
Contratos de colaboración en la actividad ajena

PID_00268213

Blanca Torrubia Chalmeta

Tiempo mínimo de dedicación recomendado: 4 horas





Blanca Torrubia Chalmeta

Doctora en Derecho. Profesora de
Derecho mercantil de la UOC.

La revisión de este recurso de aprendizaje UOC ha sido coordinada
por el profesor: Miquel Peguera Poch (2019)

Segunda edición: septiembre 2019
© Blanca Torrubia Chalmeta
Todos los derechos reservados
© de esta edición, FUOC, 2019
Av. Tibidabo, 39-43, 08035 Barcelona
Realización editorial: FUOC

Ninguna parte de esta publicación, incluido el diseño general y la cubierta, puede ser copiada, reproducida, almacenada o transmitida de ninguna forma, ni por ningún medio, sea este eléctrico, químico, mecánico, óptico, grabación, fotocopia, o cualquier otro, sin la previa autorización escrita de los titulares de los derechos.

Índice

Introducción	5
Objetivos	7
1. Contratos de intermediación	9
1.1. La actuación por cuenta ajena. La actuación en nombre propio y ajeno	9
1.2. El contrato de mandato	10
1.2.1. Concepto, caracteres y clases de mandato	10
1.2.2. Régimen jurídico	11
1.3. El contrato de comisión mercantil	16
1.3.1. Concepto y caracteres	16
1.3.2. Régimen jurídico	17
1.3.3. Extinción del contrato	21
1.4. El contrato de mediación o corretaje	22
1.5. Contrato de agencia	24
1.5.1. Concepto	24
1.5.2. Caracteres	24
1.5.3. Régimen jurídico	27
1.5.4. Extinción del contrato de agencia	31
2. Contratos de distribución	35
2.1. La finalidad distributiva	35
2.2. El contrato de concesión o distribución exclusiva	35
2.2.1. Concepto y caracteres	35
2.2.2. Régimen jurídico	36
2.3. El contrato de franquicia	38
2.3.1. Origen y naturaleza de la franquicia	38
2.3.2. Concepto y clases de franquicia	39
2.3.3. Régimen jurídico	41
2.4. El contrato de distribución selectiva	45
2.4.1. Concepto y caracteres	45
2.4.2. Régimen jurídico	46
2.5. Terminación de los contratos de distribución	47
Resumen	50
Actividades	51
Ejercicios de autoevaluación	51

Solucionario	52
Glosario	53
Bibliografía	54

Introducción

El sector servicios ha experimentado un auge imparable en la última mitad del siglo pasado. De una economía basada fundamentalmente en la producción de bienes para los mercados locales se ha pasado a una producción para el mercado internacional que precisa de intermediarios, distribuidores, empresas de *consulting* que realicen estudios de mercados extranjeros, transportistas de larga distancia, y de una gran labor de publicidad. Las nuevas técnicas informáticas, por otro lado, han permitido automatizar muchas actuaciones e incluso han generado una nueva forma de comercialización de bienes, que es el comercio electrónico. Las empresas externalizan buena parte de las labores que antes realizaban mediante empleados propios, y surgen nuevas necesidades como las de informatización de la operativa documental. Por último, la "sociedad del ocio" ha generado también la aparición de nuevas necesidades y de nuevos mercados, no basados ya en la producción para el consumo de bienes, sino en la cobertura de necesidades de ocio. Todo ello, en fin, ha generado que los negocios consistentes en servicios muy diversos supongan una cifra a menudo mayor que la generada, en sí, por la venta de los bienes.

Dentro de los contratos de colaboración en la actividad ajena podemos agrupar aquellos negocios que no suponen en sí producción y transporte de bienes, sino servicios precisos para lograr la comercialización adecuada. Esas labores engloban tanto la intermediación (representantes o intermediarios que estudian y actúan en mercados externos) como la distribución en sentido estricto (empresarios externos que venden los bienes en sus propios mercados), además de servicios de otro tipo (publicidad, informatización, cesión de propiedad industrial e intelectual, etc.). En este módulo estudiaremos los contratos de intermediación y los de distribución.

Desde un punto de vista económico, el concepto de distribución es unitario y comprende las técnicas comerciales de difusión masiva –propias de productos de primera necesidad–, las técnicas comerciales asociativas en sentido horizontal o vertical y las técnicas comerciales de distribución vertical del comercio selectivo o exclusivo de productos de alta gama o de servicios caracterizadas por el interés del fabricante o productor en el control del posterior proceso de llegada al consumidor o usuario. Ahora bien, jurídicamente existe una diferencia clara entre los contratos de intermediación y los de distribución en sentido estricto: la actividad de los intermediarios se desarrolla en la esfera jurídica de la actuación por cuenta ajena. Consecuencia de ello es que estos intermediarios no devienen, por virtud del contrato, titulares de los bienes o de los servicios que intermedian. En los contratos de distribución, los distribuidores desarrollan su actividad en el ámbito de la actuación por cuenta propia adquiriendo los bienes o el derecho a prestar los servicios que pretenden colocar en el mercado. Juegan con la diferencia entre el precio de coste y el de

transferencia para, una vez deducidos los gastos, obtener sus beneficios (criterio acogido por el Tribunal Supremo para diferenciar el contrato de agencia del contrato de concesión en las SSTs 8 noviembre 1995, 22 octubre 1996, 17 noviembre 1998, 17 mayo 1999, 30 octubre 1999, 16 noviembre 2000, 1 febrero 2001, 16 diciembre 2005 y 8 mayo 2008, entre otras).

Objetivos

Los objetivos que debéis alcanzar a partir del estudio de este módulo son los siguientes:

1. Conocer la diferencia entre los contratos de intermediación y los de distribución *stricto sensu*.
2. Comprender la utilidad práctica de los contratos de intermediación y de los contratos de distribución dentro del mercado de servicios.
3. Identificar los elementos básicos del contrato de mandato.
4. Identificar los elementos básicos del contrato de comisión.
5. Valorar lo innecesario de la regulación por partida doble del mandato civil y de la comisión mercantil.
6. Conocer las características del contrato de agencia.
7. Distinguir el contrato de agencia de otros contratos y de la agencia comercial.
8. Conocer las características del contrato de mediación o corretaje y diferenciarlo de los contratos de mandato y comisión.
9. Identificar la función distributiva propia de los contratos de distribución *stricto sensu*.
10. Identificar los elementos básicos del contrato de franquicia.
11. Conocer las características del contrato de concesión o distribución exclusiva.
12. Identificar las características del contrato de distribución selectiva.
13. Valorar la problemática que plantea la terminación de los contratos de distribución.
14. Comprender la importancia de la indemnización como medida para compensar al distribuidor por la terminación del contrato a instancia del principal y por la clientela generada a lo largo de su vigencia.

1. Contratos de intermediación

La nota característica de los contratos de intermediación, como se ha señalado, es la actuación por cuenta ajena. Esto significa que los efectos de la actuación que realiza una persona van a repercutir en el patrimonio de otra distinta (la persona por cuenta de quien se actúa).

El mandato (en el ámbito civil) y la comisión (en el ámbito mercantil) son los contratos "tipo" de los de intermediación. Mediante ellos una persona (el mediador) realiza una actividad por cuenta de otra (el principal).

1.1. La actuación por cuenta ajena. La actuación en nombre propio y ajeno

Partiendo del presupuesto de la actuación por cuenta ajena, es muy importante distinguir si el mediador actúa en nombre propio o ajeno. Cuando el mediador contrata en nombre propio queda obligado de un modo directo, como si el negocio fuese suyo, con las personas con quienes contrata, las cuales no tienen acción contra el mandante o comitente, ni éstos contra aquéllas, quedando a salvo siempre las que respectivamente correspondan al mandante o comitente y al mediador entre sí. Cuando contrata en nombre ajeno (del principal –mandante o comitente–), el contrato y las acciones derivadas del mismo producirán su efecto entre el mandante o comitente y las personas que contratan con el mediador (arts. 1717 CC y 243 y sigs. CCo).

Para que el mediador pueda actuar en nombre del principal (mandato o comisión representativo/a) necesita tener poder para ello. El apoderamiento y el mantenerse dentro de los límites del poder es lo que permite la actuación en nombre ajeno. Se habla de relación interna para referirse a la que surge del contrato –mandato o comisión– entre el principal y el mediador (derechos y obligaciones de las partes), y de relación externa para referirse a la que, en función de que exista o no poder de representación, se produce entre el principal o el mediador y los terceros.

Imaginemos que, no teniendo poder de representación, el mediador compra media tonelada de manzanas en su propio nombre con el dinero que le ha dado el principal. En el contrato figura como comprador el mediador, y como vendedor, la persona que ha vendido esas manzanas. Al no haber poder de representación, no hay acciones entre el principal y el vendedor para reclamar p. ej. defectos de cantidad o calidad (deberá hacer la reclamación el mediador) o el precio de las mismas (deberá exigir el pago el vendedor al mediador). Por otra parte, si el mediador se negara posteriormente a entregar dichas manzanas al principal, éste podrá invocar el contrato (comisión o mandato) para exigir tal entrega y hacer valer sus derechos. Si el mediador tuviera poder de representación, en el contrato de compraventa figurarían el principal y el vendedor de las manzanas.

1.2. El contrato de mandato

El mandato se regula en los artículos 1709 a 1739 del Código civil, que lo define como contrato por el que "se obliga una persona a prestar algún servicio o hacer alguna cosa, por cuenta o encargo de otra" (art. 1709 CC).

1.2.1. Concepto, caracteres y clases de mandato

Se trata de un contrato en el que la actividad del mandatario tiene trascendencia jurídica en la esfera del mandante, es consensual de modo que se perfecciona con el consentimiento sin necesidad de observar una forma determinada, es naturalmente gratuito (el art. 1711 CC lo presume gratuito a falta de pacto en contra), como consecuencia de lo anterior será unilateral (cuando sea gratuito) y bilateral (cuando sea retribuido) y basado en la confianza o *intuitu personae*.

El mandato puede ser de varias clases, además de representativo (cuando el mandatario actúa en nombre del mandante) y no representativo (cuando el mandante actúa en su propio nombre) y de gratuito y retribuido:

1) **Mandato expreso y tácito.** El art. 1710 CC se refiere a ambas clases, señalando que el expreso puede darse por instrumento público o privado y aun de palabra. La aceptación también puede ser expresa o tácita –la que se deduce de los actos del mandatario.

Tratándose de mandato representativo, el poder sigue su propio régimen. La regla del art. 1280.5 CC se refiere al poder que en él se menciona y no afecta al mandato (STS 17 junio 1977).

2) **Mandato general o especial.** De acuerdo con el art. 1712 CC, el general comprende todos los negocios del mandante y el especial uno o más negocios determinados. La doctrina considera que también hay mandato general cuando el mandato abarca todos los negocios de cierta esfera jurídica o económica del mandante (en un país, en la rama agrícola de su actividad etc.).

3) **Mandato concebido en términos generales y mandato (mal llamado) expreso para actos de riguroso dominio.** De acuerdo con el art. 1713 CC, el primero sólo comprende los actos de administración. Para transigir, enajenar, hipotecar o ejecutar cualquier otro acto de riguroso dominio, se necesita mandato expreso. La facultad de transigir no autoriza para comprometer en árbitros o amigables componedores. El mandato concebido en términos generales equivale a mandato en términos vagos e imprecisos: es un mandato que no expresa la clase de contratos que entran en su ámbito. No debe confundirse con el mandato general.

Si acuerdo que Julián administre mis bienes, será un mandato concebido en términos generales y además mandato general. Si acuerdo que administre mi finca "La Amapola", será un mandato concebido en términos generales y además mandato especial. De la misma forma que el mandato expreso –que significa específico– puede ser general (mandato para vender mis bienes) o especial (para vender mi coche). En este contexto conviene

recordar que el Código civil permite que el menor emancipado sea mandatario, si bien el mandante sólo tendrá acción contra él en conformidad a lo dispuesto respecto a las obligaciones de los menores (art. 1716 CC).

1.2.2. Régimen jurídico

1) Obligaciones del mandatario

a) Cumplimiento del encargo

El mandatario queda obligado por la aceptación a cumplir el mandato, y responde de los daños y perjuicios que, de no ejecutarlo, se le ocasionen al mandante (art. 1718.1° CC). La actuación del mandatario debe procurar en cualquier caso la satisfacción del interés del mandante, de ahí que este precepto no obligue a celebrar –salvo indicación específica en tal sentido– un contrato en todo caso. El mandatario deberá negociar las condiciones y estará facultado para desistir de su celebración si ello puede perjudicar los intereses del mandante. Se trata, por lo tanto, de una obligación de medios y no de resultado. El interés del mandante justifica las limitaciones impuestas por los arts. 1714 y 1719.1 CC. El primero impide al mandatario traspasar los límites del mandato y el segundo le obliga, en la ejecución del mandato, a atenerse a las instrucciones del mandante. No se consideran traspasados los límites del mandato cuando se cumple de una manera más ventajosa para el mandante que la señalada por éste (art. 1715 CC). Por lo que respecta a las instrucciones del mandante, éstas se refieren a la manera de llevar a cabo el encargo y pueden darse en el momento de la celebración del contrato y durante su ejecución. También pueden venir de un tercero si se ha remitido el mandante a él (STS 26 mayo 1964). A falta de instrucciones, hará todo lo que, según la naturaleza del negocio, haría un buen padre de familia (art. 1719.2 CC).

El mandatario puede, por lo tanto, por propia iniciativa, cumplir el encargo de manera diferente a la ordenada por el mandante cuando surjan imprevistos que hagan conveniente el cambio si no tiene oportunidad de solicitar nuevas instrucciones o si una mejor consideración de la situación le hace decidirse por el cambio por resultar más ventajoso para el mandante.

b) Responsabilidad por mal cumplimiento del encargo

El mandatario responde de la mala ejecución o incumplimiento de las instrucciones y de la extralimitación de facultades que perjudique al mandante. No responde, en cambio, de la actuación que se atiene estrictamente a las instrucciones del mandante (STS 26 mayo 1964). Fuera de la extralimitación y del incumplimiento de instrucciones, en el desempeño de su gestión responde no sólo por dolo, sino también por culpa, que la estimarán con más o menos rigor los tribunales según si el mandato ha sido o no retribuido (art. 1726 CC).

c) Comunicación o información al mandante

Esta obligación, si bien no la recoge expresamente el Código civil, deriva del art. 1258 CC y del hecho que el mandante es interesado y destinatario de la actividad del mandatario.

Art. 1258 CC

"Los contratos se perfeccionan por el mero consentimiento, y desde entonces obligan, no sólo al cumplimiento de lo expresamente pactado, sino también a todas las consecuencias que, según su naturaleza, sean conformes a la buena fe, al uso y a la ley."

d) Rendición de cuentas y abono de saldos e intereses

El art. 1720 CC obliga a todo mandatario a dar cuenta de sus operaciones y a abonar al mandante cuanto haya recibido en virtud del mandato incluso cuando lo recibido no se debiera a éste. La rendición de cuentas no se limita al aspecto contable, con saldos y justificantes, sino que comprende todo aquello que permita al mandante conocer si el mandatario se ha atendido a su encargo. No hay que esperar, para ello, a la terminación del mandato si, conforme a la buena fe, el mandante puede exigir la rendición de cuentas a medida que se va cumpliendo el encargo.

Por lo que se refiere al abono de saldos e intereses, de acuerdo con el art. 1724 CC, el mandatario debe intereses de las cantidades que aplicó a usos propios desde el día en que lo hizo, y de las que quede debiendo después de acabado el mandato desde que se haya constituido en mora. Estas cantidades son tanto las anticipadas por el mandante para el cumplimiento del encargo como las recibidas por el mandatario de un tercero en ejecución del mandato. El interés al que se refiere el precepto es el interés legal (STS 21 enero 1967).

e) Sustitución en el mandato

Tratándose de un contrato basado en la confianza, no resulta indiferente al mandante quién sea la persona que cumple el encargo por él dado. Ahora bien, en ocasiones, y por razones prácticas, puede resultar necesario que otras personas, con iguales aptitudes que el mandatario, ocupen la posición de éste. El art. 1721 CC permite al mandatario nombrar sustituto si el mandante no se lo ha prohibido, pero le hace responsable de la gestión del sustituto cuando no se le dio facultad para nombrarlo y cuando se le dio esta facultad, pero sin designar la persona, y el nombrado era notoriamente incapaz o insolvente. De otra parte, lo hecho por el sustituto nombrado contra la prohibición del mandante es nulo. En todos esos casos, el mandante tiene acción, también, contra el sustituto (art. 1722 CC).

A diferencia del criterio seguido para la comisión en el art. 261 CCo, el art. 1721 CC permite la sustitución siempre que no haya prohibición del mandante (o no resulte la prohibición de la naturaleza personalísima del encargo). Si el mandante autoriza la sustitución, con designación expresa del sustituto, será éste quien responda directamente frente a aquél. Diferente de la sustitución es la ayuda que al mandatario puedan prestar los auxiliares que él elija, respondiendo por culpa de éstos.

2) Obligaciones del mandante

a) Remuneración al mandatario

La remuneración se debe cuando así se haya pactado y, a falta de pacto, cuando el mandatario sea un profesional (art. 1711) o cuando se deduzca de los usos del tráfico.

b) Anticipo de recursos

De acuerdo con el art. 1728.1 CC, si el mandatario lo pide, el mandante habrá de anticiparle las cantidades necesarias para la ejecución del mandato. Esta obligación debe entenderse comprensiva no sólo de sumas de dinero, sino de todos aquellos medios que racionalmente necesite el mandatario para cumplir el encargo.

c) Reembolso de anticipos y pago de intereses

Si el mandatario ha anticipado cantidades para ejecutar el encargo, el mandante ha de reembolsarlas, aunque el negocio no haya salido bien, siempre que no exista culpa del mandatario. El reembolso comprenderá los intereses de la cantidad anticipada, a contar desde el día en que se hizo la anticipación (art. 1728.2 y .3 CC). El reembolso alcanza únicamente "las cantidades necesarias", no así las que, objetivamente, hubieran podido evitarse. Por lo que respecta a los intereses, el tipo será el legal, y el cómputo se hará desde su efectiva aplicación a los asuntos del mandante.

d) Resarcimiento de daños

Ésta es la obligación que con mayor claridad resulta del principio de indemnidad del mandatario. El art. 1729 CC obliga al mandante a indemnizarle de todos los daños y perjuicios que le haya causado el cumplimiento del mandato, sin culpa ni imprudencia del mismo mandatario.

El precepto no es demasiado preciso, con lo que podrían quedar incluidos los perjuicios ocurridos en la ejecución del encargo (p. ej., un accidente de tráfico ocurrido en el viaje destinado a concluir una venta) aunque no sean consecuencia de esa actuación. El mandatario, de acuerdo con el art. 1730 CC, puede retener en prenda las cosas que son objeto del mandato hasta que el mandante realice la indemnización por los anticipos y perjuicios.

3) Pluralidad de sujetos

a) Pluralidad de mandantes

Cuando dos o más personas nombran un mandatario para un negocio común, le quedan obligadas solidariamente para todos los efectos del mandato (art. 1731 CC). Esta regla resulta lógica cuando se trata de mandato gratuito, pero no cuando es retribuido por cuanto agrava de manera injustificada la obligación del mandante, en especial si se trata de un mandatario profesional.

b) Pluralidad de mandatarios

De acuerdo con el art. 1723 CC, la responsabilidad de dos o más mandatarios, aunque hayan sido instituidos simultáneamente, no es solidaria si no se ha expresado así. Debe tratarse de la gestión colectiva de un mismo asunto, si bien no determina el Código civil cómo será tal actuación (mancomunada –conjunta– o solidaria –individual–), para lo cual habrá que estar a la voluntad del mandante.

4) Extinción del mandato

Las causas de extinción del mandato están relacionadas con su carácter *intuitu personae*. El art. 1732 CC señala como causas de extinción la revocación, la renuncia o incapacitación del mandatario, la muerte, la declaración de prodigalidad y el concurso o la insolvencia del mandante o del mandatario. Es también causa de extinción la incapacitación sobrevinida del mandante, salvo que se hubiera dispuesto su continuación o el mandato se hubiera dado para el caso de incapacidad de éste. En estos últimos supuestos, el mandato podrá terminar por resolución judicial dictada al constituirse el organismo tutelar o posteriormente a instancia del tutor. El hecho de recoger estas causas no excluye la aplicación en bloque de las causas normales de extinción de los contratos (por incumplimiento, por ejemplo).

a) Revocación

La revocación es una declaración de voluntad del mandante unilateral y recepticia –adquiere eficacia cuando la conoce el mandatario. El mandante puede revocar libremente el mandato, y compeler al mandatario a la devolución del documento en el que conste el mandato (art. 1733 CC). Esta norma es aplicable a todas las clases de mandato (gratuito, retribuido, expreso o tácito). Si el mandato se ha dado para contratar con determinadas personas, su revocación no puede perjudicar a éstas si no se les ha hecho saber (art. 1734). Aquí la notificación a terceros es requisito de eficacia.

La revocación puede ser expresa o tácita. El Código civil establece que el nombramiento de nuevo mandatario para el mismo negocio produce la revocación del mandato anterior desde el día en que se hizo saber al que lo había recibido, quedando a salvo lo dispuesto para el mandato para contratar con personas determinadas (art. 1735 CC).

Los efectos de la revocación se producen *ex nunc*, esto es, sin carácter retroactivo (STS 30 abril 1992). Notificada al mandatario, los actos que posteriormente realice el mandatario son ineficaces frente al mandante.

b) La renuncia

El mandatario puede renunciar al mandato poniéndolo en conocimiento del mandante. Ahora bien, si éste sufre perjuicios por la renuncia, el mandatario deberá indemnizarle, a menos que funde su renuncia en la imposibilidad de continuar desempeñando el mandato sin grave detrimento suyo (art. 1736

CC). La renuncia es una declaración de voluntad unilateral y recepticia que requiere puesta en conocimiento del mandante. No se requiere que concurra justa causa. Ello parece deducirse del art. 1737 CC, que obliga al mandatario, aunque renuncie al mandato con justa causa, a continuar su gestión hasta que el mandante haya podido tomar las disposiciones necesarias para ocurrir a esta falta.

La renuncia tiene, como es natural, siempre efectos *ex nunc*.

c) Muerte del mandante o mandatario

La muerte de uno u otro contratante no tiene iguales efectos respecto a la duración del mandato. El art. 1718.2º CC impone al mandatario la obligación de acabar el negocio que ya estuviese comenzado al morir el mandante, si hubiere peligro en la tardanza. Además, lo hecho por el mandatario, ignorando la muerte del mandante u otra cualquiera de las causas que hacen cesar el mandato, es válido y surtirá todos sus efectos respecto a los terceros que hayan contratado con él de buena fe (art. 1738 CC).

La STS 640/2014, 13 febrero 2014, señala:

"De la simple lectura de la norma se desprende que constituye una excepción al principio general contemplado por el artículo 1259 del Código civil, según el cual el contrato celebrado a nombre de otro sin estar autorizado por él será nulo; excepción que, como ya declaró esta Sala en su sentencia núm. 984/2008, de 24 octubre (Rec. 1030/2003), exige literalmente la concurrencia de dos condiciones: en primer lugar, que el tercero con el que contrata el mandatario haya actuado de buena fe, o sea, que desconociera la anterior extinción del mandato; y en segundo lugar, que dicho mandatario, en el momento de hacer uso del poder, ignorara la muerte del mandante o la concurrencia de cualquiera otra de las causas que hacen cesar el mandato".

Por su parte, el art. 1739 CC obliga a los herederos del mandatario a poner en conocimiento del mandante la muerte del mandatario y a proveer entretanto a lo que las circunstancias exijan en interés de aquél.

d) Declaración de prodigalidad, concurso o insolvencia del mandante o del mandatario

Estas causas de extinción están directamente relacionadas con la desconfianza que generan las situaciones de desarreglo económico.

e) Incapacitación sobrevenida del mandante

La pérdida de las facultades para el autogobierno hace que los negocios celebrados por la persona incapaz sean nulos. De ahí que, salvo que se haya previsto por el mandante tal eventualidad, el mandato se extinga y, aun habiéndose previsto, puede extinguirse en virtud de la sentencia judicial que declare la incapacitación o con posterioridad y a instancia del tutor.

1.3. El contrato de comisión mercantil

1.3.1. Concepto y caracteres

La diferenciación entre el régimen jurídico de la comisión y el propio del mandato civil es mínima y en aspectos poco relevantes, por lo que en esta materia la "regulación por partida doble" se manifiesta especialmente inútil. Incluso el propio art. 244 CCo establece expresamente que "[s]e reputará comisión mercantil el mandato, cuando tenga...", reconociendo así que estamos ante un mandato caracterizado. El objeto de la comisión, al igual que ocurre en el mandato, debe ser un acto con trascendencia jurídica, no una simple actuación material. Para la mayor parte de la doctrina, ésa es la nota distintiva del mandato y/o de la comisión dentro de la categoría general del arrendamiento de servicios.

Pues bien, el mandato se reputa comisión "cuando tiene por objeto un acto u operación de comercio y es comerciante o agente mediador del comercio el comitente o el comisionista" (art. 244 CCo). Este precepto exige, por tanto, la concurrencia de dos requisitos, uno de tipo objetivo y otro de carácter subjetivo. En cuanto al primero, el encargo debe consistir en un acto u operación mercantil.

Como señala la STS 25 enero 1989, no estamos ante una comisión cuando el encargo consiste en realizar una compraventa civil.

Por lo que respecta al presupuesto subjetivo, el comitente o el comisionista debe ser comerciante o agente mediador del comercio. Esta última expresión debe entenderse, en general, como mediador profesional (agente, corredor, comisionista profesional, etc.).

Conceptualmente, y al margen de las notas de mercantilidad, suelen señalarse como notas distintivas que el mandato puede ser general o especial (art. 1712 CC), mientras que la comisión siempre se refiere a actos u operaciones concretos, aunque puedan ser varios (art. 244 CCo). También es diferente la regla sobre remuneración, siendo la comisión naturalmente retribuida (art. 277 CCo) y el mandato naturalmente gratuito (art. 1711.I CC).

En ambos casos, no existiendo un plazo específico de prescripción de las acciones, se aplica el general de quince años del art. 1964 CC (SSTS 21 diciembre 1991 y 8 mayo 1996).

Debe tenerse en cuenta que el art. 1964.2 CC, tras la modificación operada por la Ley 42/2015, de 5 de octubre, establece que: "Las acciones personales que no tengan plazo especial prescriben a los cinco años desde que pueda exigirse el cumplimiento de la obligación. En las obligaciones continuadas de hacer o no hacer, el plazo comenzará cada vez que se incumplan".

El contrato de comisión es consensual, de forma que se perfecciona con el consentimiento, sin necesidad de observar forma alguna. El Código de comercio admite expresamente la aceptación tácita cuando el comisionista ejecuta alguna gestión, en el desempeño del encargo que le hace el comitente (art.

249). Si rehúsa el ofrecimiento, el comisionista debe comunicar tal negativa por el medio más rápido posible, prestando la debida diligencia en la custodia y conservación de los efectos que le haya remitido el comitente, hasta que éste designe nuevo comisionista (art. 248 CCo).

La STS 7 mayo 1990 afirma que:

"quien hizo encargo a quien tenga por profesión la comisión mercantil tiene derecho a suponer que mientras el comisionista no diga nada en contrario, el encargo ha sido aceptado".

En igual sentido, en cuanto al valor del silencio, STS 31 diciembre 1997.

1.3.2. Régimen jurídico

1) Obligaciones del comisionista

Las obligaciones del comisionista se recogen, de forma dispersa y mezcladas con otros aspectos del régimen jurídico del contrato, entre los arts. 252 a 275 CCo.

La aceptación de la comisión, expresa o tácita, obliga al comisionista al cumplimiento del encargo, respondiendo de todos los daños que cause si no lo hace –salvo causa legal– (art. 252 CCo). En su actuación debe observar lo establecido en las leyes y reglamentos respecto a la negociación que se le hubiere confiado, siendo responsable de los resultados de su contravención (art. 259 CCo). Pero si la contravención proviene del seguimiento de órdenes del comitente, responden ambos (art. 259 *in fine* CCo), responsabilidad que parece que será solidaria.

La STS 23 febrero 1993 condenó al banco comisionista que, encargado de entregar un conocimiento de embarque, bien contra el pago de una letra, bien contra su aceptación más el afianzamiento, sólo exigió la aceptación al realizar la entrega. Impagada la letra, la cobró del cliente al que se la había descontado. El Tribunal Supremo consideró que, al ser el pago imputable al mal cumplimiento de la comisión (no exigió un afianzamiento además de la aceptación), el banco debía pagar todos los gastos ocasionados.

Al importante tema de las instrucciones se dedican tres preceptos. Existiendo instrucciones expresas y precisas, el comisionista debe seguirlas, quedando exento para con el comitente de toda responsabilidad si lo hace (art. 254 CCo), y respondiendo de los daños que cause si procede contra las mismas (art. 256 CCo). Del art. 258 CCo parece desprenderse que, si al seguir las órdenes se concierta una operación a precios o condiciones más onerosos que los usuales en el mercado en esa fecha, y todo ello sin autorización del comitente, responde el comisionista del perjuicio. Por lo tanto, si se puede realizar la operación en condiciones más ventajosas que las ordenadas, la diligencia en la actuación exige concertar con esas condiciones mejores. Por último, si, a causa de un ac-

cidente no previsto, el seguir las instrucciones hiciere, a juicio del comisionista, arriesgada o perjudicial la ejecución de la comisión, debe ésta suspenderse y ponerse en conocimiento del comitente la situación (art. 255.II *in fine* CCo).

El Tribunal Supremo, en Sentencia 20 enero 2003, condenó al intermediario: "Los datos y consideraciones ya expuestos permiten concluir que la demandada actuó, al menos con «ligereza», esto es, sin el cuidado exigible al demandado comerciante, pues las noticias que circulaban en su entorno más directo, hacían presumible la existencia de un alto riesgo que impedía estimar la inversión de los pagarés como segura y fiable".

En lo no previsto y prescrito expresamente por el comitente, deberá el comisionista consultarle siempre que lo permita la naturaleza del negocio. Si estuviere autorizado para obrar a su arbitrio, o no fuere posible la consulta, hará lo que dicte la prudencia y sea más conforme al uso del comercio, cuidando del negocio como propio (art. 255.I y .II CCo).

Esta regla es muy importante, pues si el comisionista actúa según esos parámetros, su gestión vincula al comitente aunque éste pueda no estar de acuerdo con el resultado de la misma. Por supuesto, se exige que se trate de una operación encomendada por el comitente, aunque sin instrucciones precisas sobre ese aspecto; la norma no cubrirá los casos en que el comisionista haga algo ajeno a lo encargado, pues entonces no es que no existan órdenes, sino que no existe encargo. Para valorar las consecuencias que pueda tener la no observancia de las instrucciones, deberán tenerse en cuenta las circunstancias de cada caso concreto.

Un grupo de normas trata de las responsabilidades que asume el gestor respecto de los bienes objeto de la comisión. Son de su cuenta los riesgos del numerario que tenga en su poder por razón de la comisión (art. 257 CCo). Si los fondos recibidos para realizar un encargo se invierten o destinan a algo distinto, con independencia de la posible responsabilidad penal se responde de los perjuicios causados y, además, se abonará al comitente el capital y el interés legal (art. 264 CCo). Por lo que respecta a las mercancías recibidas, responde de su conservación, salvo que haga constar, al encargarse de ellas, las averías y deterioros que resulten (art. 265 CCo). No responde de los menoscabos ocurridos a la mercancía que tuviere por cuenta ajena si son debidos a caso fortuito, fuerza mayor, transcurso del tiempo o vicio propio de la cosa (art. 266 CCo). Si fuere precisa la venta de los efectos encargados, sin tiempo para consultar al comitente, se acudirá al juez competente para que autorice la venta (art. 269 CCo). Si tuviere efectos de varios dueños, deberá distinguirlos por una contramarca que evite confusión (art. 268 CCo).

Si la comisión exige la cobranza de créditos, parece que tanto si éste es el encargo principal como si se trata de una operación que conlleva el encargo recibido, debe verificarse tal cobro en las épocas en las que fueren exigibles, a no ser que se acredite haber usado oportunamente de los medios legales para conseguir el pago (art. 273 CCo).

El comisionista tiene además deber de informar al comitente de todo lo que interese al buen éxito de la negociación, participándole de inmediato los contratos que hubiere celebrado (art. 260 CC). Al final de la comisión deberá rendir cuentas de la actuación realizada (sobre la rendición de cuentas respecto de las cantidades percibidas y el reintegro de las mismas al comitente, *vid.* art.

263 CCo). Por último, aunque el Código no lo establezca expresamente, parece claro que sobre el comisionista pesa un deber de mantenimiento del secreto acerca del encargo recibido sobre los aspectos que puedan ser confidenciales, deber que se mantendrá incluso a la terminación del contrato.

2) Obligaciones del comitente

De acuerdo con el art. 253 CCo, cuando un contrato lo celebra el comisionista con las formalidades de derecho, el comitente deberá aceptar todas las consecuencias de la comisión al margen de su derecho de repetir contra el comisionista por las faltas u omisiones cometidas al cumplirla. Parece claro que esto debe entenderse conforme a las reglas generales de la actuación representativa, de modo que no toda actuación del comisionista vincula, sino sólo la realizada dentro de las instrucciones o, a falta de éstas, si se obró conforme a lo establecido por el art. 255 CCo. El derecho de repetición al que se refiere el precepto no puede entenderse que suponga que el principal quede siempre obligado, sino que alude a posibles responsabilidades del comisionista aun habiendo actuado dentro de los límites del mandato.

La comisión es naturalmente retribuida, de forma que, salvo que se haya pactado expresamente la gratuidad, debe abonarse al comisionista el "premio de comisión" (art. 277.I CCo). Si no se ha pactado la cuantía, se fijará ésta con arreglo al uso y práctica mercantil de la plaza donde se cumpliera la comisión (art. 277.II CCo).

Resulta interesante en este punto la STS 17 julio 1992, referente a un contrato de comisiones continuadas (que, sin embargo, no se calificó de agencia, dado que más bien se trataba de un contrato normativo que preveía el régimen de los sucesivos encargos concretos que en el futuro hiciera el principal) respecto del cual el comitente adeudaba una serie de comisiones al intermediario, y éste en un determinado momento dejó de desempeñar el cargo con una total diligencia. El comitente pretendía no pagar las comisiones ya devengadas alegando la falta de dedicación del comisionista, pero el TS consideró que esta falta no podía afectar a unas comisiones ya devengadas y exigibles.

Además del precio pactado o usual, deben satisfacerse al comisionista los gastos y desembolsos realizados por éste para el cumplimiento del encargo recibido, con el interés legal desde el día en que los hubiese hecho hasta su total reintegro (art. 278 CCo. Aplica este precepto la STS 8 mayo 1996). Aunque el Código no lo expresa, cabrá el pacto en contra, así como que el precio pactado englobe tanto el beneficio como los gastos de actuación.

Por último, el comitente debe proveer de fondos al comisionista, que no está obligado a actuar hasta recibir tal provisión (art. 250 CCo). No está claro si esta provisión se refiere sólo a los fondos precisos para cumplir el acto u operación de comercio que sea objeto de la comisión, o si también incluye los gastos de la actividad del comisionista a los que se refiere el citado art. 278 CCo. A nuestro entender comprende ambos. Sin embargo, cabrá un pacto que modalice tanto esta obligación de provisión como, ya lo hemos dicho, la de pago de los gastos.

3) Garantías del cumplimiento

Para asegurar la posición de cada una de las partes, existen algunas normas con alcance bastante limitado.

En primer lugar, al comitente se le reconoce un derecho de recuperación de los bienes que sean objeto de la comisión en el caso de concurso del comisionista (art. 80 LConcursal). El comisionista, por su parte, tiene derecho de retención sobre los efectos que recibió en consignación, de modo que no podrá ser desposeído de los mismos sin que previamente se le reembolse de sus anticipaciones, gastos y derechos de comisión (art. 276.II.1° CC).

Según la Sala 2.ª del Tribunal Supremo, cuando el comisionista acusado de apropiación indebida alegue para exculparse que sólo ejercitó su derecho de retención, deberá realmente indagarse si la apropiación estaba justificada por este derecho (STS, Sala 2.ª, 10 noviembre 1978).

En segundo lugar, sobre los bienes que recibió en consignación deberá ser pagado el comisionista con preferencia a los demás acreedores del comitente, salvo el porteador (art. 276.II.2° CCo). Esta preferencia actualmente ya no rige para los supuestos de concurso del comitente, pues la Ley Concursal no considera al comisionista acreedor singularmente privilegiado, y sólo cabe admitir en el concurso los privilegios o preferencias reconocidos en la Ley Concursal (art. 89.2 *in fine* LConcursal).

Para gozar de estos dos privilegios exige el art. 276.III CCo que los efectos se hallen en poder del consignatario o comisionista, o a su disposición en almacén público, o que se hubiera verificado la expedición consignándola a su nombre.

4) Reglas especiales para la comisión de compraventa

El Código de comercio establece hasta tres reglas especiales para los casos de que la comisión consista en una venta o, en ciertos supuestos, en una compra (que, debe entenderse, se exige que sean mercantiles para que exista comisión *ex art. 244 CCo*).

En primer lugar se establece en el art. 267 CC la llamada comúnmente "prohibición de autoentrada": ningún comisionista puede comprar para sí ni para otro lo que se le haya mandado vender, ni puede vender lo que se le haya encargado comprar, sin autorización del comitente. La regla comprende tanto la autoentrada (el comisionista se coloca como tercero comprador o vendedor) como la "aplicación" de órdenes (el comisionista "casa" o "aplica" dos órdenes, una de compra y otra de venta, compatibles).

Se pretende que el comisionista busque la mejor oferta posible; de otro modo se puede limitar a casar órdenes compatibles sin mayor esfuerzo o a ponerse él como contraparte. Por ello la doctrina ha propuesto de forma unánime que la prohibición no tiene sentido si las órdenes son totalmente precisas o el precio está fijado de forma oficial; en todo caso, el Código admite que el comitente permita expresamente la autoentrada o la aplicación, y de igual modo será posible la ratificación, expresa o tácita (bastaría con que el comitente aceptara las consecuencias del negocio celebrado).

En segundo lugar, el art. 270 CCo establece la prohibición de préstamo y venta al fiado o a plazos, salvo que exista autorización del comitente.

El art. 271 CCo añade que, en los casos de venta al fiado con autorización, deberá así expresarse en la cuenta o aviso que se dé al comitente, participándole los nombres de los compradores; y no haciéndolo así, se entenderá, respecto al comitente, que las ventas fueron al contado.

Por último, el art. 272 CCo se refiere a la llamada "comisión de garantía": cuando el comisionista percibe sobre una venta, además de la comisión ordinaria, otra, la de garantía, corren de su cuenta los riesgos de la cobranza, quedando obligado a satisfacer al comitente el producto de la venta en los mismos plazos pactados por el comprador.

La doctrina ha entendido el precepto en el sentido de que la comisión de garantía obliga al comisionista a responder como si fuera el tercero, de modo que el comitente podrá actuar contra cualquiera de ambos como si fueran deudores solidarios.

5) Reglas especiales para la comisión de transporte (remisión)

En materia de comisión de transporte, el Código enuncia dos reglas. El art. 274 obliga al comisionista encargado de una expedición de efectos que tuviere, además, orden para asegurarlos a responder en caso de no concertar tal seguro, si estuviere hecha la provisión de fondos precisa para el seguro o se hubiera obligado a anticiparla.

Los comisionistas de transporte de mercancías, denominados "agencias de transporte", con autorización administrativa previa para actuar como "operadores de transporte", tienen reservada la intermediación en el contrato de transporte terrestre de mercancías y pueden realizar actividades de mediación. En el transporte por carretera, las agencias de transporte pueden llevar a cabo todas las actuaciones previas de gestión, información, oferta y organización de cargas y servicios necesarias para la contratación del transporte (art. 120 de la Ley 16/1987, de 30 de julio, de Ordenación de los Transportes Terrestres [LOTT]). El agente de transporte puede, actuando en nombre propio, celebrar un contrato de transporte asumiendo la posición de porteador.

1.3.3. Extinción del contrato

El Código dedica dos preceptos a la extinción del contrato de comisión. Por tratarse de una regulación especial, parece que no serían aplicables las reglas de extinción del mandato en las que se admite la renuncia del mandatario (art. 1736 CC), aunque sí las generales de extinción de obligaciones.

La revocación de la comisión es posible en cualquier momento, poniéndolo en conocimiento del comisionista, pero quedando el comitente obligado a las resultas de las gestiones practicadas antes de haberle hecho saber la revocación (art. 279 CC).

La STS 4 abril 1998 afirma que no cabe exigir al comitente los daños y perjuicios que al comisionista, por la revocación, le sucedan. Por supuesto, habrá que entender también

que quedará vinculado frente a terceros de buena fe que contraten con el comisionista revocado. Para evitar esto último deberá comunicar la revocación a todos los posibles clientes, o darle la publicidad que desee, o bien cancelar la inscripción del apoderamiento si consta en algún registro público, cuyo conocimiento es oponible a terceros.

Por la misma regla de hallarnos ante un contrato *intuitu personae*, la muerte o inhabilitación del comisionista supone automáticamente la rescisión (*sic*) del contrato; mientras que la muerte o inhabilitación del comitente no lo extingue, aunque podrán revocarlo los representantes (art. 280 CCo. Un supuesto de revocación por parte del representante del comitente declarado en quiebra, en la STS 10 noviembre 1999). Lógicamente, a la muerte se equipará la disolución sin continuación del comisionista o comitente que sean sociedad o persona jurídica (no, en principio, si existe disolución pero la sociedad continúa su actividad de otra forma, por ejemplo porque se fusiona con otras).

1.4. El contrato de mediación o corretaje

El contrato de corretaje es aquel en virtud del cual una de las partes, denominada principal, se obliga a abonar a la otra parte, denominada mediador o corredor, una remuneración como consecuencia de una actuación material de éste consistente en señalar el momento idóneo para celebrar un contrato o en lograr dicha celebración. El corredor nunca contrata con el tercero (no realiza una actuación jurídica), sino que simplemente busca un tercero que cumpla con los requisitos precisados por el principal para ponerlo en contacto con éste, con el fin de que puedan llegar a un acuerdo. La figura se muestra especialmente indicada para aquellos casos en los que el principal desea conocer personalmente a la persona con quien contrata (por ejemplo, alquiler de un piso, contratación de servicio doméstico, etc.).

El corretaje es un contrato atípico, aunque existe alguna regulación sectorial de ciertos tipos de corredores (por ejemplo, agentes de la propiedad inmobiliaria, R. D. 1613/1981, de 19 de junio; corredores de seguros y reaseguros, arts. 26 a 38 de la Ley 26/2006, de 17 de julio, de Mediación de Seguros y Reaseguros Privados (LMSRP). Por esta razón, muchas de las afirmaciones que se realizan sobre su régimen no dejan de ser expresión de ciertos usos del sector, pero no pueden tomarse como una regla. En este sentido, debe huirse de las reglas generales, pues el pacto entre las partes será el que modalice en mayor medida las distintas obligaciones asumidas por las partes. Contrasta con esta falta de tratamiento legal la relativamente cuantiosa jurisprudencia recaída sobre la materia, que en todo caso muestra que es una figura muy común en el tráfico de la intermediación.

Una de las cuestiones centrales del contrato la constituye cuál sea el hecho determinante del nacimiento de la obligación de pago al corredor. A tal efecto las soluciones son, básicamente, dos: este derecho nace desde el momento en que el mediador indica al principal la persona con la que entrar en negociaciones; o este derecho nace cuando, efectivamente, el principal y el tercero

contratan. La mayor parte de la jurisprudencia y de la doctrina han defendido la vigencia del segundo de los sistemas. En todo caso, en esta materia no se defiende que la retribución dependa del cumplimiento efectivo del contrato.

Reitera estas ideas, con cita de abundante jurisprudencia, la STS 13 junio 2006, para la cual: "Esta Sala tiene declarado que dicho contrato está supeditado, en cuanto al devengo de honorarios, a la condición suspensiva de la celebración del contrato pretendido, salvo pacto expreso [...]. De esta suerte, los honorarios de los agentes se devengan, salvo pacto que contemple otra modalidad, al celebrarse el contrato o negocio objeto de la mediación (STS 21 mayo 1992)".

La jurisprudencia también ha señalado reiteradamente que el derecho a la retribución no se pierde por la falta de cumplimiento del contrato, salvo pacto en contrario (*vid.* Sentencia antes citada), ni tampoco en caso de desistimiento del contrato ya celebrado (SSTS 5 junio 1946, 11 junio 1947 y 14 noviembre 1970. Incluso corresponde el pago aun después de extinguido el corretaje si la conclusión del contrato que fue objeto del encargo ha sido posible gracias a la actividad del «excorredor», SSTS 3 junio 1950, 7 enero 1957, 21 octubre 1965, 22 octubre 2000, 22 diciembre 2000 ó 10 octubre 2007). También puede pasar que principal y tercero en un principio no contraten, para no pagar al corredor, y posteriormente lleguen al acuerdo; si así pudiera probarlo el corredor, le correspondería su retribución. También cabe pactar válidamente que el corredor cobrará aun cuando el principal realice el negocio con un tercero sin intervención del corredor en la puesta en contacto (STS 7 mayo 2008). En cambio, no le correspondería retribución al corredor si el negocio concertado fuera nulo o anulable y si él pudo prever o conocer esta circunstancia, aunque parece que no en otro caso.

Actualmente, la doctrina mayoritaria y también la jurisprudencia consideran el corretaje un contrato bilateral, de modo que se aplica al corredor la obligación de desempeñar diligentemente su gestión. En este sentido, varias sentencias han ido señalando algunas de sus obligaciones más importantes: así, la de diligencia de informarse adecuadamente de las circunstancias del contrato (STS 4 julio 1994, para un corredor que no constató que la finca vendida estaba sujeta a una condición resolutoria), o la de informar al cliente de la marcha de la gestión encomendada (STS 2 octubre 1999).

También se suele afirmar del corredor la nota de imparcialidad en su actuación, que sin embargo no siempre debe concurrir, ya que si actúa en interés de un único principal es lógico que deba entenderse que debe buscar su provecho. Otra cosa es que haya recibido el encargo de los dos que contratan, en cuyo caso sí deberá ser imparcial; en tal supuesto, además, la STS 27 febrero 1997 ha considerado que el precio debe ser satisfecho por mitades por cada uno de los dos ordenantes.

1.5. Contrato de agencia

1.5.1. Concepto

En el art. 1 de la Ley 12/1992, de 27 de mayo, sobre Contrato de Agencia (LAG), se define el contrato de agencia como aquel 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".

1.5.2. Caracteres

De este concepto se extraen cuatro características definitorias del contrato: la estabilidad, la remuneración, la labor de promoción y conclusión de operaciones de comercio, y la independencia. Sobre la remuneración volveremos más adelante.

La estabilidad es la característica que tradicionalmente mejor diferencia la agencia del contrato de comisión (STS 14 mayo 2001). Éste supone un encargo concreto, mientras que en la agencia el intermediario se dedica de forma estable, duradera y continuada a promover o concluir operaciones de comercio por cuenta del principal. A su vez, esta nota influye en el resto del contenido del contrato modalizándolo y justificando muchas de sus reglas (no reembolso de gastos, indemnizaciones por la extinción, etc.).

La labor del agente es la de promover actos u operaciones de comercio por cuenta ajena, o promoverlos y concluirlos por cuenta y en nombre ajenos. Por lo tanto, puede consistir en una labor de simple promoción, como la del corredor (pero estable y duradera), de modo que el tercero deba concluir el contrato personalmente con el principal; o de promoción y conclusión del acuerdo, teniendo por ello poder de representación. Esta posibilidad de actuar en nombre del principal se exige que esté atribuida expresamente en el contrato (art. 6 LAG), no deriva del mismo. En este último caso el agente sólo puede actuar en nombre ajeno, a diferencia del comisionista, que puede hacerlo también en nombre propio (art. 246 CCo). El agente siempre se presenta como gestor de intereses ajenos, y debe manifestarlo expresamente.

Por último, debe tratarse de promoción de actos u operaciones de comercio, algo que en cierta forma se presupone o deriva de la estabilidad del agente, pues nos hallamos ante un principal que produce bienes en masa destinados al mercado. La Ley española no ha limitado su ámbito de aplicación a los actos de compraventa, que son los únicos a los que se refiere la Directiva 86/653/CEE.

La independencia es otra importante nota característica del contrato de agencia, dado que diferencia al agente del agente comercial que actúa sujeto a una relación laboral. El agente es un empresario independiente, titular de su propia organización empresarial, y presta sus servicios profesionales al principal a cambio de un precio. Por esta razón, por ejemplo, los gastos propios de su actividad no se repercuten al principal (art. 18 LAG), sino que se entienden incluidos en la remuneración global. La independencia no impide que el agente actúe sujeto a las órdenes del empresario relativas a las características de los contratos que debe promover o concluir. La independencia se refiere, más bien, entre otras cosas, a que el agente puede organizar su actividad profesional y el tiempo dedicado a la misma conforme a sus propios criterios (art. 2.II LAG, que presume que en tales casos existe independencia).

Esta nota de la independencia ha resultado conflictiva porque, en más de una ocasión, un empresario puede considerar más beneficioso contratar a un representante comercial como agente en vez de hacerlo bajo la relación laboral especial de agente comercial (R. D. 1438/1985, de 1 de agosto, regulador de la relación laboral de carácter especial de las personas que intervengan en operaciones mercantiles por cuenta de uno o más empresarios, sin asumir el riesgo y ventura de aquéllas). Para evitar esa conducta abusiva del principal, la jurisprudencia laboral ha establecido una serie de criterios, precisamente relacionados con la independencia, por los que considera que, en ciertos supuestos, existe una relación laboral con el agente, aunque se haya revestido externamente bajo la apariencia de una relación mercantil.

En relación con esta cuestión de las diferencias entre el régimen mercantil y el laboral del representante de comercio, hay que destacar que el agente mercantil que trabaje fundamentalmente para un cliente, del que reciba al menos el 75% de sus ingresos, puede someterse (comunicándose al principal) al estatuto de "trabajador autónomo económicamente dependiente", regulado en la Ley 20/2007, de 11 de julio, y desarrollado por el R. D. 197/2009, de 23 de febrero. Se trata de una figura híbrida, que conservando su carácter y régimen mercantil comparte sin embargo ciertas notas y caracteres de una relación laboral especial.

Conforme al art. 1.III R. D. 197/2009, "[e]l contrato que celebre un trabajador autónomo económicamente dependiente con su cliente con el objeto de que el primero ejecute una actividad económica o profesional a favor del segundo a cambio de una contraprestación económica, ya sea su naturaleza civil, mercantil o administrativa se regirá por las disposiciones contenidas en este Capítulo, en lo que no se oponga a la normativa aplicable a la actividad". Este "agente-trabajador" sigue actuando por su cuenta y riesgo y con su criterio profesional independiente (art. 5.I.b y .c R. D.), pero en ciertos aspectos se rige por reglas propias de una relación laboral, como el derecho a la interrupción anual de la actividad, al descanso semanal y de los festivos, así como la duración máxima de la actividad (art. 2.c R. D.).

Por otro lado, el Real Decreto 118/2005, de 4 de febrero, por el que se aprueban los Estatutos Generales de los Colegios de Agentes Comerciales de España y de su Consejo General, establece la obligación de colegiación de los mismos. Sin embargo, la doctrina entiende que la falta de colegiación no puede tener incidencia sobre los contratos realizados por medio del agente no colegiado, por tratarse de un requisito corporativo que no incide en la esfera civil.

El contrato de agencia fue atípico en España hasta su regulación por la Ley 12/1992, que, además de realizar la transposición de la Directiva 86/653/CEE, de 18 de diciembre de 1986, relativa a la coordinación de los Estados miembros en lo referente a los agentes comerciales independientes, incluye muchos aspectos no regulados por ella.

La Ley 2/2011, de 4 de marzo, de Economía Sostenible, añadió una disposición adicional (DA) primera a la LAG en la que se prevé la aplicación de ésta a los contratos de distribución de vehículos automóviles e industriales, y la aplicación supletoria a todo contrato de distribución de automóviles, cualquiera que fuera su denominación. No obstante, esta DA no entrará en vigor hasta que se apruebe la Ley de contratos de distribución comercial, que todavía está en proyecto.

Los preceptos de la Ley de Agencia son imperativos, salvo que en ellos se disponga expresamente otra cosa (art. 3.I LAG. La STS 7 abril 2003 declara nulo, por esta razón, el pacto concertado de que el agente no recibiría indemnización por clientela). Se pone así de manifiesto un cierto carácter tuitivo del agente, al que, pese a ser un empresario independiente, se le presupone en una cierta relación de inferioridad o de menor poder de negociación frente al principal.

La Ley no se aplica a los agentes que actúen en mercados secundarios oficiales o reglamentados de valores (art. 3.II LAG), que se someten a una regulación especial (R. D. 217/2008, de 15 febrero, de régimen jurídico de las empresas de servicios de inversión y de las demás entidades que prestan servicios de inversión).

El de agencia es un contrato mercantil (apartado I.1 de la exposición de motivos). Por esa razón la prescripción de las acciones derivadas del contrato de agencia se regirá por las reglas establecidas en el Código de comercio (art. 4 LAG). Ahora bien, si el agente cumple los requisitos y se acoge al régimen de "trabajador autónomo económicamente dependiente", ciertos aspectos de su régimen se regirán por las normas ya señaladas.

Por otro lado, la competencia para el conocimiento de las acciones siempre corresponde al juez del domicilio del agente, siendo nulo cualquier pacto en contrario (disp. adic. LAG).

Esto no excluye, según la doctrina mayoritaria, que las partes puedan someter los litigios futuros o actuales a arbitraje, si bien al tratarse de normas imperativas sí parece que el único arbitraje admisible sería el de derecho, y quizás debería ser arbitraje en el lugar del domicilio del agente (la cuestión se ha planteado sobre todo respecto del sometimiento a arbitraje de la impugnación de acuerdos sociales. Lo admite, con ciertos matices, la STS 18 abril 1998).

El art. 22 LAG permite a cada una de las partes exigir de la otra, en cualquier momento, la formalización por escrito del contrato de agencia, en el que se harán constar las modificaciones que, en su caso, se hubieran introducido en el

mismo. Se trata, por lo tanto, de un contrato no formal, que podría celebrarse incluso de forma verbal. Lo usual, en todo caso, es hacer constar por escrito el acuerdo.

1.5.3. Régimen jurídico

1) Obligaciones del agente

Al tratarse de un contrato basado en la confianza, la actuación del agente deben realizarla personalmente él o sus dependientes. Para que puedan actuar subagentes es precisa la autorización expresa del principal; en tal caso, si al subagente lo elige el agente, éste responderá de su gestión (art. 5 LAG).

A las obligaciones del agente, y bajo ese título, se refiere el art. 9 LAG, pero en realidad existen otros preceptos legales en los cuales se recogen distintos aspectos de la relación jurídica del agente. Como regla general, el citado art. 9.I LAG establece que, en el ejercicio de su actividad profesional, el agente deberá actuar lealmente y de buena fe, velando por los intereses del empresario o empresarios por cuya cuenta actúe. La diligencia con la que debe ocuparse de los actos u operaciones encomendados es la de un "ordenado comerciante" (art. 9.2.a LAG). El agente debe comunicar al empresario toda la información de la que disponga, cuando sea precisa para la buena gestión de lo encomendado, y, en particular, la relativa a la solvencia de los terceros con los que existan operaciones pendientes de conclusión o ejecución (art. 9.2.b LAG. Entiende la doctrina que esta obligación no se extiende, salvo pacto en contrario, a la realización de estudios de mercado). En el desarrollo de su actividad debe seguir las instrucciones razonables recibidas del empresario, siempre que no afecten a su independencia (art. 9.2.c LAG; esto es, podrán referirse al contenido de los contratos que promoció o celebre, pero no respecto de la forma de organizar la actividad, al menos de una forma detallada). Y llevará una contabilidad independiente de los actos u operaciones relativos a cada empresario por cuya cuenta actúe (art. 9.2.d LAG, lo cual parece claro que debe suponer llevar una única contabilidad con partidas separadas, pues no cabe que un empresario lleve "varias contabilidades"). Aunque no lo diga la Ley, es claro que el contrato puede limitarse a la promoción o concertación de contratos respecto sólo algunos de los productos del principal o algunos de los escalones de la distribución, si bien también cabrá prever una sucesiva ampliación a otros productos.

Es importante destacar que el agente debe 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 (art. 9.2.d LAG). Esto no implica, por supuesto, que el agente "responda" en caso de defectos, pues lo único que hace es trasladar la reclamación a su principal, que es, él sí, el responsable (el agente siempre actúa en nombre ajeno). De todas formas, es muy común en ciertos sectores que el agente asuma mediante pacto una obligación añadida a las propias de su contrato, consistente en prestar el

servicio de asistencia técnica y de garantía de los productos del principal (ved, por ejemplo, STS 9 febrero 2006). Esto supone un contrato de prestación de servicios añadido al simple de agencia, con su propia retribución y régimen obligacional.

Aunque la Ley no lo mencione expresamente, debe entenderse implícita una obligación del agente de secreto acerca de los datos confidenciales de la empresa que llegue a conocer por su condición de agente (el art. 9.1 LAG obliga al agente a actuar lealmente y de buena fe, velando por los intereses del empresario o empresarios por cuya cuenta actúe).

Este deber de secreto se mantendrá incluso a la terminación del contrato, ya que de lo contrario no serviría para nada. Su infracción tras la extinción de la agencia supondría así una infracción contractual, además de un acto de competencia desleal (art. 13 LCD).

El art. 7 LAG regula lo relativo a la posibilidad de que el agente actúe para otros empresarios y realice competencia a su principal. En el primer aspecto, se establece que, salvo pacto en contrario, aquél puede desarrollar su actividad profesional por cuenta de varios empresarios. Pero esta regla se matiza a continuación, exigiendo que el agente cuente con 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 aquéllos cuya contratación se hubiera obligado a promover.

La regla en realidad es que no puede competir en la misma actividad que la del principal, salvo autorización de éste. La autorización no será precisa si actúa para otros principales o por cuenta propia para la promoción o venta de otros productos no concurrentes ni competitivos, lo cual a su vez supone una limitación muy importante, pues deberá tratarse en todo caso de bienes no relacionados ni relacionables por el público adquirente con los del principal. Además, cabe en todo caso el pacto en contra, en virtud del cual el agente se comprometa a actuar sólo para ese principal concreto y para nadie más, ni tampoco por cuenta propia.

Esta obligación de no competir, salvo autorización, se puede mantener incluso para después de la terminación del contrato. Así lo establece el art. 20 LAG, que permite que las partes incluyan una restricción o limitación de las actividades profesionales que deba desarrollar el agente una vez extinguido el contrato. No es algo derivado de forma natural del contrato, como la prohibición de no competir durante la vigencia del mismo, pero se puede pactar y, de hecho, se trata de una cláusula muy usual en este tipo de negocios.

La STS 23 mayo 1997 trata de un caso de pacto de no competencia a la extinción del contrato, considerando el Tribunal que se infringió por cuanto la agente participó en el órgano gestor de una competidora de su ex principal. La STS 1 julio 2005 contempló un supuesto de agente que infringió el deber pactado, vendiendo antes del plazo de dos años bienes de empresarios competidores con su anterior principal, por lo que condenó al ex agente al pago de una indemnización.

La posibilidad de limitar la competencia del agente a la extinción del contrato tiene sus límites (arts. 20.II y 21 LAG). El pacto no podrá tener una duración superior a dos años a contar desde la extinción del contrato de agencia (si el contrato de agencia tuvo una duración inferior, el pacto no podrá durar más de un año); sólo podrá extenderse a la zona geográfica o a la zona y grupo

de personas confiados al agente; y sólo podrá afectar a la clase de bienes o servicios objeto de los actos u operaciones promovidos o concluidos por el agente. Además, la limitación deberá formalizarse por escrito para su validez (art. 21 LAG).

Puede pactarse que el agente asuma el riesgo y ventura de uno, varios o la totalidad de los actos u operaciones promovidos o concluidos por cuenta del principal. Se trata del "pacto de garantía", que para la comisión se prevé en el art. 272 CCo.

El agente responde del cumplimiento del contrato por parte del tercero, de manera que satisfará él la prestación si no lo hace éste. Este pacto de garantía, según el art. 19 LAG, debe constar por escrito bajo pena de nulidad, y debe establecerse la comisión a percibir, pues lógicamente se cobra una cantidad superior a la normal al asumir una obligación añadida a las naturales del contrato. La doctrina considera que en estos casos el pacto de garantía constituye una fianza del agente respecto de la deuda del tercero.

Hay que destacar que, junto a las obligaciones propias del contrato de agencia, es común que el agente asuma otras accesorias, como la gestión de cobros del principal, almacenamiento de mercancías, la ya aludida de prestación de un servicio de asistencia y/o reparación, etc. En tales casos constituyen prestaciones independientes de contratos que se añaden al de agencia, y cuya retribución es específica.

2) Obligaciones del principal

El empresario también debe actuar lealmente y de buena fe en sus relaciones con el agente (art. 10.1 LAG). En particular, la Ley establece varias obligaciones concretas del empresario, aparte de la relativa a la remuneración, que, por su relevancia, se expondrá más tarde de forma específica. En primer lugar, el principal debe poner a disposición del agente, con antelación suficiente y en cantidad adecuada, los muestrarios, catálogos, tarifas y demás documentos precisos para el ejercicio de su actividad (art. 10.2.a LAG). En segundo lugar, deberá procurarle todas las informaciones precisas, y, en particular, advertirle desde que tenga noticia de ello, cuando prevea que el volumen de los actos u operaciones vaya a ser sensiblemente inferior al esperado por el agente (art. 10.2.b LAG). En tercer lugar, cuando el agente no celebre operaciones, sino que sólo las promueva, el empresario debe comunicarle la aceptación o rechazo de la operación en un plazo de quince días (art. 10.3 LAG, rechazo que no podrá ser arbitrario, ni buscar simplemente el perjuicio del agente). Por último, también debe comunicarse al agente la ejecución, ejecución parcial o falta de cumplimiento de la operación celebrada, dentro del plazo más breve posible (art. 10.3 LAG).

- **En particular, la remuneración.**

La Ley dedica toda una sección del capítulo II a la remuneración. Tanto este tema como el de las indemnizaciones en caso de extinción son los aspectos fundamentales regulados por la referida Directiva 86/653/CEE.

La remuneración puede consistir en una cantidad fija, en una comisión o en una combinación de ambos sistemas (art. 11.1 LAG). Por comisión se entenderá cualquier elemento de la remuneración que sea variable según el volumen o valor de los actos u operaciones promovidos y, en su caso, concluidos por el agente (art. 11.2 LAG). No tienen el concepto de comisión los pagos que realice, en su caso, el principal a causa de prestaciones accesorias a la principal que realice el agente (almacenaje, cobro de deudores, etc.).

En defecto de pacto, la retribución se fijará de acuerdo con los usos del comercio del lugar donde se ejerza la actividad; si éstos no existieran, percibirá el agente la retribución que fuera razonable teniendo en cuenta las circunstancias que hayan concurrido en la operación (art. 11.1 *in fine* LAG).

Una retribución únicamente fija parece excluir que el agente asuma un riesgo empresarial y aproxima el contrato a una relación laboral, por lo que siempre ha sido vista con disfavor por la doctrina. Pese a ello, la Ley lo admite. De la dicción del art. 11.2 LAG resulta que la comisión puede consistir en muy distintas modalidades: porcentaje sobre ventas, porcentajes sobre ventas crecientes de forma proporcionada al volumen de ventas, descuentos sobre precios de costes de nuevas mercancías, etc. También cabe pactar una "comisión mínima", que será la que se pague si el cálculo de la comisión pactada sobre el volumen de ventas da un resultado menor a aquella, pero que quedará absorbida en ésta si resulta mayor, lo que la diferencia del sistema mixto, en el que la cantidad fija se suma a lo que corresponda por comisiones. Por otro lado, resulta común el satisfacer anticipos a cuenta de futuras comisiones (entre otras, SSTS, Sala 4.ª, 9 diciembre 1981 y 17 enero 1991).

En el caso de que la retribución se realice mediante el sistema de comisión, por los actos u operaciones concluidos durante la vigencia del contrato procede una comisión en tres casos (art. 12 LAG):

- a) si el acto u operación de comercio se concluyó como consecuencia de la intervención profesional del agente;
- b) si el acto u operación de comercio se hubiera concluido con una persona respecto de la cual el agente hubiera promovido y, en su caso, concluido con anterioridad un acto u operación de naturaleza análoga; y
- c) si el acto u operación se concluyó con persona perteneciente a la zona geográfica o al grupo determinado de personas para el cual se hubiera pactado una exclusiva a favor del agente, aunque tal acto u operación no haya sido promovido ni concluido por éste.

El art. 13 LAG fija dos supuestos en los que existe derecho a comisión respecto de actos u operaciones concluidos con posterioridad a la extinción del contrato de agencia:

- a) si el acto u operación se celebra dentro de los tres meses siguientes a la extinción del contrato y se debe principalmente a la actividad desarrollada por el agente durante la vigencia del mismo; y
- b) si el empresario o agente recibieron el encargo antes de la expiración del contrato, siempre que el agente hubiera tenido derecho a percibir la comisión si el acto u operación se hubieran concluido durante la vigencia del contrato.

Quien resulte nuevo agente en esa zona no tendrá derecho a esta comisión que corresponde al "antiguo agente". Así lo establece el apartado II del art. 13 LAG, si bien matizando que será así "salvo que, en atención a las circunstancias concurrentes, fuese equitativo distribuir la comisión entre ambos agentes".

Para que el agente que promociona sepa si el contrato realmente se llega a celebrar y ha nacido su derecho a la retribución, la Ley impone al empresario la obligación de comunicar a aquél el resultado final de la negociación en un plazo no superior a quince días (art. 10.III LAG).

En todo caso, el derecho a la comisión sólo se consolida si el tercero con el que se celebró el contrato cumple con sus obligaciones. Así se muestra de una combinación de los arts. 14 y 17 LAG. Conforme a aquél, la comisión se devenga cuando el empresario hubiera ejecutado o debido ejecutar el negocio celebrado, o éste hubiera sido ejecutado total o parcialmente por el tercero. Pero el art. 17 LAG matiza que se pierde el derecho a la comisión si el empresario prueba que el acto u operación celebrado con el tercero no se ha ejecutado por circunstancias no imputables al empresario. Por lo tanto el derecho a la comisión sólo se tiene de forma definitiva cuando se ha cumplido el negocio o, en caso de incumplimiento, si éste se debe a circunstancias imputables al empresario.

Para abonar la comisión, el plazo máximo, que se puede acortar por pacto, es no más tarde del último día del mes siguiente al trimestre natural en el que se hubiese devengado (art. 16 LAG). Para garantizar al agente la corrección de las cuantías pagadas, la Ley establece que el empresario deberá entregarle una relación de las comisiones devengadas, con los elementos esenciales "en base a [sic] los que haya sido calculado el importe de las comisiones". A su vez, el agente podrá exigir la exhibición de la contabilidad y de otros documentos del empresario en lo preciso para verificar las comisiones que le correspondan. La Ley no establece expresamente un plazo de prescripción de la acción para reclamar esta retribución, y la remisión del art. 4 LAG al CCo tampoco resuelve nada, pues no existe una disposición explícita en éste sobre el tema. La doctrina se halla dividida entre los que proponen la aplicación del plazo de tres años *ex art. 1967.I CC*, los que defienden el de cinco años del art. 1966.3 CC, y los que propugnan la aplicación del general de quince años *ex art. 1964 CC*. Debe tenerse en cuenta que la actual redacción del art. 1964.2 CC establece, para las acciones personales que no tengan plazo especial, un plazo de prescripción de cinco años desde que pueda exigirse el cumplimiento de la obligación, y que en las obligaciones continuadas de hacer o no hacer, el plazo comenzará cada vez que se incumplan.

Por último, la Ley expresamente establece que el agente no tiene derecho al reembolso de los gastos que le hubiera originado el ejercicio de su actividad profesional, salvo pacto en contrario (art. 18 LAG). Esta regla difiere de la propia del contrato de comisión (art. 278 CCo), lo cual se suele justificar basándose en que el agente es un empresario dependiente que debe soportar los gastos de su propia actividad, los cuales, por otro lado, se tienen en cuenta a la hora de fijar la remuneración con el principal. Por esta misma razón, cuando la extinción del contrato supone que el agente no haya podido amortizar las inversiones realizadas para llevar a cabo el encargo conferido, se establece una indemnización por daños (art. 29 LAG).

1.5.4. Extinción del contrato de agencia

1) Causas de extinción del contrato de agencia

La LAG establece en sus arts. 23 a 27 las causas de extinción del contrato, distinguiéndose claramente los supuestos de extinción "normal" y de extinción "patológica". La extinción "normal" provendrá del cumplimiento del término pactado en el contrato, del mutuo disenso o de la denuncia del negocio si no se pactó tiempo determinado de duración.

La STS 27 marzo 2008 establece que:

"Pedida en su momento por la hoy recurrente la resolución del contrato por incumplimiento de la parte contraria y alegada por esta última la extinción del contrato por decisión unilateral de aquélla, no es incongruente declarar resuelto dicho contrato por mutuo acuerdo de las partes cuando esto último, como es el caso, responde a una integración por el tribunal de los hechos alegados por cada parte con los hechos resultantes de la prueba practicada".

En cuanto al establecimiento de una duración determinada, no es lo más usual ni, tampoco, lo más lógico, pero resulta totalmente válido (art. 24 LAG). En todo caso, la Ley considera que, si transcurrido el plazo se sigue ejecutando el contrato de agencia, se entiende transformado en contrato por tiempo indefinido. El principal problema que se plantea en este punto es el relativo a los contratos con duración determinada y con posibilidad pactada de prórrogas sucesivas de corta duración. En tales casos cabe la duda de si en realidad nos hallamos ante un contrato con duración definida o indefinida, lo cual es fundamental para saber si le resultarían o no aplicables las indemnizaciones previstas en los arts. 28 a 30 LAG. A nuestro parecer el supuesto sería asimilable a los contratos de duración indefinida, puesto que estructuralmente no se conoce ni siquiera de forma aproximada cuánto podrá durar, sino que puede extinguirse cada cierto plazo, y porque en otro caso se permitiría un fácil fraude de ley para evitar en perjuicio del agente la aplicación del régimen de indemnizaciones en caso de denuncia.

Por lo que respecta a la denuncia del contrato pactado por tiempo indefinido, se trata del reconocimiento legal de la posibilidad de denuncia en los contratos duraderos pactados sin duración determinada, con el fin de evitar la idea de que ello pueda suponer una vinculación perpetua. La Ley de Agencia establece que debe preavisarse por escrito, fijándose un plazo mínimo para tal preaviso en el art. 25 (en general, un mes por cada año de vigencia, con un máximo de seis meses; y si el contrato duró menos de un año, el plazo será de un mes. Los plazos pueden alargarse, pero el del agente nunca puede ser inferior al del principal). La Ley no establece cuál sea la consecuencia de la inexistencia de preaviso; esto es, de que quien "denuncia" manifieste su intención de que la extinción opere efectos inmediatos. Para un sector doctrinal, que a su vez expresa el criterio mayoritario en la jurisprudencia, el contrato terminará de inmediato, debiendo indemnizarse por no observar el preaviso.

La extinción "anormal" o "patológica" procede en tres casos, si bien no siguen todos ellos igual régimen. Existen, así, dos supuestos en los que cualquiera de las partes tiene un derecho de resolución, que ejercerá o no según crea conveniente: a) cuando la otra parte hubiere incumplido, total o parcialmente, las

obligaciones legal o contractualmente establecidas; y b) cuando la otra parte hubiere sido declarada en concurso (art. 26 LAG). También existe un derecho de resolución a favor de los sucesores en la empresa del principal que fallezca, que podrán extinguir el contrato "con el preaviso que proceda" (art. 27 *in fine* LAG). Por último, la muerte o declaración de fallecimiento del agente extinguen automáticamente el contrato (art. 27 LAG).

La doctrina suele admitir que la "lista" de causas del art. 26 LAG es ejemplificativa, de modo que también serían aplicables las causas generales de extinción propias de la teoría general del contrato.

2) Derecho del agente a una indemnización

La primera indemnización que trata la Ley es la llamada "indemnización por clientela". Como regla general, la misma puede proceder en cualquier supuesto de extinción, sea por tiempo determinado o indefinido, salvo en tres casos recogidos en el art. 30 LAG:

a) resolución por parte del empresario por causa de incumplimiento de las obligaciones legal o contractualmente establecidas a cargo del agente;

b) denuncia del contrato pactado por tiempo indefinido realizada por el agente, salvo que la misma tenga lugar por circunstancias imputables al empresario, o se funde en la edad, invalidez o enfermedad del agente, y no pudiera exigírsele razonablemente la continuidad de sus actividades; y

c) cesión por parte del agente a un tercero, con consentimiento del empresario, de los derechos y obligaciones de los que era titular en virtud del contrato de agencia.

Respecto de la improcedencia de indemnización, si la denuncia proviene del agente, señala la STS 10 noviembre 2008 que:

"Se trata de una regla especial que cede ante la general del artículo 28 LCA sólo para el supuesto de que sea el agente quien decida no continuar con el contrato, norma lógica porque el agente no cede la clientela al empresario, sino que al ser suya, la mantiene para las sucesivas empresas en las que sea el titular del negocio".

Los requisitos para que, en estos casos, proceda la indemnización, los establece el art. 28.I: «El agente que hubiese aportado nuevos clientes al empresario o incrementado sensiblemente las operaciones con la clientela preexistente, tendrá derecho a una indemnización si su actividad anterior puede continuar produciendo ventajas sustanciales al empresario y resulta equitativamente procedente por la existencia de pactos de limitación de competencia, por las comisiones que pierda o por las demás circunstancias que concurran". Como se aprecia, se enuncian varios conceptos jurídicos indeterminados que influirán tanto en la apreciación de si procede la indemnización como en la determinación de la cuantía de la misma. Hay que destacar que no se trata

de circunstancias que deban concurrir necesariamente todas ellas; esto es, la indemnización puede proceder aunque, por ejemplo, no existan pactos de limitación de la competencia a la extinción del contrato, si otras circunstancias concurrentes en cambio lo hacen "equitativamente procedente" (SSTS 1 abril 2000, 27 enero 2003 ó 7 abril 2003).

Queda claro que la indemnización no procede automáticamente por el simple hecho de la extinción y con independencia de otras consideraciones (STS 28 mayo 2007, entre otras muchas). En este sentido, frente a cierta jurisprudencia que tiende a considerar que una larga duración del contrato habrá supuesto un incremento de clientela (SSTS 27 mayo 1993 y 15 noviembre 1997), parece más acertada la que exige la acreditación de este extremo. En cambio, respecto del requisito de susceptibilidad de producción de ventajas sustanciales, sí que parece acertado presumir que se produce por el hecho de una duración adecuada del contrato (STS 27 mayo 1993), pues se trata de un factor impreciso e inobjetivable cuya concurrencia puede resultar de imposible prueba para el agente, mientras que el empresario sí podrá probar, en su caso, que no existe esa posibilidad.

El apartado 3 del artículo 28 impone un límite cuantitativo máximo a esa indemnización: no podrá exceder 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 fuese inferior).

La segunda indemnización que establece la Ley es la de daños y perjuicios, y sólo procede en los casos de denuncia unilateral del contrato pactado por tiempo indefinido realizada por el empresario. En este supuesto, deberán indemnizarse "los daños y perjuicios que, en su caso, la extinción anticipada haya causado al agente, siempre que la misma no permita la amortización de los gastos que el agente, instruido por el empresario, haya realizado para la ejecución del contrato" (art. 29 LAG).

La existencia de esta indemnización por daños y perjuicios no excluye la posibilidad de reclamar otros daños y perjuicios que correspondan por distintos hechos basados en otros preceptos aplicables (resolución por incumplimiento, denuncia sin preaviso, etc.). La acción para reclamar cualquiera de estas indemnizaciones prescribe al año a contar desde la extinción del contrato (art. 31 LAG).

Por lo que respecta al derecho de la competencia, la normativa comunitaria sobre exención por categorías para los acuerdos de distribución vertical no es aplicable a la comercialización mediante agentes. En estos casos tal agente es un intermediario contratado por el principal, de forma que éste puede imponerle instrucciones muy concretas sobre aspectos varios (por ejemplo, aprovisionamiento sólo con los proveedores por aquél designados, o precio a poner al producto) que no resultarían admisibles en la concesión o franquicia. Éste es el criterio seguido tanto por el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas (SSTCE 16 diciembre 1975 y 1 octubre 1987) como por nuestro Tribunal de Defensa de la Competencia (RSTDC 25 junio 1990, RGD 558, 1991, 1503 y sigs., y 25 junio 1990, Rep. TDC núm. 387).

2. Contratos de distribución

2.1. La finalidad distributiva

La finalidad distributiva es la que dota a los contratos de distribución de caracteres propios, entre los que destaca el establecimiento entre productor y distribuidor de vínculos de colaboración de carácter especial. Ello es debido al interés que existe en el primero en el control y seguimiento de la actividad de colocación en el mercado de los productos o servicios que desarrolla el distribuidor, con vistas a asegurar la creación, fomento y mantenimiento de la clientela final. Este mismo interés es el que conduce a la integración del distribuidor en la red del productor, integración cuyo grado varía en atención a la intensidad de los vínculos de colaboración que se crean. Éstos son livianos en la distribución autorizada, estrechos en la concesión y reforzados en la franquicia. El presupuesto de la función distributiva es la adquisición por parte del distribuidor de la titularidad de los bienes o del derecho a prestar los servicios que posteriormente coloca entre los consumidores o usuarios, por cuanto son los bienes y servicios los que constituyen el objeto de los contratos de distribución. Y la adquisición de esa titularidad presupone, como se ha señalado al inicio del módulo, la actuación por cuenta propia del distribuidor.

2.2. El contrato de concesión o distribución exclusiva

El contrato de concesión puede definirse como aquel por el cual una de las partes –concesionario– pone su establecimiento al servicio de la otra –concedente– y se obliga, por tiempo determinado o indefinido, a adquirir de esta última productos, normalmente de marca, para revenderlos, en régimen de exclusiva, en una zona geográfica determinada y a prestar asistencia técnica, en su caso, a los clientes tanto antes como después de la venta, soportando el riesgo y ventura de los contratos de venta que celebra con ellos y garantizándoles el saneamiento por vicios o defectos ocultos de los productos que vende.

2.2.1. Concepto y caracteres

Sobre la base del interés mutuo de las partes en beneficiarse de la imagen positiva de los productos objeto del contrato, el concedente los coloca en el mercado por medio del concesionario y este último, que en general se obliga a adquirir un cupo mínimo de tales productos, busca lucrarse con la reventa de los mismos, que es la vía de colocación entre los consumidores. La inserción en el contrato de concesión del pacto de exclusiva supone para el concedente un control más eficaz de la posterior actividad de colocación que desarrollará el concesionario, lo cual se traduce en una mejora de la distribución de sus productos. Este último, además de integrarse en la red comercial de aquél, pasa

a gozar de una exclusividad que le asegura, en el territorio asignado, la reventa de los productos libre de la competencia del concedente y de la de otros posibles concesionarios.

El contrato de concesión es un contrato mercantil, consensual y legalmente atípico, si bien socialmente típico –se halla consagrado en el tráfico negocial, y tanto la doctrina como la jurisprudencia lo han definido y han señalado sus elementos caracterizadores. El régimen jurídico aplicable al mismo será el que resulte de lo pactado por las partes al amparo del principio de libertad contractual, con los límites del propio art. 1255 CC y el respeto a la buena fe contractual consagrado en los arts. 1258 CC y 1257 CCo.

Al igual que el contrato de franquicia, el contrato de concesión comienza a perfilarse legalmente en sede comunitaria del derecho de la competencia. Constatados por las instituciones comunitarias, por un lado, los posibles efectos restrictivos de la competencia que podían generar determinados contratos y, por otro lado, el resultado que en la práctica producía su conclusión –una mejora de la distribución–, la Comisión dictó tres Reglamentos de exención por categorías: los Reglamentos 1983/1983 y 1984/1983 para la distribución exclusiva y la compra exclusiva, respectivamente (este último contrato no difiere de la compraventa sino en la inserción de la cláusula de exclusiva); y el Reglamento 123/1985 para los acuerdos de distribución y de servicio de venta y de posventa de vehículos automóviles, sustituido por el Reglamento 1475/1995 –único Reglamento que quedó vigente tras la derogación llevada a cabo por el Reglamento 2790/1999 de la Comisión, de 22 de diciembre de 1999, relativo al otorgamiento de exención a determinadas categorías de acuerdos verticales y prácticas concertadas y que ha sido sustituido por el Reglamento 1400/2002 de la Comisión, de 31 de julio de 2002. El Reglamento 1400/2002 –que considera los vehículos de motor bienes muebles costosos y técnicamente complejos que requieren reparación y mantenimiento a intervalos regulares e irregulares, y que no es imprescindible que los distribuidores de vehículos de motor nuevos también realicen las reparaciones y el mantenimiento (Cdo. 21)– entiende que los acuerdos verticales correspondientes a las categorías definidas en él pueden mejorar la eficiencia económica de una cadena de producción o de distribución al permitir una mejor coordinación entre las empresas participantes y que, en concreto, pueden producir una reducción de los costes de transacción y distribución de las partes y optimizar sus ventas y niveles de inversión (Cdo. 5).

La mejora de la distribución beneficia directamente a los consumidores, los cuales, de este modo, pueden procurarse más rápida y fácilmente los productos fabricados por los diferentes empresarios.

2.2.2. Régimen jurídico

Las obligaciones de las partes resultan del contenido contractual, que varía en función del concreto acuerdo del que se trate, si bien, con carácter general, suele preverse, entre otras cosas:

1) **La obligación del concesionario** de poner su establecimiento al servicio del concedente y de efectuar la promoción y comercialización de los productos de éste en calidad de empresario independiente, pudiendo señalarse específicas actuaciones que deberá desarrollar –campañas publicitarias, asistencia a ferias y exposiciones– y volumen de ventas que deberá conseguir. El concesionario deberá actuar con la diligencia de un ordenado comerciante para atraer y mantener la clientela. A tal fin, dispondrá de un *stock* de productos y de piezas de recambio adecuado y estará en condiciones de prestar a la misma asistencia técnica de venta y posventa, contando con la colaboración de personal

cualificado. En su caso, podrán estipularse cláusulas relativas a la obligación de actuación con lealtad y buena fe recíprocas y de protección de los intereses de ambas partes.

2) **Un régimen de control del concedente**, como contrapartida del disfrute de la buena fama de los productos del concedente, asociada a la marca y al objeto de que ésta se mantenga y, en su caso, se mejore y de que el concedente mantenga la homogeneidad de la distribución. Ello obliga al concesionario a soportar un control de su actividad que puede ser de carácter económico y contable, estar referido al acondicionamiento y presentación del establecimiento y de los productos, pudiendo el concedente inspeccionar los locales de venta y asistencia técnica, etc.

3) **El pacto de exclusividad en la reventa a favor del concesionario**. Caracterizadora del contrato de concesión, la exclusividad ha de estar limitada a un espacio territorial y temporal y referirse a los productos específicamente señalados en el contrato. En virtud de este pacto, el concedente protege territorialmente la actividad del concesionario. La protección puede ser simple, cuando el concedente se obliga a no designar ningún otro distribuidor en la zona asignada al concesionario; reforzada, cuando además se obliga a no efectuar ventas directas de los productos y a impedir, en general por medio de cláusulas insertas en los respectivos contratos, que otros distribuidores realicen una política activa de ventas en la zona asignada; y absoluta –prohibida por el derecho *antitrust*–, por virtud de la cual el concedente se obliga además a impedir que los distribuidores realicen ventas pasivas en el territorio del concesionario (atender pedidos provenientes de esta zona).

4) **El pacto de aprovisionamiento exclusivo**. Dado que la exclusiva de reventa no impide al concesionario comprar los productos contractuales a terceros distintos del concedente ni vender mercancías de otros empresarios que estén en relación de competencia con él, en el contrato puede estipularse la exclusiva de aprovisionamiento, por cuya virtud el concesionario se obliga en el contrato a adquirir los productos objeto del contrato al concedente, a un tercero por él designado o a otros concesionarios.

5) **La atribución al concedente de facultades en la determinación de los precios de reventa**. Lo cual puede consistir en la fijación exacta de precios o de precios mínimos –prohibido por el derecho *antitrust*–, fijación de precios máximos, o sugerencia de precios.

6) **Restricciones de competencia poscontractuales** que prohíben al concesionario desarrollar cualquier actividad de producción, comercialización, distribución y agencia relacionada con productos competidores con los contractuales, una vez finalizado el contrato de concesión.

7) A diferencia de lo que ocurre en la franquicia, en la concesión **no se conceden licencias sobre bienes inmateriales**, por cuanto la concesión tiene por objeto únicamente productos y que, además, están fabricados o distribuidos por el propio concedente. En alguna ocasión se efectúa la transmisión de derechos sobre la marca como acuerdo colateral del contrato de concesión, al objeto de asegurar una protección territorial absoluta al concesionario, lo cual resulta inadmisibles desde el punto de vista del derecho de la competencia (SSTJCE "Grundig/Consten", Rec. 1966, 299 y sigs.; y "Semillas de Maíz", Rec. 1978, 1391 y sigs.).

En el clausulado del contrato de concesión, acostumbra a determinarse su duración, con previsión de prórroga o renovación, en su caso. Puede pactarse por tiempo determinado o indefinido. Igualmente es frecuente la inserción de cláusulas de resolución del contrato, al margen de la duración del mismo, determinando las causas que permiten, normalmente al concedente, denunciar el contrato sin necesidad de preaviso al concesionario.

2.3. El contrato de franquicia

2.3.1. Origen y naturaleza de la franquicia

El contrato de franquicia surge en la práctica norteamericana de finales del siglo XIX y principios del XX como sistema de distribución capaz de respetar la prohibición *antitrust* vigente en los Estados Unidos que impedía a los fabricantes de vehículos venderlos directamente a los consumidores finales –General Motors, en 1898, será el primer fabricante que utilizará este contrato. Extendida luego a otros sectores económicos de los Estados Unidos, como el del petróleo y el de las bebidas no alcohólicas, la franquicia se introducirá en Europa en los años sesenta.

La doctrina inicialmente consideró la franquicia como un tipo de concesión, debido a que su estudio se centró en la franquicia de distribución, que era la modalidad más extendida en los orígenes de la franquicia. Sin embargo, a diferencia de lo que ocurre con ésta, el concesionario no adquiere el derecho a desarrollar el modelo de empresa del concedente y sí únicamente la facultad de ofrecer a los consumidores los productos de éste y, en su caso, la de hacer constar, mediante la utilización de sus signos distintivos, la relación comercial que existe con él.

Paradigma de sistema de distribución integrada, la franquicia permite al franquiciador expandir su negocio sin arriesgar el capital necesario para acometer de manera directa esa expansión por medio de sucursales o filiales, sometiendo al franquiciado, en el posterior desarrollo de su actividad, al cumplimiento de las directrices impuestas en el clausulado del contrato. El franquiciado, a cambio del pago del precio, que, en general, consiste en una cantidad fija por derecho de entrada y en una suma variable a lo largo de la ejecución del con-

trato –regalía o *royalty*, porcentaje sobre venta de productos o la prestación de servicios–, se convierte en empresario con una ventaja añadida: el beneficio del consolidado éxito empresarial del franquiciador, que le previene en gran medida de los riesgos inherentes a todo inicio de una actividad empresarial.

Como resultado de la conclusión de contratos de franquicia se instrumentan redes de distribución en las que los consumidores identifican los bienes fabricados o distribuidos, o los servicios prestados por el franquiciado, con aquellos fabricados, distribuidos o prestados por el franquiciador –como si de un único empresario se tratara. Ello es fruto de la homogeneización de la empresa y establecimiento del franquiciado con la empresa y establecimiento del franquiciador, en cuanto objetivo perseguido por la franquicia. No obstante, la red de distribución se articula sobre la base de contratos en los que los franquiciados actúan como empresarios jurídicamente independientes entre sí y jurídicamente independientes con respecto al franquiciador.

En derecho español, el término "contrato de franquicia" es fruto de la traducción de *franchise agreement* y *contrat de franchise*, recogida en la versión española del Reglamento CEE 4087/1988 de la Comisión, de 30 de noviembre, relativo a la aplicación del apartado 3 del artículo 85 del Tratado a determinadas categorías de acuerdos de franquicia, y en el Real Decreto 1750/1987, de 18 de diciembre, por el que se liberaliza la transferencia de tecnología y la prestación de asistencia técnica extranjera a empresas españolas –primera norma que en nuestro ordenamiento contendrá regulación sustancial de este contrato. El Real Decreto 1750/1987 fue derogado por el Real Decreto 1816/1991, de 20 de diciembre, sobre transacciones económicas con el exterior (disp. final 2ª), que omite toda referencia al contrato de franquicia.

2.3.2. Concepto y clases de franquicia

La franquicia puede definirse como contrato autónomo por medio del cual el franquiciador transmite al franquiciado el derecho a desarrollar un modelo de empresa. Lo que se transmite es un derecho, no la empresa en sí misma, que –en cuanto actividad económica de mediación en el mercado– no es susceptible de tráfico jurídico. De ahí que la transmisión de ese derecho deba hacerse sobre la base de la transmisión de aquellos elementos que, integrados dentro del establecimiento mercantil –en cuanto conjunto de elementos dispuestos por el empresario para el adecuado desarrollo de la empresa–, además de ser jurídicamente transmisibles, permiten que cada concreto franquiciado desarrolle su actividad de manera semejante al propio franquiciador. Para ello, necesariamente deberán transmitirse, a título de licencia, aquellos derechos de exclusiva –patentes, marcas, *know-how* o derechos asimilados– que, integrados en el establecimiento del franquiciador, caracterizan su concreto modelo de empresa.

Know-how

El *know-how* (también llamado "saber-hacer" o "secreto industrial") es un conjunto de información práctica no patentada (porque no supone verdadera creación, o porque se quiere mantener secreta), útil para la producción del bien o servicio. Muchas veces son reglas fijadas por la experiencia de la empresa, que se mantienen en secreto (p. ej., cómo colocar los bienes en las estanterías para que el cliente se fije más en ellos, los "trucos" para lograr un sabor especial en las comidas, etc.).

Concepto de empresa

El concepto jurídico y el económico de empresa son diferentes. El económico comprende la suma de los factores de la producción. Este concepto engloba tanto la actividad del empresario –concepto jurídico de empresa– como los medios humanos y materiales de los que tal empresario se vale.

El Tribunal Supremo en Sentencia 21 octubre 2005 señala que "la transmisión del *know-how* del franquiciador al franquiciado es un requisito básico del contrato según la legislación comunitaria y la doctrina jurisprudencial" (considerando desleal el aprovechamiento del *know-how* del franquiciador por parte del franquiciado, debiendo por ello indemnizar los daños y perjuicios, que los Tribunales deben definir de manera suficiente y adecuada).

Los modelos básicos por medio de los que se instrumenta el contrato de franquicia son tres:

- 1) **Franquicia industrial o de producción**, en la que el franquiciado adquiere el derecho a fabricar los mismos productos que fabrica el franquiciador;
- 2) **Franquicia comercial o de distribución**, en la que el franquiciado adquiere el derecho a vender determinados productos, ya se trate de productos fabricados por el franquiciador o por terceros vinculados jurídica o económicamente con él –franquiciador productor–, ya se trate de productos fabricados por terceros independientes –franquiciador seleccionador de los productos–; y
- 3) **Franquicia empresarial o de servicios**, en la que el franquiciado adquiere el derecho a prestar los mismos servicios que presta el franquiciador.

De otro lado, existen dos sistemas típicos de introducción de la franquicia en un mercado que, por lo general, suele ser distinto al mercado del franquiciador:

- 1) Sistema por el que el franquiciador celebra un contrato de **franquicia principal o maestra**, definida en el art. 2.2 del Real Decreto 201/2010, de 26 de febrero, por el que se regula el ejercicio de la actividad comercial en régimen de franquicia y la comunicación de datos al registro de franquiciadores, como acuerdo "por el cual una empresa, el franquiciador, le otorga a la otra, el franquiciado principal, en contraprestación de una compensación financiera directa, indirecta o ambas el derecho de explotar una franquicia con la finalidad de concluir acuerdos de franquicia con terceros, los franquiciados, conforme al sistema definido por el franquiciador, asumiendo el franquiciado principal el papel de franquiciador en un mercado determinado". En esta modalidad de franquicia, el franquiciado principal o *master franchisee* –nacional del Estado de introducción cuando el franquiciador es extranjero– se relaciona directamente con los franquiciados, por cuanto que con ellos concluye los distintos contratos de subfranquicia, y, de este modo, los franquiciados quedan vinculados con el franquiciador de modo indirecto y por medio del principal. En la práctica, el franquiciado principal suele ser una sociedad de la que el franquiciador (por lo común extranjero) es socio –minoritario, mayoritario y en ocasiones socio único–, sin que ese hecho empañe la independencia jurídica del franquiciado principal con respecto al franquiciador. En el acuerdo entre

franquiciador y franquiciado principal, a las cláusulas normales del contrato de franquicia se añaden otras estipulaciones que habitualmente consisten, por una parte, en autorizar al principal a celebrar los contratos de subfranquicia con los franquiciados nacionales que él mismo seleccione, y a comunicar el *know-how* del franquiciador a los subfranquiciados, permitiéndoles asimismo el uso de los signos distintivos del franquiciador. De otra parte, se añaden otras estipulaciones en las que el franquiciado principal asume, frente a los subfranquiciados, obligaciones propias del franquiciador, en cuanto a la formación, asistencia técnica y/o comercial y a la experimentación del desarrollo en el territorio nacional del modelo de empresa objeto de franquicia. La naturaleza de estas otras cláusulas entronca tanto con el contrato de comisión, en cuyo caso recaerían sobre el franquiciador las consecuencias de lo actuado por el franquiciado principal, como con la subcontratación, tipo contractual elegido en la práctica por los franquiciadores dada la escasa responsabilidad a la que se ven sujetos y que a lo sumo les somete a la *culpa in eligendo*.

2) Sistema por el que el franquiciador celebra tantos contratos de *franquicia directa* como franquiciados del Estado de introducción haya seleccionado, quedando directamente vinculado con cada uno de ellos. Esta modalidad de franquicia acostumbra a ser empleada en tanto la red de distribución no se sature de la oferta y la demanda, pero también se emplea en los supuestos en los que el número de franquiciados debe ser reducido –franquicias de distribución de artículos de alta calidad o renombre– y en aquellos otros en los que el volumen de negocios vaya a ser elevado –franquicias industriales.

2.3.3. Régimen jurídico

La franquicia se reguló por primera vez en nuestro derecho por el artículo 62 ("De la actividad comercial en régimen de franquicia") de la Ley 7/1996, de 15 de enero, de Ordenación del Comercio Minorista. Este artículo, modificado por la Ley 1/2010, de 1 de marzo, y por el Decreto Ley 20/2018, de 7 de diciembre, de Medidas Urgentes para el Impulso de la Competitividad Económica en el Sector de la Industria y el Comercio en España, define la actividad comercial en régimen de franquicia como la que se lleva a efecto en virtud de un acuerdo o contrato por el que una empresa, denominada franquiciadora, cede a otra, denominada franquiciada, el derecho a la explotación de un sistema propio de comercialización de productos o servicios. Esta definición, pensada en la relación entre franquiciado y consumidor –no entre franquiciado y franquiciador– reduce la franquicia a las modalidades de distribución y de servicios, dejando fuera la franquicia industrial.

Además, incluye una norma protectora del futuro franquiciado, que obliga al franquiciador, con una antelación mínima de veinte días a la firma de cualquier contrato o precontrato de franquicia o entrega por parte del futuro franquiciado al franquiciador de cualquier pago, a entregarle por escrito la información necesaria para que pueda decidir libremente y con conocimiento de causa su incorporación a la red de franquicia y, en especial, los datos princi-

pales de identificación del franquiciador, descripción del sector de actividad del negocio objeto de franquicia, contenido y características de la franquicia y de su explotación, estructura y extensión de la red y elementos esenciales del acuerdo de franquicia. Reglamentariamente, se establecerán las demás condiciones básicas para la actividad de cesión de franquicias.

El desarrollo de este artículo lo hace el Real Decreto 201/2010, cuyo artículo 2 contiene una definición más detallada del contrato de franquicia, entendido como aquel por el cual una empresa, el franquiciador, cede a otra, el franquiciado, en un mercado determinado y a cambio de una contraprestación financiera directa, indirecta o ambas, el derecho a la explotación de una franquicia, sobre un negocio o actividad mercantil que el primero venga desarrollando anteriormente con suficiente experiencia y éxito, para comercializar determinados tipos de productos o servicios y que comprende, por lo menos:

a) El uso de una denominación o rótulo común u otros derechos de propiedad intelectual o industrial y una presentación uniforme de los locales o medios de transporte objeto del contrato.

b) La comunicación por el franquiciador al franquiciado de unos conocimientos técnicos o un saber hacer, que deberá ser propio, sustancial y singular. Estos conocimientos constituyen el llamado *know-how*.

c) La prestación continúa por el franquiciador al franquiciado de una asistencia comercial, técnica o ambas durante la vigencia del acuerdo; todo ello sin perjuicio de las facultades de supervisión que puedan establecerse contractualmente.

Además, recoge un conjunto de criterios para distinguir la franquicia de otros contratos. Así, no tendrá necesariamente la consideración de franquicia el contrato de concesión mercantil o de distribución en exclusiva, por el cual un empresario se compromete a adquirir, en determinadas condiciones, productos normalmente de marca, a otro que le otorga una cierta exclusividad en una zona, y a revenderlos también bajo ciertas condiciones, así como a prestar asistencia a los compradores de estos productos una vez realizada la venta. Y tampoco tendrán la consideración de franquicia ninguna de las siguientes relaciones jurídicas:

- La concesión de una licencia de fabricación.
- La cesión de una marca registrada para utilizarla en una determinada zona.
- La transferencia de tecnología.
- La cesión de la utilización de una enseña o rótulo comercial.

El Real Decreto 201/2010 también especifica la información precontractual que el franquiciador ha de entregar al potencial franquiciado. Ésta deberá ser escrita, veraz y no engañosa, y detallar las condiciones del contrato y contener detalles sobre la estructura y extensión de la red de franquicias del franquiciador en España (art. 3). Consecuentemente, se permite que el franquiciador exija al potencial franquiciado un deber de confidencialidad de toda la información precontractual que reciba o vaya a recibir del franquiciador (art. 4).

El resto del articulado del Real Decreto 201/2010 está dedicado al Registro de Franquiciadores y que lo hace a los solos efectos de información y publicidad (art. 5.1), lo cual significa que la inscripción en él no es constitutiva. El Registro depende orgánicamente de la Dirección General de Política Comercial del Ministerio de Industria, Turismo y Comercio (art. 5.2). Las personas físicas o jurídicas que pretendan desarrollar en España la actividad de cesión de franquicia deben comunicar sus datos, en el plazo de tres meses desde el inicio de la actividad, o bien al registro de la comunidad autónoma donde prevean iniciar sus actividades o, cuando la comunidad autónoma no establezca la necesidad de comunicación de datos a la misma, al registro de franquiciadores del Ministerio de Industria, Turismo y Comercio (art. 3.1).

Como se observa, no existe una regulación material completa del contrato de franquicia en el derecho español, de ahí que haya de entenderse que se trata de un contrato atípico. Ésta es la tesis sostenida por el Tribunal Supremo en las Sentencias 29 septiembre 1996 (en la que declara que, "como manifestante de una situación contractual que no tiene reflejo en Derecho positivo, debe estimarse como enclavado dentro del área de los denominados contratos atípicos") y 30 abril 1998 (ambas citadas en la STS 21 octubre 2005). La Sentencia 29 septiembre 1996 establece además que, "como todo contrato atípico, en este caso mercantil", ha de regirse por la voluntad de las partes plasmada en las cláusulas del contrato, considerando que, al estar basadas en relaciones de buena fe y mutua confianza, deben producir sus efectos; y que, para el caso de que existieran lagunas a la hora de interpretar su contenido, "será preciso recurrir a figuras de contratos típicos afines a dicha relación consensual atípica".

Por ello, la normativa aplicable al contrato de franquicia está subordinada en gran medida a los diferentes actos de transmisión de aquellos elementos necesarios para que el franquiciado pueda desarrollar el modelo de empresa del franquiciador. Dicha transmisión constituye la obligación principal que asume éste en la franquicia. Por ello habrá de estarse a la ley de circulación de cada uno de dichos elementos; y así: la transmisión de las mercancías en la franquicia de distribución –ropa, cosméticos, libros, discos, etc.– deberá sujetarse, en lo no previsto en el clausulado del contrato –que deberá ser lo más explícito posible en este punto–, a la normativa sobre compraventa mercantil contenida en los arts. 325 y sigs. CCo. La adquisición del mobiliario y de la maquinaria puede hacerse a título de compra, de arrendamiento e incluso de comodato y puede traer causa del propio franquiciador o de un tercero, siendo de aplicación, en defecto de previsión en el contrato, las normas específicas

Código deontológico europeo de la franquicia

La Federación Europea de la Franquicia (EFF), integrada por las asociaciones de dieciocho países, entre ellas, la Asociación Española de Franquiciadores (AEF), ha elaborado el Código deontológico europeo de la franquicia, actualizado en septiembre de 2017.

del título transmisor del que se trate. En el caso de los inmuebles, lo habitual cuando se trata de grandes redes de franquicia es que el franquiciador sea propietario y lo ceda en arrendamiento al franquiciado. Si el propietario no es el franquiciador (queda fuera del contrato de arrendamiento, STS 30 abril 1998), éste establecerá las normas sobre ubicación del mismo en atención a estudios de estrategia empresarial y las características que ha de reunir. Cuando el franquiciador sea propietario del local arrendado, el arrendamiento se sujetará a lo prevenido en el art. 4.3 de la Ley 24/1994, de 24 de noviembre, de Arrendamientos Urbanos (LAU).

La transmisión de los distintos bienes inmateriales sujetos a derecho de exclusiva (patentes, nombre comercial, marcas, rótulo, *know-how*) se hará a título de licencia, debiéndose prever en el clausulado del contrato la clase y condiciones de uso de la misma.

Además, junto a la transmisión de bienes materiales e inmateriales, en todo contrato de franquicia se prevé, como se ha señalado, la realización de un conjunto de prestaciones dirigidas a posibilitar el desarrollo por parte del franquiciado del modelo de empresa del franquiciador. La asistencia técnica y comercial se configura como prestación esencial que debe realizar el franquiciador (art. 2.I R. D. 2485/1998) y se desglosa en una serie de prestaciones cuyo contenido ha de detallarse en el contrato en función del tipo de franquicia. Esta obligación comprende desde la información de los métodos de comercialización de las mercancías o de prestación de los servicios, información de los métodos de marketing y *merchandising*, instrucciones sobre decoración y montaje de los locales (información que se integra en el contenido del *know-how*), sobre la actividad de promoción de los productos y servicios y sobre el adecuado empleo del *know-how*, hasta la formación del personal. En defecto de previsión estatutaria, a la prestación de asistencia técnica y comercial podrán aplicársele las normas sobre arrendamiento de servicios previstas en los arts. 1542 a 1545 y 1583 y sigs. CC.

En el contrato de franquicia suele preverse la duración del mismo –normalmente el término varía entre 5 y 10 años–, con o sin posibilidad de prórroga o renovación –en general se establece prórroga automática en aquellos contratos con duración inferior a 10 años, aunque puede no haberla, mientras que en los contratos cuya duración se fija en 20 años no suele admitirse la renovación. También puede pactarse la franquicia por tiempo indefinido, en cuyo caso podrá preverse el derecho de denuncia unilateral para las partes –la práctica totalidad de los contratos celebrados por tiempo indeterminado y los celebrados por tiempo determinado para el caso de que no sean renovados a su vencimiento contienen cláusulas de denuncia *ad nutum*.

2.4. El contrato de distribución selectiva

El contrato de distribución selectiva es aquel por el que un fabricante se obliga a vender sus productos únicamente a los vendedores que, sobre la base de criterios técnicos y/o cualitativos, han sido por él seleccionados y éstos se obligan a revenderlos en sus establecimientos en régimen de no exclusiva, respetando las pautas marcadas por aquél; a prestar, en su caso, asistencia técnica a los consumidores; y a no vender los productos contractuales a revendedores no autorizados.

2.4.1. Concepto y caracteres

La distribución selectiva (también llamada autorizada u oficial) constituye para el fabricante un sistema de selección de los empresarios que, en calidad de vendedores autorizados, distribuirán sus productos entre los consumidores en las condiciones técnicas y de calidad por él buscadas. Este sistema se emplea por regla general para la distribución de productos de alta tecnología, que requiere preparación técnica del personal para asesorar a los clientes en la venta (manejo) y prestar asistencia técnica posventa (reparación y mantenimiento), lo cual adquiere especial importancia en el sector informático –distribución de hardware y software– y para la distribución de productos cosméticos de lujo identificados con una marca de prestigio que requiere, además de una determinada ubicación y decoración del establecimiento de venta, preparación comercial del personal a fin de no menoscabar el prestigio de la marca.

Los criterios de selección los establece de antemano el fabricante, pudiendo incorporarse a la red aquellos vendedores que, por cumplir con los mismos, queden autorizados para vender sus productos. La autorización hace que los distribuidores sean los únicos que reciban los productos directamente del fabricante. A diferencia de lo que ocurre en la concesión, la distribución selectiva no persigue la selección de un número limitado de revendedores para asignarles la exclusiva de reventa sobre la base de criterios territoriales y/o cuantitativos, sino asegurarse el fabricante determinadas condiciones técnicas y de calidad en la reventa, al objeto de mantener la buena fama de sus productos, por cuanto constituye la mejor garantía para mantener e incrementar las ventas.

También llamado "contrato de establecimiento autorizado" o *agrégation*, el contrato de distribución selectiva se caracteriza por la actuación de los revendedores en régimen de no exclusiva.

La obligación de no vender a los distribuidores que no forman parte de la red asumida en un contrato de distribución selectiva constituye una restricción de competencia que ha sido objeto de análisis por parte de las instituciones comunitarias. En España, el Tribunal de Defensa de la Competencia –órgano que desaparece con la Ley 15/2007, de Defensa de la Competencia, ha recogido las pautas derivadas de las resoluciones del Tribunal de Justicia de las Co-

munidades Europeas entendiendo que, para que un sistema de distribución selectiva no suponga una práctica incursa en el art. 1 LDC, debe cumplir estos tres principios en cuanto a la selección de revendedores:

1) **Principio de necesidad.** Los criterios objetivos aplicados han de ser de carácter únicamente cualitativo y responder a la naturaleza de los productos de los que se trate para conseguir una adecuada distribución.

2) **Principio de proporcionalidad.** No se pueden imponer exigencias desproporcionadas en relación con el objetivo perseguido, que no es otro que el de lograr un comercio especializado eficiente y que garantice la venta de los productos en condiciones óptimas.

3) **Principio de no discriminación.** Los criterios de selección han de aplicarse sin discriminaciones y de igual modo para todos los revendedores.

Cuando un sistema de distribución selectiva obliga a los revendedores, además de a cumplir los criterios de selección basados en los principios señalados, a someterse a otro tipo de restricciones de la competencia, queda sometido a la prohibición del art. 1 LDC, resultando necesario analizar caso por caso si tal sistema es merecedor de una excepción.

2.4.2. Régimen jurídico

La distribución selectiva es un contrato legalmente atípico, si bien socialmente típico, habiendo de estarse a lo estipulado por las partes para determinar el régimen jurídico aplicable. No obstante, en este contrato aparecen notas características de la compraventa y del suministro, a cuya normativa habrá de acudir en aquellos aspectos que no estén específicamente previstos en el contrato.

La principal obligación que asume el fabricante es la de suministrar regularmente al distribuidor sus productos y, en su caso, los repuestos, recambios y accesorios, así como la de facilitarle el material publicitario para la promoción y venta de los mismos. La actividad publicitaria suele correr de cuenta del fabricante, si bien puede imponerse como obligación del distribuidor, en cuyo caso podrá aquél estipular cláusulas de control sobre la misma.

El distribuidor, por su parte, se compromete a adquirir los productos contractuales en las condiciones estipuladas y a satisfacer el precio de los mismos, que puede ser de lista –determinado de modo directo por el fabricante– o de tarifa –descuento sobre el precio de venta al público recomendado por el fabricante. Son frecuentes, además, las bonificaciones aplicadas al precio en función del volumen de ventas que alcance el distribuidor. También es frecuente la inserción de cláusulas por las que el distribuidor se obliga a realizar periódicamente campañas promocionales o de descuento de los productos contractuales.

El contrato de distribución selectiva puede estipularse por tiempo determinado o indefinido, siendo esta última la modalidad más extendida. Asimismo suelen preverse las causas que pueden motivar la resolución del contrato, normalmente a favor del fabricante, al margen de la duración convenida, sin que en tal caso sea necesaria la denuncia previa.

2.5. Terminación de los contratos de distribución

La falta de regulación sustantiva de los contratos de distribución plantea dificultades a la hora de abordar su extinción. Entre otras causas generales de extinción de las obligaciones, estos contratos se extinguen por el mutuo disenso de las partes y por la muerte o declaración de fallecimiento del distribuidor. No obstante, la principal polémica doctrinal se ha desatado a la hora de abordar la extinción como consecuencia del ejercicio de la denuncia unilateral del contrato y la posible aplicación analógica de los preceptos de la Ley del Contrato de Agencia en materia de indemnizaciones y de compensación por clientela.

En el tráfico negocial, cuando se estipula la duración indefinida –o la posible falta de renovación al vencimiento cuando se pacta la duración determinada–, la inmensa mayoría de los contratos de franquicia y de concesión incorporan la cláusula de desistimiento libre (*ad nutum*) que permite a las partes denunciar unilateralmente el contrato en cualquier tiempo. La denuncia unilateral, en la práctica, la ejercitan con mayor frecuencia los principales que los distribuidores, sufriendo éstos mayores daños –son mayores las inversiones que realizan para ejecutar el contrato– que los que experimentan los principales cuando ocurre a la inversa. Por ello, admitida la extinción de la relación contractual por virtud de la denuncia unilateral, un sector doctrinal mayoritario defiende la necesidad de tutelar al distribuidor, que es quien soporta las consecuencias del cese de la actividad, además de –durante la vigencia del contrato– los riesgos del ejercicio de esta facultad por parte del principal. Esta tutela se ha pretendido desde dos perspectivas. De un lado, la exigencia de justa causa para dar por finalizada la relación contractual, debiendo en otro caso indemnizar el principal al distribuidor por los daños y perjuicios que ello le provoque.

Esta tesis ha sido admitida por el Tribunal Supremo a propósito de la concesión (entre otras, en las SSTS 6 marzo 1978, 16 febrero 1990, 3 diciembre 1992, 16 octubre 1995, 18 diciembre 1995, 9 octubre 1997, 17 mayo 1999, 26 abril 2002 y 4 julio 2006), exigiendo la prueba de que tales daños se le hayan causado al distribuidor (SSTS 22 junio 1989 y 17 mayo 1999, donde se recuerda que es doctrina reiterada que en los contratos de concesión pactados por tiempo indefinido "cabe resolución –*rectius*, extinción– unilateral, por una u otra de las partes contratantes, lo cual da lugar a indemnización de daños y perjuicios, si éstos se prueban y si se ha hecho sin justa causa o con abuso de derecho"; 3 octubre 2002, 20 mayo 2004, 1 febrero 2006, 31 mayo 2006, 4 mayo 2007 y 3 marzo 2008). No obstante, el Tribunal Supremo ha negado este derecho en alguna ocasión, por entender que la larga duración del contrato impedía hablar de perjuicio (SSTS 17 diciembre 1973 y 27 mayo 1993), o por entender que el respeto por parte del principal a la cláusula contractual que exigía preaviso impide reclamar indemnización al distribuidor (STS 28 junio 1998). La necesidad de preaviso, o notificación previa de una parte dirigida a la otra al objeto de comunicarle su intención de poner fin a la relación contractual, ha sido puesta de relieve por el Tribunal en varias ocasiones (entre otras, SSTs 30 junio 1987, 27 mayo 1993, 14 febrero 1997, 17 mayo 1999 y 28 enero 2002).

Desde otra perspectiva, la protección del distribuidor se realiza reconociéndole el derecho a la compensación por clientela cuando su actuación durante la vigencia del contrato haya redundado en beneficio de la actividad del principal. La justificación de esta compensación para la doctrina mayoritaria se encuentra en la aplicación analógica del artículo 28 de la Ley del Contrato de Agencia.

El Tribunal Supremo en sus primeras sentencias consideró que la tutela del distribuidor no debe ir más allá de la ofrecida por el derecho civil en materia de terminación de los contratos, negando en consecuencia el derecho a la indemnización por clientela –salvo que así se hubiese pactado expresamente– (entre otras, SSTS 30 noviembre 1964, 21 octubre 1966, 14 marzo 1973 y 21 abril 1979). Posteriormente reconoció la necesidad de protección, justificándola tanto sobre la base de la doctrina del enriquecimiento injusto –a la terminación del contrato el disfrute por el principal de la clientela obtenida por el distribuidor implica un desplazamiento que supone quebranto patrimonial para éste, quebranto que no resulta justificado por la simple denuncia unilateral del contrato y que ha de ser compensado– (SSTS 22 marzo 1988; 16 febrero 1990; 15 octubre 1992; 14 febrero 1997; 31 diciembre 1997; 16 diciembre 2002, con independencia de si la resolución ha obedecido o no a justa causa; y 27 marzo 2007), como sobre la base de la aplicación analógica del artículo 28 LAG (entre otras, SSTS 17 marzo 1993, 27 mayo 1993, 18 julio 1997, 12 junio 1999 y 24 octubre 2008). Incluso ha fundamentado su procedencia en el art. 1258 CC, por entender que es una consecuencia acorde con la naturaleza del contrato y con la buena fe (STS 15 enero 2008, donde se hace referencia tanto a la jurisprudencia anterior que aplica la doctrina del enriquecimiento injusto como a la que aplica el artículo 28 LAG por analogía). Pero también en algún pronunciamiento, partiendo de la necesidad de diferenciar los contratos de distribución del contrato de agencia, ha vuelto a negar al distribuidor el derecho a reclamar una compensación por clientela, entendiendo que las partes pueden acordar la resolución *ad nutum* sin que de ello derive una obligación de indemnizar (para la concesión, ATS 28 enero 1997 y STS 17 mayo 1999).

En pronunciamientos recientes, el Tribunal Supremo ha considerado la clientela una realidad económica que debe resarcirla quien se aprovecha de su aporte (SSTS 26 julio 2000 y 3 mayo 2002), que se integra por lo aportado y dejado en la esfera de desenvolvimiento del concesionario o agente seguido de un disfrute por parte del empresario con la consiguiente pérdida que su desaparición supone para el agente o distribuidor (SSTS 30 octubre 2000, 16 octubre 2002 y 23 octubre 2002), y en cuya formación intervienen tanto el esfuerzo del concesionario o distribuidor como el prestigio de la marca (STS 16 diciembre 2002); ha entendido que la indemnización o resarcimiento no procede automáticamente por el simple hecho de la extinción del contrato, sino que precisa de la acreditación del incremento de los compradores o usuarios habituales (SSTS 19 noviembre 2003 y 8 de octubre 2013). Esta apreciación es meramente potencial (STS 21 octubre 2005), habiéndose de basar en la susceptibilidad de continuar el empresario disfrutando de la clientela con aprovechamiento económico por tratarse simplemente de un pronóstico razonable acerca de un comportamiento que no deja de ser probable por parte de dicha clientela (SSTS 7 abril 2003, 30 abril 2004 y 13 octubre 2004 y 23 junio 2005). Y ha negado tal indemnización, habiendo denuncia por parte de la marca, cuando el contrato ha tenido una duración razonable, "lo que sin duda permitió amortizar las inversiones inicialmente realizadas para la puesta en marcha del negocio" (STS 9 febrero 2006, que se alinea con la doctrina de la duración razonable u óptima del contrato); y en un contrato de concesión resuelto por justa causa –notable descenso de las cifras totales de negocio del concesionario– (STS 20 mayo 2004). También la ha negado cuando así se ha pactado, considerando perfectamente válido el pacto de exclusión de la indemnización por clientela (SSTS 20 julio 2007; y 26 abril 2004 y 4 diciembre 2007 –para el pacto de ex-

clusión de indemnización en el supuesto de resolución unilateral con preaviso) y cuando el aprovechamiento de la clientela por parte del concedente está expresamente previsto en el contrato (STS 31 julio 2007).

Por lo que respecta a la determinación de la cuantía indemnizable, "cuando no existe previsión contractual sobre su determinación o liquidación, el potencial aprovechamiento por el concedente, respecto de la clientela generada o acrecentada gracias al esfuerzo del distribuidor, requiere de un necesario módulo o parámetro para calcular y concretar el alcance de la compensación pretendida, tal y como expresamente prevé el núm. 3.º del art. 28 LCA para la determinación de la compensación máxima exigible. Por lo que la concreción de la compensación pretendida no puede quedar justificada correctamente en atención a criterios de mera equidad, o a una interpretación amplísima de los criterios de fijación y concreción del daño indemnizable que establecen los arts. 1101 y 1108 CC" (SSTS 8 octubre 2013, 16 marzo 2016 y 18 diciembre 2018).

Resumen

En este módulo hemos visto las diferencias entre la intermediación y la distribución y estudiado los distintos contratos que se integran en cada categoría.

La actuación por cuenta ajena del mediador, de modo que lo actuado repercute directamente en el patrimonio del principal, es lo que caracteriza los contratos de intermediación. A su vez, en la actuación por cuenta ajena, hemos estudiado que la actuación del intermediario puede tener lugar en nombre propio y en nombre ajeno y hemos visto los efectos que en ambos casos se siguen. El mandato, en el ámbito civil, y la comisión, en el mercantil, son los contratos "tipo" de intermediación. La doble regulación resulta especialmente inútil por la semejanza de sus regímenes jurídicos. En el contrato de mediación o corretaje, el mediador, a diferencia del mandato y de la comisión, realiza actos materiales –no jurídicos. La agencia, por su parte, se caracteriza por la actuación estable o duradera del agente, lo que la distingue del contrato de comisión. El agente puede realizar actos materiales cuando promueve actos u operaciones de comercio y/o actos jurídicos cuando concluye tales actos u operaciones de comercio.

En los contratos de distribución el distribuidor actúa por cuenta propia, de modo que lo actuado repercute directamente en su patrimonio. La función distributiva caracteriza estos contratos, en los que se crea una relación de colaboración especial debido al interés del principal en el control y seguimiento de la actividad de colocación en el mercado de los productos o servicios que desarrolla el distribuidor, con vistas a asegurar la creación, fomento y mantenimiento de la clientela final. Este interés es el que conduce a la integración del distribuidor en la red del productor, integración cuyo grado varía según la intensidad de los vínculos de colaboración que se crean. Éstos son livianos en la distribución autorizada, estrechos en la concesión y reforzados en la franquicia.

Actividades

1. Leed la STS 23 febrero 1993, que condena al banco comisionista que, encargado de entregar un conocimiento de embarque, bien contra el pago de una letra, bien contra su aceptación más el afianzamiento, sólo exigió la aceptación al realizar la entrega.

2. Leed la STS 20 enero 2003, que condena al intermediario por actuar con "ligereza", dado que las noticias que circulaban en su entorno más directo hacían presumible la existencia de un alto riesgo que impedía estimar la inversión de los pagarés como segura y fiable.

3. Consultad el siguiente documento del Ministerio de Industria, Turismo y Comercio, que contiene información sobre la franquicia.

www.comercio.gob.es/es-ES/comercio-interior/Guias-de-Ayuda-al-Comercio/Documents/Guia_franquiciadores_2014-web.pdf

4. Acceded mediante la Biblioteca Virtual a una base de datos para encontrar un modelo de contrato de franquicia.

5. Acceded mediante la Biblioteca Virtual a una base de datos para encontrar un modelo de contrato de agencia.

6. Leed las SSTS 27 mayo 1993 y 15 noviembre 1997. La primera considera que una larga duración del contrato habrá supuesto un incremento de clientela y la segunda exige la acreditación de este extremo. Valorad qué criterio parece más adecuado seguir.

Ejercicios de autoevaluación

1. Completad el espacio subrayado con la palabra (correspondiente a la denominación de una parte contractual) que falta e indicad a qué contrato pertenece la siguiente cláusula:

X. El Principal encarga al _____ que realice las gestiones precisas para ponerle en contacto con posibles compradores de la vivienda descrita en la cláusula primera.

2. Dentro del régimen jurídico del contrato de agencia, ¿dónde encajaría la siguiente cláusula?

X. El Banco pondrá a disposición del AGENTE la información, tarifas y en general la documentación que resulte necesaria para el desempeño de su actividad. En todo caso el AGENTE queda sujeto a la obligación de guardar secreto profesional en relación con los datos, hechos y operaciones de que conozca en el ejercicio de su actividad como AGENTE, así como de guardar confidencialidad respecto de la documentación de cualquier clase que el Banco le facilite.

3. Completar el espacio subrayado con las palabras (correspondiente a la denominación de las partes contractuales) que faltan e indicar a qué contrato pertenece la siguiente cláusula.

X. El a) _____ concede a b) _____ la venta en exclusiva de los productos señalados en el Manifestando Primero de este contrato, identificado con las marcas ..., ..., y ... c) _____ se compromete a no nombrar ningún otro d) _____ ni distribuidor en el territorio señalado en la cláusula Décima, así como a no hacer competencia directa o indirectamente a e) _____ en ese territorio.

4. ¿Puede actuar el agente en nombre propio?

5. Diferencias entre *franquicia industrial*, *franquicia comercial* y *franquicia empresarial*.

6. ¿Es cierta la siguiente afirmación?

Por virtud del contrato de franquicia se transmiten a título universal del franquiciador al franquiciado todos los bienes y derechos necesarios para desarrollar el modelo de empresa.

Solucionario

Ejercicios de autoevaluación

1. Mediador/Corredor. Se trata de un contrato de mediación o corretaje.
2. La primera parte se refiere a la obligación del empresario contenida en el art. 10 LGA. La segunda parte, al deber de secreto del agente, que si bien no aparece expresamente recogido en la LGA, se deduce, debe entenderse implícito (el art. 9.1. LAG obliga al agente a actuar lealmente y de buena fe, velando por los intereses del empresario o empresarios por cuya cuenta actúe).
3. a) Concedente, b) Concesionario, c) Concedente, d) Concesionario, e) Concesionario. Se trata de un contrato de concesión o distribución exclusiva.
4. No. A diferencia de la comisión (art. 243 CCo), el agente si contrata debe hacerlo siempre en nombre del principal (art. 1 LGA).
5. En la *franquicia industrial o de producción*, el franquiciado adquiere el derecho a fabricar los mismos productos que fabrica el franquiciador. En la *franquicia comercial o de distribución*, el franquiciado adquiere el derecho a vender determinados productos, ya se trate de productos fabricados por el franquiciador o por terceros vinculados jurídica o económicamente con él –franquiciador productor–, ya se trate de productos fabricados por terceros independientes –franquiciador seleccionador de los productos. Y en la *franquicia empresarial o de servicios*, el franquiciado adquiere el derecho a prestar los mismos servicios que presta el franquiciador.
6. Falso. La normativa aplicable al contrato de franquicia está subordinada en gran medida a los diferentes actos de transmisión de aquellos elementos necesarios para que el franquiciado pueda desarrollar el modelo de empresa del franquiciador. Dicha transmisión constituye la obligación principal que asume éste en la franquicia. Por ello se ha de estar a la ley de circulación de cada uno de dichos elementos

Glosario

actuación por cuenta ajena Actuación que realiza una persona y cuyos efectos van a repercutir en el patrimonio de otra distinta (la persona por cuenta de quien se actúa).

agencia Contrato 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.

concesión o distribución exclusiva Contrato por el cual el concesionario pone su establecimiento al servicio del concedente y se obliga, por tiempo determinado o indefinido, a adquirir de esta última productos, normalmente de marca, para revenderlos, en régimen de exclusiva, en una zona geográfica determinada y a prestar asistencia técnica, en su caso, a los clientes tanto antes como después de la venta.

corretaje o mediación Contrato en virtud del cual el principal se obliga a abonar al mediador o corredor una remuneración como consecuencia de una actuación material de éste consistente en señalar el momento idóneo para celebrar un contrato o en lograr dicha celebración.

distribución selectiva Contrato por el que un fabricante se obliga a vender sus productos únicamente a los vendedores que, sobre la base de criterios técnicos y/o cualitativos, han sido por él seleccionados y éstos se obligan a revenderlos en sus establecimientos en régimen de no exclusiva, respetando las pautas marcadas por aquél.

finalidad distributiva Finalidad que dota a los contratos de distribución de caracteres propios, entre los que destaca el establecimiento entre productor y distribuidor de vínculos de colaboración de carácter especial.

franquicia Contrato por el cual el franquiciador transmite al franquiciado el derecho a desarrollar un modelo de empresa.

know-how Conjunto de información práctica no patentada (porque no supone verdadera creación, o porque se quiere mantener secreta), útil para la producción del bien o servicio.

mandato Contrato por el que una persona se obliga a prestar algún servicio o hacer alguna cosa, por cuenta o encargo de otra.

Bibliografía

Díez-Picazo, L. (2002). *Sistema de Derecho civil. Vol. 2: El contrato en general. La relación obligatoria. Contratos en especial. Cuasicontratos* (9.ª ed.). Madrid: Tecnos.

Domínguez García, M. A. (1985, enero-diciembre). "Aproximación al régimen jurídico de los contratos de distribución. Especial referencia a la tutela del distribuidor". *Revista de Derecho Mercantil* (núm. 177, págs. 419-488).

Echebarría Sáenz, J. A. (1995). *El contrato de franquicia. Definición y conflictos en las relaciones internas*. Madrid: McGraw-Hill.

Lacruz Berdejo, J. L., y otros (2002). *Elementos de derecho civil II* (vols. 2 y 3). Madrid: Dykinson.

Mercadal Vidal, F. (1996). "Contrato de distribución en exclusiva: extinción por el mutuo disenso producido entre las partes cuando una de ellas exige de la contraria, para continuar en la relación, la alteración de una de las estipulaciones esenciales del contrato sin llegarse a ningún acuerdo en cuanto a la modificación reclamada; improcedencia de reprochar un abuso de derecho o una conducta contraria a la buena fe contractual a la parte que se niega a la modificación requerida; inexistencia en tal caso de daños y perjuicios indemnizables". *Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil* (núm. 40, págs. 273-284).

Moralejo Menéndez, I. (2007). *El contrato mercantil de concesión*. Cizur Menor: Aranzadi.

Pérez Moriones, A. (2016). "Contratos del mercado de servicios (I): contratos de intermediación". En: J. M. de la Cuesta Rute (dir.), E. M. Valpuesta Gastaminza, B. Torrubia Chalmeta, C. Llorente Gómez de Segura (coords.). *Derecho mercantil II* (págs. 99-115). Barcelona: Huygens Editorial.

Ruiz Peris, J. I. (1991). *El contrato de franquicia y las nuevas normas de defensa de la competencia*. Madrid: Civitas.

Sánchez Calero, F.; Sánchez-Calero Guilarte, J. (2018). *Principios de Derecho Mercantil* (tomo II, 23.ª ed.). Pamplona: Aranzadi.

Torrubia Chalmeta, B. (2009). *Contratos de distribución*. En: J. M.ª de la Cuesta Rute (dir.); Valpuesta Gastaminza, E. (coord.). *Contratos mercantiles* (vol. I, págs. 763-857). Barcelona: Bosch.

Torrubia Chalmeta, B. (2016). "Contratos del mercado de servicios (II): contratos de distribución, contratos publicitarios, contratos de servicios informáticos". En: J. M. de la Cuesta Rute (dir.), E. M. Valpuesta Gastaminza, B. Torrubia Chalmeta, C. Llorente Gómez de Segura (coords.). *Derecho mercantil II* (págs. 117-140). Barcelona: Huygens Editorial.

Valpuesta Gastaminza, E. (2009). *Contratos de intermediación*. En: J. M.ª de la Cuesta Rute (dir.); Valpuesta Gastaminza, E. (coord.). *Contratos mercantiles* (vol. I, págs. 671-761). Barcelona: Bosch.