecto del comitente, generando una serie de variables que pueden implicar un importante riesgo económico para éste.

Dentro de las características especiales que reviste este contrato en España es posible destacar entre otras las siguientes<sup>20</sup>:

- a) Sólo puede obtener la calidad de agente un empresario independiente, negándosele dicha calidad a dependientes del comerciante, vendedores viajeros o representantes de comercio.
- b) La duración del contrato puede ser indefinida, lo cual acarrea la obligación de dar un aviso previo de un mes por año de vigencia del contrato con un plazo máximo de 6 meses.
- c) El establecimiento de dos clases de indemnizaciones de perjuicios: Indemnización de perjuicios por clientela e indemnización de perjuicios por daños en caso que proceda.

La figura de la indemnización de perjuicios por clientela es de suyo interesante, dado que en palabras de Alonso Soto, Pérez de la Cruz y Sánchez Andrés: "requiere que el agente haya aportado nuevos clientes al principal o incrementado sensiblemente las operaciones con la clientela preexistente y, además, que su actividad anterior continúa produciendo ventajas sustanciales para el empresario en cuestión y resulte equitativamente procedente debido a la pérdida de comisiones, a la existencia de un pacto de prohibición de competencia o a cualquier otra circunstancia"<sup>21</sup>.

En el caso de la indemnización por daños y perjuicios, sólo tendrá lugar cuando el plazo de duración del contrato de agencia fuera indefinido, y que los montos percibidos no permitan al agente amortizar los gastos que haya realizado a instancias del comitente.

<sup>20</sup> Menéndez, Aurelio (Director); *Lecciones de Derecho Mercantil*; Editorial Thomson Civitas, Sexta Edición, España, página 631.

<sup>21</sup> Alonso Soto, Ricardo; Pérez de la Cruz, Antonio; Sánchez Andrés, Aníbal; "Los contratos de colaboración", en *Lecciones de Derecho Mercantil*; Editorial Thomson Civitas, Sexta Edición, España, página 634.

## Conclusión

Como es posible extraer de las ideas planteadas en este artículo, el contrato de agencia, aun no siendo regulado en nuestro país, reviste especial importancia para nuestro crecimiento en el exterior, dado que permite a los comerciantes nacionales expandir el radio de comercialización de sus productos con un nivel de riesgos controlados.

Aun cuando el contrato de agencia radica las consecuencias en el comerciante o fabricante, lo cual implica riesgos directos para él, asimismo le permite mantener un grado superior de control sobre las operaciones comerciales que realice el agente que cualquier otra clase de contrato de cooperación.

Asimismo, es importante recalcar que el agente no necesariamente contará con la representación del comerciante o fabricante, sólo considerándose dicha representación implícita en el caso que no limite su actuación a la promoción de los bienes y servicios producidos por su comitente, sino que también se lo autorice a cerrar negocios a su nombre.

Finalmente, resulta necesario recalcar que antes de optar por la contratación de un agente en territorio extranjero será necesario revisar la legislación aplicable en la zona de exclusividad del agente, a fin de prevenir potenciales normas de protección, como es el caso de los Estados miembros de la Union Europea.

## Bibliografía

Alonso Soto, Ricardo; Pérez de la Cruz, Antonio; Sánchez Andrés, Aníbal; "Los contratos de colaboración", en *Lecciones de Derecho Mercantil*; Editorial Thomson Civitas, Sexta Edición, España, página 634.

Baker, Kent; Anerson, Ronald; "Corporate governance: A synthesis of theory, research, and practice."; *Kolb series in finance, Essential perspectives*. 2010, United States.

Contreras Strauch, Osvaldo; *Instituciones de Derecho Comercial*, Ediciones Universidad Diego Portales, primera edición, 2004.

Directiva 86/653/CEE del Consejo de 18 de diciembre de 1986, relativa a la coordinación de los derechos de los Estados Miembros en lo referente a los agentes comerciales independientes, publicada en el Diario Oficial N° L 382 de 31/12/1986, página 0018.

Gilberto Villegas, Carlos; *Contratos mercantiles y bancarios*; Tomo I: Contratos mercantiles; Edición del autor, Buenos Aires, Argentina, año 2005, primera edición.

Heinsheimer, Karl; *Derecho mercantil*; Editorial labor S.A. Barcelona, Madrid, 1933, primera edición.

Kraakman, Reinier; y otros; *The anatomy of corporate law: a comparative and functional approach*; editorial Orxford University Press. Primera edición, 2009, Oxford, Inglaterra.

Ley española que regula el contrato de agencia número 12/1992 de 27 de mayo, artículo primero.

Menéndez, Aurelio (Director); *Lecciones de Derecho Mercantil*; Editorial Thomson Civitas, Sexta Edición, España, página 631

Moyson, French & Ryan; *Company law*; Editorial Oxford University Press, 28th edition 2011-2012.

REGLAMENTO (CE) N° 2790/1999 DE LA COMISIÓN de 22 de diciembre de 1999 relativo a la aplicación del apartado 3 del artículo 81 del Tratado CE a determinadas categorías de acuerdos verticales y prácticas concertadas.

Tricker, Bob; *Corporate Governance: Principles, policies, and practices*. Editorial Oxford University Press, 2009.

Vagts, Detlev; Dodge, William; Hongju Koh, Harold; *Transnational Business Problems*. Cuarta Edición, Foundation Press, 2010.

