

CONTRATO DE AGENCIA MERCANTIL

Oswaldo Hundskopf Exebio

Abogado. Profesor de la Facultad de Derecho y C.C.P.P. de la Universidad de Lima

En los distintos ordenamientos jurídicos, cuando por alguna razón las obligaciones se crean, o producen efectos a través de las fronteras de más de un Estado, nos encontramos ante la presencia de un contrato internacional. El constante proceso de cambio en que se encuentra el mundo económico y concretamente las necesidades de la producción y del tráfico de la vida comercial, han alterado los tipos clásicos contractuales, lo que conlleva a que, para celebrar contratos (compras, ventas, transportes, etc.), sea en ocasiones necesario acudir a empresarios que profesionalmente se dediquen a promoverlos, como intermediarios, en interés y por cuenta ajena.

El contrato de agencia, materia de nuestro estudio, no escapa a la internacionalización; por el contrario, cada vez son más los contratos de agencia entre partes de distintos países, que promueven el tráfico de bienes o servicios entre ellos, inversión extranjera, transferencia de tecnología entre empresas de distinta nacionalidad, etc.

I. ANTECEDENTES:

La actividad comercial, desde sus inicios hasta nuestra época, está en constante evolución, desarrollando nuevas formas y sistemas para alcanzar, con mayor facilidad y a menor costo, productos al público consumidor, reduciendo los riesgos propios de la actividad de distribución.

Si bien durante épocas muy antiguas como el Imperio Romano o las culturas griegas y egipcias se dieron algunas figuras de intermediación, no es sino hasta el surgimiento de la actividad comercial en gran escala, alrededor del siglo X, que se da el verdadero desarrollo de figuras jurídicas mercantiles.⁽¹⁾

Entre estas nuevas figuras mercantiles apareció, el **Contrato de Commenda**. En virtud de este, un capitalista confiaba dinero, mercancías e incluso la embarcación, para que otro empresario viajara a otra plaza de ultramar y más tarde, a otras plazas del continente, y

realizara negocios con el propósito de que las utilidades que éstos produjeran, se distribuyeran entre ambas partes. Este contrato fue difundido en Europa por los árabes y serviría de base para que surgieran otras figuras mercantiles como por ejemplo, la comisión.

La figura del comisionista surge poco a poco, y principalmente dado el impulso del tráfico marítimo desplegado en el Mar Mediterráneo entre las Repúblicas Italianas. La navegación se perfecciona y el comercio empieza a desarrollar. El intercambio de productos se empezó a realizar en plazas muy lejanas, donde los trámites en los puertos eran onerosos. Surge entonces la necesidad para los mercaderes, de asignar un auxiliar en el lugar de venta de sus mercaderías, para que se ocupara de las gestiones de los productos mientras la nave regresaba al puerto de origen y efectuaba un nuevo embarque.

El contrato de comisión comienza a precisarse durante el Renacimiento. Al principio no se definía si el comisionista actuaba en nombre propio o en nombre ajeno, pero, con el tiempo, algunos países llegaron a concretar las características del comisionista, señalando que éste actuaba con independencia, en nombre propio y por cuenta de terceros (2).

El desarrollo industrial y la velocidad de las comunicaciones hicieron necesaria la creación de nuevas figuras que sirvieran de auxiliares de comercio. Así, a mediados del siglo pasado, aparece el concepto de distribuidor, para nombrar al nexo entre el productor industrial y el consumidor (3).

El empresario ya no podía asumir directamente todos los negocios que se relacionaban con su actividad. La producción en masa había impuesto la comercialización en masa. Factores de distinta índole como por ejemplo, las grandes distancias entre algunos lugares donde se hallan potenciales clientes, los distintos gustos y necesidades, la dificultad de poder ingresar simultáneamente y con éxito a varias plazas y los altos costos de inversión, entre otros, propiciaron que los hombres

de empresa busquen relaciones de colaboración o cooperación con otras empresas intermediarias del comercio.

El empresario requería de una persona que se dedicara de manera permanente y estable a promover sus negocios en otras plazas. No le bastaba el comisionista, cuya vinculación era, por lo general, transitoria. Ante este imperativo podía optar por dos soluciones. En primer lugar, colocar en tales plazas un empleado que se dedicara a fomentar sus negocios y, eventualmente, a celebrar sus contratos. Esta solución era práctica en aquellos lugares donde el empresario tenía ya una situación definida y desarrollaba un considerable número de negocios. En segundo término, el empresario podría contratar con alguna persona para que, de manera independiente y estable, asumiera la promoción de sus negocios; surge así la figura del agente.

La ventaja que implica contratar con un agente radica entre otras, en ahorrar al agenciado la inversión de los grandes costos fijos que exigen la creación y mantenimiento del establecimiento propio en otro mercado o zona (alquiler o compra de inmueble, gastos de instalación, transporte, mobiliarios, sueldos al personal, pagos de seguridad social, licencias de funcionamiento, tributos, etc.) trasladándose éstos sobre el agente.

II. CONCEPTO:

"... La agencia es un contrato por medio del cual una parte denominada comitente encarga a otra llamada agente la promoción de negocios por su cuenta y orden... (4)"

"Por el contrato de agencia el agente se obliga a promocionar los negocios del agenciado en una zona geográfica determinada, sin relación de subordinación, por cierto tiempo, con la finalidad de celebrar contratos y a cambio de una retribución económica. Esta labor se realiza sin que medie relación de mandato, comisión o representación (5)"

De las definiciones dadas se desprende que el agente desarrolla una función de auxiliar del comercio, dado que realiza una labor destinada a concluir negocios ajenos o facilitar su conclusión. Evidentemente, cumple una actividad de intermediación poniendo en contacto la oferta y la demanda. Sin embargo, como veremos más adelante al analizar los elementos de este contrato, la función del agente va más allá; debe crear una nueva demanda o, por lo menos, mantener la existente. Realiza una labor de promoción y cooperación y lo hace en forma interesada, porque, por regla

general, su remuneración dependerá de los contratos que logre promover, es decir, del éxito de su gestión.

En cuanto a la legislación comparada, no es uniforme la regulación de esta figura contractual. Algunos países la regulan como una figura contractual autónoma, como es el caso de Italia, Alemania y Bolivia; otros países como Francia y Colombia, la contemplan como una forma de mandato, haciendo la salvedad que en el caso francés la doctrina diferencia también la figura del representante comercial de la del agente comercial, considerando el convenio de representación asimilado al contrato de locación de servicios y que en el caso colombiano, se confunde la figura del agente comercial con la del fabricante, concesionario y distribuidor; en España, dentro del contrato de agencia se incluye la figura del corredor y comisionista, considerándolo además un contrato mixto de prestación de servicios y en México, la ley comercial no contempla expresamente la figura del agente, considerando sin embargo su área de estudio dentro de los derechos mercantiles, civil y particularmente el laboral.

En su avasallador empuje, el derecho mercantil pareció llegar a adueñarse de estas figuras, pero no cabe duda que ha perdido terreno frente a otro derecho, el laboral, que sin detenerse en sutilezas, incursiona ya en relaciones jurídicas hasta hace poco reservadas al derecho civil o, cuando más, al mercantil; la agencia es buen ejemplo de ello (6).

En la doctrina no existe uniformidad legislativa en cuanto al concepto del contrato, variando el mismo de acuerdo a cada país. Pero, sea cual fuere la precisión que se adopte y a pesar de los variados criterios para referirse al contrato de agencia en los países donde se encuentra legislado y en los que aún no lo ha sido, coincidimos con Cecilia Pomareda Denegri, quien sostiene que se pueden identificar algunas notas reiterativas del contrato, permitiendo esbozar los rasgos característicos que lo distinguen:

- Se trata de un contrato de empresa.
- La prestación del agente conlleva una obligación de hacer.
- El encargo se presta con independencia y profesionalidad.
- Es un contrato de duración.
- Es un contrato nominado.
- El agente realiza su labor de promoción dentro de una zona territorial determinada.
- Recibe retribución económica.

h. Su actuación es por cuenta e interés del agenciado, pudiendo también serlo en su nombre si tiene facultades de representación. (7)

A pesar que el contrato no está expresamente recogido por nuestra legislación, su uso es frecuente dentro del ámbito empresarial peruano, por lo que se está estudiando la posibilidad de su tipificación.

III. CARACTERÍSTICAS:

Con relación a los caracteres jurídicos de este contrato, podemos concluir que el mismo es de naturaleza consensual, por cuanto se perfecciona con el consentimiento de las partes y tiene libertad de forma; es de prestaciones recíprocas, porque surgen obligaciones a cargo de ambos contratantes; es siempre oneroso, ya que tiene por objeto la utilidad para ambas partes, beneficiándose tanto el agente como el agenciado con la celebración de contratos; el contrato de agencia puede ser tanto comutativo como aleatorio, dependiendo de si la retribución económica que percibirá el agente se establecerá en forma fija, independientemente que celebre o no contratos, o si ésta depende de los resultados, es decir, de la celebración de contratos por el agente.

Se trata de un contrato de duración, por cuanto el agente se obliga a una permanente promoción del negocio del agenciado mientras esté en vigencia el contrato; también se caracteriza por ser intuito personae, en la medida que la consideración de la persona de los contratantes es la causa principal del contrato y éste termina por la muerte del agente.

El contrato de agencia es un contrato de colaboración, pues el agente busca auxiliar al empresario en la consecución del negocio; es de negociación previa, pues tiene una fase preliminar donde las partes intercambian ideas y preparan el camino para la celebración o no del contrato; es comercial y nominado pues posee un nomen iuris amplia y generalmente conocido para identificarlo.

De otro lado, es importante resaltar que es un contrato típico en muchos países, más atípico en el Perú, pues en la normativa vigente no encontramos supuesto legal alguno que lo regule o al menos permita aplicarlo analógicamente, salvo el caso del artículo 1757º del Código Civil que consagra como modalidades de la prestación de servicios a los contratos inominados de *hoy para que hagas y hago para que des*.

IV. NATURALEZA JURÍDICA:

Como ya dijimos anteriormente, la doctrina no es uniforme al precisar la naturaleza jurídica del contrato de agencia, e incluso, en los países donde este contrato está tipificado tampoco se le da el mismo tratamiento.

A pesar de tener sus propias características, el contrato ha despertado preocupaciones en la doctrina con relación a su naturaleza jurídica y esta circunstancia unida al hecho de que el mismo asume rasgos y tiene similitudes con otros contratos, hacen necesario considerar los aspectos sustanciales y distintivos del mismo, para poder conferirle un tratamiento orgánico.

La primera dificultad que presenta la precisión de este contrato es la terminología (8). Efectivamente, a decir de Marzorati, con los nombres de agente exclusivo, agente representante, representante exclusivo, concesionario exclusivo, agente autorizado, etc., se pretenden identificar figuras que no son sustancialmente iguales. Este problema se acrecienta en países como el nuestro donde no está regulada la figura del contrato de agencia y donde se le confunde con otras figuras contractuales típicas.

Analicemos las diferencias con los contratos con que suele confundirse al contrato de agencia:

a) Agencia y Mandato: La distinción entre el contrato de agencia y el de mandato es sutil, tanto que legislaciones como la de Colombia y Bolivia regulan que las normas de este contrato lo rijan en forma supletoria, lo cual no implica de ningún modo que el contrato no ostente su propia autonomía.

Nuestro Código Civil define el mandato en su artículo 1790º como la obligación de realizar uno o más actos jurídicos por el mandatario, por cuenta y en interés del mandante. El objeto del mandato es la realización de actos jurídicos por cuenta de otro. Esta es la primera gran diferencia pues el agente tiene que realizar una labor de promoción que, como tal puede implicar sólo actos materiales.

Cecilia Pomareda destaca entre otras diferencias la capacidad organizativa empresarial del agente, pues tiene su propia empresa y él mismo es un empresario y su profesionalidad es determinante para el exportador o agenciado; lo que no es necesariamente así en el mandato, donde el mandante puede no ser un comerciante o empresario que actúe en forma profesional. Con relación a los caracteres jurídicos del contrato, la

Dra. Pomareda agrega que el mandato no es de ejecución continuada, mientras la agencia sí lo es; que el mandato se presume oneroso, pero puede también no serlo, caso en que se diferenciaría del contrato de agencia y por último, que el contrato de mandato no regula que la prestación se ejecute en una zona geográfica determinada, mientras que en la agencia, el agente realiza su labor en un territorio determinado (9).

b) Agencia y Suministro: El suministro para distribución tiene una gran similitud con el contrato de agencia. Nótese que en ambos existe una obligación estable de promover el negocio de otro.

La diferencia radica en que en la agencia, el agente actúa por cuenta del agenciado, y cuando celebra contratos a que se refiere su labor de promoción lo hace, en principio, en nombre de éste, de tal manera que no adquiere los productos a que se refiere su actividad y no sufre los riesgos del negocio mismo, sino tan sólo los de su actividad de fomento.

De otro lado, el suministro es un contrato impersonal mientras la agencia es uno que se celebra en virtud de las cualidades personales del agente, su círculo de clientes, solvencia, etc., o sea, *intuitu personae*. El suministro es oneroso en principio, pero no existe impedimento para que se constituya a título gratuito. El contrato de agencia siempre es oneroso. Y por último, ni el suministrante ni el suministrado cumplen una labor de promoción de los bienes o servicios para llegar a la conclusión de contratos, prestación que caracteriza la agencia en la medida de tratarse de un contrato de intermediación.

c) Agencia y Locación de Servicios: Al contrato de locación de servicios les son aplicables las disposiciones generales de la prestación, únicamente en todo aquello que no regule su ley especial. La prestación de servicios es considerada el "género" de los contratos.

La prestación de servicios engloba distintas modalidades contractuales que se caracterizan por una reciprocidad entre el dar de una parte y el hacer de la otra. La locación de servicios es una modalidad de la prestación de servicios.

El contrato de locación de servicios regula obligaciones de "medios", esto es, que el objeto de la prestación se traduce en el trabajo mismo. La locación de servicios importa la prestación de servicios en general de carácter material o intelectual. Debe entenderse en consecuencia, que la locación de servicios no involucra la celebración de actos jurídicos, lo que hace una primera diferencia con el de agencia. Efectivamente, el contrato de locación de servicios no involucra la celebración de

actos jurídicos, mientras que el agente puede, si tiene poder, celebrarlos. El contrato de agencia se celebra entre empresarios comerciantes, donde el agente cuenta con una organización empresarial propia con la cual realiza su actividad con autonomía y bajo su propio riesgo. En el contrato de locación, una de las partes o ambas pueden no ser comerciantes ni tampoco es requisito tener una empresa para que se configure el contrato. De otro lado, el agente tienen su propia clientela, circunstancia que no sucede con el locador al realizar actos aislados y además, el plazo máximo de duración del contrato de locación de servicios es de 6 años, si se trata de servicios profesionales y de tres años en el caso de otra clase de servicios. En la agencia, pueden existir contratos a plazo indeterminado. El contrato de agencia puede tener una cláusula de exclusividad relativa a la zona geográfica determinada de trabajo mientras que el locador de servicios no goza de un territorio en particular ni de exclusividad; y que la remuneración del agente consiste en un porcentaje del total de la operación efectuada, mientras que la remuneración del locador normalmente es fijada en términos ciertos y por anticipado.

d) Agencia y Corretaje: Es muy sutil la diferencia entre estos contratos comerciales y por ello importante mencionarlos. El mediador o corredor se ocupa, sin existir relación de dependencia ni representación, de poner en contacto a dos personas para que celebren un negocio. El agente no pretende promover uno o más contratos determinados, sino todo el negocio del agenciado, creando o manteniendo una clientela. Cabe aclarar, que en el Perú la labor de corretaje está directamente asociada por la costumbre al campo inmobiliario, lo que no sucede con la agencia comercial. De otro lado, en el contrato de corretaje es usual el ocultar el nombre del comitente en las reuniones preliminares que realice el corredor, mientras que el agente no tiene deber secreto frente a la identidad del agenciado en relación con terceros. Cabe igualmente destacar que en este contrato no cabe la exclusividad territorial, como es el caso de la agencia.

Concluimos luego de este sucinto análisis y siempre con relación a la naturaleza jurídica del contrato, que éste tiene autonomía, que lo distingue de otras figuras contractuales.

El contrato de agencia es uno que ostenta su propia autonomía, es mixto y de naturaleza compleja. Es mixto en la medida que es un único contrato existen elementos propios de otros tipos de contratos. Es un acto jurídico de naturaleza compleja pues es común que coexistan dentro del contrato, el agenciamiento y

el acto de apoderamiento, detallando las facultades de representación del agente (10).

V. Prestaciones a cargo de las Partes:

5.1 Prestaciones a cargo del agenciado:

a) **Remuneración:** Como en todo contrato comercial, la retribución económica es el primer derecho que tiene la parte activa del contrato. Esta puede ser fija o por comisión, incluso puede haber una mezcla entre ambas figuras. Pero sea como fuere, es casi unánime en las legislaciones de los distintos países que el agente tiene derecho al cobro de una comisión siempre que celebre negocios en favor del agenciado, haciéndose acreedor al pago de su comisión por ese sólo hecho, independientemente de la ejecución o no del contrato.

Si el agente, no obstante hacer todo lo posible para que se concrete el contrato proyectado, no lo logra, no tendrá derecho a retribución económica alguna ni al reembolso de sus gastos, aunque haya incurrido en ellos. De ahí la expresión utilizada por los italianos, que el mediador trabaja a su propio riesgo.

El agente percibe una comisión sólo si gestiona con máxima diligencia el contrato y si debido a su intervención éste se logra celebrar, por los negocios celebrados sin su asistencia pero debido a su gestión promotora; por los negocios concretados con personas de su clientela, por los negocios concluidos luego de la extinción de la relación obligatoria, si ha ofrecido, iniciado o preparado de tal modo que su celebración se deba predominantemente a su actividad y se lleve a cabo dentro de un período razonable de tiempo, luego de extinguida la relación obligatoria.

Con respecto a si se debe pagar comisiones por nuevos pedidos, es decir, si los contratos se renuevan, la doctrina considera que sí. El agente tiene derecho a recibir comisión por todos aquellos contratos que se celebren en su zona, con su clientela y durante la vigencia de su relación obligatoria, siempre que haya colaborado para ello.

b) **Asistencia e Información:** El empresario debe proveer al agente de comercio, con todos los materiales e información necesarios para el desarrollo de sus actividades, tales como la información necesaria sobre condiciones de ventas, lista de precios, posibilidades de descuentos, plazos, folletos, catálogos, muestras, vídeos, formatos para pedidos, etc., es decir, todos los materiales que el agente necesite para el mejor desarrollo de su labor en la medida que los términos de la agencia y la actividad del agente lo requieran.

5.2 Prestaciones a cargo del agente:

a) **Mediación y promoción:** La promoción es un elemento esencial del contrato que caracteriza la labor del agente, quien debe preocuparse por un mercado y mantenerlo. El agente además, debe lograr incentivar la comercialización de los productos y servicios del agenciado, con la finalidad que gracias a su intervención se llegue a la celebración de contratos. Mediante la promoción se persigue acreditar una marca, ampliar y mantener constante un mercado, publicitar un servicio, etc. La promoción es considerada como obligación fundamental del agente en un territorio determinado pues la celebración de los contratos es considerada consecuencia directa de este trabajo de promoción. El agente debe promover como propio, todo el negocio del agenciado, organizando campañas publicitarias, participando en ferias, en fin, haciendo conocer el producto a comercializar.

El agente no puede limitarse a ser un receptor pasivo de ofertas; su función principal es buscarlas para beneficiar al agenciado. Este elemento es quizá el más útil para diferenciar este contrato de otros. Conlleva una necesidad de estabilidad, de confianza, de cooperación. El agente no se limita a realizar operaciones individuales aisladas una de otra, sino, por el contrario, debe tener una función permanentemente activa, debe conocer con precisión el negocio del agenciado. Su obligación puede ir desde la simple visita regular a la clientela, hasta la utilización de medios de publicidad, de acuerdo con lo convenido por las partes.

Por otro lado, el contrato de agencia no implica necesariamente la representación del agenciado, pues cuando el agente promueve, no es indispensable que realice actos jurídicos en nombre del agenciado. Por ello, el agente podrá, en su nombre, celebrar un contrato de publicidad para el producto cuya venta quiere estimular, o limitarse a visitar a la clientela; no es necesario que celebre actos jurídicos. El contrato de agencia puede contener una cláusula donde, por medio del acto de apoderamiento, se otorguen facultades de representación al agente, de tal modo que éste pueda ejecutar su prestación en interés, por cuenta y además en nombre del agenciado. La figura de la representación no es de la esencia del contrato. La representación es una facultad que se agrega para que el agente pueda realizar sus gestiones en nombre del agenciado y no es un contrato por sí misma, en la medida de ser un acto unilateral y receptivo.

Por lo demás, cabe resaltar que se le exige poder especial al agente para celebrar contratos, hacer descuentos, prorrogar plazos, etc., todo aquello que vaya

más allá de los actos de administración propiamente dichos.

b) Actuación por cuenta del Agenciado: Es considerada también un elemento esencial al contrato. Que se actúe por cuenta de otro significa que se pretende obtener para un tercero, en este caso el agenciado, las utilidades del negocio. Esto no quiere decir que el agente no corra con algunos riesgos, porque su independencia implica que asume los peligros de su propia gestión, pues, por lo general, su remuneración dependerá de los negocios celebrados, y por ello si no se perfecciona ninguno, sufrirá los gastos de promoción sin obtener utilidad.

Si bien el agente recibe una remuneración por el negocio celebrado, la utilidad o pérdida propiamente dicha que de aquel se deriven corresponden al agenciado, porque el agente actúa por cuenta de aquel. El agente debe asumir el encargo de explotar los negocios que le han sido encomendados en beneficio exclusivo del empresario, lo que por lo demás, le garantiza su retribución económica. Si el agente no obra por cuenta de otro, no se cumple con el requisito de ser agente comercial, convirtiéndose este contrato en otro muy parecido, vgr. el contrato de distribución, donde el distribuidor obra por su propia iniciativa, asumiendo el costo de la venta así como el costo de la organización para su promoción.

c) Estabilidad o permanencia: La duración del contrato en el tiempo y la permanencia del agente son de la esencia del contrato de agencia. El agente se obliga a promover todo el negocio del agenciado y no uno o más contratos individualizados. Garrigues explica que la estabilidad se centra en el hecho de que mientras dura su relación con el comerciante ha de ocuparse de la promoción de los contratos que solo se determinan por su naturaleza y no por su número. Esto no significa que el contrato sea a término indefinido ni que tenga una duración prolongada (11).

La estabilidad ha de entenderse en el sentido de que el agente debe desarrollar una continua actividad de promoción, mientras existan posibilidades objetivas de que tal labor pueda motivar la celebración de contratos, según lo acordado por las partes.

El contrato de agencia es uno con relaciones obligatorias duraderas que se desenvolverán por un periodo más o menos largo de tiempo. La prestación a cargo del agente es continuada (se extiende ininterrumpidamente a lo largo del contrato) y de ejecución inmediata (hay obligación de ejecutarla inmediatamente después de la celebración del contrato). La prestación a cargo

del agenciado es de ejecución diferida (suspendida en principio a la celebración de contratos) y periódica (pagar la comisión).

El contrato puede ser tanto a plazo determinado como indeterminado. Destaca Anibal Sierralta que en la práctica, sin embargo, este contrato se hace por un mínimo de dos a tres años, cuando no a plazo indeterminado que da más agilidad a los sujetos (12).

d) Independencia: Marzorati decía, citando a Devesli, que el agente es verdadero empresario, titular de un fondo de comercio (13). Esta consideración es necesaria para reconocer que el agente no está en relación de subordinación frente al agenciado, sino que en virtud de su capacidad comercial celebra un contrato horizontal para cooperar con el agenciado. El agente es libre de determinar la intensidad y la forma como debe cumplir su obligación de promoción.

Entre ambas partes se establece una relación de coordinación de suerte que el agente al celebrar el contrato y durante la ejecución de éste, conserve su libertad para determinar el modo, tiempo y lugar de la actividad de promoción, lo cual no impide que en el contrato se fijen pautas mínimas.

La independencia es pues uno de los elementos característicos del contrato, que permite diferenciar al agente del trabajador. El agente no está ligado por un contrato de trabajo y en esa medida, se excluye toda relación de subordinación, pues ejerce libremente su profesión para organizar a su conveniencia la búsqueda de clientela e incluso actuar por su cuenta.

e) Cooperación: Es uno de los deberes básicos del agente. Implica el compromiso de ayuda para alcanzar las metas propuestas por el agenciado y aceptadas inicialmente por las partes. Cuando hay conflicto de intereses, se le impone al agente dejar a un lado los suyos para satisfacer los del agenciado materia del contrato.

La cooperación o colaboración implica facilitar la obtención de un fin determinado, mediante la participación en la actividad destinada a alcanzar dicho fin (14).

Dentro del contrato de agencia los intermediarios buscan auxiliar al empresario con independencia y profesionalidad en la consecución del negocio. Este es uno de los elementos característicos del contrato, que permite diferenciar al agente del trabajador, vinculado por un contrato de trabajo. Tanto el principal como el agente mantienen su propia estructura y organización, existiendo únicamente un contrato en el que existe un exportador interesado en desarrollar un mercado a

través de la intervención de un especialista (agente) que percibe un lucro.

Cabe destacar, que la independencia financiera y operativa que ostentan este tipo de colaboradores comerciales hacen la agencia comercial muy atractiva a los ojos de los empresarios. Dentro de las formas de colaboración o cooperación del agente es importante la iniciativa para ejecutar todos aquellos actos encaminados a obtener un mejor beneficio para el agenciado. Salvo las limitaciones convencionales o legales, el agente tiene libertad para actuar en el comercio, teniendo como único fin cumplir con las obligaciones contraídas con su agenciado al celebrar el contrato. Por ello, también puede contratar personal para explotar el negocio, realizar promociones publicitarias, celebrar actos jurídicos si tiene representación para ello, etc.

f) Lealtad y buena fe: Como en todas las relaciones contractuales, la actitud de las partes tiene un efecto en la contraparte. Pero en este tipo de contratos, donde las partes mantienen una relación que se extiende en el tiempo es necesario un nivel de confianza entre éstas.

El agente debe cumplir con ciertas normas de conducta durante la vigencia del contrato y también luego de su terminación. Esta lealtad por lo tanto, debe trascender el período de vigencia del contrato, impidiendo al agente divulgar a terceros cuestiones operativas o de negocios que sean confidenciales y que haya conocido en razón de su actividad para el empresario.

g) Acatamiento de instrucciones: Sin encontrarse en relación de subordinación, el agente debe acatar las órdenes e instrucciones del agenciado. El apartamiento de ellas lo hace responsable por los daños y perjuicios.

Estas instrucciones no son particularmente severas ni rígidas en cuanto al modo de realizar la promoción de los productos del agenciado, ya que esta obligación corresponde directamente al agente y es sustancial a su autonomía de actividad y no subordinación.

Las instrucciones deben concernir particularmente sobre el volumen de negocios que debe desarrollar el agente, la producción esperada, la cantidad mínima de ventas y demás condiciones del contrato (precios, garantías, plazos, formas y tiempos de entrega de mercadería, descuentos, prórrogas, etc.). También sobre la obligación del agente tanto de informar como pedir aprobación al empresario-agenciado de cada contrato que vaya a celebrar (si está expresamente facultado para ello). El agente sin embargo, podrá separarse de esta última instrucción cuando circunstancias desconocidas -por ejemplo la imposibilidad de contratos de gran importancia- que no puedan ser comunicados al em-

presario, permitan razonablemente suponer que éste hubiera dado su aprobación. Sin embargo, esto queda sujeto a ratificación por parte del agenciado.

h) Rendición de cuentas: Como en todo contrato de delegación, el agente debe rendir cuentas ante el agenciado informándole de todas las operaciones realizadas en el encargo, remitiéndole el sobrante.

5.3 Elementos accidentales:

a) Exclusividad: Al tratar los elementos del contrato de agencia, no tocamos el tema de la exclusividad por considerar que este no es un elemento esencial del contrato. Sin embargo, no podemos dejar pasar la oportunidad para referirnos a este elemento accidental que se encuentra en casi todos los contratos comerciales de intermediación. La cláusula de exclusividad dentro del contrato de agencia se refiere a la prohibición de que en una misma zona territorial, laboren para un mismo empresario varios agentes para el mismo ramo de actividades, o viceversa, que un agente realice una labor de promoción para el mismo giro de negocios de varias empresas en competencia entre sí.

La cláusula de exclusividad, puede o no pactarse, y si se pacta, puede estipularse en favor del agente como del agenciado. De acuerdo a esta cláusula, en caso que el agenciado realice actividades por sí o por terceros en la zona asignada al agente, le debe a este la comisión sobre ellas. Coincidimos con Cecilia Pomareda quien considera que la cláusula de exclusividad es un elemento posible, mas no obligatorio al contrato y en general la circunstancia de considerar dentro de un contrato una cláusula de exclusiva, lo hace más oneroso. Sin embargo, reconocemos que el agente está interesado en que su gestión no favorezca a otros, por lo que querrá ser el único intermediario en un espacio geográfico determinado (15). Destaca Sierralta, que en el comercio que se realiza al interior de un país, las cláusulas sobre exclusividad recíproca son deseables, en la medida de impedir por ejemplo, contactar clientes fuera de la zona o territorio asignado o la obligación de no comprar de otro productor, etc. Además, la delimitación de un área geográfica tiende a excluir voluntariamente por acuerdo de partes, la competencia dentro de los límites territoriales contractualmente asignados al agente (16).

b) Representación: La representación es un acto jurídico unilateral y recepticio y, además, autónomo respecto del acto jurídico por el cual el representante resulta obligado a ejercer la representación, pues el representado y su representante pueden estar vinculados jurídicamente por un contrato de prestación de servicios, de mandato, de obra, de trabajo o por cual-

quier otra relación contractual, respecto de la cual el otorgamiento del poder de representación se constituye por un acto que se adiciona (17).

El contrato de agencia puede darse con o sin representación. En la mayoría de legislaciones se otorga poder especial al agente para que represente al agenciado en determinados actos. No es sin embargo de la esencia del contrato, por lo que existe perfectamente sin esta facultad. La razón de esta confusión en la conceptualización del contrato, se debe a que las técnicas de publicidad y de diferenciación mercadológica, usan una serie de término que más tarde adquieren el peso del uso comercial frecuente y por ello se habla de agente exclusivo, agente representante, representante exclusivo, representante autorizado (18).

El contrato de agencia, puede contener una cláusula donde, por medio del acto de apoderamiento, se otorguen facultades de representación al agente, de tal modo que este pueda ejecutar su prestación en nombre del agenciado. Se le exige poder especial al agente para celebrar contratos, hacer descuentos, prorrogar plazos, etc., todo aquello que vaya más allá de los actos de administración propiamente dichos.

VI. Extinción de la relación obligatoria

Sobre el particular se puede afirmar que, adicionalmente a las causas extintivas aplicables a todos los contratos en general, se presentan supuestos particulares al contrato de agencia, como son la disminución ostensible del volumen de negocios encomendados al agente de acuerdo a lo previsto en el contrato; la ejecución total del encargo o la muerte del agenciado o del agente. Con relación a la muerte del agenciado, nada impide sin embargo, que el contrato se renueve por voluntad de los herederos del agenciado y del agente.

Cabe destacar que el contrato se extingue también por la renuncia del agente. Esta es válida en los diversos contratos de agencia, si media justa causa y siempre y cuando con ella no le cause perjuicio al agenciado. En estos casos el agente se verá privado del derecho a una indemnización.

El agenciado puede también extinguir la relación obligacional, en cualquier estado del negocio, si media justa causa, comunicando esto expresamente al agente, pero quedando siempre obligado a las resultas de las gestiones practicadas por éste antes de hacerle saber su decisión: en caso de que la misma perjudique al agente, lo indemnizará económicamente. Dentro del rubro "indemnización" deben considerarse el importe de las retribuciones económicas (%) de las que el agente se

vio privado y los gastos, si es que se pactó que éstos fueran reembolsados. Cabe aclarar, sin embargo, que la falta de renovación de un contrato a plazo determinado no da derecho al agente a ninguna indemnización.

Lima, 15 de abril de 1994.

CITAS

- (1) GARRIGUES, Joaquín.- Tratado de Derecho Mercantil, Madrid, Editorial Revista de Derecho Mercantil, 1964.
- (2) MUÑOS, Luis.- Derecho Comercial, Contratos. t. II. Buenos Aires, Edit. Tipográfica Argentina, 1960 pp. 107 y ss.
- (3) MARZORATI, Osvaldo.- Sistemas de Distribución Comercial. Editorial Astrea, Buenos Aires, 1990. pp.5.
- (4) MARZORATI, Osvaldo. Ob. cit. pp. 5.
- (5) POMAREDA DEGREGORI, Cecilia. El Contrato de Agencia. Tesis para optar el título de Abogado. Universidad de Lima, 1994, Pág. 22.
- (6) DIAZ BRAVO, Arturo.- Contratos Mercantiles. Colección Textos Jurídicos Universitarios, Ciudad de México D.F. México: 1983, Pág. 200.
- (7) POMAREDA DENEGRI, C. Ob. Cit. Pág. 22
- (8) MARZORATI, Osvaldo. Ob. Cit. pp. 17.
- (9) POMAREDA DENEGRI, C. Ob. Cit. Pág. 134.
- (10) POMAREDA DENEGRI, C. Ob. Cit. Pág. 156.
- (11) GARRIGUES, Joaquín. Ob. Cit. pp. 336-337
- (12) SIERRALTA, Anibal. OLAVO, Luis. Aspectos Jurídicos del Comercio Internacional. Fondo Editorial Pontificia Universidad Católica del Perú, 1993. Pág. 280.
- (13) MARZORATI, Osvaldo. Ob. Cit. pp. 13
- (14) DE LA PUENTE Y LAVALLE, Manuel. El contrato en general. Fondo Edit. Univ. Católica, Lima, 1993. Pág. 246.
- (15) POMAREDA DEGREGORI, C. Ob. Cit. pp. 50
- (16) SIERRALTA Anibal; OLAVO, L. Ob. Cit. pp. 170.
- (17) Vidal Ramírez, Fernando. Acto Jurídico, Código Civil, Exposición de Motivos y Comentarios, T. IV. 2da. Ed., Lima, Perú, Editorial Okura, pag. 283).