



REFLEXIÓN Y REVISIÓN

LA DISTRIBUCIÓN COMERCIAL (I-1). ASPECTOS CONTRACTUALES

Fernando Carbajo Cascón

Doctor en Derecho, Universidad de Salamanca, España; Licenciado en Derecho por la Universidad de Salamanca; Magistrado de la Audiencia Provincial de Salamanca (Tribunal de Apelaciones), España; Profesor Titular de Derecho Mercantil de la Universidad de Salamanca, España.
E-mail: nano@usal.es

Resumen

El trabajo sobre distribución comercial se ocupa en esta entrega de los aspectos contractuales a partir de la intermediación comercial, la sistematización de los contratos de distribución, la distribución directa, busca una categoría de contratos de distribución en sentido amplio, revisa el contrato de agencia comercial en cuanto a su alcance y concepto, y finaliza adentrándose en lo referente a la extinción del contrato de agencia en Colombia.

Palabras clave

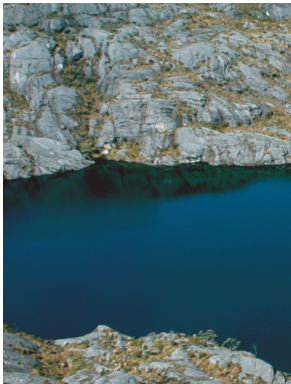
Distribución comercial, intermediación comercial, colaboración, contrato de agencia comercial.

Abstract

Work on commercial distribution deals in this issue with the contractual aspects from commercial intermediation, the systematization of distribution contracts, direct distribution, searching for a category of distribution agreements broadly reviewing the commercial agency contract in scope and concept, to end deep into regarding the termination of the contract of agency in Colombia.

Key Words

Commercial distribution, commercial mediation, collaboration, commercial agency contract.



Laguna "La Pintada"

LA DISTRIBUCIÓN COMERCIAL (I-1). ASPECTOS CONTRACTUALES*

Fernando Carbajo Cascón

I. LA INTERMEDIACIÓN COMERCIAL: DE LA COLABORACIÓN A LA DISTRIBUCIÓN

La actividad empresarial requiere que los productos, sea en el estado en que se encuentren en la naturaleza, o sea tras un proceso de elaboración o manufactura, se pongan a disposición de los destinatarios finales de los mismos en el mercado, se trate de empresarios, profesionales o consumidores y usuarios. Lo mismo sucede con la prestación de servicios, en una economía donde los servicios, adquieren una significativa importancia.

La creciente complejidad y especialización de la actividad mercantil y la progresiva extensión de los mercados hacia áreas de influencia nacional, supranacional e internacional exigen, cada vez más, la colaboración de terceros intermediarios que facilitan a los fabricantes y prestadores de servicios ampliar y extender el radio de alcance de sus prestaciones (productos y servicios). Por eso, muchos empresarios (personas físicas y/o personas jurídicas en forma, generalmente, de sociedad mercantil) hacen de la intermediación comercial -esto es, de la colaboración económica esporádica o estable con otros empresarios- el objeto exclusivo o principal de su actividad económica.

Estos intermediarios son empresarios independientes que actúan como

* El artículo se enmarca en la Línea de Investigación Organización y Actividad Empresarial del Grupo Neoconstitucionalismo y Derecho. Facultad de Derecho. Universidad Santo Tomás - Seccional Bucaramanga (Col), en el marco del convenio de *Colaboración Conjunta* Universidad Santo Tomás, Seccional Bucaramanga - Universidad de Salamanca, España.

colaboradores externos a la estructura empresarial del proveedor de bienes y servicios, que formalizan su relación con el proveedor mediante un compromiso contractual específico para coordinar así sus respectivas actividades comerciales. Por lo tanto, el intermediario desarrolla su actividad empresarial en la misma dirección de otro empresario (principal o proveedor), con el que colabora esporádicamente o de manera continuada y estable, para contribuir a la difusión, promoción y colocación de sus productos o servicios en el mercado.

La independencia o autonomía jurídica y económica de estos colaboradores externos desnaturaliza en parte el rasgo de colaboración empresarial *stricto sensu*¹, por lo que quizás resulta más preciso catalogarlos como “*intermediarios comerciales*” o “*colaboradores del tráfico mercantil*”, dispuestos a ligarse contractualmente con cualquier empresario que desee hacerse con sus servicios de colaboración para la promoción y colocación de sus productos y servicios en el mercado. No obstante, es preciso advertir que esa independencia de los intermediarios o colaboradores externos es relativa, pues, aunque sean empresarios independientes y, en consecuencia, dispongan de autonomía para organizar empresarialmente su actividad de intermediación, deberán ajustarse a las instrucciones del proveedor o principal para la mejor promoción y defensa de sus intereses.

Los instrumentos jurídicos que permiten encauzar el fenómeno económico de la intermediación comercial en el mercado son los llamados *contratos de colaboración*, entendidos en sentido amplio; es decir, comprenden, de un lado, los *contratos de colaboración en sentido estricto o contratos de gestión de intereses ajenos*, y, de otro lado, los *contratos de distribución comercial*.

Los diferentes contratos que tienen por objeto la intermediación comercial o empresarial presentan características diferentes, pero tienen en común la función última y objetiva perseguida con los mismos (la denominada causa-función del contrato): todos ellos sirven de cauce para lograr la colaboración entre empresarios en el tráfico económico (en el mercado entendido en sentido abstracto), con vistas al desarrollo de actividades comerciales como son la venta de mercancías o la prestación de servicios, sea entre empresarios o sea entre empresarios y consumidores o usuarios.

Los *contratos de colaboración en sentido estricto o de gestión de intereses ajenos* sirven para la intermediación negocial o contractual en el tráfico mercantil; para la gestión de negocios o intereses ajenos (*negotiorum gestio*). Sirven para dar

1 El concepto más tradicional de colaboradores o auxiliares del empresario hace referencia a los colaboradores dependientes o subordinados del empresario, integrados en su organización empresarial mediante contratos laborales y/o contratos de mandato. Es el caso de los llamados dependientes y de los factores, gerentes o apoderados generales, contemplados en la mayoría de los Códigos de Comercio. Junto a éstos podrían incluirse también los viajantes o representantes de comercio, que conforman una categoría *sui generis* de empleados en régimen laboral que se dedican a “abrir” mercado a los productos y servicios de su principal.

forma jurídica a la actividad de promoción o conclusión de contratos (compras, ventas, arrendamientos y, prestación de servicios, entre otros) por cuenta de otro empresario. En esta subcategoría se incluyen los clásicos contratos de comisión o mandato mercantil, agencia comercial y mediación o corretaje, en los que el colaborador o intermediario contrata por cuenta del principal en nombre ajeno o en nombre propio (comisión directa e indirecta), promueve operaciones y/o contrata en nombre y por cuenta del principal (agencia) o se limita a señalar la oportunidad de celebrar contratos con un tercero (corretaje, especialmente relevante en el terreno inmobiliario y de los seguros).

Más complicado es definir la subcategoría de los *contratos de distribución comercial*. Según el Diccionario de la lengua española, “distribuir” significa -en su segunda acepción- “*dar a algo su oportuna colocación o el destino conveniente*”; y -en su tercera acepción- “*entregar una mercancía a los vendedores y consumidores*”. La distribución comercial es así un concepto netamente económico, que resulta difícil de aprehender jurídicamente como categoría contractual unitaria en toda su dimensión. Por distribución comercial se entiende, generalmente, la fase del proceso económico que se sitúa entre la producción de los bienes o la prestación de servicios y su consumo o uso por los destinatarios finales, sean estos empresarios, profesionales o consumidores y usuarios. Se trata de actividades empresariales que tienen como objetivo último poner a disposición de los potenciales clientes todo tipo de productos y servicios, lo cual implica el acercamiento físico de productos, generación de demanda mediante la promoción publicitaria y la captación de clientela, la información y asistencia al cliente antes y después de la venta y otros; y, en su caso, la prestación directa de servicios ideados previamente por un tercero proveedor (generalmente en régimen de franquicias).

Los canales de distribución son muy diversos. Los fabricantes de bienes pueden “distribuir” (colocar, entregar) directamente sus productos en el mercado, entre otros empresarios (fabricantes o comerciantes minoristas) o entre los consumidores y usuarios², celebrar contratos de compraventa (civil y mercantil)³ y contratos de

2 Se entiende por consumidores o usuarios las personas físicas o jurídicas que actúan en un ámbito ajeno a una actividad empresarial o profesional, de acuerdo con la definición de la legislación española (influida por Directivas de armonización de la Unión Europea), incluida en el Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias, aprobado por Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre.

3 En España y otros países de la Unión Europea la compraventa de mercancías se considera mercantil cuando sea adquirida para su reventa con fines de lucro, en la misma forma que se compraron o en otra forma diferente (cfr., Art. 325 del Código de Comercio español). Cuando no concurren estas circunstancias se calificará como compraventa civil, aplicándose las reglas del Código Civil y, en su caso, las de tutela de consumidores y usuarios. Una compraventa será civil, por tanto, cuando el comprador adquiera la mercancía como destinatario final, para su uso o consumo o el de terceros relacionados con él (familiares, empleados u otros). De modo que la compraventa civil se aplicará a las compraventas de mercancías entre empresarios y destinatarios finales del producto, concebidos en sentido amplio como consumidores y usuarios (personas físicas o jurídicas que actúan en un

suministro de bienes por sí mismos, a través de sucursales, mediante sociedades filiales e incluso a distancia, al recurrir a la contratación postal, telefónica o electrónica. Los proveedores de bienes y servicios también pueden recurrir a terceros colaboradores para que, por cuenta de los primeros, como gestores de negocios ajenos, realicen operaciones concretas para la promoción y contratación de sus prestaciones en el mercado (comisión, agencia, corretaje). Otra opción es que los fabricantes e importadores recurran a intermediarios independientes para que sean éstos quienes, por su propia cuenta y riesgo y en su propio nombre, procedan a la comercialización de los productos o servicios del fabricante o proveedor en el mercado; se trata, en este caso, de los distribuidores mayoristas y minoristas (contratos de distribución de productos y servicios en sentido lato).

Entonces, desde una perspectiva económica, el proceso de distribución puede ser corto, cuando es el fabricante o proveedor quien coloca directamente sus prestaciones en el mercado, aun valiéndose de filiales, sucursales y, en su caso, colaboradores externos como comisionistas, agentes o corredores; también cuando promociona y comercializa sus prestaciones por medios de comunicación a distancia, como el correo postal, el teléfono y, sobre todo, las redes telemáticas como Internet, sea a través de su propio *Web-site*, o sea recurrir a terceros intermediarios de la sociedad de la información que actúan -como luego veremos- a modo de comisionistas o de corredores *online*. El proceso de distribución puede ser intermedio, cuando el fabricante o proveedor contrata directamente con comerciantes minoristas o detallistas que revenden sus productos o prestan servicios a los destinatarios finales de acuerdo al método o instrucciones del proveedor. Y el proceso puede ser largo, cuando el fabricante o proveedor contrata con importadores o distribuidores mayoristas que lo hacen, a su vez, con distribuidores minoristas quienes, finalmente, colocan las prestaciones del primero entre los destinatarios finales.

Así las cosas, podría pensarse en configurar una única categoría jurídica de contratos de distribución en sentido lato a partir de ese concepto económico amplísimo de distribución; un concepto omnicomprendivo de cualesquiera contratos mercantiles que sirvan para la colocación de las prestaciones de un empresario en el mercado. Pero podrá observarse que, abordado desde una perspectiva amplia, el fenómeno de la distribución comercial es sumamente heterogéneo, lo cual complica notablemente su sistematización jurídica desde el punto de vista contractual. Las diversas modalidades contractuales en materia de distribución resultan tan amplias y diversas como el mismo fenómeno económico de la distribución. Por eso, conviene partir de criterios funcionales para establecer las diferencias oportunas que sirvan

ámbito ajeno a una actividad empresarial o profesional, de acuerdo con la definición vista en la nota anterior) o como empresarios y profesionales liberales (abogados, arquitectos, médicos e ingenieros, entre otros) que no adquieran las mercancías para integrarlas en su propia actividad comercial (sea mediante su mera reventa, o sea mediante su reventa en una forma diferente a la que las adquirieron).

para acotar con mayor precisión la categoría de los contratos de distribución, atender a la función concreta perseguida por las partes implicadas en la distribución de bienes y servicios. Para ello, la doctrina ha tomado como criterio de referencia la forma en que se produce la transmisión de la propiedad de las mercancías o la prestación de los servicios en los procesos de distribución de bienes y servicios en el mercado⁴.

II. SISTEMATIZACIÓN DE LOS CONTRATOS DE DISTRIBUCIÓN

1. Distribución directa

La doctrina científica y jurisprudencial habla generalmente de modelos de “*distribución directa*” para referirse a las operaciones por las que se produce un paso o transmisión directa e inmediata de la propiedad de las mercancías o una prestación de los servicios del productor o proveedor al destinatario⁵, sin la presencia de un intermediario que adquiera temporalmente la propiedad de las mercancías para su posterior reventa o que preste los servicios siguiendo las indicaciones del proveedor.

En esta categoría tendrían cabida las operaciones de distribución llevadas a cabo por el proveedor con sus propios medios, es decir, al integrar la actividad de distribución dentro de su estructura empresarial y celebrar contratos de transmisión de mercancías (contratos de compraventa o suministro de mercancías concertados directamente por el fabricante o a través de sucursales o de empresas filiales) y contratos de prestación de servicios; o bien apoyándose en auxiliares o colaboradores dependientes, es decir, integrados en la estructura de su propia empresa (gerentes o

4 Sobre la sistematización de los contratos de distribución, vid. PARDOLESI, R. *I contratti di distribuzione*, Jovene, Napoli, 1979, pp. 13 y ss.; SANTINI, G. *El Comercio. Ensayo de economía del derecho*, Ariel, Barcelona, 1988; DOMÍNGUEZ GARCÍA, M. A. “Aproximación al régimen jurídico de los contratos de distribución. Especial referencia a la tutela del distribuidor”, *Revista de Derecho Mercantil*, 1985, pp. 419 y ss.; también, con carácter sintético, RONCERO SÁNCHEZ, A. *El contrato de licencia de marca*, Civitas, Madrid, 1999, pp. 158 y ss.; MORALEJO MENÉNDEZ, I. *El contrato mercantil de concesión*, Aranzandi, Navarra, 2007, pp. 28-30; y GALÁN CORONA, E. “Los contratos de distribución. Ideas generales”, en HERRERO GARCÍA, M^a J. (Dir.), *La Contratación en el Sector de la Distribución Comercial*, Thomson-Reuters Aranzadi, Navarra, 2010, pp. 21 y ss.

5 Se entiende nuevamente por destinatario, en sentido amplio, no sólo la persona física o jurídica que adquiere bienes o servicios como consumidor o destinatario final de los mismos, sino también el empresario u operador económico (v.gr., profesiones liberales), sea persona física o jurídica, que adquiere bienes o servicios para integrarlos de la manera que sea en su actividad empresarial o profesional.

apoderados y representantes comerciales o viajantes de comercio)⁶; o, por último, al recurrir a colaboradores externos (independientes) que promueven y/o concluyen o fomentan operaciones comerciales de transmisión de mercancías por cuenta del proveedor (comisionistas, corredores y agentes).

La producción en masa, la consolidación del sector de los servicios, la complejidad del tráfico económico moderno y la necesidad de abrir nuevos mercados y de captar y fidelizar clientela, ha llevado en los últimos tiempos a los fabricantes y proveedores de servicios a recurrir, cada vez más, a los servicios ofrecidos por colaboradores externos; fundamentalmente, agentes comerciales independientes.

Los servicios de agencia comercial consisten en facilitar a los fabricantes de productos y prestadores de servicios la promoción y contratación de sus prestaciones con terceros de forma duradera o continuada en el tiempo, actúan así, en muchas ocasiones, como “punta de lanza” o “brazo alargado” de la actividad comercial del fabricante o prestador de servicios en sus relaciones con la clientela. Como luego veremos, las actividades continuadas del agente en la promoción y contratación de las prestaciones del principal acaban por generar una relación estable en la distribución de productos que aproxima sustancialmente la agencia a los contratos de distribución indirecta integrada o contratos de distribución en sentido estricto, para contribuir a la definición de una categoría de contratos de distribución en sentido amplio⁷.

2. Distribución indirecta

Hablamos de modelos o sistemas de “*distribución indirecta*” cuando se producen fases intermedias en la colocación de productos o servicios desde el fabricante o proveedor hasta el destinatario, de manera que la propiedad de las mercancías o la prestación de los servicios no se produce directamente entre el fabricante de bienes o proveedor de servicios y los destinatarios de los mismos. En estos supuestos, un intermediario independiente (el distribuidor) adquiere la propiedad de las mercancías del fabricante para su posterior reventa o presta los servicios creados por el proveedor siguiendo sus instrucciones.

6 En España los representantes o viajantes de comercio se configuran legalmente como empleados o trabajadores por cuenta ajena sujetos a una relación laboral de carácter especial en el Art. 2 letra f) del Estatuto de los Trabajadores. Su régimen jurídico específico es desarrollado reglamentariamente por el Real Decreto 1438/1985, de 1 de agosto, el cual define a los representantes de comercio como aquellos trabajadores que se ligan a uno o más empresarios mediante relaciones laborales especiales por medio de las cuales se comprometen, a cambio de una remuneración, a promover o concertar personalmente operaciones mercantiles por cuenta de los mismos, sin asumir el riesgo y ventura de tales operaciones. De esta forma, se observa cómo los viajantes de comercio se integran completamente en la organización empresarial del empresario o principal por cuya cuenta y riesgo actúan.

7 Vide infra, II.3.

Pues bien, es realmente en estos supuestos de distribución indirecta donde se concentra el fenómeno económico de la distribución entendida en sentido restringido y, en consecuencia, donde puede situarse el fenómeno jurídico-negocial o contractual de la distribución *stricto sensu*: la distribución de bienes o servicios por medio de terceros, empresarios independientes, que actúan en nombre y por cuenta propia comprando mercancías a los fabricantes o proveedores para su posterior reventa a terceros (otros empresarios o profesionales y consumidores y usuarios) o prestando los servicios en la misma forma que el creador o proveedor de los mismos⁸.

No obstante, el fenómeno económico de la distribución indirecta de bienes y servicios (concepto económico estricto o restringido de distribución) es aún demasiado amplio para abarcarlo desde una perspectiva jurídico-negocial (contractual) sistemática. Dicho de otra forma, la heterogeneidad de los posibles contratos que sirven para articular negocialmente la actividad económica de distribución comercial, impiden un tratamiento jurídico unitario y coherente desde la perspectiva iusprivatista. Por ello, conviene delimitar aún más las categorías en grado descendente y distinguir al efecto entre contratos en materia de distribución y contratos de distribución en sentido estricto⁹.

2.1. Contratos en materia de distribución o contratos de distribución indirecta no integrada

Los *contratos en materia de distribución* son todos aquellos contratos que sirven al fenómeno económico de la distribución indirecta de bienes o servicios, pero sin establecerse ningún tipo de relación de colaboración estable entre el proveedor de bienes y servicios y el distribuidor, razón por la que los identifica también como contratos de distribución indirecta no integrada. Mientras que los contratos de distribución en sentido estricto son aquellos en los que se establece una relación más o menos intensa de colaboración económica entre el proveedor y el distribuidor para la distribución de los bienes o servicios del primero, integrándose el segundo en la red de distribución comercial creada por el primero; se trata de *contratos de distribución indirecta integrada*.

Son contratos en materia de distribución o de distribución indirecta no integrada los contratos de distribución simple, por los que un empresario independiente dedicado al negocio de la distribución al por mayor o al por menor compra mercancías

8 Frente a la mera intervención gestora de comisionistas, corredores y agentes, que se limitan a facilitar (promover y concluir contratos o aproximar voluntades contractuales) las transacciones entre los proveedores de bienes o servicios y terceros adquirentes, sin adquirir la propiedad de los productos ni prestar los servicios del proveedor y sin asumir el riesgo de las operaciones salvo que se pacten compromisos de garantía en casos concretos.

9 Vide PELLISÉ DE URQUIZA, C., *Los contratos de distribución comercial*, Bosch, Barcelona, 1999, p. 30.

a un fabricante proveedor para su reventa a terceros (empresarios, profesionales o consumidores) en el mercado, sin establecerse ningún tipo de colaboración económica entre las partes. Se trata, por tanto, de contratos que sirven para la distribución de bienes en el mercado, ya se trate de materias primas o de productos de consumo.

2.1.1. *Contratos de compraventa mercantil y suministro comercial*

Los *contratos de compraventa mercantil* consisten, en la terminología legal española¹⁰, en la compraventa de cosas muebles para revenderlas, bien en la misma forma que se compraron, o bien en otra diferente, con ánimo de lucrarse en la reventa¹¹. Aunque si la relación comercial entre el proveedor y el distribuidor (importador, mayorista o minorista) tiene carácter continuado en el tiempo, lo habitual es que celebren un contrato de suministro comercial o de mercancías.

Así, el *contrato de suministro* se concibe generalmente entre la doctrina y jurisprudencia como un contrato de compraventa mercantil sucesiva o continuada en el tiempo y, por lo tanto, se califica habitualmente como un contrato afín a la compraventa mercantil¹². Se trata de un contrato mercantil atípico en el ordenamiento español, aunque goza de una evidente y reconocida tipicidad social y económica en el tráfico económico. De hecho este contrato juega un papel relevante en el decurso de las operaciones ordinarias de distribución de mercancías en el tráfico económico moderno, pues sirve para racionalizar la producción y la distribución dentro de las economías de escala. A pesar de su atipicidad, el contrato de suministro es un contrato nominado y autónomo. Sin embargo, en la República de Colombia el contrato de suministro aparece tipificado y profusamente regulado en el Código de Comercio (Título III, Art. 968 a 980 Com).

La falta de regulación específica en el ordenamiento jurídico español ha obligado a la doctrina científica y Jurisprudencia a elaborar el régimen jurídico de este contrato por analogía de lo dispuesto en el contrato de compraventa mercantil¹³.

10 Art. 325 del Código de Comercio español. En el ordenamiento jurídico colombiano la compraventa de mercaderías en el Código de Comercio no parece presentar especiales singularidades respecto a la compraventa civil u ordinaria, al ser definida en el Art. 905 como un contrato en que una de las partes se obliga a transmitir la propiedad de una cosa y la otra a pagarla en dinero.

11 Vide *in extenso*, sobre la compraventa mercantil y el contrato de permuta mercantil, VÉRGEZ SÁNCHEZ, M., “Compraventa mercantil y contrato de permuta”, en BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, A./ CALZADA CONDE, Ma. A., (Dir.), *Contratos Mercantiles*, Tomo I, Thomson-Reuters Aranzadi, Navarra, 2009, pp. 143 y ss.

12 Vide BROSETA PONT, M./ MARTÍNEZ SANZ, F., *Manual de Derecho Mercantil*, Vol. I, 17ª ed., Tecnos, Madrid, 2010, p. 103.

13 Vide, entre otras, las Sentencias del Tribunal Supremo español de 12 de junio de 1971 y 2 de diciembre de 1996. Para un conocimiento detallado del régimen jurídico del contrato de suministro, vid. BERCOVITZ ÁLVAREZ, R., “El contrato de suministro”, en BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, A./ CALZADA CONDE, Ma. A., (Dir.), *Contratos Mercantiles*, Tomo I, Thomson-Reuters Aranzadi, Navarra, 2009, pp. 551 y ss.

Por el contrato de suministro el vendedor o suministrador se obliga a realizar una serie de prestaciones determinadas o indeterminadas en el tiempo¹⁴, y el comprador o suministrado a abonar el precio estipulado por cada una de las prestaciones recibidas o de forma unitaria mediante la suma de las prestaciones recibidas durante un periodo de tiempo determinado¹⁵. A diferencia de la compraventa, que es un contrato de ejecución instantánea o de tracto único, el suministro es un contrato de duración o de tracto sucesivo, que sirve así para la distribución continuada de mercancías entre un fabricante y un distribuidor mayorista o minorista y también entre los propios distribuidores y evita tener que celebrar un nuevo contrato para cada nuevo pedido de mercancías, si bien cada prestación del suministrador es autónoma de las restantes. De esta forma el suministro sirve para satisfacer las necesidades periódicas del suministrado (aportándole una notable seguridad jurídica, al asegurarse el abastecimiento de mercancías por parte del suministrador y evitar oscilaciones de precios más allá de posibles revisiones periódicas). Pero también es útil para el suministrador, ya que el suministro elimina la pluralidad de contratos en el proceso de distribución de mercancías y le permite planificar su producción o distribución al aportar seguridad respecto al cálculo fijo o estimado de su producción (si es fabricante) o de las existencias que debe mantener (si es importador o distribuidor al por mayor)¹⁶.

Normalmente el contrato de suministro tiene lugar entre empresarios o entre empresarios y profesionales; de ahí su calificación como contrato mercantil. Raramente se da un contrato de suministro de mercancías a particulares (consumidores y usuarios), aunque no es extraño encontrar en el lenguaje económico el término “suministrar” para referirse a la provisión (proporcionar) de bienes o servicios tanto a empresarios y profesionales como a los consumidores y usuarios. No obstante, aunque es habitualmente un contrato entre empresarios, su clausulado suele estar predispuesto unilateralmente por el suministrador (incluyéndose así dentro de la categoría de los contratos en masa o contratos de adhesión), por lo que resultaría aplicable el control de las condiciones generales de la contratación previsto en la legislación europea y española¹⁷.

14 Por ejemplo, un número determinado de unidades durante un plazo cierto de tiempo (suministro determinado) o tantas unidades durante un tiempo determinado o indeterminado (suministro indeterminado o a demanda).

15 El Art. 968 del Código de Comercio de Colombia define el suministro como aquel contrato “*por el cual una parte se obliga, a cambio de una contraprestación, a cumplir en favor de otra, en forma independiente, prestaciones periódicas o continuadas de cosas o servicios*”.

16 BERCOVITZ ÁLVAREZ, R., “El contrato de suministro”, cit., p. 550.

17 Cfr., Directiva 93/13/CEE, del Consejo, de 5 de abril de 1993, sobre cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores, así como la regulación de las condiciones generales de la contratación; incorporada al ordenamiento jurídico español por la Ley 7/1998, de 13 de abril, sobre Condiciones Generales de la Contratación.

Son objeto del contrato, generalmente, cosas muebles genéricas (mercancías), cuyas características de calidad son conocidas de antemano por las partes (por la publicidad o promoción del vendedor o del fabricante) o se pactan expresamente en el contrato. El suministro puede ser de productos ya terminados (manufacturados) o de cosas genéricas que son transformadas por el suministrado para elaborar su propio producto. La cantidad a suministrar puede establecerse en el contrato de antemano o -lo que es más frecuente- dejarse a una determinación *a posteriori* por parte del suministrado (mediante hojas o formularios de pedido) de acuerdo con sus necesidades¹⁸; ello, claro está, dentro de las posibilidades de *stock* o de fabricación del suministrador. El precio suele fijarse también en el contrato, aunque sujeto a cláusulas de revisión de acuerdo con el precio marcado para cada periodo de tiempo por el suministrador. A falta de pacto sobre el precio o la actualización, se estará al precio de mercado de la mercancía¹⁹.

Por lo demás, la duración del contrato de suministro puede ser determinada (sometida a un plazo cierto, de modo que sólo podrá resolverse anticipadamente por justa causa) o indefinida (en cuyo caso cualquiera de las partes podrá denunciar unilateralmente el contrato mediante un plazo de preaviso razonable²⁰). Naturalmente, el contrato podrá resolverse también por las causas generales de extinción de los contratos, entre las que tiene una importancia especial el incumplimiento de las obligaciones de las partes, entendido correctamente que en el suministro sólo se podrá invocar esta causa cuando se produzca un incumplimiento grave o reiterado del suministro por el suministrador o del pago por el suministrado²¹.

No es extraño encontrar contratos de suministro con cláusulas de exclusiva para una o las dos partes contractuales. En la exclusiva a favor del suministrador se garantiza que el suministrado sólo se abastecerá de la mercancía objeto del contrato por medio del suministrador, excluido cualquier otro proveedor. En la exclusiva a favor del suministrado se garantiza que el suministrador sólo va a suministrar las mercancías objeto del contrato al suministrado en una concreta zona geográfica, se excluye así otros posibles revendedores en ese territorio. Naturalmente, es posible pactar una doble exclusiva en el contrato.

Las cláusulas de exclusiva (sobre todo el pacto de doble exclusiva) acercan el contrato de suministro al contrato de concesión o de distribución exclusiva²² y, por

18 Vide Art. 969 del Código de Comercio de Colombia.

19 Vide arts. 970 y 971 del Código de Comercio de Colombia.

20 Vide Art. 977 del Código de Comercio de Colombia.

21 Vide Art. 973 del Código de Comercio de Colombia.

22 BROSETA PONT, M./ MARTÍNEZ SANZ, F., *Manual de Derecho Mercantil*, Vol. I, 17ª ed., cit., p. 104.

tanto, a la categoría de los contratos de distribución entendidos en sentido amplio²³, ya que existe cierta analogía funcional con aquellos contratos: suponen una cierta concertación vertical, una colaboración económica estable entre suministrador y suministrado que puede generar efectos negativos para el mercado. Sin embargo, en los contratos de concesión el objeto del contrato son productos terminados de la marca del concedente, mientras que el suministro puede tener por objeto productos manufacturados de la marca del suministrador u otros productos genéricos que son objeto de transformación posterior por el suministrado. Además, el suministrador no se incluye en una red creada por el suministrador ni, por tanto, se ajusta a la política comercial de éste en la comercialización de sus productos de marca, desarrollando su actividad de reventa de mercancías de acuerdo con su propia estrategia y objetivos y con su propia publicidad, sin aprovecharse de la marca ni de la promoción realizada por el fabricante o distribuidor de los productos suministrados²⁴.

Pero el caso es que, desde la perspectiva “*antitrust*” los suministros exclusivos pueden generar efectos adversos para el mercado, por lo que quedarán sujetos al control de acuerdos verticales de la legislación sobre libre competencia²⁵. Esto resulta especialmente visible en algunas subespecies o manifestaciones específicas del suministro en exclusiva como son los llamados contratos de abanderamiento para el suministro exclusivo de carburantes y otros productos petrolíferos y también los contratos de marca única, de los que nos ocupamos posteriormente²⁶.

2.1.2. El contrato estimatorio

Parte de la doctrina científica propone también la inclusión del llamado *contrato estimatorio* dentro de la categoría de los contratos de distribución simple o no integrada. Por medio de este contrato, conocido también como contrato de venta estimada o contrato de depósito en comisión de venta, una de las partes (*tradens*) entrega a otra (*accipiens*) determinadas cosas muebles, cuyo valor se estima en una cantidad cierta, obligándose esta última a procurar la venta de dichas cosas en su establecimiento dentro de un plazo determinado y a devolver el valor estimado de las

23 Vide infra II.3.

24 Vide BERCOVITZ ÁLVAREZ, R., “El contrato de suministro”, cit., p. 549.

25 Según las Directrices de interpretación del Reglamento (UE) 330/2010, de la Comisión Europea, de 20 de abril de 2010, sobre acuerdos verticales (Comunicación de la Comisión Europea 2010/C 130/01, de 19 de mayo de 2010, apartado 194), el principal riesgo del suministro exclusivo para la libre competencia consiste en la exclusión de otros compradores, produciéndose una semejanza con los posibles efectos adversos para la competencia de la distribución exclusiva, en especial cuando el distribuidor exclusivo se convierte en comprador exclusivo para todo el mercado.

26 Vide infra II.3.

cosas que venda así como el resto de las cosas no vendidas²⁷.

Este contrato, atípico en el ordenamiento jurídico español, aparece sin embargo convenientemente tipificado en el Título XVI (Art. 1377-1381 del Código de Comercio de la República de Colombia), que lo denomina “*contrato de consignación o estimatorio*” y lo define como aquel contrato por el que

“(...)una persona, denominada consignatario, contrae la obligación de vender mercancías de otra, llamada consignante, previa la fijación de un precio que aquél debe entregar a éste”,

añadiendo que

“el consignatario tendrá derecho a hacer suyo el mayor valor de la venta de las mercancías y deberá pagar al consignante el precio de las que haya vendido o no le haya devuelto al vencimiento del plazo convenido, o en su defecto, del que resultare de la costumbre”.

El Código colombiano establece además un lacónico aunque acertado régimen jurídico de este peculiar contrato²⁸.

En la práctica comercial el contrato estimatorio se muestra, efectivamente, como un instrumento jurídico útil al servicio del fenómeno económico de la

27 La variada denominación de este contrato se debe a la discusión doctrinal y jurisprudencial sobre su verdadera naturaleza jurídica, ya que posee elementos de la compraventa, la comisión de venta y el depósito de mercancías, pero realmente constituye un contrato *sui generis*, autónomo y atípico legalmente (no socialmente). Vide CAMACHO DE LOS RÍOS, J. “Actualidad del contrato estimatorio. Su problemática”, en AA.VV. *Estudios en Homenaje al Profesor Justino Duque Domínguez*, Vol. II., Universidad de Valladolid, 1998, pp. 1207 y ss. También MORALES MENÉNDEZ, I., “El contrato estimatorio”, en BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, A./ CONDE CALZADA, Ma. A., (Dir.), *Contratos Mercantiles*, Thomson-Aranzadi, Navarra, 2009, pp. 582 y ss. Sobre el discutible origen del pacto de “*aestimatum*” en el Derecho Romano, vid. CASTRESANA HERRERO, A., “Anotaciones críticas al contrato estimatorio: la historia silenciada de un pacto de garantía”, en HERRERO GARCÍA, Ma. J. (Dir.), *La Contratación en el Sector de la Distribución Comercial*, Thomson-Reuters Aranzadi, Navarra, 2010, pp. 369 y ss.

28 Así, se dispone que, salvo estipulación distinta, el consignatario es responsable de culpa leve en la custodia de las mercancías y en el cumplimiento del contrato, pero no responde por el deterioro o pérdida de ellas provenientes de su naturaleza, de vicio propio o de fuerza mayor (Art. 1378 Ccom). Establece también que el consignatario podrá vender las cosas a un precio mayor que el prefijado, salvo que esta facultad haya sido limitada en el contrato por el consignante, en cuyo caso el consignatario tendrá a derecho a percibir y reclamar la comisión estipulada en el contrato o la que sea usual en el sector y, en su defecto, a la que determinen los peritos (Art. 1379 Ccom). Añade también que las cosas dadas en consignación no podrán ser embargadas ni secuestradas por los acreedores del consignatario, ni formarán parte de la masa activa de la quiebra (Art. 1380 Ccom), sancionando así la “*separatio ex iure domini*” a favor del consignante. Finalmente, señala que, salvo estipulación en contrario, el consignante no podrá disponer de las mercancías ni exigir el precio de las vendidas, ni el consignatario devolver las que haya recibido, mientras esté pendiente el plazo acordado en el contrato (Art. 1381 Ccom).

distribución comercial, al menos en algunos sectores determinados²⁹, donde el *accipiens* o revendedor actúa por cuenta propia y con plena independencia en la reventa de mercancías del *tradens*. Y es que, aunque el contrato estimatorio tiene, como elemento característico, la facultad de restitución de las mercancías por parte del *accipiens*, es evidente que su finalidad objetiva y última es la de cambio y, en concreto, el lucro en la reventa, aproximándose así a la compraventa mercantil por intermediario independiente; de hecho, tradicionalmente se ha calificado como un contrato afín a la compraventa mercantil.

El fabricante o distribuidor mayorista deposita en el establecimiento de vendedor detallista determinadas mercancías, que éste recibe con vistas a su reventa al público consumidor durante un plazo determinado pactado en el contrato. Transcurrido el tiempo pactado en el contrato, el detallista deberá restituir las mercancías no vendidas en ese plazo o pagar al fabricante o distribuidor mayorista el precio estimado de las mercancías vendidas (se retiene un porcentaje sobre el precio de venta al público) o de las mercancías no vendidas ni restituidas. Tanto el distribuidor mayorista que adquiere del fabricante como el minorista que adquiere del mayorista soportarán los riesgos de pérdida de las mercancías mientras están en su poder, de modo que si se perdieran por cualquier causa, incluso fortuita, estarían obligados a devolver su valor. Dado que el *accipiens* soporta el riesgo de las cosas almacenadas asume una posición similar a la del propietario (aunque, en rigor, no adquiere la propiedad de las cosas), precisamente esta transmisión del riesgo es del fabricante o mayorista al minorista uno de los elementos característicos de los contratos de distribución de mercancías³⁰.

Para evitar posibles contradicciones (¿Cómo puede el *accipiens* vender a terceros las mercancías del *tradens* si no ha adquirido la propiedad de las mismas? ¿Por qué debe soportar los riesgos de las cosas si no es el propietario de las mismas?) Algún sector doctrinal considera que la compra de las mercancías para su reventa no tiene que ser necesariamente anterior a la reventa, sino que puede ser coetánea, haciéndose

29 El contrato estimatorio es un útil instrumento para la distribución de mercancías en determinados sectores, acercando el producto a la clientela; de hecho, es comúnmente utilizado en las relaciones de distribución mayorista-minorista de libros y prensa, así como en el sector de la joyería y la bisutería, y últimamente ha comenzado a utilizarse por las grandes superficies comerciales. Este contrato actúa como mecanismo de abastecimiento del comerciante detallista o minorista al tiempo que le permite exonerarse -siquiera parcialmente- de los riesgos inherentes a la distribución indirecta. El *tradens* tiene la ventaja de que no tiene que asumir los costes de almacenaje y distribución de sus productos entre el público, mientras que el *accipiens* tiene la ventaja de no soportar indefectiblemente los riesgos propios de la reventa (de la demanda), ya que podrá devolver las cosas no vendidas, y de no abonar el precio de las mercancías hasta que no llegue el momento de la rendición de cuentas, actuando así este contrato como mecanismo de financiación para el detallista que vende al contado y paga a un plazo diferido.

30 Cfr. Sentencia del Tribunal Supremo español, Sala 1ª, de 17 de enero de 1992, caso Tus Libros de Oro. Vide VICENT CHULIÁ, F., *Introducción al Derecho Mercantil*, 20ª ed., Tirant lo blanch, Valencia, 2007, p. 897.

propietario el *accipiens* justo en el momento en que enajena las mercancías al consumidor³¹. Asimismo, se entiende que si el *accipiens* no devuelve al *tradens* las mercancías no vendidas, habrá adquirido en firme la propiedad de las mismas, queda así obligado al pago del precio estimado de las mismas³². Se trata, en fin, de una compraventa diferida de las mercancías objeto del contrato, que se perfecciona cuando el *accipiens* vende las mercancías o no devuelve las mercancías no vendidas dentro del plazo estipulado; si, por el contrario, devuelve en plazo las mercancías no se produce la compraventa. La transmisión de riesgos del *tradens* al *accipiens* mientras las mercancías están en poder de éste tiene lugar en virtud de la autonomía de la voluntad (principio de libertad de pactos), a la vista de la posible compraventa futura si finalmente el *accipiens* revende la mercancía o no la devuelve en el plazo previsto. En la práctica, no obstante, el contrato estimatorio se convierte de facto muchas veces en un contrato de compraventa *ab initio* (no diferido), siquiera sea sobre parte de la mercancía, pues no es extraño encontrar contratos donde el fabricante o mayorista (*tradens*) sólo permite al minorista (*accipiens*) devolver un porcentaje máximo (entre el 10% y 20%) de las mercancías almacenadas en su establecimiento, independientemente de si son o no vendidas al público

La compraventa de mercancías es, por tanto, la base de este contrato que sirve para la distribución de mercancías y la expansión del mercado del productor sin asumir el riesgo de la venta. Sin embargo, aunque pudiera apreciarse algún rasgo de colaboración, no puede hablarse de una integración económica entre el *tradens* y el *accipiens*, por lo que el contrato estimatorio debe incluirse dentro de los contratos de distribución indirecta no integrada.

2.2. Contratos de distribución en sentido estricto o contratos de distribución indirecta integrada

Son *contratos de distribución en sentido estricto o contratos de distribución indirecta integrada*, aquellos contratos mercantiles por los que se establece una relación económica estable de colaboración en la distribución entre el proveedor (fabricante, prestador de servicios) y el distribuidor, articulada mediante la integración del distribuidor en la red de distribución creada por el proveedor en torno a una marca o nombre comercial de mayor o menor fama y prestigio, comprometiéndose el distribuidor a promover la reventa de las mercancías o la prestación de los servicios del proveedor en su propio nombre y cuenta pero ajustándose a las políticas de marketing y comerciales fijadas por éste para todos los miembros de la red, que obtiene en contrapartida la posibilidad de conseguir beneficios con la reventa o

31 Así, CARRARO, L. *Il mandato ad alienare*, Cedam, Padova, 1983, p. 44.

32 Vide CAMACHO DE LOS RÍOS, "Actualidad del contrato estimatorio", cit., p. 1218.

la prestación de los servicios. Es el caso de los contratos de concesión comercial, distribución selectiva y franquicia.

Son -habitualmente- contratos marco (con clausulados de condiciones generales predispuestas por el proveedor que crea la red de distribuidores), de carácter complejo (pues comprende la clásica reventa de bienes o prestación de servicios del proveedor con disposiciones relativas a la ubicación, dimensiones y disposición del establecimiento mercantil, uso de signos distintivos y de otros derechos de propiedad intelectual o de secretos industriales), en los que el distribuidor revende o presta los bienes o servicios del proveedor o principal en su propio nombre y por su propia cuenta, pero vela por los intereses del proveedor.

Los contratos de distribución en sentido estricto o contratos de distribución indirecta integrada son fruto de los sucesivos avances en las técnicas de comercialización con motivo del creciente nivel de la competencia en todos los sectores del mercado; en particular, en el de la distribución comercial.

La venta de mercancías o prestación de servicios directamente por el fabricante o proveedor (distribución directa) en mercados, cada vez, más amplios, esto es, la integración del proceso distributivo en la estructura empresarial del fabricante, sólo puede ser soportada por empresas con un gran volumen de demanda y una sólida y saneada estructura financiera. Del mismo modo, la mera venta de mercancías a distribuidores independientes para su posterior reventa o colocación en el mercado (distribución indirecta simple) incrementa los costes de los productores y hace claramente ineficiente el proceso global de comercialización del producto, pues la intervención de varios operadores (fabricante, importador, mayorista, minorista) eleva notablemente el coste final del producto y reduce el margen de ganancia de cada operador implicado; máxime cuando se trata de productos difícilmente sustituibles en términos de demanda. La alternativa, por tanto, reside en la creación de una red de distribuidores integrados, que colaboren estrechamente con el proveedor para generar demanda, vender o prestar sus bienes o servicios frente a los clientes potenciales y ofrecer y prestar servicios de información, asesoramiento y asistencia técnica preventa y postventa, de manera que ambos se beneficien de la colaboración recíproca: el proveedor porque puede extender la oferta a otros mercados y controlar el proceso de distribución de sus bienes, de acuerdo con la política comercial y de marketing fijada por él mismo; y los distribuidores integrados porque se aprovechan de la clientela atraída directamente por la marca de los productos o servicios del proveedor³³.

La elevada competencia a nivel nacional, supranacional e incluso global requiere la creación de demanda específica para los productos y servicios, lo cual exige el desarrollo de técnicas de diferenciación del producto o servicio frente a los de la

33 Vide una explicación detallada en MORALEJO MENÉNDEZ, *El contrato mercantil de concesión*, cit., pp. 32 y ss.

misma clase. Para ello es fundamental potenciar la imagen de marca también en el sector de la distribución, dotando a los productos de un valor añadido consistente, entre otras cosas, en una mayor información preventa y asistencia postventa. Y todo ello minimiza los costes propios del proceso de distribución. Se trata de establecer relaciones estrechas y estables de colaboración económica para la distribución de productos o servicios (normalmente reconocidos entre el público y difícilmente sustituibles), mediante tipos contractuales complejos superadores de la mera traslación de propiedad de las mercancías, la cual se convierte en un elemento accesorio o instrumental dentro de la compleja relación comercial entre proveedor y distribuidor. Asimismo, la integración económica en la red de distribución creada por el proveedor, produce una especialización del distribuidor que traslada una mayor confianza en el cliente o consumidor final, el distribuidor actúa de enlace entre el fabricante y el consumidor (financiación, reparaciones, sustituciones, garantías comerciales (...)).

El principal o proveedor de bienes o servicios consigue crear una red de distribución estable mediante la celebración reiterada de contratos sustancialmente idénticos con distintos distribuidores, que desarrollan su actividad de manera coordinada dentro de la red de distribución que desarrollan la política comercial del principal. Mientras éste amplía mercados y genera economías de escala con un considerable ahorro de costes (lo cual permite fijar precios más competitivos), los distribuidores compensan su falta de libertad en el desarrollo de políticas comerciales propias (por la subordinación económica y dependencia funcional que se deriva de su integración en la red) con la obtención de diferentes prerrogativas en la comercialización de los productos o servicios del proveedor (utilización de las marcas para la promoción de sus establecimientos y actividades, exclusivas territoriales, formación de personal por el proveedor, ventajas financieras en la adquisición de los productos, aprovechamiento de la publicidad del proveedor, entre otros), beneficiándose de las ventajas concurrenciales asociadas al “*goodwill*” o prestigio de la marca del principal (principalmente comenzar el negocio con una clientela atraída directamente por la marca del principal)³⁴.

Con estos antecedentes, pueden definirse los contratos de distribución en sentido estricto como aquellos contratos de colaboración mercantil para la comercialización de productos o servicios, por medio de los cuales una persona física o jurídica (distribuidor) adquiere mercancías para su reventa o presta los servicios de otro sujeto (proveedor) en el mercado, al actuar en todo momento en nombre y por cuenta propia, si bien bajo la imagen y marca u otro signo distintivo de empresa (*v.gr.* nombre comercial) del principal, integrándose con mayor o menor intensidad según el caso en la red de distribución conformada por el principal y se asume el compromiso

34 Vide MORALEJO MENÉNDEZ, *El contrato mercantil de concesión*, cit., pp. 38-40. También CARBAJO CASCÓN, F., *La distribución selectiva y el comercio paralelo de productos de lujo*, Ibáñez-De Palma-Universidad Javeriana de Bogotá, Santa Fe de Bogotá, 2009, pp. 10 y ss.

de defender los intereses propios y los del principal dentro de la disciplina y sigue las directrices diseñadas por éste para el funcionamiento coordinado de todos los miembros de la red.

Por medio de estos contratos se produce una integración empresarial descendente (*acuerdos verticales*) entre empresarios situados en diferentes niveles del proceso económico (producción-distribución), lo cual afecta a las condiciones en que las empresas pueden comprar, vender y revender bienes o servicios. El proveedor se compromete a proporcionar los medios materiales e inmateriales necesarios para la reventa de sus bienes o prestación de sus servicios por parte de los distribuidores, y estos a llevar a cabo esa reventa o prestación de servicios con las directrices del proveedor, quien llevará a cabo una actividad de control y supervisión del funcionamiento del negocio del distribuidor, creándose así una suerte de unidad de decisión económica en los aspectos fundamentales del negocio distributivo³⁵. Es evidente, entonces, la importancia que este tipo de contratos adquieren desde la perspectiva de la competencia económica, lo cual ha motivado un tratamiento particularizado de los mismos dentro del Derecho protector de la libre competencia. Tratamiento normativo en sede de derecho, Derecho “*antitrust*”, que, aunque de manera limitada (pues se limita a los aspectos de funcionamiento eficiente del mercado), ha contribuido a una mejor definición e integración material de contratos por lo general atípicos legalmente³⁶.

Los contratos de distribución en sentido estricto son contratos legalmente atípicos, pues carecen de una regulación legal específica. Sin embargo, es evidente su tipicidad socioeconómica en el tráfico, ampliamente reconocida por la Jurisprudencia que ha contribuido a su correcta definición. Además, en algunos países estos contratos son

35 Sobre el concepto de acuerdo o integración vertical, MUÑOZ, P.A., “Bases para el análisis de la integración vertical en la distribución comercial”, *Revista de Derecho Privado y Constitución*, 1995, pp. 185 y ss. La integración descendente puede tener lugar en varios niveles (algo habitual en la distribución internacional), ya que el fabricante o proveedor puede suscribir un contrato de distribución indirecta integrada con un distribuidor principal (importador) quien, a su vez, creará una red de subdistribuidores minoristas integrados. Este modelo de integración vertical en varios niveles al importador exclusivo que organiza la red en cada país se le conoce como distribuidor “*Master*” o “*Master Franchise*”.

36 La categoría de los acuerdos verticales, donde se sitúan los contratos de distribución indirecta integrada, ha sido objeto de definición y regulación *antitrust* en la Unión Europea por el Reglamento (CE) No. 2790/99 relativo a la aplicación del artículo 81.3 del Tratado de la Comunidad Europea a determinadas categorías de acuerdos verticales y prácticas concertadas; sustituido, tras la aprobación del nuevo Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea por el Tratado de Lisboa 2009, por el vigente Reglamento (UE) N° 330/2010, de 20 de abril de 2010, relativo a la aplicación del artículo 101.3 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea a determinadas categorías de acuerdos verticales y prácticas concertadas, el cual, a su vez, es desarrollado por las Directrices relativas a las restricciones verticales incluidas en la Comunicación de la Comisión Europea 2010/C 130/01 de 19 de mayo de 2010. Del tratamiento de los contratos de distribución desde la perspectiva del Derecho de la Libre Competencia nos ocuparemos en la segunda parte de este trabajo.

reconocidos nominalmente en algunas leyes sectoriales que regulan aspectos muy concretos de los mismos; se trata de normas de carácter mixto público-privado, como las que regulan el comercio minorista³⁷ o el Derecho protector de la libre competencia o Derecho “*antitrust*”.

Los distintos tipos contractuales integrados en esta categoría de contratos de distribución en sentido estricto comparten unos caracteres comunes: son contratos mercantiles, consensuales, bilaterales y sinalagmáticos, onerosos y conmutativos, que actúan como contratos-marco³⁸. Son además contratos de adhesión, pues son redactados normalmente de forma unilateral por el proveedor o principal, creador de la red de distribución. Se trata de contratos de duración o de tracto sucesivo, pues la satisfacción de los intereses de las partes depende directamente de la prolongación y estabilidad de la relación negocial³⁹. Son, asimismo, contratos basados en la confianza recíproca entre las partes (*intuitu personae*), ya que se celebran en interés de ambas partes, creando una relación de colaboración económica duradera (definida o indefinida) presidida por la lealtad recíproca, aunque la confianza no se basa tanto en las características personales de la contraparte contractual cuanto en la estructura de su organización empresarial (*intuitu instrumentii*), esto es, en las aptitudes técnicas o comerciales y eficacia de la empresa proveedora y distribuidora. Finalmente, estamos ante contratos donde tiene una importancia notable (si no esencial) el uso

37 Reglas fundamentalmente relacionadas con deberes de registro e información precontractual de los franquiciadores, como ocurre en España con el Art. 62 de la Ley 7/1996, de 15 de enero, de Ordenación del Comercio Minorista, desarrollado por el Real Decreto 2485/1998 por el que se crea un registro central de franquiciadores, de carácter público y naturaleza administrativa.

38 Entendido como esquema básico de organización de relaciones jurídicas complejas, que recoge los derechos y obligaciones de las partes, el grado de integración empresarial y los actos singulares de ejecución. Se trata de contratos complejos, pues en torno a la causa-función que constituye la distribución de productos o servicios, se establecen pactos de diferente naturaleza que sirven a esa función o finalidad económica: licencia de marca, licencia de patente o *know how*, financiación para la adquisición de mercancías y para la apertura de establecimientos, formación del personal, asistencia técnica, garantías comerciales, etc. En ese marco contractual complejo, el suministro continuado de productos o mercancías destinados a la venta minorista se articula mediante contratos independientes de ejecución sucesiva del contrato-marco de distribución (vid. PELLISÉ DE URQUIZA, *Los contratos de distribución*, cit., p. 53). El suministro de mercancías suele hacerse a demanda del distribuidor; no obstante, el proveedor exige frecuentemente la adquisición de un número mínimo de productos o mercancías por periodos de tiempo concreto, para garantizarse unos beneficios mínimos que garanticen la eficiencia del conjunto del sistema de distribución.

39 Se trata de una relación continuada y estable; no sucesiva como sucede con el contrato de suministro. Como apunta, PELLISÉ DE URQUIZA (*Los contratos de distribución*, cit., pp. 46-47), la conclusión de estos contratos se debe, en especial, al interés de cada una de las partes en obtener una estabilidad en la comercialización de sus productos o servicios (por parte del proveedor) y en el funcionamiento de su negocio de venta al detalle o prestación de servicios al consumidor final (por parte del distribuidor).

por los distribuidores de los signos distintivos y, en su caso, de los conocimientos técnicos (en forma de patentes, diseños o secretos industriales) del principal, lo cual refleja la importancia que en su régimen jurídico tienen los derechos exclusivos de propiedad industrial y el derecho protector de la libre competencia⁴⁰.

3. Hacia una categoría de contratos de distribución en sentido amplio. La expansión de la categoría de los contratos de distribución indirecta integrada a contratos funcionalmente análogos

El hecho -inherente a los categoría de los contratos de distribución- de que el distribuidor, aun al actuar por su propia cuenta y riesgo, deba velar por los intereses del fabricante o prestador de servicios en cuya red de distribución se integra, constituye un punto de intersección entre los contratos de gestión de intereses ajenos o de colaboración en sentido estricto y los contratos de distribución indirecta integrada o de distribución en sentido estricto, en tanto que subcategorías autónomas dentro de la supracategoría (definida en abstracto) de los contratos de colaboración empresarial.

De hecho, buena parte de la doctrina y jurisprudencia de los Estados miembros de la Unión Europea califica algunos contratos de gestión de intereses ajenos, fundamentalmente el *contrato de agencia*, como contratos funcionalmente análogos a los contratos de distribución en sentido estricto. Aunque en rigor no se produzca el fenómeno de la transmisión de la propiedad fabricante-distribuidor como fase o estadio intermedio a la venta (en realidad reventa) o colocación final de los productos o servicios entre la clientela, el contrato de agencia contribuye de forma estable a la distribución de productos y servicios en el mercado produciéndose cierto grado de integración entre el principal o agenciado y el agente, a pesar de mantener este en todo momento su independencia jurídica y económica.

Así es, al permitir una colaboración estable entre el principal (proveedor) y el agente en la promoción de los productos o servicios del primero en el mercado, el contrato de agencia se convierte en una alternativa posible para lograr la distribución comercial, realiza así funciones análogas a las de los contratos de distribución en sentido estricto⁴¹: el agente es un empresario independiente que se dedica a captar clientela para el empresario principal, mediante la promoción y/o conclusión de

40 Materia complementaria de la meramente contractual, pero fundamental para entender la razón de ser y el funcionamiento de este tipo de contratos, por lo que dedicamos a la misma específicamente la segunda parte de este trabajo.

41 Vide MARTÍNEZ SANZ, F., *La distribución a través de agentes y Derecho de defensa de la Competencia*, Revista de Derecho Mercantil, 1996. También DOMÍNGUEZ GARCÍA, M.A., “Los contratos de distribución: agencia y concesión comercial”, en CALVO CARAVACA/FERNÁNDEZ DE LA GÁNDARA (Coord.), *Contratos internacionales*, Tecnos, Madrid, 1997, pp. 1275 y ss.

contratos en nombre y por cuenta de aquél, que permite así al empresario extender sus prestaciones a nuevos mercados y ahorrar costes en establecimientos, personal y negociaciones, entre otros. En ningún caso adquiere el agente la propiedad de las mercancías y tampoco asume el riesgo propio de la reventa (salvo que se pacte una agencia de garantía); sin embargo, la promoción y, en su caso, contratación estable de los productos o servicios del empresario principal traslada en el tráfico económico una apariencia del agente como prolongación de la imagen empresarial de su mandante, mostrándose frente a la clientela como una extensión del empresario en la comercialización de sus prestaciones en el mercado⁴². De esta manera, el contrato de agencia se colocaría en un terreno intermedio entre la distribución directa a través de colaboradores y la distribución indirecta integrada; entre los contratos de gestión de intereses ajenos y los contratos de distribución en sentido estricto.

A mi juicio, cuando se afirma que el contrato de agencia resulta funcionalmente análogo a los contratos de distribución en sentido estricto, se parte de que el contrato de agencia no es un contrato de distribución en sentido estricto (distribución indirecta integrada), pero, realiza una aproximación fenomenológica de la institución a la vista de su utilización en el tráfico económico, se reconoce que puede servir para el mismo propósito distributivo⁴³. Desde esta misma perspectiva, no puede ignorarse que en los contratos de distribución indirecta integrada (distribución en sentido estricto), aunque el distribuidor actúe por su propia cuenta y nombre velando por sus propios intereses, lo hace en último término también por los intereses del proveedor o principal, apreciándose así rasgos próximos a los contratos de gestión de negocios ajenos o contratos de colaboración en sentido estricto⁴⁴.

Por ello se tiende a relativizar la clásica distinción entre un intermediario dependiente (“*dependent trader*”, que actúa siempre por cuenta de otro empresario

42 En estos términos se pronuncia la Suprema Corte de Justicia de la República de Colombia en su Sentencia de 28 de febrero de 2005, señalando que “(...) *lo determinante en la agencia comercial no son los contratos que el agente logre perfeccionar, concluir o poner a disposición del agenciado, sino el hecho mismo de la promoción del negocio de éste, lo que supone una ingente actividad dirigida -en un comienzo- a la conquista de los mercados y de la potencial clientela, que debe -luego- ser canalizada por el agente para darle continuidad a la empresa desarrollada -a través de él- por el agenciado, de forma tal que, una vez consolidada, se preserve o aumente la clientela del empresario, según el caso*”.

43 Esta aproximación funcional entre la agencia y los contratos de distribución propiamente dichos, puede ser la razón del amplísimo y equívoco concepto que el Código de Comercio de la República de Colombia otorga al contrato de agencia en su Art. 1317, según el cual: “*Por medio del contrato de agencia, un comerciante asume en forma independiente y de manera estable el encargo de promover o explotar negocios en un determinado ramo y dentro de una zona prefijada en el territorio nacional, como representante o agente de un empresario nacional o extranjero, o como fabricante o distribuidor de uno o varios productos del mismo*”. Podrá apreciarse, por lo expuesto anteriormente, que en Colombia, al menos a priori, la tipificación legal del contrato de agencia recoge un concepto omnicomprendivo que podría abarcar por igual los contratos estables de gestión de intereses ajenos (agencia comercial) y los contratos de distribución exclusiva en forma de concesión o incluso de franquicia (por la referencia a la fabricación de los productos del empresario principal), abarca así todo fenómeno de intermediación comercial, en la línea de la “*agency*” angloamericana, que, por lo general, hace referencia a cualquier contrato en que una parte acuerde distribuir bienes comerciales para otra parte, independientemente del concreto mecanismo jurídico empleado.

44 Vide Sentencia del Tribunal Supremo español de 2 de diciembre de 2005.

sin asumir el riesgo de la operación) y un intermediario independiente (“*independent trader*”, que actúa por cuenta propia asumiendo el riesgo de las operaciones). El agente es jurídicamente independiente, pero deberá actuar según las instrucciones y velar por los intereses de su principal, lo que determina funcionalmente su actividad como colaborador comercial. Los distribuidores integrados son jurídica y económicamente independientes desde una perspectiva formal, pero materialmente deben ajustarse a los parámetros o instrucciones comerciales del titular y responsable de la red en que están integrados y velar por sus intereses en la promoción y colocación de sus productos o servicios en el mercado, por lo que su actividad también se ve funcionalmente mediatizada por el proveedor⁴⁵.

La característica de subordinación a los intereses e instrucciones del principal o proveedor, común -aunque en diferentes grados y con importantes matices- a los contratos de distribución integrada (concesión, distribución selectiva y franquicia) y de agencia, ha servido para que parte de la doctrina europea proponga una categoría de contratos de distribución en sentido amplio⁴⁶. De esta manera, se produciría una suerte de interpretación circular, pues a partir de una noción amplia o abstracta de contratos de colaboración en la que se distingue en vía de principio entre contratos de gestión de intereses ajenos y contratos de distribución en sentido estricto, se llegaría después, por la vía de la interpretación extensiva construida sobre criterios de funcionalidad económica, a una categoría amplia de contratos de distribución que incluiría la distribución integrada y la agencia, coincidiendo así sustancialmente -y, por tanto, retornando al concepto de origen- con la noción de colaboración en sentido amplio⁴⁷.

45 En este contexto se sitúa la polémica planteada entre la doctrina colombiana sobre una posible extensión de la figura del agente de acuerdo con criterios materiales, poniendo el acento en la labor de promoción o explotación de negocios ajenos, frente al criterio formal defendido por la Corte Suprema de Justicia (cfr., entre otras, Sentencia de 14 de diciembre de 2005), según el cual, la sola adquisición de la propiedad de mercancías para su reventa excluye de suyo la relación de agencia. Vide al respecto, CUBEROS DE LAS CASAS, F., “Agencia Comercial: entre la comparación y la exégesis”, Revista de Facultad de Derecho de la Universidad de los Andes, 2005, pp. 22-26. Sobre la agencia comercial en Colombia, vid. infra III.

46 Vide BROSETA PONT, M./MARTÍNEZ SANZ, F., *Manual de Derecho Mercantil*, Vol. II, 17ª ed., Tecnos, Madrid, 2010, p. 120.

47 Respecto del debate doctrinal relativo a la pertinencia de una noción amplia de los contratos de distribución, al aplicar a los contratos de distribución en sentido estricto algunas de las respuestas normativas de la ley de contrato de agencia, véase, por todos, MARTÍNEZ SANZ, F., *La indemnización por clientela en los contratos de agencia y concesión*, 2ª edición, Civitas, Madrid, 1998. Esta interpretación, abiertamente debatida, no se queda en el cielo de los conceptos, pues coadyuva en la práctica para resolver importantes problemas de régimen jurídico derivados de las lógicas lagunas propias de contratos atípicos, como son -en la mayoría de los ordenamientos jurídicos nacionales- los contratos de distribución comercial (distribución exclusiva o concesión, distribución selectiva y franquicia). Así, como se indicará más adelante, no es extraño encontrar resoluciones judiciales aplicando analógicamente al contrato de concesión comercial las disposiciones del contrato de agencia en materia -fundamentalmente- de indemnizaciones por clientela o por daños y perjuicios en caso de extinción del contrato.

En definitiva, el caso -lo relevante- es que actualmente la agencia se incluye en la categoría doctrinal y jurisprudencial (no tipificada legalmente por el momento) de los contratos de distribución, entendida en sentido amplio, forma parte importante del llamado Derecho de la Distribución Comercial.

En sentido parecido, y como vimos antes, parte de la doctrina científica considera que podrían formar parte de una categoría amplia de contratos de distribución los *contratos de suministro en exclusiva* (por ambas partes, pero sobre todo en los casos de exclusiva a favor del suministrador y en los suministros de doble exclusiva).

En el espectro contractual del suministro en exclusiva con un grado mayor o menor de vinculación empresarial, destacan los *contratos de suministro de carburantes y productos derivados de hidrocarburos*, entre, por una parte, las compañías petrolíferas y, por otra parte, las estaciones de servicio de suministro de carburantes. Estos contratos, además de presentar un perfil sumamente complejo desde la perspectiva puramente contractual, v generan en los últimos años numerosos problemas “*antitrust*” en la práctica europea en materias relacionadas con la fijación directa o indirecta de precios, las exclusivas territoriales y los pactos de prohibición de competencia⁴⁸.

En la tipología empresarial de estos peculiares contratos de suministro en exclusiva de carburantes destacan las siguientes figuras o esquemas contractuales⁴⁹:

a) CODO (“*Company Owned-Dealer Operated*”), donde la estación de servicio o punto de venta del carburante es propiedad de la compañía petrolífera, la cual cede la gestión de la misma a un tercero a través de un contrato de arrendamiento de industria de larga duración al pactar una exclusiva de suministro de los productos de la compañía u operador petrolífero que adopta normalmente la forma jurídica de la comisión de venta, de manera que el comisionista (arrendatario de industria) vende el producto al consumidor final en nombre y por cuenta del comitente (operador petrolífero), de acuerdo con el precio y condiciones señalados por éste, aunque se admite la posibilidad de que el comisionista aplique descuentos con cargo al precio de su comisión; b) DODO (“*Dealer Owned-Dealer Operated*”), en el que el propietario de punto de venta (esto es, de una estación de servicio de carburantes) acuerda con un operador petrolífero el suministro en exclusiva de carburantes de su marca y el “abanderamiento” de la instalación con los signos distintivos y

48 Aspectos éstos que han dado lugar a numerosa jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea y del Tribunal Supremo español, de la que nos ocuparemos en la segunda parte de este trabajo.

49 Vide sobre los contratos de suministro de carburantes entre operadores petrolíferos y estaciones de servicio y sobre las modalidades de distribución de carburantes en general, el ilustrativo trabajo de DE FÉLIX PARRONDO, E., “Problemática de la fijación de precios en los contratos entre operadores petrolíferos y estaciones de servicio”, *Revista de Derecho de la Competencia y la Distribución*, La Ley, N° 4, 2009, pp. 197 y ss.

la presentación comercial de la compañía petrolífera, produciéndose el suministro y venta de carburante al consumidor bien en forma de comisión de venta (puede aplicar descuentos sobre el precio de la comisión) o bien en forma de compra en firme para su reventa (fija así libremente el distribuidor el precio de venta final a los consumidores).

Realmente, el pacto de “abanderamiento” también se aprecia en los contratos CODO, pues la compañía petrolífera cede la explotación industrial del punto de venta de su propiedad (la estación de servicio), bajo condición de suministro exclusivo de los productos de su marca y el compromiso de utilización exclusiva de la marca y presentación comercial de la compañía. Por eso, habitualmente se califican, en general, estos complejos contratos de suministro en exclusiva de carburantes como *contratos de abanderamiento*, ya que -al margen de la estructura propietaria de la estación de servicio y de la forma concreta en que se produzca la venta de carburante- se basan en un suministro en exclusiva combinado con la utilización también exclusiva de los signos y presentación comercial (imagen de marca) de la compañía petrolífera suministradora.

También pueden verse como una evolución del suministro en exclusiva los *contratos de marca única*, los cuales son definidos como aquellos contratos que consisten en inducir al comprador a concentrar sus pedidos de un tipo de producto concreto en un único proveedor, incluidas cláusulas de no competencia (compromiso de no vender productos iguales o similares de competidores) y la imposición de adquirir cantidades fijas (para mantener un abastecimiento mínimo de la demanda).

Son contratos cada vez más habituales en el terreno de la distribución de bebidas (cervezas, refrescos y cafés), asumiendo el distribuidor un compromiso de marca única a cambio de facilidades financieras del proveedor para la construcción o reforma del negocio, elementos decorativos y mobiliario y políticas de descuentos.

Así pues, por medio de estos contratos un distribuidor se compromete a vender exclusivamente una sola marca de un tipo concreto de producto⁵⁰. Normalmente el contrato de marca única va asociado a un contrato de suministro en exclusiva a favor del fabricante o proveedor (suministrador), aunque, en rigor, el compromiso de marca única no reside en la compra exclusiva de una determinada marca de productos al fabricante o proveedor (importador) de dicha marca, sino que la esencia del pacto consiste en la obligación asumida por el distribuidor de no vender en su establecimiento productos de competidores. Se entiende así que, si el contrato no

50 Aunque se entiende que existe también contrato de marca única si el compromiso de venta de una marca alcanza no la totalidad de las ventas de un mismo producto pero sí cifras cercanas al ochenta por ciento.

dispone otra cosa, el distribuidor podrá adquirir los productos de esa marca ya del propio fabricante o proveedor (importador) o ya de cualquier otro distribuidor mayorista o minorista⁵¹.

Aunque en puridad el distribuidor conserva su independencia jurídica y económica en el desarrollo de su actividad empresarial, con este tipo de contratos se produce un grado de concertación empresarial vertical, ya que el distribuidor sólo ofrecerá la marca del proveedor en un determinado tipo de producto y externamente empleará los signos del proveedor en su establecimiento con carácter principal o destacado. Pero además parece claro que este tipo de contratos de marca única puede tener puntualmente efectos adversos en el mercado de la distribución, al producir una exclusión de proveedores de la competencia y una pérdida de competencia intermarca dentro de los establecimientos mercantiles en perjuicio de los consumidores. Por ello, son objeto de tratamiento específico en la legislación “*antitrust*”⁵².

Finalmente, en esta tendencia expansiva de la categoría de los contratos de distribución que atiende a la finalidad distributiva última y la colaboración integrada para conseguirla en interés de ambas partes, algún sector doctrinal propone también incluir los *contratos de licencia de marca* en la categoría de contratos de distribución, entendido que son contratos instrumentalmente aptos para la finalidad distributiva, puesto que la utilización de la marca del licenciante en los productos elaborados, transformados o distribuidos por el licenciatario coadyuva finalmente a la distribución de tales productos⁵³. La utilización de la marca del licenciante (titular del derecho de marca) en los productos fabricados por el licenciatario o simplemente importados por éste (en los supuestos donde no se produzca el agotamiento del derecho de marca), supone a la postre una distribución de tales productos. El licenciatario se muestra externamente como un representante de la marca del licenciante, lo cual sugiere la

51 Resulta importante, en este punto, tener muy presente el agotamiento del derecho de marca, según el cual, una vez introducido en el mercado por primera vez un producto con una determinada marca, el titular de ésta no podrá impedir la reventa sucesiva de ese mismo producto, favoreciéndose así la libre circulación de mercancías y aprovechar las diferencias de precios en el sector de la distribución. Cfr., el Art. 7 de la Directiva 2008/95/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 22 de octubre de 2008, relativa a la aproximación de las legislaciones de los Estados miembros en materia de marcas. Cfr., también el Art. 158 I de la Decisión 486 de la Comunidad Andina sobre Propiedad Industrial. En la segunda parte de este trabajo nos ocuparemos del problema del agotamiento del derecho exclusivo de marca como parte fundamental del derecho de la distribución comercial.

52 Vide Directrices de interpretación del Reglamento (UE) 330/2010, de la Comisión Europea, de 20 de abril de 2010, sobre acuerdos verticales (Comunicación de la Comisión Europea 2010/C 130/01, de 19 de mayo de 2010, apartados 129 y ss. Nos ocuparemos así de los efectos de estos contratos para la libre competencia en la segunda parte de este trabajo.

53 Cfr., DOMÍNGUEZ GARCÍA, *Los contratos de distribución: agencia y concesión comercial*, cit., pp. 1277-1279; también ORTUÑO BAEZA, M^a T., *La Licencia de Marca*, Marcial Pons, Madrid, 2000, pp. 124-126.

posibilidad de plantear la existencia de una conexión funcional con los contratos de agencia y de distribución, que incluye los contratos de licencia de marca o sobre otros derechos de propiedad industrial (como patentes o diseños que habitualmente incluirán también una licencia de marca) dentro de una categoría amplia de contratos de distribución⁵⁴.

Entiendo que la misma argumentación serviría para los contratos de licencia de patentes, de modelos de utilidad y de *know how* (contratos de transferencia de tecnología) así como para los contratos de licencia de diseños industriales e incluso de otros derechos exclusivos, como pueden ser las obtenciones vegetales y los derechos de autor o los derechos conexos o afines a los derechos de autor. La posibilidad de fabricar y/o comercializar los productos del licenciante, así como las facultades de control que normalmente se reserva el titular del derecho exclusivo o del secreto industrial, pueden interpretarse como una suerte de integración económica entre licenciante y licenciatario de derechos de propiedad industrial e intelectual. Fenómeno éste que se puede apreciar tanto en los contratos de licencia simple de un derecho de propiedad industrial o intelectual, como en los contratos de licencia mixta (que comprenden varios derechos de propiedad industrial o intelectual, como puede ser, patente y conocimiento secreto, patente o *know how* y marca, e ntre otros), de singular importancia en el comercio internacional⁵⁵.

El caso es que la relación de los contratos de licencia de marcas, derechos de autor, patentes y modelos de utilidad o secretos industriales con la distribución comercial es evidente. De hecho, la licencia de marca y, según la modalidad contractual, la licencia de patente o modelo industrial, de diseño industrial o de *know how*, forman parte habitualmente de los contratos de distribución en sentido estricto (concesión, distribución selectiva y franquicia), que se presentan como contratos complejos (contratos que incluyen elementos de tipos negociales diferentes) o contratos mixtos (contratos que combinan la explotación de bienes inmateriales con elementos negociales propios de otros contratos, tales como la compraventa, el suministro, el depósito o los contratos de servicios)⁵⁶.

No obstante, los contratos de licencia simple o mixta de derechos de propiedad industrial o intelectual o de *know how* no alcanzan siempre el grado de integración propio de los contratos de distribución en sentido estricto, donde el distribuidor se compromete a promover los productos o servicios del proveedor que vela por su intereses. Así, en los contratos de licencia no se aprecia una subordinación del licenciatario respecto del principal, sino que, por lo general, las relaciones son más

54 Vide ORTUÑO BAEZA, *La licencia de marca*, cit., pp. 123-126.

55 Vide DE MIGUEL ASENSIO, P.A., *Contratos internacionales sobre propiedad industrial*, 2ª ed., Civitas, Madrid, 2000, pp. 54 y ss.

56 Cfr., DE MIGUEL ASENSIO, *Contratos internacionales sobre propiedad industrial*, cit., pp. 65-66.

horizontales que las propias de la distribución indirecta integrada. No obstante, desde la perspectiva del Derecho de la Competencia habrá que estar al caso concreto para apreciar si se produce una integración vertical entre licenciante y licenciario que justifique la aplicación de la normativa *antitrust*⁵⁷.

III. EL CONTRATO DE AGENCIA COMERCIAL

1. Concepto y alcance del contrato de agencia comercial

La relevancia de la agencia comercial en los mercados modernos, como mecanismo para extender mercados de fabricantes y proveedores de servicios y distribuir sus productos y servicios entre clientela potencial de distintos países y regiones, llevó a las instituciones de la Unión Europea a dictar normativa de armonización para todos los Estados miembros mediante la Directiva 86/653/CEE, de 18 de diciembre de 1986, relativa a la coordinación de la regulación de los Estados miembros en los referente a los agentes comerciales independientes. Esta Directiva comunitaria fue incorporada en el ordenamiento interno español por medio de la Ley 12/1992, de 27 de mayo, sobre el contrato de agencia (LCA).

Se define así legalmente el contrato de agencia

por el que una persona natural o jurídica, denominada agente, se obliga frente a otra de manera continuada o estable a cambio de una remuneración, a promover actos u operaciones de comercio por cuenta ajena, o a promoverlos y concluirlos por cuenta y en nombre ajenos, como intermediario independiente, sin asumir, salvo pacto en contrario, el riesgo y ventura de tales operaciones (cfr., Art. 1 LCA).

Como vimos antes, en Colombia la figura del contrato de agencia comercial tiene unos contornos más confusos. El Art. 1317 del Código de Comercio dispone que:

“Por medio del contrato de agencia, un comerciante asume en forma independiente y de manera estable el encargo de promover o explotar negocios en un determinado ramo y dentro de una zona prefijada en el territorio nacional, como representante o agente de un empresario nacional o extranjero, o como fabricante o distribuidor de uno o varios productos del mismo”.

⁵⁷ Me remito a las explicaciones que se harán en la segunda parte de este trabajo, La Distribución Comercial (II): Aspectos de Derecho de la Competencia y Derecho de Marcas.

De esta forma entremezcla la agencia genuina con contratos de distribución puros (de distribución indirecta integrada) como la concesión comercial y la franquicia⁵⁸. Sin embargo, del conjunto de la regulación colombiana se aprecia la clara voluntad de legislador de situar al agente en el grupo de los contratos de gestión de intereses ajenos, como representante del principal o agenciado (cfr., arts. 1321 y 1324 Ccom colombiano).

Frente a la figura tradicional de la comisión o mandato mercantil (que se basa en una colaboración empresarial aislada y esporádica), la agencia comercial presupone una colaboración estable y duradera del agente con el proveedor en un territorio determinado, con lo cual se erige para el fabricante y proveedor de servicios en una alternativa posible para la distribución de sus productos en distintos mercados⁵⁹. El agente es, entonces, un empresario jurídica y económicamente independiente que se dedica profesionalmente a captar clientela para el proveedor o empresario principal, ya mediante la simple promoción de sus prestaciones (buscar clientela) o ya mediante la conclusión de contratos en nombre y por cuenta de aquel (para lo cual necesita estar dotado de un poder de representación del principal en la zona territorial de referencia). Además de estas funciones de promoción y/o conclusión de contratos el agente realizará normalmente otras funciones complementarias, como las de recibir pagos, hacer entregas o recibir reclamaciones destinadas al empresario principal⁶⁰.

58 Sin embargo, doctrina y jurisprudencia colombianas distinguen los genuinos contratos de agencia comercial de los contratos de distribución en sentido estricto, indicando que en ningún caso el agente puede actuar como fabricante de los productos del principal y que sólo puede actuar como distribuidor por cuenta ajena (agente-distribuidor), pero no adquiere la propiedad de las mercancías para su reventa en nombre y por cuenta propios. De modo que, si el intermediario adquiere la propiedad de los bienes del proveedor para su reventa, no estaremos ante un contrato de agencia genuino, sino ante un contrato de distribución. Cfr. en la doctrina, MORALES ARIAS, L.G., “El contrato de agencia mercantil (análisis comparativo entre el derecho colombiano y el derecho anglosajón)”, Revista de Facultad de Derecho de la Universidad de los Andes, 1988, pp. 39 y ss. En la Jurisprudencia son especialmente significativas las Sentencias de la Corte Suprema de Justicia de Colombia de 2 de diciembre de 1980, de 31 de octubre de 1995 y de 14 de diciembre de 2005, en las que se intenta distinguir entre el contrato de agencia (contrato típico para la promoción de negocios ajenos mediante una relación de representación) y el contrato de distribución (contrato atípico de venta para reventa), sobre la base de la propiedad de los bienes en tránsito durante el proceso de intermediación, califica -eso sí- ambos contratos como contratos de intermediación comercial. Para una aproximación al contrato de agencia comercial en la República de Colombia, véase, recientemente, el trabajo de HURTADO PALOMINIO, J.V., “Aspectos generales del contrato de agencia comercial en Colombia”, en AA.VV., *2º Congreso Internacional de Derecho Empresarial y Contractual. Organización y Actividad Empresarial*, Universidad Santo Tomás Seccional Bucaramanga, octubre 2010, pp. 1/43 y ss.

59 Habitualmente se señala que la agencia no es más que una evolución del tradicional contrato de comisión a las necesidades de comercialización de una economía de producción en masa en mercados distintos y diferenciados, lo que requiere una colaboración estable y continuada. Cfr., GALÁN CORONA, E. “Los contratos de distribución. Ideas generales”, cit., p. 25.

60 BERCOVITZ ÁLVAREZ, R., “El contrato de agencia”, en BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, A./CALZADA CONDE Ma. A. (Dir.), *Contratos Mercantiles*, T. I. Thomson-Reuters Aranzadi, 2009, p. 713.

De tal forma, el empresario principal consigue ahorrar los costes asociados al establecimiento de sucursales o sociedades filiales en un territorio determinado, al asumir estos costes el agente a cambio de una remuneración que, normalmente, lo será en forma de comisión o porcentaje sobre las cantidades resultantes de los contratos promovidos o concluidos en nombre del principal⁶¹.

La Ley española (LCA) establece, como principio general, que, salvo pacto en contrario, el agente puede desarrollar su actividad profesional de agencia comercial por cuenta de varios empresarios, si bien, necesitará, en todo caso, el consentimiento del empresario con quien haya celebrado un contrato de agencia para ejercer por su propia cuenta o por cuenta de otro empresario una actividad profesional relacionada con bienes o servicios que sean de igual o análoga naturaleza y concurrentes o competitivos con aquellos cuya contratación se hubiera obligado a promover o concluir (Art. 7 LCA). Se deriva de aquí que el pacto de exclusiva a favor del principal no se presume, sino que debe pactarse expresamente en el contrato⁶², entendiéndose en caso contrario que el agente puede actuar para varios empresarios al mismo tiempo⁶³. Ahora bien, también se desprende del precepto indicado el principio de prohibición de competencia en los casos de agencia no exclusiva, según el cual el agente no podrá, salvo pacto en contrario con cada empresario con el que contrate, promover y concluir operaciones para otro empresario que entre en competencia (sobre bienes o servicios de igual o análoga naturaleza y concurrentes o competitivos) con las que ya promovía anteriormente⁶⁴; como tampoco -como empresario independiente que es- podrá ejercer por su propia cuenta el mismo género de comercio (al margen, por tanto, de su actividad como agente), que ya desarrolla como agente comercial para otro empresario. Asimismo, las partes podrán incluir por escrito y con carácter expreso en el contrato una limitación de las actividades profesionales que va a desarrollar por el agente una vez extinguido el contrato (prohibición de competencia *post contractus*), el cual, sin embargo, no podrá tener una duración superior a dos años a partir desde la extinción del contrato, o de un año si se hubiera pactado un contrato de duración inferior (cfr., Art. 20 LCA). No obstante, este pacto de limitación de competencia postcontractual sólo podrá extenderse a la zona geográfica o a ésta y al grupo concreto de personas confiados al agente, y sólo podrá afectar a la clase

61 Vide BROSETA PONT, M./MARTÍNEZ SANZ, F., *Manual de Derecho Mercantil*, Vol. II, 17ª ed., Tecnos, Madrid, 2010, p. 121.

62 BERCOVITZ ÁLVAREZ, R., “El contrato de agencia”, cit., p. 725.

63 En este caso, estará obligado a llevar una contabilidad independiente de los actos u operaciones relativos a cada empresario por cuya cuenta actúe (cfr., Art. 9.2 e. LCA).

64 La doctrina científica y la jurisprudencia española apuntan que el consentimiento del principal para que el agente celebre nuevos contratos de agencia con competidores del primero o ejercite por sí mismo una actividad concurrente con la del principal debe pactarse expresamente en el contrato, aunque admiten que, ante la celebración de un nuevo contrato de agencia, si el agente presta servicios a otras empresas con las que ya colaboraba expresamente sin oposición expresa del principal en el contrato, se podrá presumir otorgado tácitamente el consentimiento. Vide BERCOVITZ ÁLVAREZ, R., “El contrato de agencia”, cit., p. 725.

de bienes o servicios objeto de los actos u operaciones promovidos y concluidos por el agente (Art. 21 LCA).

Asimismo, es posible pactar en el contrato con carácter expreso la exclusiva a favor del agente para una determinada zona geográfica o un concreto grupo de personas (agencia de zona o agencia de grupo en exclusiva), a través de la cual el empresario se compromete a realizar operaciones en ese territorio o con ese concreto grupo de clientes exclusivamente a través del agente, nunca por sí mismo o a través de otros agentes. La Ley dispone a tales fines, que el agente exclusivo tendrá derecho a percibir su remuneración (comisión) en todo caso cuando el empresario principal concluya operaciones en la zona territorial o grupo de clientes de exclusiva, incluso aunque esas operaciones no hayan sido promovidas ni concluidas por el agente (cfr., Art. 12.2 LCA).

En la República de Colombia, el Código de Comercio parte de la atribución de una zona de exclusiva al agente, al disponer que, salvo pacto en contrario, el empresario no podrá servirse de varios agentes en una misma zona y para el mismo ramo de actividades o productos (Art. 1318 Ccom). Del mismo modo reconoce, como regla general, la posibilidad para el agente de promover o explotar, en la misma zona y en el mismo ramo, los negocios de dos o más empresarios competidores, salvo que en el contrato de agencia se establezca expresamente una prohibición de competencia (Art. 1319 Ccom).

Por lo demás, el agente (sea o no exclusivo) no asume los riesgos de las operaciones que promueve y concluye por cuenta del principal, salvo que en el contrato se pacte expresamente una agencia de garantía por uno, varios o la totalidad de los actos u operaciones desarrollados (agencia de garantía), con explícita indicación de la comisión a percibir (cfr., Art. 19 LCA; se entiende que esa comisión de garantía será superior a la pactada en la comisión ordinaria). Esto es, el pacto de garantía es distinto del pacto de exclusiva (a favor del empresario o del agente), si bien pueden darse complementariamente⁶⁵.

El agente realizará sus operaciones de promoción y conclusión de contratos por sí mismo o por medio de sus empleados dependientes (Art. 5.1 LCA). Naturalmente, si el agente es una persona jurídica las operaciones las deberá realizar el administrador o administradores de la entidad o, en su caso, representantes voluntarios (gerentes, apoderados) nombrados al efecto. El agente podrá también actuar por medio de subagentes si cuenta con la expresa autorización del empresario principal (subagencia), respondiendo en tal caso de la gestión que realice el subagente (cfr., Art. 5.2 LCA).

65 En la legislación colombiana no se hace referencia a la agencia de garantía, pero en principio no parece haber inconvenientes para que pueda ser acordada libremente por las partes en el contrato con fundamento en la autonomía de la voluntad o libertad de pactos.

2. Contenido del contrato. Derechos y obligaciones de las partes

El carácter estable y duradero o continuado de la relación de agencia se demuestra en la obligación principal prevista por la Ley para el agente, al disponer que, en el ejercicio de su actividad profesional, el agente deberá actuar lealmente y de buena fe, velar por los intereses del empresario o empresarios por cuya cuenta actúe (Art. 9.1 LCA). Obligación que demuestra bien a las claras el carácter de la “*negotiorum gestio*” propia de los contratos de colaboración, pero también la existencia de una integración económica siquiera mínima entre principal y agente, propia de los contratos de distribución⁶⁶. En esta misma línea, se dispone también como obligación fundamental del empresario principal que éste debe actuar, en sus relaciones con el agente, lealmente y de buena fe (Art. 10.1 LCA)⁶⁷.

Un capítulo fundamental del contrato de agencia es el de la remuneración del agente. El contrato de agencia es un contrato esencialmente oneroso o retribuido (cfr., Art. 1 LCA), salvo que expresamente se disponga otra cosa (principio de libertad de pactos). La normativa europea y española prevén diferentes modalidades retributivas, disponiendo que la retribución del agente puede consistir en una cantidad fija, en una comisión o en una combinación de ambos sistemas (fijo más variable por comisiones respecto a las operaciones promovidas o concluidas). Asimismo se establece que si el contrato de agencia omite cualquier referencia a la remuneración del agente, habrá

66 El Art. 1321 del Código de Comercio colombiano establece que el agente cumplirá el encargo que se le ha confiado al tenor de las instrucciones recibidas, y rendirá al empresario las informaciones relativas a las condiciones del mercado en la zona asignada, y las demás que sean útiles a dicho empresario para valorar la conveniencia de cada negocio. Todo lo cual demuestra el deber de lealtad del agente para con el principal y la integración relativa de sus respectivos negocios.

67 Esos deberes genéricos de lealtad y buena fe aparecen concretados en forma de deberes legales específicos en los artículos 9.2 LCA (para el agente) y 10.2 LCA (para el empresario). En particular, el agente deberá: a) ocuparse con la diligencia de un ordenado comerciante de la promoción y, en su caso, de la conclusión de los actos u operaciones encomendados; b) comunicar al empresario toda la información de que disponga, cuando sea necesaria para la buena gestión de los actos u operaciones encomendados, así como, en particular, la relativa a la solvencia de los terceros con los que existan operaciones pendientes de conclusión o ejecución; c) desarrollar su actividad con arreglo a las instrucciones razonables recibidas del empresario, siempre que no afecten a su independencia; d) recibir en nombre del empresario cualquier clase de reclamaciones de terceros sobre defectos o vicios de calidad o cantidad de los bienes vendidos y de los servicios prestados como consecuencia de las operaciones promovidas, aunque no las hubiera concluido; e) llevar una contabilidad independiente de los actos u operaciones relativos a cada empresario por cuya cuenta actúe. Por su parte el empresario deberá: a) poner a disposición del agente, con antelación suficiente y en cantidad apropiada, los muestrarios, catálogos, tarifas y demás documentos necesarios para el ejercicio de su actividad profesional; b) procurar al agente todas las informaciones necesarias para la ejecución del contrato de agencia y, en particular, advertirle de cualquier posible reducción en la cifra prevista de negocios a la esperada por el agente; c) satisfacer la remuneración pactada para el agente.

que estar a los usos de comercio del lugar donde el agente desarrolle su actividad; y en defecto de usos, el agente percibirá la remuneración que fuera razonable (equitativa) teniendo en cuenta las circunstancias que hayan concurrido en la operación (Art. 11.1 LCA)^{68/69}.

3. Extinción del contrato de agencia e indemnizaciones por clientela y por daños y perjuicios

Pero sin duda, el aspecto más importante y con mayor trascendencia práctica del régimen jurídico de la agencia comercial es el relativo a la extinción del contrato y a las consecuencias patrimoniales -en forma de indemnizaciones- que pueden aparecer asociadas a la misma: la indemnización por clientela y la indemnización por daños y perjuicios, las cuales además -como luego veremos-, se aplican extensivamente en no pocas ocasiones por la Jurisprudencia española a los contratos de distribución en sentido estricto (en particular a la concesión comercial) partiendo precisamente de la analogía funcional entre éstos y el contrato de agencia comercial. Ambas indemnizaciones parten claramente del carácter duradero del contrato de agencia y de la comprensión del agente como una extensión del proveedor en la apertura de nuevos mercados y en la captación de nuevos clientes.

68 Se entiende que, a falta de acuerdo sobre la remuneración razonable, corresponderá al Juez competente fijarla de acuerdo con los criterios de discrecionalidad judicial y libre valoración de la prueba de acuerdo con las reglas de la sana crítica. Los artículos 12-17 LCA regulan minuciosamente con carácter imperativo para las partes los actos y operaciones que dan derecho al agente a percibir una comisión (distinguiendo entre actos y operaciones concluidos durante la vigencia del contrato y con posterioridad a la extinción del contrato) y el momento en que se produce el devengo de la comisión (cuando el empresario hubiera ejecutado o hubiera debido ejecutar el acto u operación de comercio promovido o concluido por el agente, o cuando éstos hubieran sido ejecutados total o parcialmente por el tercero) y el pago de la misma, así como un derecho de información del agente y la pérdida del derecho a la comisión (cuando las operaciones promovidas por él no se hubieran ejecutado por circunstancias no imputables al empresario). Por lo demás, se establece 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 (Art. 18 LCA), lo cual deriva de su condición de empresario independiente que despliega su actividad de agencia con sus propios medios materiales y personales.

69 En Colombia la regulación sobre la remuneración se dispone de forma igualmente favorable para el agente, estableciendo el Art. 1322 Ccom a señalar que el agente tendrá derecho a su remuneración aunque el negocio no se lleve a efectos por causas imputables al empresario, o cuando éste lo efectúe directamente y deba ejecutarse en el territorio asignado al agente, o cuando dicho empresario se ponga de acuerdo con la otra parte para no concluir el negocio. En el capítulo de gastos la regulación coincide sustancialmente con la española, al disponer el Art. 1323 Ccom que, salvo estipulación en contrario, el empresario no estará obligado a reembolsar al agente los gastos de agencia, si bien estos serán deducibles como expensas generales del negocio, cuando la remuneración del agente sea un tanto por ciento de las utilidades del mismo.

La Ley española dispone que el contrato de agencia -como contrato de duración que es- podrá pactarse por tiempo determinado o indefinido, indica que si se omite un plazo se entenderá pactado por tiempo indefinido (Art. 23 LCA). Y añade a continuación que el contrato se extinguirá por cumplimiento del término pactado si se pactó por tiempo determinado, a no ser que, transcurrido el plazo pactado, el contrato continúe ejecutado por ambas partes, en cuyo caso se considerará automáticamente transformado en un contrato de duración indefinida (Art. 24 LCA). En caso de que el contrato sea (por contrato o por actos concluyentes mencionados en el inciso anterior) de duración indefinida, se extinguirá por la denuncia unilateral *ad nutum* (esto es, sin necesidad de que concurra justa causa) de cualquiera de las partes mediante preaviso por escrito (Art. 25 LCA)⁷⁰. La denuncia unilateral *ad nutum* responde un principio general del Derecho reconocido jurisprudencialmente, según el cual nadie está obligado a vincularse contractualmente *sine die*; o, dicho de otra, forma que es posible desistir unilateralmente sin justa causa de las relaciones contractuales duraderas con un preaviso razonable⁷¹.

Ahora bien, la Ley española establece una serie de excepciones a las reglas sobre extinción contractual, disponiendo que cualquiera de las partes podrá dar por finalizado el contrato de agencia pactado por tiempo determinado o indefinido en cualquier momento, sin necesidad de preaviso, cuando la contraparte hubiera incumplido, total o parcialmente las obligaciones legal o contractualmente establecidas, o cuando la otra parte hubiera sido declarada en concurso (en ambos casos, el contrato se extinguirá con la recepción de la notificación escrita en la que conste la voluntad de darlo por extinguido y la causa de la extinción; cfr., Art. 26

70 Continúa el mismo precepto -con la finalidad de reforzar la seguridad jurídica en un aspecto normalmente problemático- que el preaviso será de un mes para cada año de vigencia del contrato, con un máximo de seis meses; y si el contrato hubiera estado vigente por plazo inferior a un año, el plazo de preaviso será de un mes. Todo ello salvo que las partes pacten en el contrato mayores plazos de preaviso, en cuyo caso el plazo de preaviso del agente no podrá ser inferior en ningún caso al plazo de preaviso del empresario. Salvo pacto en contrario, el final del plazo de preaviso coincidirá con el último día del mes. En los contratos pactados por tiempo determinado y transformados luego, por actos concluyentes, en contratos indefinidos, se computará para el preaviso la duración que hubiera tenido el contrato por tiempo determinado, añadiendo a la misma el tiempo transcurrido desde que se produjo la transformación en contrato de duración indefinida.

71 No obstante, ante la indefinición de cuál es el tiempo razonable del preaviso, lo cual depende de cada caso concreto, la LCA decide anticiparse al problema y definir de manera precisa el cómputo del plazo de preaviso. Norma esta por cierto (Art. 25 LCA) susceptible de aplicarse analógicamente a situaciones similares que se reproducen habitualmente en contratos de distribución (desde los de distribución indirecta simple, como el suministro, a los de distribución indirecta integrada, como los de concesión, franquicia y distribución selectiva).

LCA)⁷². Asimismo, el contrato finaliza automáticamente por muerte o declaración de fallecimiento del agente, pero no por la del empresario, aunque podrán denunciarlo unilateralmente los sucesores en la empresa con el preaviso que corresponda (cfr., Art. 27 LCA)⁷³. Ante la falta de previsión legal, la doctrina propone la equiparación de la muerte o declaración de fallecimiento de las partes a los casos de disolución y liquidación (extinción) de la empresa social (sociedad mercantil dotada de personalidad jurídica independiente)⁷⁴, ante la imposibilidad absoluta de desarrollo normal de las prestaciones típicas del contrato⁷⁵.

Como se ha dicho ya, la Ley establece dos consecuencias patrimoniales específicas que pueden darse -según las circunstancias- cuando se extingue un contrato de agencia y que, a pesar de ser independientes entre sí, son compatibles y, por lo tanto, acumulables: la indemnización por clientela y la indemnización por

72 Obsérvese que en estos casos la extinción del contrato no es automática, sino que quedará a la voluntad de la contraparte contractual. Particularmente, en el caso del concurso de acreedores de una de las partes, el Art. 26.1 b) LCA constituye una excepción al régimen general establecido para los contratos con obligaciones recíprocas en el Art. 61.2 de la Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal, según el cual la declaración de concurso, por sí sola, no afectará a la vigencia de los contratos con obligaciones recíprocas pendientes de cumplimiento tanto a cargo del concursado como de la otra parte, realizándose a cargo de la masa activa las prestaciones a que esté obligado el concursado; teniéndose por no puestas las cláusulas que establezcan la facultad de resolución o la extinción del contrato por la sola causa de la declaración de concurso de cualquiera de las partes.

En esta misma línea, el Art. 1325 del Código de Comercio de Colombia establece como justa causa para dar por terminado unilateralmente el contrato de agencia comercial, por parte del empresario la quiebra o insolvencia del agente, y por parte del agente la quiebra o insolvencia del empresario, por lo que tampoco se establece como causa automática de extinción, sino como justa causa o causa habilitante para solicitar la extinción automática.

73 Realmente, la extinción automática del contrato de agencia por la muerte o declaración de fallecimiento del agente puede resultar excesiva, dado que en la práctica la confianza es más en la organización empresarial que en la persona misma del agente, por lo que la actividad bien podría ser continuada por los herederos.

74 Situaciones estas, por cierto, que son cada vez más frecuentes, dado que la actividad empresarial de agencia comercial (y la de distribución en general) suele organizarse en forma de sociedades mercantiles de capital (sociedades anónimas y limitadas). Entiendo que no debe producirse la extinción cuando la disolución se deba a una transmisión universal del patrimonio del ente social mediante procesos de fusión, escisión o cesión global de activo y pasivo, pues en tales casos la actividad continuará bajo otro ente; sin perjuicio, claro está, de la posibilidad de denuncia unilateral del contrato por la pérdida de confianza de la contraparte contractual en la nueva entidad surgida del proceso de transmisión universal.

75 Vide FLAQUERT RIUTORT, J., *La protección jurídica del agente comercial*, Marcial Pons, Madrid, 1999, pp. 129-130. También VAQUERO PINTO, Ma. J., “La terminación de los contratos de distribución”, en HERRERO GARCÍA, Ma. J. (Dir.), *La Contratación en el Sector de la Distribución Comercial*, Thomson-Reuters Aranzadi, Navarra, 2010, p. 332.

daños y perjuicios derivados de inversiones no amortizadas⁷⁶. La indemnización por daños y perjuicios por inversiones tiene un carácter claramente resarcitorio, mientras que la indemnización por clientela tiene, más bien, una naturaleza remuneratoria o compensatoria por las ventajas que el agente ha reportado o puede reportar al principal con motivo de su actividad.

Ambas indemnizaciones pueden ser objeto de reclamación también por parte de un subagente a un agente, cuando se extinga la relación contractual entre ambos y se den las circunstancias previstas en la Ley para las relaciones entre empresario principal y agente⁷⁷. La acción para reclamar la indemnización por clientela o por daños y perjuicios previstas en la Ley de Contrato de Agencia prescribirá al año a contar desde la extinción del contrato (Art. 31 LCA).

Tendrá derecho a una *indemnización por clientela* el agente que hubiese aportado nuevos clientes al empresario o incrementado sensiblemente las operaciones con la clientela preexistente, siempre que ello pueda reportar al empresario principal ventajas sustanciales una vez extinto el contrato de agencia (sea de duración determinada o indefinida), y cuando, además, resulte equitativamente procedente dicha indemnización por la existencia de pactos de limitación de competencia, por las comisiones que el agente deje de percibir o por las demás circunstancias que pudieran concurrir en cada caso concreto (cfr., Art. 28.1 LCA). Como vemos, entonces, tienen que darse una serie de circunstancias cumulativas que exigen una valoración puntual por las partes o (a falta de acuerdo, como frecuentemente sucede) por el órgano judicial competente⁷⁸.

76 Vide *in extenso*, MARTÍNEZ SANZ, F., *La indemnización por clientela en los contratos de agencia y concesión*, 2ª edición, 1998, cit.; brevemente en BROSETA PONT, M./MARTÍNEZ SANZ, F., *Manual de Derecho Mercantil*, Vol. II, 17ª ed., 2010, p. 127; vid. también BERCOVITZ ÁLVAREZ, R., “El contrato de agencia”, cit., pp. 743 y ss.

77 La relación de subagencia no impedirá al agente reclamar indemnizaciones por clientela y daños al empresario principal, sin perjuicio de que luego resuelvan el destino de la indemnización a nivel interno entre el agente y el subagente. Cfr., Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid (Sección 19ª), de 19 de noviembre de 2007.

78 Es preciso valorar en primer lugar la aportación de nuevos clientes o el incremento “sensible” de las operaciones con los clientes preexistentes, ya sean clientes propios del empresario o captados anteriormente por el mismo agente o por otros agentes; para lo cual será necesario mostrar, como prueba, los libros de contabilidad del agente y del empresario principal. En segundo lugar habrá que valorar si el empresario ha seguido o puede seguir beneficiándose de forma sustancial de la clientela captada o fidelizada por el agente (lo cual, en buena lógica, no ocurrirá, si el contrato finaliza por disolución o concurso de la empresa del principal). Y en tercer lugar es preciso determinar si la indemnización resulta equitativamente procedente, lo que dependerá generalmente de las circunstancias del caso concreto (debiendo demostrar el agente la pérdida que para su negocio supone la pérdida de comisiones en tanto que expectativas de ganancia, que será más clara en casos de extinción por denuncia unilateral y menos en extinción por transcurso del plazo pactado), salvo cuando se hubieran pactado prohibiciones de competencia postcontractuales, pues en tal caso se presume la pérdida de valor para el agente.

La justificación última de la indemnización por clientela reside en el principio del enriquecimiento injusto del principal o agenciado frente al empobrecimiento real o previsible del agente; razón por la que la que la Jurisprudencia española reconocía esta indemnización incluso antes de la aprobación de la Ley de Contrato de Agencia de 1992⁷⁹. Como se ha dicho, su naturaleza es remuneratoria o compensatoria del esfuerzo de captación de clientela realizado por el agente.

En la legislación sobre el contrato de agencia, el derecho a la indemnización por clientela existe también en el caso de que el contrato se extinga por muerte o declaración de fallecimiento del agente, correspondiendo a sus herederos la legitimación activa para reclamarla extrajudicial y judicialmente (Art. 28.2 LCA). Ahora bien, la indemnización está sujeta -por razones de seguridad jurídica- a un límite legal cuantitativo, ya que 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 periodo de duración del contrato, si éste fuera inferior (Art. 28.3 LCA), lo cual obligará a una exhaustiva prueba documental de los libros contables del agente y del empresario principal.

Naturalmente, la carga de la prueba sobre la procedencia de la indemnización y, por tanto, sobre la concurrencia de todos los factores o elementos cumulativos previstos en el Art. 28.1 LCA corresponde a quien reclame la indemnización, sea el propio agente o sean sus herederos; aunque algunos tribunales han llegado a admitir que la indemnización puede justificarse por el simple hecho de la larga duración del contrato, presumiendo así un incremento o fidelización de la clientela y un beneficio para el principal que dar por concluido el contrato, pues de lo contrario tal contrato no se habría mantenido durante un plazo de tiempo dilatado⁸⁰. Por último reseñar que la indemnización por clientela tiene carácter imperativo en la LCA; y que, por tanto, es irrenunciable a priori en el contrato, aunque podrá renunciarse *a posteriori*, al tiempo de la resolución del contrato si las partes alcanzan una solución pactada⁸¹.

Junto a la indemnización por clientela, la normativa europea y española contemplan el derecho del agente a reclamar al empresario principal que denuncie unilateralmente el contrato una *indemnización por los daños y perjuicios* que, en su caso, la extinción anticipada del contrato haya causado al agente, siempre que dicha extinción no le permita la amortización de los gastos que el agente, instruido por el empresario (a instancia del empresario), haya realizado para la ejecución del contrato (cfr., Art. 29 LCA). Son los denominados “gastos de confianza” que dan lugar a

79 Cfr., Sentencias del Tribunal Supremo español (SSTS) de 22 de marzo de 1988 ó 10 de diciembre de 1996.

80 Vide al respecto la Jurisprudencia citada por BERCOVITZ ÁLVAREZ, R., “El contrato de agencia”, cit., p. 745.

81 Cfr., SSTS de 7 de abril de 2003 y Sentencia de la Audiencia Provincial de Valencia (Sección 9ª) de 5 de mayo de 2008. En la doctrina, vid. por todos, BERCOVITZ ÁLVAREZ, R., “El contrato de agencia”, cit., p. 744.

una indemnización por inversiones de naturaleza resarcitoria. Así, en principio, esta indemnización debería interpretarse restrictivamente, ya que el agente deberá demostrar que la extinción anticipada la impide amortizar los gastos en que hubiera incurrido para la ejecución de la agencia según las instrucciones del empresario. No obstante, la Jurisprudencia admite que tales gastos se entenderán producidos no sólo cuando existan órdenes expresas del empresario, sino también cuando la inversión se realizó a iniciativa propia del agente para desarrollar el encargo recibido del principal⁸². En cualquier caso no pueden reclamarse los gastos propios o comunes de la actividad profesional del agente, salvo que se hubiera pactado otra cosa en el contrato (cfr., Art. 18 LCA). Parece que la Ley piensa en gastos extraordinarios o de entidad para la promoción y/o conclusión de operaciones y contratos por cuenta del principal que no pudieran amortizarse por una extinción anticipada del contrato antes de la conclusión efectiva de tales operaciones⁸³.

El mero incumplimiento del plazo de preaviso pacto o legalmente establecido no constituye, por sí sólo, causa de indemnización por daños y perjuicios por la vía del Art. 29 LCA; será necesario en todo caso demostrar que la terminación intempestiva del contrato ha causado daños por inversiones o gastos no amortizados⁸⁴. Sin embargo, el agente siempre puede recurrir a las acciones generales de reclamación de indemnizaciones por daños y perjuicios (contractuales y extracontractuales) previstas en el Código Civil por cualesquiera otros conceptos no previstos específicamente en la LCA, como pueden ser el incumplimiento del preaviso o de cualquier otra obligaciones contractuales, como el pacto de exclusiva a favor del agente, la obligación de suministrar información al agente sobre las operaciones concluidas por el principal o la resolución anticipada del contrato sometido a tiempo determinado⁸⁵.

Por último, la Ley establece que el agente no tendrá derecho a la indemnización por clientela o de daños y perjuicios, cuando el empresario hubiera extinguido el contrato por causa de incumplimientos de las obligaciones legales o contractuales del agente; cuando el agente hubiese denunciado unilateralmente el contrato, salvo que tuviera como causa circunstancias imputables al empresario (incumplimientos legales o contractuales) o se fundara en la edad, la invalidez o la enfermedad del agente y no pudiera exigirsele razonablemente la continuidad de sus actividades; o cuando, con el consentimiento del empresario, el agente hubiera cedido a un tercero los derechos y las obligaciones de que era titular en virtud del contrato de agencia (Art. 30 LCA).

82 STS de 19 de noviembre de 2003.

83 La Jurisprudencia entiende que no proceden indemnizaciones por daños y perjuicios en reclamación de gastos si el contrato estuvo vigente durante un periodo de tiempo razonable para presumir la amortización de las cantidades invertidas por el agente (STS de 9 de febrero de 2006). Tampoco si el contrato tenía una duración determinada y se extinguió por el transcurso del plazo sin existir tácita reconducción por hechos concluyentes (STS de 23 de junio de 2005).

84 Cfr., SSTS de 16 de mayo de 2007 y 28 de septiembre de 2007.

85 Vide la síntesis de jurisprudencia aportada por BERCOVITZ ÁLVAREZ, R., "El contrato de agencia", cit., p. 749.

4. Breve apunte sobre la extinción del contrato de agencia en Colombia

En Colombia, se admite que la agencia se extingue por las mismas causas que el mandato (cfr., Arts. 1279-1286 Ccom de Colombia), fijándose una indemnización *ex lege* por daños y perjuicios. Asimismo, se admite que el contrato se extinga por denuncia unilateral, en cuyo caso, si quien resuelve el contrato es el empresario o el agente con justa causa imputable al empresario, se prevé una indemnización por clientela (cfr., Art. 1324 Ccom). Finalmente, se fija una serie de causas justas para dar por terminado el contrato por cada una de las partes (Art. 1325 Ccom).

Así, el Art. 1324 del Código de Comercio establece que, terminado el contrato de agencia, el agente tendrá derecho a que el empresario le pague una suma equivalente a la doceava parte del promedio de la comisión, regalía o utilidad recibida en los últimos tres años, por cada uno de vigencia del contrato, o al promedio de todo lo recibido, si el tiempo del contrato fuere menor (indemnización por daños y perjuicios derivados del lucro cesante); establece también que cuando el empresario revoque o dé por terminado unilateralmente el contrato sin justa causa comprobada o lo dé por terminado el agente con justa causa imputable al empresario (cfr., Art. 1327 Ccom), éste deberá pagar al agente (además de la indemnización anterior) una indemnización equitativa, fijada por peritos, como retribución a sus esfuerzos por acreditar la marca, la línea de productos o los servicios objeto del contrato (indemnización por clientela)⁸⁶. Se dispone asimismo con carácter tutelar para el agente que éste tendrá los derechos de retención y privilegio sobre los bienes o valores del empresario que se hallen en su poder o a su disposición, hasta que se cancele el valor de la indemnización y hasta el monto de dicha indemnización (Art. 1326 Ccom). Las acciones para reclamar las indemnizaciones prescriben a los cinco años (Art. 1329 Ccom); se entiende que a contar desde la efectiva extinción del contrato.

Este sistema resulta imperativo u obligatorio para los contratos de agencia comercial, aunque, a la vista de la amplitud con que se concibe la agencia en la legislación colombiana y atendida a la proximidad funcional ya comentada entre la agencia y los contratos de distribución en sentido estricto, entiendo que podría hacerse extensivo a los contratos de distribución exclusiva. Las condiciones que

86 La Sentencia de 28 de febrero de 2005 de la Suprema Corte de Justicia de la República de Colombia considera que estas indemnizaciones son irrenunciables, considerándolas cuestiones de orden público, si bien admite que las partes puedan pactar una retribución anticipada (no renuncia en sentido estricto) durante la duración de un contrato sometido a plazo determinado de la indemnización correspondiente a la doceava parte del promedio de la comisión, regalía o utilidad recibida en los últimos tres años, por cada uno de vigencia del contrato.

pueden darse en un contrato de agencia para exigir indemnizaciones al principal, pueden reproducirse en algunos casos de contratos de concesión o distribución exclusiva⁸⁷.

Cerramos así esta primera parte introductoria al estudio del fenómeno de la distribución comercial desde la perspectiva contractual, que considera la viabilidad y conveniencia de incluir la agencia de esta categoría.

En la segunda parte este trabajo sobre aspectos contractuales, nos vamos a ocupar ya, con carácter específico de los contratos de distribución comercial en sentido estricto.

87 No obstante, el estado actual de la legislación colombiana podría dar un giro radical si finalmente llega a aprobarse el Tratado de Libre Comercio Andino-EE.UU, cuyo Capítulo 11 (“Comercio Transfronterizo de Servicios”) en su Anexo 11-E, relativo a la Agencia Comercial, prevé que los Estados parte del Tratado, en el plazo de seis meses desde la entrada en vigor del mismo, deberán: *a*) declarar inaplicable cualquier medida legal por la que, a la terminación del contrato de agencia, se otorgue un derecho al agente consistente en el pago por el principal de una suma equivalente a una porción de la comisión, regalía o utilidad recibida por aquél en virtud del contrato; *b*) modificar la normativa para revocar cualquier aplicación automática de una indemnización al agente con motivo de la terminación del contrato de agencia comercial sin justa causa o con justa causa provocada por el comportamiento del principal, por la que éste deba pagar al agente una retribución por sus esfuerzos para acreditar la marca, la línea de productos o los servicios objeto del contrato, sin perjuicio de que esta indemnización pueda ser pactada expresamente por las partes en el contrato o, caso contrario, pueda ser determinada caso por caso de conformidad con los principios generales de derecho contractual, como son los costos no recuperados, el lucro cesante, ruptura de la confianza o cualesquiera otros, siempre que las partes contemplaran esta posibilidad en el contrato. Se pasa así de un sistema de indemnizaciones por daños y por clientela de corte imperativo, a un sistema de indemnizaciones por daños y/o por clientela de corte netamente contractual.

Caso de aprobarse finalmente el TLC Andino-EE.UU, se produciría un importante cambio de modelo: se pasaría de un sistema de indemnización por daños y por clientela de corte imperativo, a un sistema de indemnizaciones por daños y/o por clientela de corte netamente contractual. No obstante, considero que los EE.UU. pretenden imponer su comprensión ultraliberal del derecho, poniendo como condición el pacto contractual: el agente (o, en su caso, el distribuidor), podrá exigir una indemnización al principal si se pacta expresamente esa indemnización en el contrato o se contempla la posibilidad de exigirla de acuerdo con los principios generales del derecho contractual. Modelo distinto al establecido en los Estados miembros de la Unión Europea, donde se prevé legalmente el derecho del agente a reclamar indemnizaciones por daños y perjuicios y/o por clientela en la terminación del contrato de agencia sin justa causa por parte del principal, por denuncia del agente si existen circunstancias imputables al principal o -en el caso de la indemnización por clientela- por muerte o declaración de fallecimiento del agente, siempre y cuando demuestre la existencia de daños derivados de la extinción anticipada o la existencia de ventajas competitivas para el principal como consecuencia de su actividad. Esto es, un modelo intermedio (entre las indemnizaciones imperativas, que resultan claramente ineficientes, y las indemnizaciones pactadas en el contrato, que favorecen claramente al principal frente al agente), que prevé la existencia del derecho a reclamar indemnizaciones cuando se prueben la existencia de factores objetivos determinados legalmente; modelo, además, que por partir de criterios de valoración objetivados, puede hacerse extensivo a otros contratos funcionalmente análogos al contrato de agencia, como son los contratos de distribución.

REFERENCIAS

Ávila De La Torre, A., “Consideraciones generales en torno al concurso en los contratos de distribución”, en HERRERO GARCÍA, M^a J. (Dir.), *La Contratación en el Sector de la Distribución Comercial*, Thomson-Reuters Aranzadi, Navarra, 2010, pp. 351 y Ss.

Bercovitz Álvarez, R., “El contrato de suministro”, en BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, A./ CALZADA CONDE, Ma. A., (Dir.), *Contratos Mercantiles*, Tomo I, Thomson-Reuters Aranzadi, Navarra, 2009, pp. 551 y ss.

Bercovitz Álvarez, R., “El contrato de agencia”, en BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, A./CALZADA CONDE Ma. A. (Dir.), *Contratos Mercantiles*, T. I. Thomson-Reuters Aranzadi, 2009, pp. 711 y ss.

Broseta Pont, M./Martínez Sanz, F., *Manual de Derecho Mercantil*, Vol. I, 17^a ed., Tecnos, Madrid, 2010; CAMACHO DE LOS RÍOS, J. “Actualidad del contrato estimatorio. Su problemática”, en AA.VV. *Estudios en Homenaje al Profesor Justino Duque Domínguez*, Vol. II., Universidad de Valladolid, 1998, pp. 1207 y ss.

Carbajo Cascón, F., “El contrato de distribución selectiva”, en BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, A./CALZADA CONDE, Ma. A., (Dir.), *Contratos Mercantiles*, Thomson-Reuters Aranzadi, Madrid, 2009, pp. 816 y ss.

Carbajo Cascón, F., *La distribución selectiva y el comercio paralelo de productos de lujo*, Ibáñez-DePalma-Universidad Javeriana de Bogotá, Santa Fe de Bogotá, 2009

Carbajo Cascón, F., “La Distribución en Internet”, en HERRERO GARCÍA, Ma. J. (Dir.), *La Contratación en el Sector de la Distribución Comercial*, Thomson-Reuters Aranzadi, Navarra, 2010, pgs. 163 y ss.

Carraro, L. *Il mandato ad alienare*, Cedam, Padova, 1983

Castresana Herrero, A., “Anotaciones críticas al contrato estimatorio: la historia silenciada de un pacto de garantía”, en HERRERO GARCÍA, Ma. J. (Dir.), *La Contratación en el Sector de la Distribución Comercial*, Thomson-Reuters Aranzadi, Navarra, 2010, pp. 369 y ss.

Cuberos De Las Casas, F., *Agencia Comercial: entre la comparación y la exégesis*, Revista de Facultad de Derecho de la Universidad de los Andes, 2005

De Félix Parrondo, E., “Problemática de la fijación de precios en los contratos entre operadores petrolíferos y estaciones de servicio”, Revista de Derecho de la Competencia y la Distribución, La Ley, N° 4, 2009, pp. 197 y ss.

De Miguel Asensio, P.A., *Contratos internacionales sobre propiedad industrial*, 2^a ed., Civitas, Madrid, 2000

Domínguez García, M.A. “Aproximación al régimen jurídico de los contratos de distribución. Especial referencia a la tutela del distribuidor”, Revista de Derecho Mercantil, 1985, pp. 419 y ss.

Díaz Echegaray J.L., “El contrato de distribución exclusiva o de concesión”, en BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, A. / CALZADA CONDE, Ma. A. (Dir.), *Contratos Mercantiles*, T. I, Thomson-Reuters Aranzadi, Navarra, 2009, pp. 762 y ss.

Domínguez García, M.A., “Los contratos de distribución: agencia y concesión comercial”, en CALVO CARAVACA/FERNÁNDEZ DE LA GÁNDARA (Coord.), *Contratos internacionales*, Tecnos, Madrid, 1997, pp. 1275 y ss.

Domínguez García, M.A., “El contrato de franquicia”, en BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, A./CALZADA CONDE, Ma. A. (Dir.), *Contratos Mercantiles*, Vol. I, Thomson-Reuters Aranzadi, Madrid, 2009, pp. 876 y ss.

Echebarría Sáenz, J.A., *El contrato de franquicia*, McGraw-Hill, Madrid, 1995; FLAQUERT RIUTORT, J., *La protección jurídica del agente comercial*, Marcial Pons, Madrid, 1999

Galán Corona, E. “Los contratos de distribución. Ideas generales”, en HERRERO GARCÍA, Ma. J. (Dir.), *La Contratación en el Sector de la Distribución Comercial*, Thomson-Reuters Aranzadi, Navarra, 2010, pp. 21 y ss.

Giner Parreño, C.A., *Distribución y Libre Competencia (El aprovisionamiento del distribuidor)*, Montecorvo, Madrid, 1994

Górriz López, C., *Distribución Selectiva y Comercio Paralelo*, Thomson-Civitas, Madrid, 2007; HERNANDO JIMÉNEZ, A., *El contrato de franquicia de empresa*, Civitas, Madrid, 2000

Hurtado Palominio, J.V., “Aspectos generales del contrato de agencia comercial en Colombia”, en AA.VV., *2º Congreso Internacional de Derecho Empresarial y Contractual. Organización y Actividad Empresarial*, Universidad Santo Tomás Seccional Bucaramanga, octubre 2010, pp. 1/43 y ss.

Iglesias Prada, J.L., “Notas para el estudio del contrato de concesión mercantil”, en AA.VV., *Estudios en Homenaje a R. Uría*, Civitas, Madrid, 1978

Martínez Sanz, F., “En torno a las consecuencias patrimoniales de la extinción del contrato de distribución comercial. (A propósito de la STS, Sala 1ª, de 27 de mayo de 1993)”, *Cuadernos de Derecho y Comercio*, 1993, pp. 217 y ss.

Martínez Sanz, F., “Contratos de distribución comercial: concesión y franchising”, *Scientia Iuridica*, 1995, pp. 348 y ss.

Martínez Sanz, F., *La distribución a través de agentes y Derecho de defensa de la Competencia*, Revista de Derecho Mercantil, 1996; MARTÍNEZ SANZ, F., *La indemnización por clientela en los contratos de agencia y concesión*, 2ª edición, Civitas, Madrid, 1998

Moralejo Menéndez, I. *El contrato mercantil de concesión*, Aranzadi, Navarra, 2007; MORALEJO MENÉNDEZ, I., “El contrato estimatorio”, en BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, A./ CONDE CALZADA, Ma. A., (Dir.), *Contratos Mercantiles*, Thomson-Aranzadi, Navarra, 2009, pp. 582 y ss.

Morales Arias, L.G., “El contrato de agencia mercantil (análisis comparativo entre el derecho colombiano y el derecho anglosajón)”, *Revista de Facultad de Derecho de la Universidad de los Andes*, 1988, pp. 39 y ss.

Muñoz, P.A., “Bases para el análisis de la integración vertical en la distribución comercial”, *Revista de Derecho Privado y Constitución*, 1995, pp. 185 y ss.

Ortuño Baeza, Ma. T., *La Licencia de Marca*, Marcial Pons, Madrid, 2000

Pardolesi, R. *I contratti di distribuzione*, Jovene, Napoli, 1979; PAZ-ARES, C., “La indemnización por clientela en el contrato de concesión”, en A.A.VV., *Estudios Jurídicos en Homenaje al profesor Justino Duque*, T. II, Universidad de Valladolid, Valladolid, 1998, pp. 1287 y ss.

Pellisé De Urquiza, C., *Los contratos de distribución comercial*, Bosch, Barcelona, 1999; PUENTE MUÑOZ, Ma. T., *El contrato de concesión mercantil*, Montecorvo, Madrid, 1976

Roncero Sánchez, A. *El contrato de licencia de marca*, Civitas, Madrid, 1999; SACRISTÁN BERGIA, F., “Resolución del contrato de concesionario de automóviles y derecho a la indemnización por clientela”, *Revista de Derecho de la Competencia y la Distribución*, La Ley, N° 2, 2008, pp. 275 y ss.

Santini, G. *El Comercio. Ensayo de economía del derecho*, Ariel, Barcelona, 1988; VAQUERO PINTO, Ma. J., “Contrato de distribución autorizada o selectiva”, en BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R., (Dir.), *Tratado de Contratos*, Vol. III, Tirant lo blanch, Valencia, 2009, pp. 3190 y ss.

Vaquero Pinto, M^a J., “La terminación de los contratos de distribución”, en HERRERO GARCÍA, Ma. J. (Dir.), *La Contratación en el Sector de la Distribución Comercial*, Thomson-Reuters Aranzadi, Navarra, 2010, pp. 313 y ss.

Vérgez Sánchez, M., “Compraventa mercantil y contrato de permuta”, en BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, A./ CALZADA CONDE, Ma. A., (Dir.), *Contratos Mercantiles*, Tomo I, Thomson-Reuters Aranzadi, Navarra, 2009, pp. 143 y ss.

Vicent Chuliá, F., *Introducción al Derecho Mercantil*, 20^a ed., Tirant lo blanch, Valencia, 2007