

El Contrato de Agencia Comercial

Por: Alfredo F. Soria Aguilar*
Fabiola Blondet Ríos**

“El presente artículo trata el tema del Contrato de Agencia Comercial, figura atípica que no cuenta con una regulación específica y que se diferencia de otras figuras típicas y atípicas dadas sus características y elementos especiales. El autor nos detalla las reglas aplicables al Contrato de Agencia Comercial así como los cuestionamientos derivados de su uso comercial”.

I. Introducción

Pese a que en muchas legislaciones, entre ellas la nuestra, el contrato de agencia comercial no se encuentra regulado normativamente, esta figura contractual es utilizada frecuentemente por los empresarios de diferentes países. Precisamente ello nos ha motivado a efectuar una aproximación sobre esta figura atípica, analizando sus elementos esenciales y accesorios, las reglas aplicables al contrato de agencia, así como los principales inconvenientes de esta figura y su diferencia con otros contratos típicos y atípicos.

II. El Contrato de Agencia Comercial:

El contrato de agencia comercial no cuenta con una regulación legal específica, a la fecha. En consecuencia, la primera pregunta que surge consiste en saber si es que las distintas prestaciones esenciales que se incorporan en un contrato de agencia comercial, lo categorizan como un contrato atípico, o si por el contrario, simplemente responden a una unión de contratos¹ (llamados también contratos coaligados o coligados²), los cuales implican la coexistencia de una pluralidad de contratos que, pese a su vinculación, no pierden su propia individualidad y responden circunstancialmente a una necesidad compleja.

La interrogante debe ser respondida dado que no es lo mismo una operación elaborada utilizando dos o más figuras contractuales (típicas o atípicas), las cuales respetan y mantienen intacta su individualidad (coexistiendo tantas causas como contratos formen parte de dicha operación) que celebrar un contrato atípico, el cual, puede contener prestaciones pertenecientes a dos o más contratos, pero que implican la configuración de una entidad distinta de los elementos que lo componen.

Precisamente Arce marca el límite entre ambos fenómenos de la contratación, cuando expresa que “la diferencia entre el contrato atípico y los contratos coaligados es que, en el primer caso, hay unidad en el contrato, y en el segundo interesa el fenómeno de la dualidad o pluralidad de contratos”³.

Al respecto también Santos Briz ha escrito que debemos excluir del concepto de contrato atípico a la simple “unión de contratos” los cuales suponen “la mera unión externa de contratos autónomos contenidos en un solo documento o en una sola negociación verbal”⁴ pues, dicho supuesto no implica la existencia de una unidad de causa, sino simplemente la concurrencia de un número plural

* Profesor de Contratos en las Facultades de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú (PUCP) y de la Universidad Peruana de Ciencias Aplicadas (UPC). Egresado de la Maestría en Derecho de la Empresa PUCP. Estudios de Postgrado en la Universidad de Buenos Aires.

** Adjunto de Docencia del Curso Contratos Especiales 1 en la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú (PUCP).

1 Nos referimos a cualquiera de las modalidades de “Unión de Contratos” propuesta Guillermo Borda: “1) Unión externa. Se trata de dos contratos perfectamente separados y sólo unidos por el instrumento celebrado (...) 2) Unión con dependencia unilateral o bilateral. Los contratos son distintos pero unidos en la intención de las partes, de tal modo que no se desea uno sin el otro (...) 3) Unión alternativa. Se acuerda la celebración de dos contratos en forma alternativa, de modo que cumplida cierta condición, sólo uno de ellos subsiste” En: BORDA, Guillermo. Manual de Contratos, Abeledo Perrot, Decimonovena edición, Buenos Aires, p. 29.

2 Así lo sostiene Bianca cuando señala que el coligamento funcional “implica la unidad del interés globalmente perseguido, pero aquél no excluye que tal interés sea realizado a través de contratos diversos, que se caracterizan por interés inmediato, autónomamente identificable que es sin embargo instrumental o parcial respecto al interés unitario perseguido a través del conjunto de los contratos”. BIANCA, Massimo, Diritto Civile, Il Contratto, Nuova ristampa con aggiornamento, Vol. III, Giuffrè Editore, Milan, 1998 p. 457. Citado por MORALES HERVIAS, Rómulo. Estudios sobre Teoría General del Contrato, Grijley, Lima, 2006, p.359. Nota a pie de página.

3 ARCE GARGOLLO, Javier Contratos Mercantiles Atípicos, Editorial Porrúa. México D.F., 1985, p. 147.

4 SANTOS BRIZ, Jaime. Derecho Civil. Derecho de Obligaciones. Los Contratos en Particular, Editorial Revista de Derecho Privado, Tomo IV, Madrid, 1973, p. 3.

de contratos autónomos e independientes, cada uno de los cuales responde a una causa particular distinta de los otros contratos concurrentes.

Para conocer si es que efectivamente el contrato de agencia es un contrato atípico, o si por el contrario, se trata de una operación en la que simplemente coexisten una pluralidad de contratos unidos circunstancialmente, resulta necesario analizar primero, cuáles son los elementos esenciales del contrato de agencia comercial y en segundo lugar, si es que dichos elementos constituyen una simple "unión de contratos" es decir, una figura en la que coexisten una pluralidad de contratos (con una pluralidad de causas) o si por el contrario, concretan en su conjunto una entidad distinta de sus elementos (es decir, se configura una unidad de causa).

III. Elementos Esenciales del Contrato de Agencia Comercial

En nuestro país, el contrato de agencia comercial no se encuentra regulado en una ley especial que lo defina y que le otorgue una disciplina particular propia. Por ello, la búsqueda de los elementos esenciales del contrato de agencia la efectuaremos a la luz de las distintas definiciones aportadas por la doctrina, legislaciones extranjeras, así como por algunas instituciones internacionales, entendiendo que si bien existen en su definición múltiples variables, es posible identificar rasgos comunes que puedan brindarnos una definición básica que nos permita comprender esta figura contractual.

Indicamos a continuación algunas definiciones acerca del contrato de agencia, que nos permitirán extraer aquellos elementos indispensables o tipificantes de esta figura:

De Aguinis señala que "Podemos caracterizar el contrato de agencia como aquel por el cual una parte, llamada agente, actuando autónomamente y en virtud de una relación estable, promueve contratos y genera clientela a favor de otra, llamada proponente, mediante el pago de una retribución."

Marzorati entiende que "La agencia es un contrato por medio del cual una parte denominada comitente encarga a otra llamada agente la promoción de negocios por su cuenta y orden. En otras palabras, la agencia es un medio idóneo para que el fabricante comercialice su producción a través de un tercero quien no sólo promueve la venta de bienes, sino también la de servicios. (...)"⁶

En nuestro país, Hundskopf precisa que el agente "(...) Realiza una labor de promoción y cooperación y lo hace de forma interesada, porque, por regla general,

su remuneración dependerá de los contratos que logre promover, es decir, del éxito de su gestión."⁷

De las definiciones anotadas, podemos concluir que el contrato de agencia es el acuerdo de voluntades mediante el cual una parte llamada agente se compromete frente al agenciado, a promover los negocios de éste último, de manera permanente y con sus propios recursos, cooperando en la negociación y celebración de contratos relativos a los bienes o servicios del agenciado. El agente realizará estas actividades de manera independiente al agenciado, a cambio de una contraprestación económica.

"(...) el contrato de agencia comercial, no se encuentra regulado en una ley especial que lo defina y que le otorgue una disciplina particular propia. Por ello, la búsqueda de los elementos esenciales del contrato de agencia, la efectuaremos a la luz de las distintas definiciones aportadas por la doctrina, legislaciones extranjeras, así como por algunas instituciones internacionales (...)"

Como ya hemos expresado, si bien esta figura no cuenta con una tipicidad legal, es decir, reglas establecidas en las normas legales, el contrato de agencia cuenta con tipicidad social, es decir con reglas sociales, las cuales provienen de los usos y las prácticas comerciales. Son precisamente estas reglas sociales las que determinan los elementos esenciales del contrato de agencia. Estas reglas sociales son recogidas por la doctrina y por ello, considerando las definiciones enunciadas, podemos extraer los siguientes elementos comunes que a nuestro entender, son indispensables para configurar un contrato de agencia.

3.1. Elemento Subjetivo

La figura no establece ninguna cualidad especial en las partes que celebran el contrato. En consecuencia pueden ser parte de este contrato, indistintamente como agente o como agenciado, cualquier persona ya sea persona natural o persona jurídica.

3.2. Contenido Mínimo Negocial (Elemento Objetivo)

Nos referimos a las prestaciones o elementos mínimos e indispensables que resultan necesarios para considerar a una figura que se presenta en la realidad como un contrato de agencia. En nuestra opinión, dichos elementos son los siguientes:

5 M. DE AGUINIS, Ana María. "Contrato de Agencia Comercial" Bs. As., Astrea, 1991. Pág. 21.

6 Marzorati, Osvaldo G. "Sistemas de Distribución Comercial" Bs. As. Astrea, 1990. Pág. 9

7 HUNDSKOPF, Osvaldo. "Contrato de Agencia Mercantil" en *Advocatus* – Época 1 No. 6. 1994. Pág.13.

3.2.1. Promoción y Comercialización de los Bienes y Servicios del Agenciado

La promoción de los bienes o servicios del agenciado constituye la principal obligación a cargo del agente quien debe impulsar las ventas del negocio del agenciado, promocionando los productos y servicios entregados o autorizados por el agenciado para tal efecto.

Es verdad que no necesariamente esta promoción finalizará con la contratación del producto o del servicio por parte de los clientes, sin embargo estos esfuerzos se encaminarán decididamente a ello. Efectivamente, el agente buscará culminar el iter negocial con los clientes, a través de la celebración de contratos relativos a los bienes o servicios del agenciado porque precisamente de la comercialización de los mismos obtendrá sus beneficios como tal.

Es por esta razón que se cataloga al contrato de agencia como un acuerdo de cooperación con el agenciado, dado que el agente, a través de sus múltiples estrategias de promoción, facilitará y de ser el caso, concretará las contrataciones de los bienes o servicios del agenciado.

Cabe indicar que estas actividades de promoción y comercialización no se realizarán de manera esporádica o eventual sino que el agente debe desarrollar estas prestaciones de manera continua. Por ello Bravo ha precisado que *"(...) la estabilidad no sólo conlleva que el agente promueva el negocio del agenciado y no uno o más contratos determinados, sino que la actividad en mención deberá desarrollarse con cierta continuidad. (...) En tal virtud, de haber continuidad, el agente podrá cumplir con su obligación de promoción."*⁸

3.2.2. Autonomía en las Actividades del Agente

El agente no está en relación de subordinación respecto del agenciado. El agente desarrolla sus actividades con autonomía y deberá ser capaz de organizar su propio personal y sus propios recursos.

Lo expresado no implica que el agente realice sus actividades sin coordinación alguna con el agenciado o alejado de las políticas comerciales de éste. El éxito del contrato de agencia radica precisamente en la suma coordinada de los esfuerzos del agente y del agenciado, para lograr el objetivo de comercialización que beneficiará a ambos. Por ello autores como Hunskopf han comentado que el contrato de agencia implica "un contrato horizontal para cooperar con el agenciado"⁹. En tal sentido, eso no descarta la posibilidad del agenciado de brindar determinadas pautas o directivas acerca de aspectos técnicos, de marketing o comerciales que permitirán al agente cooperar adecuadamente en la comercialización de los bienes o servicios del agente, o que le permitan a los consumidores o potenciales clientes identificar al

agente con el agenciado, pese a que el agente no sea trabajador o una empresa subsidiaria de este último.

Por ello es sumamente necesario, por razones comerciales, que el agente informe de sus actividades y hasta se obligue a respetar disposiciones y estrategias comerciales del agenciado. Como correlato de ello, resulta indispensable que el agenciado cuente con facultad para inspeccionar o fiscalizar el cumplimiento del agente de dichas pautas o disposiciones, sin que ello pueda ser considerado, en modo alguno, como un rasgo sintomático de laboralidad, dado que se trata de una facultad necesaria, consistente con la prestaciones contenidas en el contrato de agencia.

Sin duda el agenciado no tendrá las facultades de dirección o sanción propias de una relación laboral pues su relación con agente es una relación comercial.

Asimismo, el contrato de agencia implica una obligación del agenciado de asistir al agente y de brindarle toda información útil como listas de precios, catálogos, formatos de contratos, notas de venta, condiciones de venta, descuentos, etc., para que el agente pueda promover y concretar adecuadamente la comercialización de los bienes o servicios del agenciado. Al respecto, Ana María M. de Aguinis ha expresado que esta prestación es mutua: *"(...) suministrarse recíprocamente toda la información conveniente para el ejercicio de la representación, distribución y ventas que se convinieren en el contrato"*¹⁰. El agente constituye en verdad, un intermediario entre el agenciado y el cliente o potencial consumidor de los productos o servicios que se comercialicen. Por ello, la información y pautas que pueda recibir por parte del agenciado son esenciales para la prestación satisfactoria de sus obligaciones. A esto podemos agregar que dada la intermediación entre el agente y la clientela, el agente no asume el riesgo de la pérdida de la operación.

3.2.3. Contraprestación a Favor del Agente

Por las prestaciones realizadas por el agente el agenciado se encuentra obligado a pagar una contraprestación. Es decir, el contrato de agencia es un contrato a título oneroso.

La contraprestación del agente (así como los beneficios del agenciado) normalmente dependerá de los productos o servicios que sean comercializados. Es decir, no se retribuye al agente simplemente por el esfuerzo que despliegue para realizar sus prestaciones de promoción de los productos y servicios.

Cabe precisar que esta contraprestación no es una "remuneración" como algunos autores expresan¹¹.

8 BRAVO MELGAR, Sidney Alex. "Contratos atípicos e innominados: contratos modernos empresariales" Lima, Eds. Legales Iberoamericana, 2003. Pág.715.

9 HUNDSKOPF, Oswaldo. "Contrato de Agencia Mercantil" en *Advocatus* – Época 1 No. 6. 1994. Pág.17.

10 M. DE AGUINIS, Ana María. "Contrato de Agencia Comercial" Bs. As., Astrea, 1991. Pág. 95.

11 Entre dichos autores: De Aguinis, Bravo, Marzorati, Hunskopf y Cárdenas.

Deslindamos desde ahora a la contraprestación o retribución que recibe el agente de aquella categoría propia del ámbito laboral denominada remuneración, para evitar confusiones con un contrato de naturaleza laboral. Asimismo, precisamos que tampoco es exacta la denominación utilizada por autores como Rodríguez Quezada¹² y Marzorati¹³ quienes utilizan el término “comisión” dado que dicha denominación es propia del contrato de comisión mercantil, contrato distinto del contrato de agencia, como analizaremos más adelante.

3.3. Función Económica Social (Elemento causal)

Todo contrato de agencia cumple la función económica social de permitir la promoción y contratación de los bienes o servicios del agenciado. Para dichos efectos, el agente deberá ponerse en contacto con potenciales clientes (o clientes) del agenciado, para brindarles información sobre los productos o servicios del agenciado con la finalidad de poder concretar la comercialización de los mismos.

IV. Pactos que Pueden Incorporarse al Contrato de Agencia Comercial (Elementos no Esenciales)

En virtud del principio de libertad contractual, el contrato de agencia puede incorporar otros pactos de diferente índole, entre los que destacan los siguientes:

4.1. Representación

Dependiendo de lo pactado, el agente podría desarrollar sus actividades en representación del agenciado. Es decir, en caso se le hubiera otorgado la representación, el agente estaría facultado a actuar en nombre del agenciado. En consecuencia, todos los derechos y obligaciones de los contratos que suscriba el agente, en nombre del agenciado, vincularán directamente al agenciado con los respectivos clientes.

4.2. Exclusividad

La exclusividad puede ser otorgada a favor del agenciado o del agente. Por ello, describiremos a continuación cada uno de dichos escenarios.

4.2.1. Exclusividad a Favor del Agenciado

La exclusividad puede ser otorgada a favor del agenciado. En ese escenario el agente tiene la obligación de no competir directa o indirectamente con el agenciado. Es decir, el agente no puede comercializar productos de una marca o empresa que compita y que pueda afectar el margen de ganancias del agenciado.

Hundskopf indica que: “La cláusula de exclusividad dentro del contrato de agencia se refiere a la prohibición de que en una misma zona territorial, laboren para un mismo empresario varios agentes para el mismo ramo de actividades, o viceversa, que un agente realice una labor de promoción para

el mismo giro de negocios de varias empresas en competencia entre sí.”¹⁴

4.2.2. Exclusividad a Favor del Agente

Las estipulaciones del contrato de agencia pueden incluir también la asignación exclusiva de una zona de trabajo a favor del agente. Es decir, el agenciado le otorga al agente la posibilidad de promocionar y comercializar los productos y servicios en una determinada área geográfica, comprometiéndose a que no designará a otro agente en la misma durante el tiempo que se hubiere convenido.

V. Reglas Aplicables al Contrato de Agencia Comercial

Como hemos señalado, el contrato de agencia es un contrato atípico con tipicidad social, dado que debido a su reiterado uso en el mercado cuenta con ciertas reglas sociales. Un contrato atípico con tipicidad social es aquel contrato que, a pesar de carecer de una disciplina particular propia otorgada por la ley, cuenta con una regulación particular que viene dada por las reglas sociales y supletoriamente por otras fuentes del derecho.

Al igual que cualquier contrato típico o atípico, el contrato de agencia se regirá en primer lugar por lo pactado por las partes, siempre que no contenga estipulaciones que sean contrarias a norma imperativa, el orden público o las costumbres. Asimismo, en defecto de pacto entre las partes, el contrato de agencia se regirá por las siguientes reglas:

5.1. Los Usos y Costumbres

Al celebrar un contrato de agencia, el cual es un contrato atípico con tipicidad social, los particulares entienden que los eventuales vacíos de su respectivo contrato serán cubiertos de conformidad a los usos y costumbres que rigen dicho contrato en una determinada plaza.

Sin duda, en el marco de un contrato que cuenta con reconocimiento social, es decir, un contrato respecto del cual la sociedad conoce sus alcances y consecuencias sin necesidad de que los mismos hayan sido acogidos en alguna ley, resulta totalmente razonable que las partes cubran cualquier vacío que pueda presentar lo pactado, con reglas o criterios que vienen dados por los usos y costumbres sociales.

Así, cuando se celebra un contrato de agencia, las partes esperarían que ante una omisión en el contrato suscrito, el vacío sea cubierto con aquella regla que comúnmente se aplica en una determinada plaza o mercado, aunque dicha regla social sea contraria a alguna disposición legal supletoria.

12 Autor citado por M. DE AGUINIS, Ana María. “Contrato de Agencia Comercial” Bs. As., Astrea, 1991. Pág. 22.

13 Marzorati, Osvaldo G. “Sistemas de Distribución Comercial” Bs. As. Astrea, 1990. Pág. 28. Este autor indica que la retribución es, generalmente, una “comisión”.

14 HUNDSKOPF, Osvaldo. “Contrato de Agencia Mercantil” en *Advocatus* – Época 1 No. 6. 1994. Pág. 18.

Según las normas vigentes, los usos y costumbres (reglas sociales), pueden aplicarse inmediatamente después de verificar que el propio contrato no contiene una estipulación que pueda dar una respuesta al inconveniente presentado.

Así lo dispone el artículo 2° del Código de Comercio, el cual establece que “los actos de comercio, sean o no comerciantes los que los ejecuten (...) se regirán por las disposiciones contenidas en él; en su defecto por los usos del comercio observados generalmente en cada plaza”. Si bien es cierto, dicha norma es de antigua data, aún continúa vigente y no ha sido derogada¹⁵.

Asimismo, otra norma que reconoce la prioridad de las reglas sociales respecto de las disposiciones legales supletorias, es el propio artículo 1353° del Código Civil, el cual señala que las reglas generales acerca de contratos serán aplicables a cualquier contrato (sea típico o atípico), “salvo en cuanto resulten incompatibles con las reglas particulares de cada contrato”.

Como es fácil de advertir, este artículo si bien establece como regla general que a todos los contratos (inclusive a los atípicos) les resultan de aplicación las reglas generales acerca de contratos, dicha norma también precisa que eso será así salvo en cuanto dichas normas generales acerca de contratos “resulten incompatibles con las reglas particulares de cada contrato”.

“Un contrato atípico con tipicidad social es aquel contrato que, a pesar de carecer de una disciplina particular propia otorgada por la ley, cuenta con una regulación particular que viene dada por las reglas sociales y supletoriamente por otras fuentes del derecho.”

Es precisamente la salvedad establecida en el artículo 1353° del Código Civil la que admite a las reglas sociales (contenidas en los usos y costumbres), como regla aplicable inmediatamente después de verificar que las partes no han establecido pacto alguno en su respectivo contrato que solucione una determinada situación.

Efectivamente, si aceptamos que los Contratos Atípicos con Tipicidad Social contienen “reglas particulares” que vienen dadas por los usos y costumbres, en aplicación del artículo 1353° del Código Civil, no podría admitirse que dichas “reglas particulares” (reglas sociales) puedan ser postergadas para aplicar las reglas generales de contratos. Como consecuencia de lo expresado, los usos y costumbres que son las “reglas particulares” del contrato atípico con tipicidad social, serán las reglas inmediatamente aplicables, en caso de defecto o vacío en el pacto de las partes. Como resulta evidente, esta interpretación resulta plenamente concordante con lo establecido en el artículo 2° del Código de Comercio.

Adicionalmente no debemos olvidar que el artículo 1362° del Código Civil establece que todos los contratos “deben negociarse, celebrarse y ejecutarse según las reglas de la buena fe”. En tal sentido, sería totalmente ajena a dicha interpretación que un determinado contrato atípico, que cuenta con tipicidad social, sea interpretado dejando de lado lo que los usos y costumbres prevén para dicho contrato.

Como lo ha expresado Fernández “la interpretación del contrato según buena fe responde, entonces, al significado social del contrato; esto es, al significado corriente en la práctica que imponen los usos y costumbres”¹⁶. En similar sentido, Bullard sostiene que “las partes dejan imprecisiones contractuales en la esperanza que los intérpretes los cubrirán por las reglas usuales, derivadas de la práctica económica, y que responde a determinada racionalidad económica”¹⁷. En consecuencia, no sería una interpretación acorde a derecho y a la buena fe, aquella que se aleje de los alcances y consecuencias que le otorgan las reglas sociales a un contrato con tipicidad social.

Como consecuencia de lo expresado, queda claro que existen sólidos argumentos legales para aceptar que los usos y costumbres deben ser aplicados inmediatamente después de verificar un vacío de las partes en un contrato de agencia, por tratarse de un contrato atípico con tipicidad social.

5.2. Aplicación de las Normas Generales de Contratos y Obligaciones

En aplicación del artículo 1353 del Código Civil, si es que en el marco de un contrato atípico con tipicidad social lo pactado por las partes no otorga solución a una situación conflictiva y tampoco se encuentra en los usos y costumbres respuesta a dicha situación, entonces recién quedaría habilitada la aplicación de las reglas generales de contratos y además las normas relativas a

15 Al respecto no compartimos la opinión de GUTIERREZ, quien omite interpretar la salvedad del artículo 1353° del Código civil, y señala que “Del texto podría colegirse que en los contratos mercantiles atípicos los usos del lugar prevalecen sobre las normas generales supletorias en materia de contratos y obligaciones. Tal interpretación es inadmisiblesi se tiene en cuenta el artículo 1353° del Código, que establece el ámbito de aplicación de las normas generales sobre contratación, y que a nuestro juicio ha derogado tal dispositivo”. GUTIERREZ CAMACHO, Walter, “Los Contratos Atípicos”, En: *Ius Et Praxis* N° 30, p. 132.

16 FERNÁNDEZ CRUZ, Gastón. “Introducción al estudio de la interpretación en el código Civil peruano”. En: VARIOS. *Estudios sobre el Contrato en General. Selección traducción y notas de LEON HILARIO, Leysser*, Segunda edición, ARA, Lima, 2004, p. 842.

17 BULLARD GONZALEZ, Alfredo. “De acuerdo en que no estamos de acuerdo”. *Análisis económico de la interpretación contractual*. En: VARIOS. *Tratado de la Interpretación del Contrato en América Latina. Tomo III*. Grijley. Lima. 2007. p. 1750.

las obligaciones según la naturaleza de las prestaciones involucradas (dar, hacer o no hacer).

5.3. Aplicación de las Reglas de Contratos Afines

Como lo señala el artículo 139° inciso 8 de la Constitución Política del Perú, los jueces no pueden dejar de administrar justicia por defecto o deficiencia de la ley¹⁸. Por ello, si es que habiendo superado las etapas anteriores, no se encontrara aún solución al inconveniente planteado en el marco de un contrato de agencia, apelando a los criterios doctrinarios sugeridos por la doctrina nacional y extranjera, el juez podría recurrir como última alternativa a las "normas de los contratos afines" utilizando para dichos efectos las tres teorías que existen al respecto: (i) Teoría de la Absorción, (ii) Teoría de la Combinación; y (iii) Teoría de la Aplicación Analógica. Es importante anotar que la aplicación de cualquiera de dichas teorías no debe dejar de lado la búsqueda de la compatibilidad con la función económica del contrato, la cual se "ha conceptualizado como la especial utilidad o necesidad que el contrato está llamado a realizar"¹⁹. En el contrato de agencia la función económica social del contrato consiste en permitir la promoción y contratación de los bienes o servicios del agenciado.

Cada una de las citadas teorías las explicamos brevemente a continuación.

(i) Teoría de la Absorción: Según esta teoría, debe analizarse al contrato atípico dividiéndolo en cada una de sus prestaciones, para determinar cual de ellas resulta ser la esencial o preponderante. Una vez identificado el elemento preponderante, se aplicará al contrato atípico las normas correspondientes al contrato al que corresponda el referido elemento esencial. En palabras de Arce, la Teoría de la Absorción consiste en determinar "cual es la prestación o elemento preponderante, y aplicar al contrato atípico las normas del contrato típico al que corresponde tal prestación o elemento preponderante. El negocio viene a ser absorbido en la figura del contrato típico que responde a dicha prestación"^{20 21}.

(ii) Teoría de la Combinación: Esta teoría señala que el contrato atípico debe ser segmentado o dividido en

cada uno de sus elementos, aplicando a cada elemento la norma del contrato típico al que corresponda el referido elemento contractual. Es decir, las normas supletorias del contrato atípico serán todas aquellas normas de los contratos típicos a los que pertenezcan todos y cada uno de los elementos o prestaciones que componen a la figura atípica.

Así, en palabras de Messineo, esta teoría implicaría fijar "una especie de alfabeto contractual, al que se podría recurrir para establecer la disciplina jurídica de cada uno de los contratos mixtos, haciendo previamente una descomposición de él en sus elementos, siendo entonces indiferente que estos últimos se encuentren (o no) en una posición de equivalencia o que uno de ellos subordine (o no) a los otros a él"^{22 23}.

Como lo expresa Diez Picazo, la aplicación de esta teoría importa además que "habrá de realizarse sin perder de vista el fin contractual pretendido"²⁴.

(iii) Teoría de la Aplicación Analógica o Teoría de la Analogía: Con gran sencillez Diez-Picazo describe a esta teoría como aquella que "recomienda la aplicación de la normativa de la figura tipificada más afín"^{25 26}. Es decir, a diferencia de las anteriores teorías, en el caso de la teoría de la aplicación analógica no se divide al contrato atípico en cada una de sus prestaciones, sino por el contrario, se analiza al contrato, todo en su conjunto, determinando cuál es el contrato típico que más se le asemeja. Verificada la similitud del contrato atípico con un contrato determinado, se establecerá que resultan de aplicación al contrato atípico analizado, las reglas correspondientes al contrato que más se le parezca.

En nuestro país, el Código Civil no acoge ninguna de dichas teorías, sin embargo, se trata de criterios doctrinarios que podrían dar respuesta a un vacío contractual.

Cada una de las distintas teorías comentadas podría aportar distintas respuestas a una situación determinada. En tal sentido, no debemos olvidar que la aplicación de las normas correspondientes a los contratos típicos afines, debe ser consistente con el respeto de lo que Alterini²⁷ señala como la "finalidad" o

18 En similar sentido, la Norma VIII del Título Preliminar del Código Civil señala que "Los Jueces no pueden dejar de administrar justicia por defecto o deficiencia de la ley. En tales casos, deben aplicar los principios generales del derecho y, preferentemente, los que inspiran el derecho peruano".

19 MOSSET ITURRASPE, Jorge. "Los contratos atípicos". En: Revista Jurídica Argentina La Ley. Tomo 1989-B. Sección Doctrina. p. 998.

20 ARCE GARGOLLO, Javier. Op. cit., p. 141.

21 Esta teoría podría ser criticada dado que, como lo sostiene Messineo "no siempre corresponde a la realidad el que se establezca la prevalencia de un elemento contractual sobre los demás (...) y por lo tanto, no siempre podría verificarse la absorción". Al respecto vid, MESSINEO, Francesco. Op. Cit., p. 397.

Una crítica adicional que puede hacerse a esta teoría es que, la aplicación de las normas correspondientes a un elemento preponderante podría dejar sin respuesta múltiples aspectos de los otros elementos, catalogados como secundarios, que no son atendidos por las normas del elemento preponderante.

22 MESSINEO, Francesco. Op. cit. p. 398.

23 La principal crítica a esta teoría es que olvida que el contrato atípico es una unidad y que la segmentación de sus elementos es un artificio que precisamente desconoce, como lo señala Messineo, que "el contrato no es una suma sino una síntesis". Al respecto vid., MESSINEO, Francesco. Op. cit. p. 399.

24 DIEZ-PICAZO, Luis. Sistema de Derecho Civil. Séptima Edición, Volumen II, Tecnos, Madrid. p. 38.

25 DIEZ-PICAZO, Luis. Op.cit. p. 38.

26 El principal cuestionamiento a la teoría de la analogía consiste en que las partes podrían terminar aplicando las reglas de un contrato que posiblemente ellas mismas querían evitar. En efecto, si las partes quisieran aplicar las reglas de un contrato conocido, entonces podrían simplemente celebrar dicho contrato sin recurrir a la negociación de una figura contractual atípica.

27 ALTERINI, Anibal. Contratos, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1998. p. 416.

“economía del contrato”, la cual denota la función que las partes le atribuyeron al celebrarlo. Como expresa Mosset “No obstante la aparente o formal afinidad entre uno atípico y otro típico, no se recurrirá a éste último si el juez, habiendo captado la intención común de las partes y las circunstancias la celebración del negocio (...) concluye que integración semejante no favorece los resultados económicos perseguidos”²⁸.

Entendemos que la teoría que respondería mejor a los inconvenientes que pudiera presentar el contrato de agencia, es la teoría de la combinación, dado que permitiría dar respuesta a todos y cada uno de los elementos o prestaciones que componen a la figura atípica.

En tal sentido, al contrato de agencia le podrían ser aplicables las siguientes reglas:

5.3.1. Reglas del Contrato de Prestación de Servicios en la Modalidad de Locación de Servicios.

Estas reglas pueden ser aplicables para las prestaciones vinculadas a la promoción o difusión permanente de los bienes o servicios del agenciado, la cual se manifiesta en las múltiples actividades que debe realizar el agente para promocionar y poder concretar la celebración de contratos con los clientes respecto de los productos y servicios del agenciado, entre dichas actividades podemos incluir mantener a la vista los carteles, afiches publicitarios, entregar publicidad escrita (volantes, catálogos, etc.) a los clientes y potenciales consumidores.

De esta manera, el agente cumple con la obligación de promocionar los bienes y servicios a favor del agenciado, siendo una tarea que no se cumple en un solo momento sino que se cumple de manera continua y no sólo se refleja en lo anteriormente indicado sino en el buen trato permanente y asesoría a los clientes del agenciado.

Así, en este orden de ideas, a la presente prestación podría aplicarse las reglas legales de la Prestación de Servicios (artículos 1755° al 1763° del Código Civil) así como las normas correspondientes al contrato de locación de servicios, contenidas en los artículos 1764° y siguientes del Código Civil.

5.3.2. Reglas del Contrato de Mandato y de Representación

El agente realiza o concreta contratos de bienes o servicios en interés del agenciado, por ser parte de su encargo, en tal sentido resultan aplicables las reglas del contrato de mandato.

El agente realiza muchos actos jurídicos en interés del agenciado, quien personifica la figura del mandante en el contrato de mandato. Así, serían de aplicación los artículos 1790° y siguientes del Código Civil respectivos al contrato de mandato, el cual a su vez y en similitud con el contrato de

agencia, puede contratarse con representación o sin ella.

Si nos encontráramos ante un contrato de agencia comercial en el que el agente actúa con representación se aplicarían a su vez las normas referidas a la representación, las mismas que se encuentran en los artículos 145° y siguientes del Código Civil.

5.3.3. Reglas del Contrato de Suministro

Se puede hacer uso de estas reglas en tanto el agenciado provee de manera periódica al agente, tanto los bienes que comercializará como los materiales o información vinculada a las actividades de promoción del agente, etc.

Se podría entender que de manera periódica o continua el agenciado tiene la obligación de suministrar lo señalado al agente para que éste último pueda llevar a cabo su prestación de promoción y contratación a favor del agenciado.

Asimismo, las disposiciones acerca del contrato de suministro contienen reglas específicas sobre la exclusividad, las cuales pueden resultar de aplicación en caso se hubiere estipulado la exclusividad en el contrato de agencia comercial.

5.3.4. Reglas del Contrato de Comodato

Estas reglas eventualmente podrían aplicarse en caso que el agente hubiera recibido temporalmente el uso de bienes, estantes, o elementos publicitarios del agenciado, sin tener que asumir una contraprestación específica por tal circunstancia.

Al respecto debe tenerse en cuenta que los bienes otorgados en comodato se presumen recibidos en buen estado de uso y conservación, salvo prueba en contrario. Asimismo, es una de las obligaciones del comodatario, en este caso el agente, emplear el bien para el uso determinado y custodiar y conservar el bien con la mayor diligencia y cuidado, haciéndose responsable de la pérdida o deterioro que no provenga de su naturaleza o del uso ordinario.

No nos es difícil asimilar esta figura a la obligación del agente de cuidar y utilizar, por ejemplo, los bienes, estantes o elementos publicitarios en pro de su deber de promoción de los bienes y servicios del agenciado. Siguiendo esta premisa, tenemos que los artículos a utilizarse para cubrir los vacíos acerca de estos aspectos son el 1728° y siguientes del Código Civil Peruano.

VI. Algunos Cuestionamientos Derivados de los usos Comerciales de esta Figura

6.1. Resolución sin Causa

Este es un problema que no sólo se da en el presente contrato sino en cualquier contrato con una cláusula similar. Estudiaremos especialmente sus efectos en el contrato de agencia comercial.

El contrato de agencia comúnmente contiene una cláusula resolutoria a favor del agenciado, la cual para hacerse efectiva no necesita de causa alguna. Se trata de un supuesto de resolución anticipada del contrato sin que medie causa. Así, el agenciado podrá resolver el contrato en cualquier momento sin necesidad de ampararse en alguna causal como por ejemplo mala gestión del agente que autorizó, vencimiento del plazo contractual, algún incumplimiento contractual, etc.

Esta cláusula es válida toda vez que uno de los principios de la contratación es la libertad contractual que, precisamente, permite a las partes estipular las disposiciones que mejor atiendan a sus intereses. Efectivamente, según el artículo 1354° del Código Civil las partes pueden determinar libremente el contenido del contrato, siempre que no sea contrario a norma legal de carácter imperativo. De la misma manera, el artículo 1361° indica que los contratos son obligatorios en cuanto se haya expresado en ellos y se presume que la declaración expresada en el contrato responde a la voluntad común de las partes y quien niegue esta coincidencia debe probarla. Así podemos concluir que es totalmente válida una cláusula como la que indicamos, mientras no resulte contraria a una norma imperativa y mientras ambas partes la pacten de común acuerdo.

“(...) en el Contrato de Agencia, se puede estipular objetivos mínimos que deban ser alcanzados por el agente para entenderse cumplida su prestación”.

En tal sentido, nada impide que las partes convengan una cláusula que permita dejar sin efecto el contrato de manera anticipada, ya sea que dicha estipulación se establezca a favor de una de las partes o de ambas. Esta estipulación resulta exigible y vinculante para las partes en virtud de lo expresado por el artículo 1361° del Código Civil²⁹.

6.2. Confidencialidad Durante la Vigencia del Contrato y con Posterioridad

En el contrato de agencia comercial puede existir una cláusula de confidencialidad mediante la cual el agente se comprometa a guardar reserva sobre información o procedimientos utilizados

en virtud del contrato de agencia. Resulta totalmente legítima la incorporación de esta estipulación toda vez que es un interés relevante del agenciado que las empresas competidoras no tengan acceso o compartan esta información estratégica.

Pero el problema no es esta cláusula en sí misma, sino lo que ocurre cuando el contrato ha concluido por cualquier circunstancia. En estos escenarios se piensa que por haberse extinguido el contrato de agencia las partes ya no se deben confidencialidad alguna, dado que esta obligación estaba reservada y resguardada por la respectiva cláusula contractual de confidencialidad la cual, al extinguirse supuestamente el contrato, ya no existe.

Sin duda, la cláusula de confidencialidad es totalmente válida y eficaz durante el plazo contractual, pero fuera de él la situación es sumamente controversial. Nos inclinamos a considerar que igualmente el agente no podría utilizar información confidencial o estratégica del agenciado para entregársela o compartirla con la competencia aún cuando no exista contrato de agencia vigente, sin embargo, lo más conveniente en estos casos será pactar expresamente un horizonte de temporalidad para la exigencia de esta obligación de confidencialidad más allá de la conclusión del contrato de agencia.

6.3. Objetivo Mínimo Garantizado.

Es importante señalar que, en el Contrato de Agencia, se puede estipular objetivos mínimos que deban ser alcanzados por el agente para entenderse cumplida su prestación.

Al respecto, el Modelo de la Cámara de Comercio Internacional de Contrato de Agencia Comercial prevee en su artículo 7°, la estipulación de objetivos de venta así como también de objetivos mínimos garantizados:

“7.1 Las partes pueden convenir anualmente el objetivo de ventas para el año siguiente.

7.2. Las partes se esforzarán al máximo por alcanzar los objetivos convenidos, aunque si no lo logran, no se considerará incumplimiento de contrato a menos que sea debido a negligencia.

7.3 En el Anexo IV, las partes convendrán un Objetivo Mínimo Garantizado y determinarán las consecuencias de su incumplimiento.”³⁰

29 Artículo 1361 del Código Civil.- Los contratos son obligatorios en cuanto se haya expresado en ellos.

Se presume que la declaración expresada en el contrato responde a la voluntad común de las partes y quien niegue esa coincidencia debe probarla. Los contratos son obligatorios en cuanto se haya expresado en ellos.

Se presume que la declaración expresada en el contrato responde a la voluntad común de las partes y quien niegue esa coincidencia debe probarla.

30 CÁMARA DE COMERCIO INTERNACIONAL. “Modelo de la CCI de Contrato de Agencia Comercial = The ICC model commercial agency contract”. Barcelona: CCI, 1995. pág. 14.

VII. Diferencias con otras Figuras Contractuales

7.1 Diferencias con Figuras Típicas

7.1.1. Diferencia con el Contrato de Mandato

El contrato de agencia contiene prestaciones que implican algo más que realizar actos o negocios jurídicos a favor del agenciado. Precisamente esas prestaciones adicionales así como la función económica social del contrato de agencia lo distinguen del contrato de mandato.

Asimismo, el contrato de agencia siempre será a título oneroso, a diferencia del contrato de mandato, que podría pactarse a título oneroso o gratuito.

Como hemos comentado el contrato de agencia implica una relación de estabilidad, que conllevaría una duración permanente, a diferencia del contrato de mandato en el que las partes no tienen intención de permanecer en el tiempo, siendo en realidad una relación más esporádica o concreta.

El mandato, aún teniendo la misma característica del contrato de agencia, de ser intuitu personae, refleja en el personaje del mandatario a una persona que no necesariamente tendrá una capacidad organizativa empresarial, mientras que el agente tiene que tener esta característica para llevar a cabo su correspondiente prestación frente al agenciado.

En cuanto a las reglas aplicables al contrato de mandato podemos comentar que a diferencia del contrato de Agencia Comercial en la que puede no existir representación por parte del agente al agenciado y no hay presunciones de ningún tipo en cuanto a ello, el mandato se presume con representación (artículo 1807° del Código Civil).

7.1.2. Diferencia con el Contrato de Locación de Servicios

La locación de servicios es una modalidad de la prestación de servicios regulada en el Código Civil. La locación de servicios implica obligaciones de realizar prestaciones de hacer, sin que se encuentre en obligación la obtención de un resultado concreto. Tratándose de una obligación de mera actividad, en el contrato de locación de servicios basta la prestación de los servicios para que el locatario tenga derecho a percibir la retribución convenida. En el caso del contrato de agencia, la mera actividad de promoción de los bienes o servicios del agente no bastará para tener derecho a recibir la retribución pactada. En el contrato de agencia será necesario que el agente obtenga un resultado concreto, el cual consiste en la

suscripción de los contratos a través de los cuales se comercializarán los bienes o servicios del agenciado, para obtener el derecho a percibir la contraprestación convenida.

Como hemos visto anteriormente, en el contrato de agencia, el agenciado normalmente brinda materiales, listas de precios, catálogos, elementos publicitarios, bienes, etc. Al agente, sin embargo, en el supuesto del contrato de locación de servicios, según lo establece el artículo 1770° del Código Civil, el locador podría proporcionar los materiales para llevar a cabo su encargo pero nada impide que los materiales sea proporcionados por quien brinda los servicios.

Finalmente podemos indicar que el contrato de locación de servicios no involucra la celebración de actos jurídicos mientras que en el contrato de agencia comercial el agente no sólo fomenta o promociona los bienes o servicios del agenciado sino que también se encuentra obligado a celebrar actos jurídicos (contratos) con los clientes del agenciado.

7.1.3. Diferencia con el Contrato de Suministro

El contrato de agencia siempre será a título oneroso. El contrato de suministro podría pactarse a título oneroso o gratuito. Cabe indicar además que, en el caso del contrato de suministro, quien provee los bienes (el suministrante) es quien recibe la retribución, dado que los bienes que provee son transferidos a favor del suministrado. En el caso del contrato de agencia, quien provee los bienes y servicios es quien paga la contraprestación como consecuencia de la comercialización de los bienes o servicios a los clientes del agenciado.

En cuanto a las prestaciones, en el contrato de suministro no existe la obligación de promocionar el negocio del suministrante, lo cual si es esencial en el supuesto del contrato de agencia, en donde el agente tiene la obligación de promocionar y comercializar los bienes y servicios del agenciado.

7.2 Diferencias con Figuras Atípicas

7.2.1. Diferencia con el Contrato de Distribución

La primera y más saltante diferencia que podemos encontrar entre el contrato de agencia y el de distribución es que el distribuidor es la persona que adquiere productos de otra "distribuido" actuando bajo su propia cuenta al vender mercadería ajena, sin embargo, el agente actúa por cuenta ajena (por cuenta del agenciado). Así lo reconoce Marzorati cuando expresa que, en el contrato de distribución, el distribuidor tiene una perspectiva "que consiste

*en la consecución de móviles propios al comprar y vender por su cuenta, a diferencia del agente*³¹.

7.2.2. Diferencia con el Contrato de Franquicia


El contrato de franquicia tiene como función económica social reproducir el éxito comercial del franquiciante en un ámbito territorial distinto. Por ello, el contrato de franquicia incluye prestaciones que no forman parte del contrato de agencia, como por ejemplo, el otorgamiento de la licencia de uso de los signos distintivos (lemas, marcas, etc.) la transferencia del know how, capacitación y asistencia permanente al franquiciado.

Tanto en la agencia como en la franquicia existe una retribución a otorgarse de una parte a la otra, sin embargo la retribución en la franquicia, debe ser pagado por el franquiciado a favor del franquiciante, por el uso de su marca y por el know how y demás prestaciones brindadas por el franquiciante en el marco de este contrato. A diferencia de lo señalado, en el caso del contrato de agencia, la retribución debe ser pagada por el agenciado a favor del agente.

7.2.3. Diferencia con el Contrato de Comisión Mercantil

El comisionista, a diferencia del agente, actúa por cuenta ajena pero en nombre propio y el agente actúa en nombre y por cuenta ajena (del agenciado).

Como podemos observar el comisionista no tiene la obligación de promover el negocio del comitente a diferencia del agente cuya retribución incluye también este concepto.

Es importante resaltar que las funciones económicas de ambas figuras son totalmente distintas tal y como lo señala Bravo Melgar: *"Otra de las diferencias radica en la finalidad perseguida. Para la Comisión es enmarcar colaboración aislada y esporádica para la realización de un contrato determinado, vale decir de una o varias operaciones comerciales singulares. La Agencia, en cambio tiende a asegurar una colaboración estable o duradera, a través de la cual las empresas desarrollen sus actividades mediante de agentes en una determinada zona con la finalidad de tratar de concretizar un conjunto de contratos, vale decir promover el negocio y fomentar contratos"*³² 

31 MARZORATI, Osvaldo G. "Sistemas de Distribución Comercial" Bs. As. Astrea, 1990. Pág. 71.

32 BRAVO MELGAR, Sidney Alex. "Contratos atípicos e innominados: contratos modernos empresariales" Lima, Eds. Legales Iberoamericana, 2003. Pág.717.