

- Cambios en el régimen de documentación de las operaciones vinculadas
- Problemática contable de la venta de acciones
- Apuntes en torno a la modificación de la Ley de Medidas de Lucha contra la Morosidad en las Operaciones Comerciales
- Análisis sobre la Reforma Laboral

Boletín

JURÍDICO DE LA EMPRESA

SERVICIO DE INFORMACIÓN AL PROFESIONAL

nº 162. Octubre 2010



Reclamaciones derivadas del contrato de agencia



JOSÉ ANTONIO FONTANILLA PARRA
Abogado. Fontanilla Abogados

El contrato de agencia

No es un fenómeno reciente el de que las Empresas necesiten la colaboración de personas que se ocupen de conseguirles clientes, promocionando sus productos y concertando la venta de los mismos, a cambio del cobro de cierta cantidad de dinero, normalmente un porcentaje del precio, sin responder del buen fin de la operación. Sin embargo, se cree que la figura del agente como tal carece de precedentes hasta el siglo XIX, cuando, como consecuencia del incremento de la producción de bienes, las Empresas precisaron con mayor intensidad nuevos clientes, más allá del ámbito local, a los que vender sus mercancías. La figura de quien llevaba consigo una muestra de los productos para promocionar su venta, devino necesaria y el fenómeno se extendió de forma generalizada.

El Código de Comercio español de 1885 sólo regulaba como contrato de colaboración el de comisión, el cual fue utilizado por los Tribunales como base de partida del régimen jurídico del contrato de agencia.

La Ley 12/1992 de 27 de mayo, del Contrato de Agencia (en lo sucesivo, LCA), vino a incorporar al Derecho Español el contenido normativo de la Directiva 86/653/CEE de 18 de diciembre, relativa a la coordinación de los Estados miembros en lo referente a los agentes comerciales independientes, opción por la que se decantó el legislador frente a la de reformar nuestro vetusto Código de Comercio.

En la definición del contrato de agencia destacan los siguientes caracteres básicos:

1. El Agente se configura con un intermediario independiente (véanse STSJ de Cataluña, Sala Social, de 6/marzo/2009 EDJ 2009/191527; y STSJ de Asturias, Sala de lo Social, Sección 1ª de 13/marzo/2009, EDJ 2009/153935).
2. El Agente comercial no actúa por cuenta propia, sino ajena, bien por cuenta de uno o de varios empresarios. Por consiguiente, el tema de la exclusividad no es una nota definitoria.
3. La permanencia o estabilidad de la relación. El concepto mismo de Agente lleva implícita la permanencia o durabilidad de la relación.
4. El carácter retribuido del Agente.
5. El Agente puede ser un mero negociador (simple promotor), o asumir también la función de concluir los promovidos por él.

Las reclamaciones derivadas del contrato de agencia

Aunque dichas reclamaciones pueden ser variadas, las más habituales pivotan en torno a las cuestiones económicas que se suscitan entre las partes. En apretada síntesis, podemos distinguir los siguientes grandes grupos de reclamaciones:

La problemática de las reclamaciones relacionadas con el contrato de agencia es ciertamente compleja. El caso más frecuente es que el Agente reclame a la Empresa ciertas cantidades, bien por comisiones impagadas, por indemnización por clientela, por falta o insuficiencia del preaviso, o bien por otros conceptos. El presente artículo tiene por objetivo ofrecer una orientación básica sobre dichas reclamaciones y un elenco de argumentos a esgrimir tanto por una parte como por la otra.

1. Reclamaciones derivadas de la liquidación de comisiones.

La retribución del Agente no está sujeta a un sistema tasado sino que se deja al libre arbitrio de las partes, el Agente y la Empresa (art. 11 LCA). Lo habitual es un determinado porcentaje de las operaciones en que se haya intermediado, aunque la LCA prevé asimismo la posibilidad de una cantidad fija o de una combinación de ambos modos de retribución, fijo y variable.

Nuestro consejo. Para evitar, o afrontar, en su caso, este posible foco de conflictos, conviene:

- **Delimitar bien la zona o sector en que actúa el Agente**, a fin y efecto de eliminar posibles disputas sobre si le corresponde, o no, la comisión por determinadas ventas u operaciones.
- **Dejar claro si el Agente lo es en exclusiva, o no**, para una zona en cuestión. Si es en exclusiva, la LCA le concede al Agente el derecho a la comisión en todo caso, siempre que el acto u operación de comercio se concluyan durante la vigencia del contrato de agencia en esa zona o sector, es decir, con independencia de que la operación haya sido promovida, o no, por el Agente.
- La LCA prevé comisión al Agente (art. 13) por las operaciones, posteriores al cese del Agente, que se hubieran debido "principalmente" a su actividad (y concluido dentro de los tres meses siguientes a partir de la extinción del contrato). Es por ello por lo que **conviene controlar la actividad desarrollada (reuniones, comunicaciones, informes, etc.)**. Naturalmente que este aspecto puede resultar polémico puesto que el término utilizado por el legislador (que se deba la operación "principalmente a la actividad desarrollada"...) admite varios puntos de vista, por lo que habrá que estar al caso concreto.
- **Llevar un seguimiento de las operaciones concluidas por intermediación del Agente**, a fin de detectar aquellas que no se concluyeron por circunstancias ajenas al empresario, pues en este caso no se devenga el derecho a la comisión, y si se hubiera percibido por el Agente, la misma "deberá ser restituida inmediatamente al empresario" (art. 17 LCA).
- **En caso de pacto por el que el Agente garantiza las operaciones de la Empresa en las que intervenga** (asumiendo el riesgo y ventura), ya sea relativo a uno, varios o todos los actos u operaciones que promueva, es necesario el **requisito formal de su constancia por escrito y la expresión concreta de la comisión a percibir**. En definitiva, el "pacto de garantía" implica una "comisión de garantía", que habrá que liquidar en estas reclamaciones.
- La **llevarza de una contabilidad independiente de los actos u operaciones relativos a cada empresario por cuya cuenta actúe el Agente**, es algo obligado por la LCA (art. 9.3). Resulta obvia la **conveniencia de que la Empresa, a su vez, contabilice correctamente las comisiones y las operaciones de que proceden las mismas**, incluyendo las posibles retrocesiones por ventas u otras operaciones que no hayan sido percibidas por la Empresa. Inclusive la Empresa debe entregar al Agente una relación de las comisiones devengadas por cada acto u operación, el último día del mes siguiente al trimestre natural en que se hubieran devengado, salvo que se hubiera pactado un plazo inferior (art. 15.1 LCA). Y el Agente tiene derecho a comprobar en la contabilidad de la Empresa los particulares necesarios (en cualquier caso, no se trataría de una fiscalización general de su contabilidad) para comprobar dichas comisiones.

2. Reclamaciones derivadas de la indemnización por clientela

El art. 28 LCA dice que cuando se extinga el contrato de agencia, sea por tiempo determinado o indefinido, o inclusive por el fallecimiento del Agente, si éste hubiese aportado nuevos clientes al empresario o incrementado sensiblemente las operaciones con la clientela preexistente, tendrá derecho a una indemnización si su actividad anterior puede continuar produciendo ventajas sustanciales al empresario y resulta equitativamente procedente por la existencia de pactos de limitación de competencia, por las comisiones que pierda o por las demás circunstancias que concurran. En tal caso, la indemnización no podrá exceder, en ningún caso, del importe medio anual de las remuneraciones percibidas por el Agente durante los últimos cinco años o, durante todo el período de duración del contrato, si éste fuese inferior.

Por consiguiente, para que surja el derecho a la indemnización por clientela para el Agente será necesario que su actividad anterior **pueda continuar produciendo ventajas sustanciales al empresario**. En este sentido, y como quiera que la razón de ser del Agente es el establecimiento de relaciones comerciales duraderas, se habrá de verificar la existencia de tales “ventajas sustanciales” de las que vaya a beneficiarse la Empresa, puesto que tanto en el caso de que no se prevean ventajas, como si se prevén pero no son sustanciales, la consecuencia es que resulta improcedente la indemnización por clientela.

En cualquier caso, nótese que es al Agente a quien corresponde acreditar que la clientela conseguida por él no está compuesta por clientes esporádicos, sino por clientes fieles a la Empresa; y que, por tanto, previsiblemente continuará produciendo ventajas sustanciales al empresario, por resultar altamente probable la continuación de los pedidos en el futuro. En tal sentido, por consiguiente, no es posible presumir (ni siquiera “*ius tantum*”²) que todo cliente de la Empresa atribuible al Agente que lo haya sido durante la vigencia del contrato, va a continuar produciendo “ventajas sustanciales” a la Empresa. A mayor abundamiento, añadiremos que en determinados sectores (p.ej., en el caso de productos de naturaleza duradera, como vehículos o electrodomésticos), resulta muy difícil determinar si se producirán, o no, futuros pedidos al empresario por parte de quienes fueron en algún momento clientes. En definitiva, si la actividad de mediación del Agente no ha sido capaz de crear “negocios de continuación” (los que crean expectativas reales de reiteración en los pedidos), debe excluirse la indemnización por clientela².

Por lo demás, ya hemos dicho que las ventajas futuras que ocasione al empresario deben ser sustanciales, concepto indeterminado pero en todo caso distinto y diferenciado del de “cualquier ventaja”, por pequeña o moderada que sea. Evidentemente, para poder determinar la procedencia, o no, de la indemnización por clientela, se ha de tomar en consideración la evolución posterior del

mercado, y esto requiere un pronóstico, a todas luces difícil de realizar. En efecto, por más que se haya creado cierta clientela, es posible que la evolución posterior de los pedidos vaya en función de múltiples factores no ligados a la actuación del Agente y, por tanto, es posible que no se le puedan atribuir al mismo las hipotéticas ventajas sustanciales que pudiera llegar a obtener el empresario. Además, en los sectores en los que existe una fuerte competencia empresarial, puede resultar muy necesario el posterior trabajo de “nueva captación” del cliente que ya lo había sido, nueva captación que será atribuible, en su caso, al nuevo Agente, y no al antiguo.

Por lo demás, el art. 28 LCA requiere que la indemnización de la que venimos tratando no sólo vaya a reportar ventajas sustanciales a la Empresa, sino que, además ha de resultar equitativa, por alguna de las siguientes razones:

1º) Por la **existencia de pactos de limitación de la competencia**. Hemos de aclarar primero que la expresión se refiere a los pactos previstos en los arts. 20 y 21 LCA, y no, en cambio, al art. 7 LCA (que alude a la posible actuación del Agente por cuenta de varios empresarios). Quiere la Ley que el Agente que verá limitada su actuación futura (tras la extinción del contrato de agencia) fruto del pacto de no poder desarrollar ciertas actividades profesionales o restringírselas de algún modo, tenga la posibilidad de llegar a percibir esta indemnización siempre que concurra el resto de requisitos. Por tanto, habrá que centrar la atención en la repercusión concreta que tenga en el Agente esa posible cláusula.

2º) **“Por las comisiones que pierda”**. El criterio comúnmente aceptado entiende que el propósito del legislador es indemnizar al Agente no sólo por las comisiones que pudieran devengarse debido a su trabajo antes de la extinción del contrato sino que, de forma más amplia, abarca las comisiones que pierda el Agente por pedidos posteriores a su cese, esto es, por operaciones futuras³.

Quiere la Ley que el Agente que verá limitada su actuación futura (tras la extinción del contrato de agencia) fruto del pacto de no poder desarrollar ciertas actividades profesionales o restringírselas de algún modo, tenga la posibilidad de llegar a percibir esta indemnización siempre que concurra el resto de requisitos

(1) O sea, no es posible darlo por probado a priori, aunque sea sin perjuicio de que se acredite lo contrario por la Empresa.

(2) En este sentido, la Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid de 7 de diciembre de 1995 (Actualidad Civil 1995/2394) alude a un supuesto de contrato de agencia o concesión en el que se discutía la procedencia de la indemnización por clientela en un concesionario de automóviles. El Tribunal mantuvo que no era previsible (en el sentido de razonablemente probable) que se produjeran ventajas sustanciales al empresario (en ese caso, una marca de automóviles) en cuanto a futuras adquisiciones de vehículos, por depender estas futuras decisiones de múltiples elementos más allá del trabajo de captación que en su día desplegó el Agente o figura análoga, sino de múltiples elementos que impiden determinar como probable la ulterior adquisición de la misma marca de automóviles.

3º) **Por “las demás circunstancias que concurren”**. Se ha de estar al caso concreto para determinar si las circunstancias habilitan, o no, la aplicación de la indemnización por clientela. Por ejemplo, ha de tomarse en consideración cómo pesará, en los futuros e hipotéticos pedidos de los clientes, el prestigio de la Empresa como razón fundamental para que se reiteren los pedidos por parte de la clientela “antigua”. Nótese que el importe previsto en el art. 28.3 LCA para la indemnización por clientela es un techo máximo y no el que necesariamente deba fijarse (si procede). Por consiguiente, si la Empresa presumiblemente seguirá obteniendo pedidos no ya por el trabajo (pasado) del Agente sino por el prestigio de la propia entidad, ó por el trabajo futuro de los nuevos Agentes, o comerciales internos, por el mayor esfuerzo en reducir los precios, o por otras circunstancias no atribuibles al trabajo del Agente cesado, en tales casos o bien no resultará procedente establecer indemnización alguna por clientela, o bien habrá que moderar la cifra que corresponda por tal concepto, por debajo del techo máximo.

Prescripción de la acción para reclamar la indemnización por clientela. El art. 31 LCA establece el plazo de prescripción de la acción del Agente para reclamar la indemnización por clientela (y también la de daños y perjuicios por inversiones, a la que nos referiremos más adelante).

3. La indemnización por falta o insuficiencia del preaviso

Según el art. 25 LCA, cuando el contrato de agencia es de duración indefinida, se extingue por la denuncia unilateral de cualquiera de las partes mediante preaviso por escrito, que, salvo pacto en contrario⁴, será de un mes para cada año de vigencia del contrato, con un máximo de seis meses, y si el contrato estuvo vigente durante menos de un año, el plazo de preaviso será de un mes.

Los Agentes a los que o bien no se ha preavisado o cuyo preaviso fue insuficiente, pueden reclamar indemnización por este concepto. En efecto, aunque la LCA (contrariamente, como hemos visto, a la indemnización por clientela) no prevé una indemnización específica, “ad hoc”, los Tribunales han entendido que no puede darse el mismo tratamiento a la Empresa que preavisó al Agente que a la que no lo hizo, y basan la condena a indemnizar en los preceptos generales del Derecho de Obligaciones⁵.

En todo caso, se ha de atender al carácter indemnizatorio del importe al que nos estamos refiriendo aquí. Es por ello que en ocasiones los Tribunales, cuando procede, condenan a las Empresas al pago de una cantidad que se entiende indemniza esa falta de preaviso, y para cuantificarla echan mano del criterio previsto en el art. 28.3 LCA para las indemnizaciones por clientela. Sin embargo, esa fórmula de cálculo puede no ser la más ajustada al caso concreto, por lo que se plantean las siguientes dudas:

- a) **¿Comisiones brutas o netas?** A mi juicio, han de tomarse los importes relativos a las comisiones netas, entendidas a estos efectos como la diferencia entre las comisiones del Agente y los gastos necesarios que habría afrontado para obtenerlas, porque si el Agente no ha tenido que afrontar los gastos necesarios para obtener las comisiones (por ejemplo: gastos de transporte, consumo de teléfono, etc.), no es razonable que se condene a la Empresa pagar la cantidad bruta, porque ello supondría un enriquecimiento injusto por parte del Agente, cuando lo que se pretende es que sólo quede “indemne”, esto es, sin daño.
- b) **¿Cuál es el “período indemnizable”?** En este punto resulta razonable sostener que ha de coincidir con el plazo de preaviso no cumplido por la Empresa. Es decir, hasta un máximo de 6 meses.
- c) **¿Cuál el período base del cálculo de la indemnización?** En este sentido, si se pre-

(3) A mi juicio, sin embargo, el propósito que preside la norma es indemnizar al Agente por el trabajo en curso que aún no haya devengado la comisión correspondiente ni pueda incluirse tampoco en la previsión del art. 13 LCA (comisiones posteriores a la indemnización a las que puede continuar teniendo derecho si concurren las circunstancias previstas en dicho precepto). Y, en ese sentido, sólo cabría sostener que el Agente “pierde las comisiones” si éstas se hubieran llegado a devengar con posterioridad a la extinción del contrato de agencia y, además, no tuviera derecho a percibir las directamente. De otra forma, existiría un enriquecimiento injusto por su parte. En definitiva, en mi opinión resulta necesario que las operaciones en que intermedió el Agente hubieran llegado efectivamente a buen puerto, y que ello suceda con posterioridad al plazo de tres meses previsto en el art. 13 a) LCA, y no incluiría, por tanto, las simples expectativas de comisiones futuras.

(4) Las partes pueden pactar mayores plazos de preaviso, si bien para el preaviso del Agente no será inferior al de la Empresa.

(5) Con fundamento en los arts. 1.101, 1.106 y 1.107 del Código Civil.

tende que el Agente salga indemne de la insuficiencia del preaviso, se debería acudir a la medida más cercana en el tiempo, esto es, a lo percibido por el Agente durante los meses más próximos al cese, por ajustarse (en principio) más probablemente al perjuicio derivado de la falta o insuficiencia del preaviso⁶.

4. Reclamaciones de daños y perjuicios “por inversiones”

El art. 29 LCA establece que, sin perjuicio de la indemnización por clientela, la Empresa que denunció unilateralmente (y sin fundamento) el contrato de agencia de duración indefinida, vendrá obligada a indemnizar los daños y perjuicios que, en su caso, la extinción anticipada haya causado al Agente, siempre que la misma no permita la amortización de los gastos que el Agente, instruido por la Empresa, haya realizado para la ejecución del contrato⁷.

En consecuencia:

- No cabe reclamación en los supuestos de extinción del contrato por otras causas no atribuibles a la Empresa (por ejemplo, por muerte del Agente).
- No cabe reclamación en los supuestos de resolución justificada por parte de la Empresa (ver art. 30 LCA, que extiende la inexistencia del derecho a la indemnización a la indemnización por clientela, a la de daños y perjuicios “por inversiones”, e implícitamente, a la de falta o insuficiencia del preaviso).
- Tampoco cabe en los supuestos de contratos de agencia de duración definida, puesto que en éstos el Agente conoce con antelación la fecha en la que dejará de actuar para la Empresa, de manera que los gastos

“por inversiones” los pudo y debió adecuar a la prevista finalización del contrato.

Sin perjuicio de poder fundamentar la reclamación de otros daños y perjuicios distintos en las normas generales del Derecho de Obligaciones por la resolución injustificada del contrato de agencia, el legislador contempla en el art. 29 LCA los derivados de las inversiones que el Agente haya afrontado en la confianza de que el contrato de agencia se prolongará en el tiempo, conforme a lo pactado. Ciertamente, este tipo de inversiones es más probable que se presenten en otros contratos de distribución, a los que, por analogía, se extienden las normas de la LCA⁸.

En lo que respecta a los conceptos reclamables como daños y perjuicios “por inversiones”, hemos de precisar que el lucro cesante derivado de las inversiones tiene difícil acogida en el concepto que analizamos, aunque no se olvide que es la base de otra indemnización, la por clientela. Por el contrario, el daño emergente es el supuesto explícitamente recogido en la norma (que alude a los “gastos que el agente, instruido por el empresario, haya realizado para la ejecución del contrato”). Ha de tratarse de gastos efectivamente acometidos por el Agente, cuyo patrimonio se vio mermado por tales gastos. Habrá que determinar si estos gastos pueden ser objeto de aplicación a otros (nuevos o ya vigentes) contratos de agencia en que actúe el mismo Agente (en definitiva, si se aprovechará de tales gastos), lo cual implicaría una eventual disminución de la indemnización por este concepto, o inclusive su eliminación si las inversiones del Agente fueran totalmente aprovechables por su parte. También puede tenerse en cuenta el período durante el cual se ha ido amortizando la inversión del Agente puesto que bien pudiera suceder que la inversión deba considerarse totalmente amortizada⁹.

Sin perjuicio de poder fundamentar la reclamación de otros daños y perjuicios distintos en las normas generales del Derecho de Obligaciones por la resolución injustificada del contrato de agencia, el legislador contempla en el art. 29 LCA los derivados de las inversiones que el Agente haya afrontado en la confianza de que el contrato de agencia se prolongará en el tiempo, conforme a lo pactado

(6) En esa línea, la SAP de Barcelona (Sección Cuarta) de fecha 4 de noviembre de 2009, y la Sentencia de la Audiencia Provincial de Tarragona de 4 de abril de 1999.

(7) El art. 18 LCA se refiere a otro tipo de gastos, cuando dice que “salvo pacto en contrario, el agente no tendrá derecho al reembolso de los gastos que le hubiera originado el ejercicio de su actividad profesional”. En este caso, es una consecuencia obligada de la independencia del propio Agente respecto de la Empresa.

(8) En efecto, en el caso de distribuidores, éstos pueden llevar a cabo importantes inversiones para adecuar su Empresa a la Empresa proveedora, a fin y efecto de mantener una homogeneidad y una imagen exterior común, y con más razón, cuando se trata de inversiones impuestas por ésta, de ahí que resulte en estos supuestos más probable que la resolución anticipada del contrato de distribución dé lugar a una reclamación por el concepto que analizamos.

(9) La Sentencia de la Audiencia Provincial de Palencia de fecha 20/abril/1995 (Actualidad Civil 1626/1995), aunque en un supuesto en el que no era de aplicación la LCA por razones temporales, mantuvo que al deducirse la posible utilización, en el pasado y en el futuro, de las inversiones realizadas por el Agente, y por haberse amortizado esa inversión, no cabía indemnización.