

---

# Contractes de col·laboració en l'activitat aliena

---

PID\_00268206

Blanca Torrubia Chalmeta

---

Temps mínim de dedicació recomanat: 4 hores

---





**Blanca Torrubia Chalmeta**

Doctora en Dret. Professora de Dret mercantil de la UOC.

La revisió d'aquest recurs d'aprenentatge UOC ha estat coordinada pel professor: Miquel Peguera Poch (2019)

Segona edició: setembre 2019  
© Blanca Torrubia Chalmeta  
Tots els drets reservats  
© d'aquesta edició, FUOC, 2019  
Av. Tibidabo, 39-43, 08035 Barcelona  
Realització editorial: FUOC

*Cap part d'aquesta publicació, incloent-hi el disseny general i la coberta, no pot ser copiada, reproduïda, emmagatzemada o transmesa de cap manera ni per cap mitjà, tant si és elèctric com químic, mecànic, òptic, de gravació, de fotocòpia o per altres mètodes, sense l'autorització prèvia per escrit dels titulars dels drets.*

# Índex

<b>Introducció</b> .....	5
<b>Objectius</b> .....	7
<b>1. Contractes d'intermediació</b> .....	9
1.1. L'actuació per compte d'altri. L'actuació en nom propi i d'altri .....	9
1.2. El contracte de mandat .....	10
1.2.1. Concepte, caràcters i classes de mandat .....	10
1.2.2. Règim jurídic .....	11
1.3. El contracte de comissió mercantil .....	16
1.3.1. Concepte i caràcters .....	16
1.3.2. Règim jurídic .....	17
1.3.3. Extinció del contracte .....	21
1.4. El contracte de mediació o corretatge .....	22
1.5. Contracte d'agència .....	23
1.5.1. Concepte .....	23
1.5.2. Caràcters .....	24
1.5.3. Règim jurídic .....	26
1.5.4. Extinció del contracte d'agència .....	31
<b>2. Contractes de distribució</b> .....	35
2.1. La finalitat distributiva .....	35
2.2. El contracte de concessió o distribució exclusiva .....	35
2.2.1. Concepte i caràcters .....	35
2.2.2. Règim jurídic .....	36
2.3. El contracte de franquícia .....	38
2.3.1. Origen i naturalesa de la franquícia .....	38
2.3.2. Concepte i classes de franquícia .....	39
2.3.3. Règim jurídic .....	41
2.4. El contracte de distribució selectiva .....	44
2.4.1. Concepte i caràcters .....	45
2.4.2. Règim jurídic .....	46
2.5. Finalització dels contractes de distribució .....	47
<b>Resum</b> .....	50
<b>Activitats</b> .....	51
<b>Exercicis d'autoavaluació</b> .....	51

<b>Solucionari.....</b>	<b>52</b>
<b>Glossari.....</b>	<b>53</b>
<b>Bibliografia.....</b>	<b>54</b>

## Introducció

El sector dels serveis ha experimentat un apogeu imparable l'última meitat del segle passat. D'una economia basada fonamentalment en la producció de béns per als mercats locals s'ha passat a una producció per al mercat internacional que necessita mediadors, distribuïdors, empreses de consultoria que facin estudis de mercats estrangers, transportistes de llarga distància, i una gran tasca de publicitat. Les noves tècniques informàtiques, d'altra banda, han permès automatitzar moltes actuacions i fins i tot han generat una nova forma de comercialització de béns, que és el comerç electrònic. Les empreses externalitzen bona part de les tasques que abans feien empleats propis, i sorgeixen noves necessitats com les d'informatització de l'operativa documental. Finalment, la "societat del lleure" ha generat també l'aparició de noves necessitats i de nous mercats, no basats ja en la producció per al consum de béns, sinó en la cobertura de necessitats de lleure. Tot això, finalment, ha generat que els negocis consistents en serveis molt diversos representin una xifra sovint major que la generada, per si mateix, per la venda dels béns.

Dins dels contractes de col·laboració en l'activitat per compte d'altri podem agrupar aquells negocis que no representen per si mateixos producció i transport de béns, sinó serveis precisos per a aconseguir la comercialització adequada. Aquestes tasques engloben tant la intermediació (representants o mediadors que estudien i actuen en mercats externs) com la distribució en sentit estricte (empresaris externs que venen els béns en els seus mercats), a més de serveis d'un altre tipus (publicitat, informatització, cessió de propietat industrial i intel·lectual, etc.). En aquest mòdul estudiarem els contractes d'intermediació i els de distribució.

Des d'un punt de vista econòmic, el concepte de distribució és unitari i comprèn les tècniques comercials de difusió massiva –pròpies de productes de primera necessitat–, les tècniques comercials associatives en sentit horitzontal o vertical i les tècniques comercials de distribució vertical del comerç selectiu o exclusiu de productes d'alta gamma o de serveis caracteritzades per l'interès del fabricant o productor en el control del procés d'arribada posterior al consumidor o usuari. Ara bé, jurídicament hi ha una diferència clara entre els contractes d'intermediació i els de distribució en sentit estricte: l'activitat dels mediadors es desenvolupa en l'esfera jurídica de l'actuació per compte d'altri. Una conseqüència d'això és que aquests mediadors no esdevenen, per virtut del contracte, titulars dels béns o dels serveis que mitjancen. En els contractes de distribució, els distribuïdors desenvolupen la seva activitat en l'àmbit de l'actuació per compte propi adquirint els béns o el dret de prestar els serveis que pretenen col·locar en el mercat. Juguen amb la diferència entre el preu de cost i el de transferència per obtenir, una vegada deduïdes les despeses, els seus beneficis (criteri acollit pel Tribunal Suprem per a diferenciar el contracte

d'agència del contracte de concessió en les STS 8 novembre 1995, 22 octubre 1996, 17 novembre 1998, 17 maig 1999, 30 octubre 1999, 16 novembre 2000, 1 febrer 2001, 16 desembre 2005 i 8 maig 2008, entre d'altres).

## Objectius

Els objectius que heu d'assolir a partir de l'estudi d'aquest mòdul són els següents:

1. Conèixer la diferència entre els contractes d'intermediació i els de distribució *stricto sensu*.
2. Comprendre la utilitat pràctica dels contractes d'intermediació i dels contractes de distribució dins del mercat de serveis.
3. Identificar els elements bàsics del contracte de mandat.
4. Identificar els elements bàsics del contracte de comissió.
5. Valorar la innecessarietat de la regulació per partida doble del mandat civil i de la comissió mercantil.
6. Conèixer les característiques del contracte d'agència.
7. Distingir el contracte d'agència d'altres contractes i de l'agència comercial.
8. Conèixer les característiques del contracte de mediació o corretatge i diferenciar-lo dels contractes de mandat i comissió.
9. Identificar la funció distributiva pròpia dels contractes de distribució *stricto sensu*.
10. Identificar els elements bàsics del contracte de franquícia.
11. Conèixer les característiques del contracte de concessió o distribució exclusiva.
12. Identificar les característiques del contracte de distribució selectiva.
13. Valorar la problemàtica que planteja la finalització dels contractes de distribució.
14. Comprendre la importància de la indemnització com a mesura per a compensar el distribuïdor per la finalització del contracte a instàncies del principal i per la clientela generada al llarg de la vigència d'aquest.





## 1. Contractes d'intermediació

La nota característica dels contractes d'intermediació, com s'ha assenyalat, és l'actuació per compte d'altri. Això significa que els efectes de l'actuació que realitza una persona repercutiran en el patrimoni d'una altra de diferent (la persona per compte de la qual s'actua).

El mandat (en l'àmbit civil) i la comissió (en l'àmbit mercantil) són els contractes "típics" d'intermediació. Mitjançant aquests contractes una persona (el mediador) fa una activitat per compte d'una altra (el principal).

### 1.1. L'actuació per compte d'altri. L'actuació en nom propi i d'altri

Partint del pressupòsit de l'actuació per compte d'altri, és molt important distingir si el mediador actua en nom propi o d'altri. Quan el mediador contracta en nom propi queda obligat d'una manera directa, com si el negoci fos seu, amb les persones amb qui contracta, les quals no tenen acció contra el mandant o comitent, ni aquests contra aquelles, sense perjudici de les que corresponguin respectivament al mandant o comitent i al mediador entre si. Quan contracta en nom d'altri (del principal –mandant o comitent–), el contracte i les accions que en deriven produiran el seu efecte entre el mandant o comitent i les persones que contracten amb el mediador (arts. 1717 CC i 243 s. CCo).

Perquè el mediador pugui actuar en nom del principal (mandat o comissió representatius) necessita tenir poder per a això. L'apoderament i mantenir-se dins dels límits del poder és el que permet l'actuació en nom d'altri. Es parla de relació interna per a referir-se a la que sorgeix del contracte –mandat o comissió– entre el principal i el mediador (drets i obligacions de les parts), i de relació externa per referir-se a la que, en funció que hi hagi o no poder de representació, es produeix entre el principal o el mediador i els tercers.

Imaginem que, sense poder de representació, el mediador compra mitja tona de pomes en el seu nom propi amb els diners que li ha donat el principal. En el contracte figura com a comprador el mediador, i com a venedor, la persona que ha venut aquestes pomes. En no haver-hi poder de representació, no hi ha accions entre el principal i el venedor per a reclamar, per exemple, defectes de quantitat o qualitat (haurà de fer la reclamació el mediador) o el preu d'aquestes (haurà d'exigir el pagament el venedor al mediador). D'altra banda, si el mediador es negués posteriorment a lliurar les pomes esmentades al principal, aquest podrà invocar el contracte (comissió o mandat) per a exigir-ne el lliurament i fer valer els seus drets. Si el mediador tingués poder de representació, en el contracte de compravenda figurarien el principal i el venedor de les pomes.

## 1.2. El contracte de mandat

El mandat es regula en els articles 1709 a 1739 del Codi civil, que el defineix com a contracte pel qual "una persona s'obliga a prestar algun servei o fer alguna cosa, per compte o encàrrec d'una altra" (art. 1709 CC).

### 1.2.1. Concepte, caràcters i classes de mandat

Es tracta d'un contracte en el qual l'activitat del mandatari té transcendència jurídica en l'esfera del mandant, és consensual, de manera que es perfecciona amb el consentiment sense necessitat d'observar una forma determinada, és naturalment gratuït (l'article 1711 CC el pressuposa gratuït a falta de pacte en contra), i com a conseqüència de l'anterior serà unilateral (quan sigui gratuït) i bilateral (quan sigui retribuït) i basat en la confiança o *intuitu personae*.

El mandat pot ser de diverses classes, a més de representatiu (quan el mandatari actua en nom del mandant) i no representatiu (quan el mandant actua en el seu nom propi) i gratuït i retribuït:

1) **Mandat exprés i tàcit.** L'article 1710 CC es refereix a totes dues classes, i assenyalava que l'exprés es pot donar per instrument públic o privat i fins i tot de paraula. L'acceptació també pot ser expressa o tàcita –la que es dedueix dels actes del mandatari.

Tractant-se de mandat representatiu, el poder segueix el seu règim propi. La regla de l'article 1280.5 CC es refereix al poder que s'hi esmenta i no afecta el mandat (STS 17 juny 1977).

2) **Mandat general o especial.** D'acord amb l'article 1712 CC, el general comprèn tots els negocis del mandant i l'especial un o més negocis determinats. La doctrina considera que també hi ha mandat general quan el mandat inclou tots els negocis d'una certa esfera jurídica o econòmica del mandant (en un país, en la branca agrícola de la seva activitat, etc.).

3) **Mandat concebut en termes generals i mandat (mal anomenat) exprés per a actes de domini rigorós.** D'acord amb l'article 1713 CC, el primer només comprèn els actes d'administració. Per a transigir, alienar, hipotecar o executar qualsevol altre acte de domini rigorós, es necessita un mandat exprés. La facultat de transigir no autoritza per a comprometre en àrbitres o componedors amigables. El mandat concebut en termes generals equival al mandat en termes vagues i imprecisos: és un mandat que no expressa la classe de contractes que entren en el seu àmbit. No s'ha de confondre amb el mandat general.

Si acordo que en Julià administri els meus béns, serà un mandat concebut en termes generals, i a més mandat general. Si acordo que administri la meua finca La Rosella, serà un mandat concebut en termes generals, i a més mandat especial. De la mateixa manera que el mandat exprés –que significa específic– pot ser general (mandat per a vendre els meus béns) o especial (per a vendre el meu cotxe). En aquest context convé recordar que el Codi civil permet que el menor emancipat sigui mandatari, si bé el mandant només

tindrà acció contra ell de conformitat al que es disposa respecte a les obligacions dels menors (art. 1716 CC).

### **1.2.2. Règim jurídic**

#### **1) Obligacions del mandatari**

##### **a) Compliment de l'encàrrec**

El mandatari queda obligat per l'acceptació a complir el mandat, i respon dels danys i perjudicis que, en cas de no executar-lo, s'ocasionin al mandant (art. 1718.1 CC). L'actuació del mandatari ha de procurar en qualsevol cas la satisfacció de l'interès del mandant, i per això aquest precepte no obliga a subscriure –llevat d'indicació específica en tal sentit– un contracte en tot cas. El mandatari haurà de negociar les condicions i estarà facultat per a desistir de la subscripció si això pot perjudicar els interessos del mandant. Es tracta, per tant, d'una obligació de mitjans i no de resultat. L'interès del mandant justifica les limitacions imposades pels articles 1714 i 1719.1 CC. El primer impedeix al mandatari traspasar els límits del mandat i el segon l'obliga, en l'execució del mandat, a atènyer-se a les instruccions del mandant. No es consideren traspassats els límits del mandat quan es compleix d'una manera més avantatjosa per al mandant que l'assenyalada per aquest (art. 1715 CC). Pel que fa a les instruccions del mandant, aquestes es refereixen a la manera de dur a terme l'encàrrec i es poden donar en el moment de la subscripció del contracte i durant l'execució. També poden venir d'un tercer si s'hi ha remès el mandant (STS 26 maig 1964). A falta d'instruccions, farà tot el que, segons la naturalesa del negoci, faria un bon pare de família (art. 1719.2 CC).

El mandatari pot, per tant, per iniciativa pròpia, complir l'encàrrec de manera diferent de l'ordenada pel mandant quan sorgeixin imprevistos que facin convenient el canvi si no té oportunitat de sol·licitar noves instruccions o si una consideració millor de la situació el fa decidir-se pel canvi perquè resulta més avantatjós per al mandant.

##### **b) Responsabilitat per mal compliment de l'encàrrec**

El mandatari respon de l'execució incorrecta o incompliment de les instruccions i de l'extralimitació de facultats que perjudiqui el mandant. No respon, en canvi, de l'actuació que s'atè estRICTAMENT a les instruccions del mandant (STS 26 maig 1964). Fora de l'extralimitació i de l'incompliment d'instruccions, en l'acompliment de la seva gestió respon no solament per frau, sinó també per culpa, que estimaran amb més o menys rigor els tribunals segons si el mandat ha estat o no ha estat retribuït (art. 1726 CC).

##### **c) Comunicació o informació al mandant**

Aquesta obligació, si bé no la recull expressament el Codi civil, deriva de l'article 1258 CC i del fet que el mandant és interessat i destinatari de l'activitat del mandatari.

## Article 1258 CC

"Els contractes es perfeccionen pel simple consentiment, i des de llavors obliguen, no solament al compliment del que es pacta expressament, sinó també a totes les conseqüències que, segons la seva naturalesa, siguin conformes a la bona fe, a l'ús i a la llei."

### d) Rendició de comptes i abonament de saldos i interessos

L'article 1720 CC obliga tot mandatari a donar compte de les seves operacions i a abonar el mandant tot el que hagi rebut en virtut del mandat fins i tot quan el que s'ha rebut no es degué a aquest. La rendició de comptes no es limita a l'aspecte comptable, amb saldos i justificants, sinó que comprèn tot allò que permeti al mandant conèixer si el mandatari s'ha atingut al seu encàrrec. No s'ha d'esperar, per a això, a l'acabament del mandat si, d'acord amb la bona fe, el mandant pot exigir la rendició de comptes a mesura que es va complint l'encàrrec.

Pel que fa a l'abonament de saldos i interessos, d'acord amb l'article 1724 CC, el mandatari deu interessos de les quantitats que va aplicar a usos propis des del dia en què ho va fer, i de les que quediivent després d'acabat el mandat des que s'hagi constituït en mora. Aquestes quantitats són tant les anticipades pel mandant per al compliment de l'encàrrec com les rebudes pel mandatari d'un tercer en execució del mandat. L'interès a què es refereix el precepte és l'interès legal (STS 21 gener 1967).

### e) Substitució en el mandat

Tractant-se d'un contracte basat en la confiança, no resulta indiferent al mandant qui sigui la persona que compleix l'encàrrec donat per ell. Ara bé, de vegades, i per raons pràctiques, pot resultar necessari que altres persones, amb aptituds iguals que el mandatari, ocupin la posició d'aquest. L'article 1721 CC permet al mandatari nomenar substituït si el mandant no li ho ha prohibit, però el fa responsable de la gestió del substituït quan no se li va donar facultat per a nomenar-lo i quan se li va donar aquesta facultat, però sense designar la persona, i el nomenat era notòriament incapaç o insolvent. D'altra part, tot el que faci el substituït nomenat contra la prohibició del mandant és nul. En tots aquests casos, el mandant té acció, també, contra el substituït (art. 1722 CC).

A diferència del criteri seguit per a la comissió en l'article 261 CCo, l'article 1721 CC permet la substitució sempre que no hi hagi prohibició del mandant (o no resulti la prohibició de la naturalesa personalíssima de l'encàrrec). Si el mandant autoritza la substitució, amb designació expressa del substituït, serà aquest el qui respongui directament davant aquell. És diferent de la substitució l'ajuda que puguin prestar al mandatari els auxiliars que ell elegeixi, de manera que respon per culpa d'aquests.

## 2) Obligacions del mandant

### a) Remuneració al mandatari

La remuneració es deu quan s'hagi pactat així i, a falta de pacte, quan el mandatari sigui un professional (art. 1711) o quan es dedueixi dels usos del tràfic.

### b) Avançament de recursos

D'acord amb l'article 1728.1 CC, si el mandatari ho demana, el mandant li haurà d'anticipar les quantitats necessàries per a l'execució del mandat. Aquesta obligació s'ha d'entendre comprensiva no solament de sumes de diners, sinó de tots aquells mitjans que necessiti racionalment el mandatari per a complir l'encàrrec.

### **c) Reembors d'avançaments i pagament d'interessos**

Si el mandatari ha anticipat quantitats per a executar l'encàrrec, el mandant les ha de reemborsar, encara que el negoci no hagi sortit bé, sempre que no hi hagi culpa per part del mandatari. El reembors comprendrà els interessos de la quantitat anticipada, a comptar des del dia en què es va fer l'anticipació (art. 1728.2 i 1728.3 CC). El reembors comprèn únicament "les quantitats necessàries", no així les que, objectivament, s'hagin pogut evitar. Pel que fa als interessos, el tipus serà el legal, i el còmput es farà des de l'aplicació efectiva als assumptes del mandant.

### **d) Rescabament de danys**

Aquesta és l'obligació que amb més claredat resulta del principi d'indemnitat del mandatari. L'article 1729 CC obliga el mandant a indemnitzar-lo de tots els danys i perjudicis que li hagi causat el compliment del mandat, sense culpa ni imprudència del mandatari.

El precepte no és gaire precís, amb la qual cosa podrien quedar inclosos els perjudicis ocorreguts en l'execució de l'encàrrec (per exemple, un accident de trànsit ocorregut en el viatge destinat a concloure una venda) encara que no siguin conseqüència d'aquesta actuació. El mandatari, d'acord amb l'article 1730 CC, pot retenir en penyora les coses que són objecte del mandat fins que el mandant faci la indemnització pels avançaments i perjudicis.

## **3) Pluralitat de subjectes**

### **a) Pluralitat de mandants**

Quan dues o més persones nomenen un mandatari per a un negoci comú, li queden obligades solidàriament per a tots els efectes del mandat (art. 1731 CC). Aquesta regla resulta lògica quan es tracta de mandat gratuït, però no quan és retribuït, atès que agreuja de manera injustificada l'obligació del mandant, en especial si es tracta d'un mandatari professional.

### **b) Pluralitat de mandatariis**

D'acord amb l'article 1723 CC, la responsabilitat de dos o més mandatariis, encara que hagin estat instituïts simultàniament, no és solidària si no s'ha expressat així. S'ha de tractar de la gestió col·lectiva d'un mateix assumpte, si

bé el Codi civil no determina com serà tal actuació (mancomunada –conjunta– o solidària –individual), per la qual cosa caldrà atènyer-se a la voluntat del mandant.

#### 4) Extinció del mandat

Les causes d'extinció del mandat estan relacionades amb el seu caràcter *intuitu personae*. L'article 1732 CC assenyala com a causes d'extinció la revocació, la renúncia o incapacitació del mandatari, la mort, la declaració de prodigalitat i el concurs o la insolvència del mandant o del mandatari. És també causa d'extinció la incapacitació sobrevinguda del mandant, llevat que se n'hagués disposat la continuació o el mandat s'hagués donat per al cas d'incapacitat d'aquest. En aquests últims supòsits, el mandat podrà acabar per resolució judicial dictada en constituir-se l'organisme tutelar o posteriorment a instàncies del tutor. El fet de recollir aquestes causes no exclou l'aplicació en bloc de les causes normals d'extinció dels contractes (per incompliment, per exemple).

##### a) Revocació

La revocació és una declaració de voluntat del mandant unilateral i receptícia –adquireix eficàcia quan la coneix el mandatari. El mandant pot revocar lliurement el mandat, i compel·lir el mandatari a la devolució del document en el qual consti el mandat (art. 1733 CC). Aquesta norma és aplicable a totes les classes de mandat (gratuït, retribuït, exprés o tàcit). Si el mandat s'ha donat per a contractar amb determinades persones, la seva revocació no pot perjudicar aquestes si no els ho han fet saber (art. 1734). Aquí la notificació a tercers és requisit d'eficàcia.

La revocació pot ser expressa o tàcita. El Codi civil estableix que el nomenament de nou mandatari per al mateix negoci produeix la revocació del mandat anterior des del dia en què es va fer saber al qui l'havia rebut, i sense perjudici del que es disposa per al mandat per a contractar amb persones determinades (art. 1735 CC).

Els efectes de la revocació es produeixen *ex nunc*, això és, sense caràcter retroactiu (STS 30 abril 1992). Un cop notificada al mandatari, els actes que faci posteriorment el mandatari són ineficaços davant el mandant.

##### b) Renúncia

El mandatari pot renunciar al mandat posant-ho en coneixement del mandant. Ara bé, si aquest sofreix perjudicis per la renúncia, el mandatari l'haurà d'indemnitzar, llevat que fundi la seva renúncia en la impossibilitat de continuar exercint el mandat sense greu detriment seu (art. 1736 CC). La renúncia és una declaració de voluntat unilateral i receptícia que requereix posada en coneixement del mandant. No es requereix que es presenti causa justa. Això sembla que es dedueix de l'article 1737 CC, que obliga el mandatari, encara

que renunciï al mandat amb causa justa, a continuar la seva gestió fins que el mandant hagi pogut prendre les disposicions necessàries per a ocórrer aquesta falta.

La renúncia té, com és natural, sempre efectes *ex nunc*.

### **c) Mort del mandant o mandatari**

La mort d'un dels dos contractants no té el mateix efecte pel que fa a la durada del mandat. L'article 1718.2 CC imposa al mandatari l'obligació d'acabar el negoci que ja estigui començat en morir el mandant, si hi hagués perill en la tardança. A més, el que hagi fet el mandatari, ignorant la mort del mandant o qualsevol altra causa que faci cessar el mandat, és vàlid i tindrà tots els efectes respecte als tercers que hagin contractat amb ell de bona fe (art. 1738 CC). L'STS 640/2014, de 13 de febrer de 2014, assenyala "De la simple lectura de la norma es desprèn que constitueix una excepció al principi general previst per l'article 1259 del Codi civil, segons el qual el contracte formalitzat a nom d'un altre sense estar autoritzat per aquest serà nul; excepció que, com ja va declarar aquesta Sala en la seva sentència núm. 984/2008, de 24 octubre (Rec. 1030/2003), exigeix literalment la concurrència de dues condicions: en primer lloc, que el tercer amb el qual contracta el mandatari hagi actuat de bona fe, o sigui, que desconegués l'anterior extinció del mandat; i, en segon lloc, que aquest mandatari, en el moment de fer ús del poder, ignorés la mort del mandant o la concurrència de qualsevol altra de les causes que fan cessar el mandat".

Per la seva part, l'article 1739 CC obliga els hereus del mandatari a posar en coneixement del mandant la mort del mandatari i a proveir entretant el que exigeixin les circumstàncies en interès d'aquell.

### **d) Declaració de prodigalitat, concurs o insolvència del mandant o del mandatari**

Aquestes causes d'extinció estan relacionades directament amb la desconfiança que generen les situacions de desordre econòmic.

### **e) Incapacitació sobtevinguda del mandant**

La pèrdua de les facultats per a l'autogovern fa que els negocis subscrits per la persona incapaç siguin nuls. I per això, llevat que hagi previst el mandant tal eventualitat, el mandat s'extingeix i, fins i tot havent-se previst, es pot extingir en virtut d'una sentència judicial que declari la incapacitació, o posteriorment i a instància del tutor.

### 1.3. El contracte de comissió mercantil

#### 1.3.1. Concepte i caràcters

La diferenciació entre el règim jurídic de la comissió i el propi del mandat civil és mínima i pel que fa a aspectes poc rellevants, i per això en aquesta matèria la "regulació per partida doble" es manifesta especialment inútil. Fins i tot l'article 244 CCo estableix expressament que "es reputarà comissió mercantil el mandat, quan tingui [...]", i reconeix així que estem davant d'un mandat caracteritzat. L'objecte de la comissió, igual com ocorre en el mandat, ha de ser un acte amb transcendència jurídica, no una simple actuació material. Per a la major part de la doctrina, aquesta és la nota distintiva del mandat o de la comissió dins de la categoria general de l'arrendament de serveis.

Doncs bé, el mandat es reputa comissió "quan té per objecte un acte o operació de comerç i és comerciant o agent mediador del comerç el comitent o el comissionista" (art. 244 CCo). Aquest precepte exigeix, per tant, la concurrència de dos requisits, un de tipus objectiu i un altre de caràcter subjectiu. Quant al primer, l'encàrrec ha de consistir en un acte o operació mercantil.

Com assenyala la STS 25 gener 1989, no ens trobem davant d'una comissió quan l'encàrrec consisteix a efectuar una compravenda civil.

Pel que fa al pressupòsit subjectiu, el comitent o el comissionista han de ser comerciants o agents mediadors del comerç. Aquesta última expressió s'ha d'entendre, en general, com a mediador professional (agent, corredor, comissionista professional, etc.).

Conceptualment, i al marge de les notes de mercantilitat, se solen assenyalar com a notes distintives que el mandat pot ser general o especial (art. 1712 CC), mentre que la comissió sempre es refereix a actes o operacions concrets, encara que puguin ser diversos (art. 244 CCo). També és diferent la regla sobre remuneració, ja que la comissió és naturalment retribuïda (art. 277 CCo) i el mandat naturalment gratuït (art. 1711.I CC).

En tots dos casos, no havent-hi un termini específic de prescripció de les accions, s'aplica el general de quinze anys de l'article 1964 CC (STS 21 desembre 1991 i 8 maig 1996). Tingueu en compte que l'art. 1964.2 CC, després de la modificació operada per la Llei 42/2015, de 5 d'octubre, estableix que: "Les accions personals que no tinguin un termini especial prescriuen als cinc anys des que es pugui exigir el compliment de l'obligació. En les obligacions continuades de fer o no fer, el termini començarà cada vegada que aquestes s'incomplixin".

El contracte de comissió és consensual, de manera que es perfecciona amb el consentiment, sense necessitat d'observar cap forma. El Codi de comerç admet expressament l'acceptació tàcita quan el comissionista executa alguna gestió, en l'acompliment de l'encàrrec que li fa el comitent (art. 249). Si refusa l'ofertament, el comissionista ha de comunicar tal negativa pel mitjà més ràpid



possible, i actuar amb la diligència deguda en la custòdia i conservació dels efectes que li hagi remès el comitent, fins i tot quan aquest designi un comissionista nou (art. 248 CCo).

La STS 7 maig 1990 afirma que:

"Qui va fer un encàrrec a qui tingui per professió la comissió mercantil té dret de suposar que mentre el comissionista no digui res contrari, l'encàrrec ha estat acceptat".

En el mateix sentit, quant al valor del silenci, vegeu la STS 31 desembre 1997.

### **1.3.2. Règim jurídic**

#### **1) Obligacions del comissionista**

Les obligacions del comissionista es recullen, de manera dispersa i barrejades amb altres aspectes del règim jurídic del contracte, en els articles 252 a 275 CCo.

L'acceptació de la comissió, expressa o tàcita, obliga el comissionista al compliment de l'encàrrec, i ha de respondre de tots els danys que causi si no ho fa –llevat de causa legal– (art. 252 CCo). En la seva actuació ha d'observar el que estableixen les lleis i reglaments respecte a la negociació que se li hagi confiat, i és responsable dels resultats de la seva contravenció (art. 259 CCo). Però si la contravenció prové del seguiment d'ordres del comitent, responen tots dos (art. 259 *in fine* CCo), responsabilitat que sembla que serà solidària.

La STS 23 febrer 1993 va condemnar el banc comissionista que, encarregat de lliurar un coneixement d'embarcament, bé contra el pagament d'una lletra, bé contra l'acceptació més el finançament, només va exigir l'acceptació en fer el lliurament. Impagada la lletra, la va cobrar del client a qui l'havia descomptada. El Tribunal Suprem va considerar que, en ser el pagament imputable al mal compliment de la comissió (no va exigir un finançament a més de l'acceptació), el banc havia de pagar totes les despeses ocasionades.

A l'important tema de les instruccions es dediquen tres preceptes. Si hi ha instruccions expressives i precises, el comissionista les ha de seguir, i queda exempt enfront el comitent de tota responsabilitat si ho fa així (art. 254 CCo), i respon dels danys que causi si hi actua en contra (art. 256 CCo). De l'article 258 CCo sembla que es desprèn que, si en seguir les ordres es concerta una operació a preus o condicions més onerosos que els usuals en el mercat en aquesta data, i tot això sense autorització del comitent, el comissionista respon del perjudici. Per tant, si es pot fer l'operació en condicions més avantatjoses que les ordenades, la diligència en l'actuació exigeix concertar amb aquestes condicions millors. Finalment, si, a causa d'un accident no previst, seguir les instruccions fes, segons el parer del comissionista, arriscada o perjudicial l'execució de la comissió, aquesta s'ha de suspendre i s'ha de posar en coneixement del comitent la situació (art. 255.II *in fine* CCo).

El Tribunal Suprem, en Sentència de 20 de gener de 2003, va condemnar el mediador: "Les dades i consideracions ja exposades permeten concloure que la demandada va actuar, almenys amb «leugeresa», això és, sense la cura exigible al comerciant demandat, ja que

les notícies que circulaven en el seu entorn més directe feien pressuposar l'existència d'un alt risc que impedia considerar la inversió dels pagarés com a segura i fiable.

En el que no sigui previst i prescrit expressament pel comitent, caldrà consultar el comissionista sempre que ho permeti la naturalesa del negoci. Si estigués autoritzat per a obrar a arbitri seu, o no fos possible la consulta, farà el que dicti la prudència i sigui més conforme a l'ús del comerç, de manera que haurà de tenir cura del negoci com si fos propi (art. 255.I i 255.II CCo).

Aquesta regla és molt important, ja que si el comissionista actua segons aquests paràmetres, la seva gestió vincula el comitent encara que aquest pugui no estar d'acord amb el resultat. Sens dubte, s'exigeix que es tracti d'una operació encomanada pel comitent, encara que sense instruccions precises sobre aquest aspecte; la norma no cobrirà els casos en els quals el comissionista faci una cosa aliena a l'encarregat, ja que llavors no és que no hi hagi ordres, sinó que no hi ha encàrrec. Per a valorar les conseqüències que pugui tenir el no-compliment de les instruccions, s'hauran de tenir en compte les circumstàncies de cada cas concret.

Un grup de normes tracta de les responsabilitats que assumeix el gestor respecte dels béns objecte de la comissió. Són del seu compte els riscos del numerari que tingui en poder seu per raó de la comissió (art. 257 CCo). Si els fons rebuts per a realitzar un encàrrec s'inverteixen o destinen a una cosa diferent, amb independència de la responsabilitat penal possible es respon dels perjudicis causats i, a més, s'abonarà al comitent el capital i l'interès legal (art. 264 CCo). Pel que fa a les mercaderies rebudes, respon de la conservació d'aquestes, llevat que faci constar, en encarregar-se'n, les avaries i deterioraments que resultin (art. 265 CCo). No respon dels menyscapes ocorreguts a la mercaderia que tingui per compte d'altri si són deguts a cas fortuït, a força major, al transcurs del temps o a vici propi de la cosa (art. 266 CCo). Si fos precisa la venda dels efectes encarregats, sense temps per a consultar el comitent, s'acudirà al jutge competent perquè autoritzi la venda (art. 269 CCo). Si tingués efectes de diversos propietaris, els haurà de distingir amb una contramarca que eviti la confusió (art. 268 CCo).

Si la comissió exigeix la cobrança de crèdits, sembla que tant si aquest és l'encàrrec principal com si es tracta d'una operació que comporta l'encàrrec rebut, s'ha de verificar tal cobrament en les èpoques en què siguin exigibles, tret que s'acrediti haver usat oportunament els mitjans legals per a aconseguir el pagament (art. 273 CCo).

El comissionista té a més el deure d'informar el comitent de tot el que interessi al bon èxit de la negociació, i li ha de participar tot seguit els contractes que hagi subscrit (art. 260 CC). Al final de la comissió haurà de retre comptes de l'actuació realitzada (sobre la rendició de comptes respecte de les quantitats percebudes i el reintegrament d'aquestes al comitent, *vid.* art. 263 CCo). Finalment, encara que el Codi no ho estableixi expressament, sembla clar que sobre el comissionista pesa un deure de manteniment del secret sobre l'encàrrec rebut sobre els aspectes que puguin ser confidencials, deure que es mantindrà fins a l'acabament del contracte.

## 2) Obligacions del comitent

D'acord amb l'article 253 CCo, quan un contracte el subscriu el comissionista amb les formalitats de dret, el comitent haurà d'acceptar totes les conseqüències de la comissió al marge del seu dret de repetir contra el comissionista per les faltes o omissions comeses en complir-la. Sembla clar que això s'ha d'entendre segons les regles generals de l'actuació representativa, de manera que no tota actuació del comissionista vincula, sinó només la realitzada dins de les instruccions o, a falta d'aquestes, si es va obrar segons el que estableix l'article 255 CCo. El dret de repetició a què es refereix el precepte no es pot entendre que impliqui que el principal quedi sempre obligat, sinó que al·ludeix a possibles responsabilitats del comissionista fins i tot havent actuat dins dels límits del mandat.

La comissió és retribuïda naturalment, de manera que, llevat que se n'hagi pactat expressament la gratuïtat, s'ha d'abonar al comissionista el "premi de comissió" (art. 277.I CCo). Si no s'ha pactat la quantia, es fixarà d'acord amb l'ús i pràctica mercantil del lloc on es compleixi la comissió (art. 277.II CCo).

Resulta interessant en aquest punt la STS 17 juliol 1992, referent a un contracte de comissions continuades (que, tanmateix, no es va qualificar d'agència, ja que més aviat es tractava d'un contracte normatiu que preveia el règim dels encàrrecs concrets successius que fes el principal en el futur) respecte del qual el comitent devia una sèrie de comissions al mediador; aquest, en un determinat moment, va deixar de realitzar l'encàrrec amb una total diligència. El comitent pretenia no pagar les comissions ja meritades al·legant la falta de dedicació del comissionista, però el TS va considerar que aquesta falta no podia afectar unes comissions ja meritades i exigibles.

A més del preu pactat o usual, s'han de satisfer al comissionista les despeses i desemborsos fets per aquest per al compliment de l'encàrrec rebut, amb l'interès legal des del dia en què els hagi fet fins al reintegrament total (art. 278 CCo; la STS 8 maig 1996 aplica aquest precepte). Encara que el Codi no ho expressa, és possible el pacte en contra, i també que el preu pactat englobi tant el benefici com les despeses d'actuació.

Finalment, el comitent ha de proveir de fons el comissionista, que no està obligat a actuar fins a rebre tal provisió (art. 250 CCo). No és clar si aquesta provisió es refereix només als fons precisos per a complir l'acte o operació de comerç de què sigui objecte de la comissió, o si també inclou les despeses de l'activitat del comissionista a què es refereix l'article 278 CCo esmentat. A parer nostre els comprèn tots dos. Tanmateix, és possible un pacte que modalitzi tant aquesta obligació de provisió com, ja ho hem dit, la de pagament de les despeses.

## 3) Garanties del compliment

Per a assegurar la posició de cada una de les parts, hi ha algunes normes d'abast bastant limitat.

En primer lloc, al comitent se li reconeix un dret de recuperació dels béns que siguin objecte de la comissió en el cas de concurs del comissionista (art. 80 LConcursal). El comissionista, per part seva, té dret de retenció sobre els efectes que va rebre en consignació, de manera que no en podrà ser desposseït sense que li reemborsin prèviament les seves anticipacions, despeses i drets de comissió (art. 276.II.1 CC).

Segons la Sala 2a. del Tribunal Suprem, quan el comissionista acusat d'apropiació indeguda al·legui per a exculpar-se que només va exercitar el seu dret de retenció, s'haurà d'indagar realment si l'apropiació estava justificada per aquest dret (STS, Sala 2a., 10 novembre 1978).

En segon lloc, sobre els béns que va rebre en consignació el comissionista haurà de ser pagat amb preferència als altres creditors del comitent, llevat del portador (art. 276.II.2 CCo). Aquesta preferència actualment ja no regeix per als supòsits de concurs del comitent, ja que la Llei concursal no considera el comissionista com un creditor singularment privilegiat, i només es poden admetre en el concurs els privilegis o preferències reconeguts en la Llei concursal (art. 89.2 *in fine* LConcursal).

Per a gaudir d'aquests dos privilegis l'article 276.III CCo exigeix que els efectes es trobin en poder del consignatari o comissionista, a disposició seva en un magatzem públic, o que s'hagi verificat l'expedició consignant-la a nom seu.

#### 4) Regles especials per a la comissió de compravenda

El Codi de comerç estableix fins a tres regles especials per als casos en què la comissió consisteixi en una venda o, en certs supòsits, en una compra (que, s'ha d'entendre, s'exigeix que siguin mercantils perquè hi hagi comissió *ex* article 244 CCo).

En primer lloc s'estableix en l'article 267 CC l'anomenada normalment "prohibició d'autoentrada": cap comissionista no pot comprar per a ell mateix ni per a un altre el que se li hagi manat vendre, ni pot vendre el que se li hagi encarregat comprar, sense autorització del comitent. La regla comprèn tant l'autoentrada (el comissionista es col·loca com a tercer comprador o venedor) com "l'aplicació" d'ordres (el comissionista "casa" o "aplica" dues ordres, una de compra i una altra de venda, compatibles).

Es pretén que el comissionista busqui la millor oferta possible; d'una altra manera es pot limitar a casar ordres compatibles sense cap més esforç o a posar-se ell com a contrapart. Per això la doctrina ha proposat de manera unànime que la prohibició no té sentit si les ordres són totalment precises o el preu està fixat de manera oficial; en tot cas, el Codi admet que el comitent permeti expressament l'autoentrada o l'aplicació, i de la mateixa manera serà possible la ratificació, expressa o tàcita (n'hi hauria prou amb que el comitent acceptés les conseqüències del negoci subscrit).

En segon lloc, l'article 270 CCo estableix la prohibició de préstec i venda fiada o a terminis, llevat que hi hagi autorització del comitent.

L'article 271 CCo afegeix que, en els casos de venda fiada amb autorització, caldrà expressar-ho així en el compte o avís que es doni al comitent, i caldrà participar-li els noms dels compradors; en cas de no fer-ho així, s'entendrà, respecte al comitent, que les vendes van ser al comptat.

Finalment, l'article 272 CCo es refereix a l'anomenada "comissió de garantia": quan el comissionista percep sobre una venda, a més de la comissió ordinària, una altra, la de garantia, són a compte seu els riscos de la cobrança, i queda obligat a satisfer al comitent el producte de la venda en els mateixos terminis pactats pel comprador.

La doctrina ha entès el precepte en el sentit que la comissió de garantia obliga el comissionista a respondre com si fos el tercer, de manera que el comitent podrà actuar contra qualsevol de tots dos com si fossin deutors solidaris.

### 5) Regles especials per a la comissió de transport (tramesa)

En matèria de comissió de transport, el Codi enuncia dues regles. L'article 274 obliga el comissionista encarregat d'una expedició d'efectes que tingui, a més, ordre per a assegurar-los, a respondre en cas de no concertar tal assegurança, si estigués feta la provisió de fons precisa per a l'assegurança o s'hagués obligat a anticipar-la.

Els comissionistes de transport de mercaderies, denominats "agències de transport", amb autorització administrativa prèvia per actuar com a "operadors de transport", tenen reservada la intermediació en el contracte de transport terrestre de mercaderies i poden realitzar activitats de mediació. En el transport per carretera, les agències de transport poden dur a terme totes les actuacions prèvies de gestió, informació, oferta i organització de càrregues i serveis necessàries per a la contractació del transport (art. 120 de la Llei 16/1987, de 30 de juliol, d'ordenació dels transports terrestres [LOTT]). L'agent de transport pot, actuant en nom propi, formalitzar un contracte de transport assumint la posició de portador.

#### 1.3.3. Extinció del contracte

El Codi dedica dos preceptes a l'extinció del contracte de comissió. Per tractar-se d'una regulació especial, sembla que no serien aplicables les regles d'extinció del mandat en les quals s'admet la renúncia del mandatari (art. 1736 CC), encara que sí les generals d'extinció d'obligacions.

La revocació de la comissió és possible en qualsevol moment, posant-la en coneixement del comissionista, però el comitent queda obligat a les resultes de les gestions practicades abans d'haver-li fet saber la revocació (art. 279 CC).

La STS 4 abril 1998 afirma que no es poden exigir al comitent els danys i perjudicis que al comissionista, per la revocació, li succeeixin. Sens dubte, caldrà entendre també que quedarà vinculat davant tercers de bona fe que contractin amb el comissionista revocat. Per a evitar això haurà de comunicar la revocació a tots els possibles clients, o donar-li

la publicitat que vulgui, o bé cancel·lar la inscripció de l'apoderament si consta en algun registre públic, el coneixement del qual és oposable a tercers.

Per la mateixa regla de trobar-nos davant d'un contracte *intuitu personae*, la mort o inhabilitació del comissionista implica automàticament la rescissió (*sic*) del contracte; mentre que la mort o inhabilitació del comitent no l'extingeix, encara que el podran revocar els representants (art. 280 Cco; per a un supòsit de revocació per part del representant del comitent declarat en fallida, vegeu la STS 10 novembre 1999). Lògicament, a la mort s'equiparà la dissolució sense continuació del comissionista o comitent que siguin societat o persona jurídica (no, en principi, si hi ha dissolució però la societat continua la seva activitat d'una altra manera, per exemple perquè es fusiona amb d'altres).

#### **1.4. El contracte de mediació o corretatge**

El contracte de corretatge és aquell en virtut del qual una de les parts, denominada principal, s'obliga a abonar a l'altra part, denominada mediador o corredor, una remuneració com a conseqüència d'una actuació material d'aquest consistent a assenyalar el moment idoni per a subscriure un contracte o aconseguir la subscripció esmentada. El corredor mai no contracta amb el tercer (no fa una actuació jurídica), sinó que simplement busca un tercer que compleixi els requisits precisats pel principal per a posar-lo en contacte amb aquest, a fi que puguin arribar a un acord. La figura es mostra especialment indicada per a aquells casos en els quals el principal desitja conèixer personalment la persona amb qui contracta (per exemple, lloguer d'un pis, contractació de servei domèstic, etc.).

El corretatge és un contracte atípic, encara que hi ha alguna regulació sectorial de certs tipus de corredors (per exemple, agents de la propietat immobiliària, RD 1613/1981, de 19 de juny; corredors d'assegurances i reassurances, arts. 26 a 38 de la Llei 26/2006, de 17 de juliol, de mediació d'assegurances i reassurances privades (LMSRP). Per aquesta raó, moltes de les afirmacions que es fan sobre el seu règim no deixen de ser expressió de certs usos del sector, però no es poden prendre com una regla. En aquest sentit, s'ha de fugir de les regles generals, ja que el pacte entre les parts serà el que modeli millor les diferents obligacions assumides per les parts. Contrasta amb aquesta falta de tractament legal la jurisprudència relativament abundant recaiguda sobre la matèria, que en tot cas mostra que és una figura molt comuna en el tràfic de la intermediació.

Una de les qüestions centrals del contracte la constitueix quin és el fet determinant del naixement de l'obligació de pagament al corredor. A l'efecte les solucions són, bàsicament, dues: aquest dret neix des del moment en què el mediador indica al principal la persona amb qui vol entrar en negociacions; o aquest dret neix quan, efectivament, el principal i el tercer contracten. La

major part de la jurisprudència i de la doctrina han defensat la vigència del segon dels sistemes. En tot cas, en aquesta matèria no es defensa que la retribució depengui del compliment efectiu del contracte.

Aquestes idees les reitera, amb cita d'abundant jurisprudència, la STS 13 juny 2006, per a la qual: "Aquesta Sala ha declarat que el contracte esmentat està supeditat, quant a la meritació d'honoraris, a la condició suspensiva de la subscripció del contracte pretès, llevat de pacte exprés [...]. D'aquesta manera, els honoraris dels agents es meriten, llevat de pacte que prevegi una altra modalitat, en subscriure's el contracte o negoci objecte de la mediació (STS 21 maig 1992)."

La jurisprudència també ha assenyalat reiteradament que el dret a la retribució no es perd per la falta de compliment del contracte, llevat de pacte en contrari (*vid.* Sentència citada abans), ni tampoc en cas de desistiment del contracte ja subscrit (STS 5 juny 1946, 11 juny 1947 i 14 novembre 1970). Fins i tot correspon el pagament fins i tot després d'extingit el corretatge si la conclusió del contracte que va ser objecte de l'encàrrec ha estat possible gràcies a l'activitat de l'"excorredor", (STS 3 juny 1950, 7 gener 1957, 21 octubre 1965, 22 octubre 2000, 22 desembre 2000 o 10 octubre 2007). També pot passar que el principal i el tercer al principi no contractin, per no pagar el corredor, i posteriorment arribin a l'acord; si ho pot provar així el corredor, li correspondria la retribució. També es pot pactar vàlidament que el corredor cobrarà encara que el principal faci el negoci amb un tercer sense intervenció del corredor en la posada en contacte (STS 7 maig 2008). En canvi, no correspondria retribució al corredor si el negoci concertat fos nul o anul·lable i si ell va poder preveure o conèixer aquesta circumstància, encara que sembla que no en un altre cas.

Actualment, la doctrina majoritària i també la jurisprudència consideren el corretatge un contracte bilateral, de manera que s'aplica al corredor l'obligació d'exercir diligentment la seva gestió. En aquest sentit, diverses sentències han anat assenyalant algunes de les seves obligacions més importants: així, la de diligència d'informar-se adequadament de les circumstàncies del contracte (STS 4 juliol 1994, per a un corredor que no va constatar que la finca venuda estava subjecta a una condició resolutorià), o la d'informar el client de la marxa de la gestió encomanada (STS 2 octubre 1999).

També se sol afermar del corredor la nota d'imparcialitat en la seva actuació, que, tanmateix, no sempre s'ha de presentar, ja que si actua en interès d'un únic principal és lògic que s'hagi d'entendre que ha de buscar el seu profit. Una altra cosa és que hagi rebut l'encàrrec dels dos que contracten, cas en què sí que haurà de ser imparcial; en tal supòsit, a més, la STS 27 febrer 1997 ha considerat que el preu l'han de satisfer per meitats cada un dels dos ordenants.

## **1.5. Contracte d'agència**

### **1.5.1. Concepte**

En l'article 1 de la Llei 12/1992, de 27 de maig, sobre contracte d'agència (LAG), es defineix el contracte d'agència com aquell pel qual "una persona natural o jurídica, denominada agent, s'obliga davant una altra de manera con-

tinuada o estable, a canvi d'una remuneració, a promoure actes o operacions de comerç per compte d'altri, o a promoure'n i concloure'n per compte i en nom d'altri, com a mediador independent, sense assumir, llevat de pacte en contrari, el risc i ventura de tals operacions".

### 1.5.2. Caràcters

D'aquest concepte s'extreuen quatre característiques definitòries del contracte: l'estabilitat, la remuneració, la tasca de promoció i conclusió d'operacions de comerç, i la independència. Sobre la remuneració tornarem més endavant.

L'estabilitat és la característica que tradicionalment millor diferencia l'agència del contracte de comissió (STS 14 maig 2001). Aquest implica un encàrrec concret, mentre que en l'agència el mediador es dedica de manera estable, duradora i continuada a promoure o concloure operacions de comerç per compte del principal. Al seu torn, aquesta nota influeix en la resta del contingut del contracte modelant-lo i justificant moltes de les seves regles (no-reembors de despeses, indemnitzacions per l'extinció, etc.).

La tasca de l'agent és la de promoure actes o operacions de comerç per compte d'altri, o promoure'n i concloure'n per compte i en nom d'altri. Per tant, pot consistir en una tasca de simple promoció, com la del corredor (però estable i duradora), de manera que el tercer hagi de concloure el contracte personalment amb el principal; o de promoció i conclusió de l'acord, amb poder de representació. Aquesta possibilitat d'actuar en nom del principal s'exigeix que estigui atribuïda expressament en el contracte (art. 6 LAG), no en deriva. En aquest últim cas l'agent només pot actuar en nom d'altri, a diferència del comissionista, que ho pot fer també en nom propi (art. 246 CCo). L'agent sempre es presenta com a gestor d'interessos d'altri, i ho ha de manifestar expressament.

Finalment, s'ha de tractar de promoció d'actes o operacions de comerç, una cosa que en certa manera es pressuposa o deriva de l'estabilitat de l'agent, ja que ens trobem davant d'un principal que produeix béns en massa destinats al mercat. La llei espanyola no ha limitat el seu àmbit d'aplicació als actes de compravenda, que són els únics a què es refereix la Directiva 86/653/CEE.

La independència és una altra nota característica important del contracte d'agència, ja que diferencia l'agent de l'agent comercial que actua subjecte a una relació laboral. L'agent és un empresari independent, titular de la seva organització empresarial, i presta els seus serveis professionals al principal en compensació d'un preu. Per aquesta raó, per exemple, les despeses pròpies de la seva activitat no es repercuteixen al principal (art. 18 LAG), sinó que es consideren incloses en la remuneració global. La independència no impedeix que l'agent actuï subjecte a les ordres de l'empresari relatives a les característiques dels contractes que ha de promoure o concloure. La independència es refereix,



més aviat, entre altres coses, al fet que l'agent pot organitzar la seva activitat professional i el temps dedicat a aquesta d'acord amb els seus criteris propis (art. 2.II LAG, que pressuposa que en tals casos hi ha independència).

Aquesta nota de la independència ha resultat conflictiva perquè, més d'una vegada, un empresari pot considerar més beneficiós contractar un representant comercial com a agent en comptes de fer-ho sota la relació laboral especial d'agent comercial (RD 1438/1985, d'1 d'agost, regulador de la relació laboral de caràcter especial de les persones que intervinguin en operacions mercantils per compte d'un o més empresaris, sense assumir-ne el risc i ventura). Per a evitar aquesta conducta abusiva del principal, la jurisprudència laboral ha establert una sèrie de criteris, precisament relacionats amb la independència, pels quals considera que, en certs supòsits, hi ha una relació laboral amb l'agent, encara que s'hagi revestit externament sota l'aparença d'una relació mercantil.

En relació amb aquesta qüestió de les diferències entre el règim mercantil i el laboral del representant de comerç, cal destacar que l'agent mercantil que treballi fonamentalment per a un client i rebi almenys el 75% dels seus ingressos d'aquest, es pot sotmetre (comunicant-ho al principal) a l'estatut de "treballador autònom econòmicament dependent", regulat en la Llei 20/2007, d'11 de juliol, i desenvolupat pel RD 197/2009, de 23 de febrer. Es tracta d'una figura híbrida, que conserva el seu caràcter i règim mercantil i comparteix, tanmateix, certes notes i trets d'una relació laboral especial.

Segons l'article 1.III RD 197/2009, "El contracte que subscrigui un treballador autònom econòmicament dependent amb el seu client perquè el primer executi una activitat econòmica o professional a favor del segon en compensació d'una contraprestació econòmica, ja sigui de naturalesa civil, mercantil o administrativa, es regirà per les disposicions contingudes en aquest Capítol, en el que no s'oposi a la normativa aplicable a l'activitat". Aquest "agent treballador" continua actuant pel seu compte i risc i amb el seu criteri professional independent (art. 5.1.b i 5.1.c RD), però en certs aspectes es regeix per regles pròpies d'una relació laboral, com el dret de la interrupció anual de l'activitat, del descans setmanal i dels dies festius, i també la durada màxima de l'activitat (art. 2.c RD).

D'altra banda, el Reial decret 118/2005, de 4 de febrer, pel qual s'aproven els estatuts generals dels Col·legis d'Agents Comercials d'Espanya i del seu Consell General, estableix l'obligació de col·legiar-se. Tanmateix, la doctrina entén que no estar col·legiat no pot tenir incidència sobre els contractes fets per mitjà de l'agent no col·legiat, per tractar-se d'un requisit corporatiu que no incideix en l'esfera civil.

El contracte d'agència va ser atípic a Espanya fins que es va regular amb la Llei 12/1992, que, a més de fer la transposició de la Directiva 86/653/CEE, de 18 de desembre de 1986, relativa a la coordinació dels estats membres referent als agents comercials independents, inclou molts aspectes no regulats per aquesta.

La Llei 2/2011, de 4 de març, d'economia sostenible, va afegir una disposició addicional (DA) primera a la LAG, en la qual es preveu l'aplicació d'aquesta als contractes de distribució de vehicles automòbils i industrials, i l'aplicació supletòria a tot contracte de distribució d'automòbils, qualsevol que sigui la seva denominació. No obstant això, aquesta DA no entrarà en vigor fins que s'aprovi la Llei de contractes de distribució comercial, que encara està en projecte.

Els preceptes de la Llei d'Agència són imperatius, llevat que s'hi disposi expressament una altra cosa (art. 3.I LAG; la STS 7 abril 2003 declara nul, per aquesta raó, el pacte concertat que l'agent no rebria indemnització per clientela). Es posa així de manifest un cert caràcter tuitiu de l'agent, el qual, malgrat ser un empresari independent, es pressuposa en una certa relació d'inferioritat o de poder de negociació menor davant el principal.

La Llei no s'aplica als agents que actuïn en mercats secundaris oficials o reglamentats de valors (art. 3.II LAG), que se sotmeten a una regulació especial (RD 217/2008, de 15 febrer, de règim jurídic de les empreses de serveis d'inversió i de les altres entitats que efectuen serveis d'inversió).

El d'agència és un contracte mercantil (vegeu l'apartat I.1 de l'exposició de motius). Per aquesta raó la prescripció de les accions derivades del contracte d'agència es regirà per les regles establertes en el Codi de comerç (art. 4 LAG). Ara bé, si l'agent compleix els requisits i s'acull al règim de "treballador autònom econòmicament dependent", certs aspectes del seu règim es regiran per les normes ja assenyalades.

D'altra banda, la competència per al coneixement de les accions sempre respon al jutge del domicili de l'agent, i és nul qualsevol pacte contrari (disp. adic. LAG).

Això no exclou, segons la doctrina majoritària, que les parts puguin sotmetre els litigis futurs o actuals a arbitratge, si bé en tractar-se de normes imperatives sí que sembla que l'únic arbitratge admissible seria el de dret, i potser hauria de ser arbitratge al lloc del domicili de l'agent (la qüestió s'ha plantejat sobretot respecte de la submissió a arbitratge de la impugnació d'acords socials; ho admet, amb certs matisos, la STS 18 abril 1998).

L'article 22 LAG permet a cada una de les parts exigir de l'altra, en qualsevol moment, la formalització per escrit del contracte d'agència, en el qual es faran constar les modificacions que, en el seu cas, s'hi hagin introduït. Es tracta, per tant, d'un contracte no formal, que es podria subscriure fins i tot de manera verbal. El més usual, en tot cas, és fer constar per escrit l'acord.

### **1.5.3. Règim jurídic**

#### **1) Obligacions de l'agent**

En tractar-se d'un contracte basat en la confiança, l'actuació de l'agent l'ha de fer personalment ell o els seus dependents. Perquè puguin actuar subagents cal l'autorització expressa del principal; en tal cas, si el subagent l'elegeix l'agent, aquest respondrà de la seva gestió (art. 5 LAG).

A les obligacions de l'agent, i sota aquest títol, es refereix l'article 9 LAG, però en realitat hi ha altres preceptes legals en els quals es recullen diferents aspectes de la relació jurídica de l'agent. Com a regla general, l'article 9.I LAG esmentat estableix que, en l'exercici de la seva activitat professional, l'agent haurà d'actuar lleialment i de bona fe, vetllant pels interessos de l'empresari o empresaris per compte dels quals actuï. La diligència amb què s'ha d'ocupar dels actes o operacions encomanats és la d'un "comerciant ordenat" (art. 9.2.a

LAG). L'agent ha de comunicar a l'empresari tota la informació de què disposi, quan sigui precisa per a la bona gestió del que li han encomanat i, en particular, la relativa a la solvència dels tercers amb què hi hagi operacions pendents de conclusió o execució (art. 9.2.b LAG; la doctrina entén que aquesta obligació no s'estén, llevat de pacte en contrari, a la realització d'estudis de mercat). En el desenvolupament de la seva activitat ha de seguir les instruccions raonables rebudes de l'empresari, sempre que no afectin la seva independència (art. 9.2.c LAG; això és, es podran referir al contingut dels contractes que promocioni o subscrigui, però no respecte de la forma d'organitzar l'activitat, almenys de manera detallada). I portarà una comptabilitat independent dels actes o operacions relatius a cada empresari pel compte del qual actuï (art. 9.2.d LAG; sembla clar que implica portar una única comptabilitat amb partides separades, ja que un empresari no pot portar "diverses comptabilitats"). Encara que no ho digui la Llei, és clar que el contracte es pot limitar a la promoció o concertació de contractes només pel que fa a alguns dels productes del principal o alguns dels esglaons de la distribució, si bé també es podrà preveure una ampliació successiva a altres productes.

És important destacar que l'agent ha de rebre en nom de l'empresari qualsevol classe de reclamacions de tercers sobre defectes o vicis de qualitat o quantitat dels béns venuts i dels serveis deixats com a conseqüència de les operacions promogudes, encara que no les hagi conclòs (art. 9.2.d LAG). Això no implica, sens dubte, que l'agent "respongui" en cas de defectes, ja que l'únic que fa és traslladar la reclamació al seu principal, que és, ell sí, el responsable (l'agent sempre actua en nom d'altri). De tota manera, és molt comú en certs sectors que l'agent assumeixi mitjançant un pacte una obligació afegida a les pròpies del seu contracte, consistent a oferir el servei d'assistència tècnica i de garantia dels productes del principal (vegeu, per exemple, STS 9 febrer 2006). Això representa un contracte de prestació de serveis afegit al simple d'agència, amb la seva pròpia retribució i règim obligacional.

Encara que la Llei no ho esmenti expressament, s'ha de considerar implícita una obligació par part de l'agent de secret sobre les dades confidencials de l'empresa que arribi a conèixer per la seva condició d'agent (l'art. 9.1 LAG obliga a l'agent a actuar lleialment i de bona fe, vetllant pels interessos de l'empresari o empresaris pel compte dels quals actuï).

Aquest deure de secret es mantindrà fins a l'acabament del contracte, ja que altrament no serviria per a res. La infracció després de l'extinció de l'agència representaria així una infracció contractual, a més d'un acte de competència deslleial (art. 13 LCD).

L'article 7 LAG regula tot el que fa referència a la possibilitat que l'agent actuï per a altres empresaris i faci competència al seu principal. En el primer aspecte, s'estableix que, llevat de pacte en contrari, aquell pot desenvolupar la seva activitat professional per compte de diversos empresaris. Però aquesta regla es matisa a continuació, i exigeix que l'agent compti amb el consentiment de l'empresari amb qui hagi subscrit un contracte d'agència per a exercir pel seu compte propi o per compte d'un altre empresari una activitat professional re-

lacionada amb béns o serveis que siguin de naturalesa igual o anàloga i concurrents o competitius amb aquells la contractació dels quals s'hagi obligat a promoure.

La regla en realitat és que no pot competir en la mateixa activitat que la del principal, llevat d'autorització d'aquest. L'autorització no caldrà si actua per a altres principals o per compte propi per a la promoció o venda d'altres productes no concurrents ni competitius, la qual cosa, al seu torn implica una limitació molt important, ja que s'haurà de tractar en tot cas de béns no relacionats ni relacionables pel públic adquirent amb els del principal. A més, és possible, en tot cas, el pacte en contra, en virtut del qual l'agent es compromet a actuar només per a aquest principal concret i per a ningú més, ni tampoc per compte propi.

Aquesta obligació de no competir, llevat d'autorització, es pot mantenir fins i tot per a després de l'acabament del contracte. Així ho estableix l'article 20 LAG, que permet que les parts incloguin una restricció o limitació de les activitats professionals que hagi de desenvolupar l'agent una vegada extingit el contracte. No és una cosa derivada de manera natural del contracte, com la prohibició de no competir durant la vigència d'aquest, però es pot pactar i, de fet, es tracta d'una clàusula molt usual en aquest tipus de negocis.

La STS 23 maig 1997 tracta d'un cas de pacte de no-competència a l'extinció del contracte, i el Tribunal considera que es va infringir, per tal com l'agent va participar en l'òrgan gestor d'una competidora del seu exprincipal. La STS 1 juliol 2005 va preveure un supòsit d'agent que va infringir el deure pactat, i va vendre abans del termini de dos anys béns d'empresaris competidors amb el seu principal anterior, per la qual cosa va condemnar l'exagent al pagament d'una indemnització.

La possibilitat de limitar la competència de l'agent a l'extinció del contracte té els seus límits (arts. 20.II i 21 LAG). El pacte no podrà tenir una durada superior a dos anys per comptar des de l'extinció del contracte d'agència (si el contracte d'agència va tenir una durada inferior, el pacte no podrà durar més d'un any); només es podrà estendre a la zona geogràfica o a la zona i grup de persones confiats a l'agent; i només podrà afectar la classe de béns o serveis objecte dels actes o operacions promoguts o conclusos per l'agent. A més, la limitació s'haurà de formalitzar per escrit perquè sigui vàlida (art. 21 LAG).

Es pot pactar que l'agent assumeixi el risc i ventura d'un, diversos o la totalitat dels actes o operacions promoguts o conclusos per compte del principal. Es tracta del "pacte de garantia", que per a la comissió es preveu en l'article 272 CCo.

L'agent respon del compliment del contracte per part del tercer, de manera que satisfarà ell la prestació si no ho fa aquest. Aquest pacte de garantia, segons l'article 19 LAG, ha de constar per escrit sota pena de nul·litat, i s'ha d'establir la comissió per percebre, ja que lògicament es cobra una quantitat superior a la normal en assumir una obligació afegida a les naturals del contracte. La doctrina considera que en aquests casos el pacte de garantia constitueix una fiança de l'agent respecte del deute del tercer.

Cal destacar que, al costat de les obligacions pròpies del contracte d'agència, és comú que l'agent n'assumeixi d'altres accessòries, com la gestió de cobraments del principal, l'emmagatzemament de mercaderies, la ja al·ludida de

prestació d'un servei d'assistència o reparació, etc. En tals casos constitueixen prestacions independents de contractes que s'afegeixen al d'agència, i la retribució dels quals és específica.

## 2) Obligacions del principal

L'empresari també ha d'actuar lleialment i de bona fe en les seves relacions amb l'agent (art. 10.1 LAG). En particular, la Llei estableix diverses obligacions concretes de l'empresari, a part de la relativa a la remuneració, que, per la seva rellevància, s'exposarà més tard de manera específica. En primer lloc, el principal ha de posar a disposició de l'agent, amb antelació suficient i en quantitat adequada, els mostraris, catàlegs, tarifes i altres documents precisos per a l'exercici de la seva activitat (art. 10.2.a LAG). En segon lloc, li haurà de procurar totes les informacions precises i, en particular, advertir-lo des que en tingui notícia, quan prevegi que el volum dels actes o operacions hagi de ser sensiblement inferior a l'esperat per l'agent (art. 10.2.b LAG). En tercer lloc, quan l'agent no faci operacions, sinó que només en promogui, l'empresari li ha de comunicar l'acceptació o rebuig de l'operació en un termini de quinze dies (art. 10.3 LAG, rebuig que no podrà ser arbitrari, ni podrà buscar simplement el perjudici de l'agent). Finalment, també s'ha de comunicar a l'agent l'execució, execució parcial o manca de compliment de l'operació feta, dins del termini més breu possible (art. 10.3 LAG).

- **En particular, la remuneració.**

La Llei dedica tota una secció del capítol II a la remuneració. Tant aquest tema com el de les indemnitzacions en cas d'extinció són els aspectes fonamentals regulats per la Directiva 86/653/CEE referida.

La remuneració pot consistir en una quantitat fixa, en una comissió o en una combinació de tots dos sistemes (art. 11.1 LAG). Per comissió s'entendrà qualsevol element de la remuneració que sigui variable segons el volum o valor dels actes o operacions promoguts i, si hi escau, conclusos per l'agent (art. 11.2 LAG). No tenen el concepte de comissió els pagaments que efectui, en el seu cas, el principal a causa de prestacions accessòries a la principal que faci l'agent (emmagatzematge, cobrament de deutors, etc.).

Si no hi ha pacte, la retribució es fixarà d'acord amb els usos del comerç del lloc on s'exerceixi l'activitat; si no n'hi ha, l'agent percebrà la retribució que fos raonable tenint en compte les circumstàncies que hagin concorregut en l'operació (art. 11.1 *in fine* LAG).

Una retribució únicament fixa sembla excloure que l'agent assumeixi un risc empresarial i aproxima el contracte a una relació laboral, per la qual cosa sempre ha estat vista amb desfavor per la doctrina. Malgrat això, la Llei l'admet. De la dicció de l'article 11.2 LAG resulta que la comissió pot consistir en modalitats molt diferents: percentatge sobre vendes, percentatges sobre vendes creixents de manera proporcionada al volum de vendes, descomptes sobre preus de costos de noves mercaderies, etc. També es pot pactar una "comissió mínima", que serà la que es pagui si el càlcul de la comissió pactada sobre el volum de vendes dóna un resultat menor que aquella, però que quedarà absorbida en aquesta si resulta major, i així la diferència del sistema mixt, en el qual la quantitat fixa se suma al que correspongui per comissions. D'altra banda, resulta comú satisfer avan-

çaments a compte de futures comissions (entre altres, STS, Sala 4a., 9 desembre 1981 i 17 gener 1991).

En el cas que la retribució es faci mitjançant el sistema de comissió, pels actes o operacions conclusos durant la vigència del contracte és procedent una comissió en tres casos (art. 12 LAG):

- a) si l'acte o operació de comerç es va concloure com a conseqüència de la intervenció professional de l'agent;
- b) si l'acte o operació de comerç s'ha conclòs amb una persona respecte de la qual l'agent ha promogut i, en el seu cas, ha estat conclòs anteriorment, un acte o operació de naturalesa anàloga; i
- c) si l'acte o operació es va concloure amb una persona pertanyent a la zona geogràfica o al grup determinat de persones per al qual s'hagi pactat una exclusiva a favor de l'agent, encara que tal acte o operació no hagi estat promogut ni hagi estat conclòs per aquest.

L'article 13 LAG fixa dos supòsits en els quals hi ha dret de comissió respecte d'actes o operacions conclusos posteriorment a l'extinció del contracte d'agència:

- a) si l'acte o operació se subscriu dins dels tres mesos següents a l'extinció del contracte i es deu principalment a l'activitat desenvolupada per l'agent durant la seva vigència; i
- b) si l'empresari o agent van rebre l'encàrrec abans de l'expiració del contracte, sempre que l'agent hagi tingut dret a percebre la comissió si l'acte o operació s'haguessin conclòs durant la vigència del contracte.

Qui resulti nou agent en aquesta zona no tindrà dret d'aquesta comissió, que correspon "a l'agent antic". Així ho estableix l'apartat II de l'article 13 LAG, si bé matisant que serà així "tret que, en consideració de les circumstàncies concurrents, fos equitatiu distribuir la comissió entre tots dos agents".

Perquè l'agent que promociona sàpiga si el contracte realment s'arriba a subscriure i ha nascut el seu dret a la retribució, la Llei imposa a l'empresari l'obligació de comunicar-li el resultat final de la negociació en un termini no superior a quinze dies (art. 10.III LAG).

En tot cas, el dret de la comissió només es consolida si el tercer amb el qual es va subscriure el contracte compleix les seves obligacions. Així es mostra d'una combinació dels articles 14 i 17 LAG. Segons el primer, la comissió es merita quan l'empresari ha executat o ha hagut d'executar el negoci subscrit, o aquest ha estat executat totalment o parcialment pel tercer. Però l'article 17 LAG matisa que es perd el dret de la comissió si l'empresari prova que l'acte o operació subscrit amb el tercer no s'ha executat per circumstàncies no imputables a l'empresari. Per tant, el dret de la comissió només es té de manera definitiva quan s'ha complert el negoci o, en cas d'incompliment, si aquest es deu a circumstàncies imputables a l'empresari.

Per a abonar la comissió, el termini màxim, que es pot escurçar per pacte, no va més enllà de l'últim dia del mes següent al trimestre natural en què s'ha meritat (art. 16 LAG). Per a garantir a l'agent la correcció de les quanties pagades, la Llei estableix que l'empresari li haurà de lliurar una relació de les comissions meritades, amb els elements essencials "d'acord amb [sic] els quals hagi estat calculat l'import de les comissions". Al seu torn, l'agent podrà exigir l'exhibició de la comptabilitat i d'altres documents de l'empresari que calguin per a verificar les comissions que li corresponguin. La Llei no estableix expressament un

termini de prescripció de l'acció per a reclamar aquesta retribució, i la remissió de l'article 4 LAG al CCo tampoc no resol res, ja que no hi ha una disposició explícita sobre el tema. La doctrina es troba dividida entre els que proposen l'aplicació del termini de tres anys *ex* article 1967.I CC, els que defensen el de cinc anys de l'article 1966.3 CC, i els que propugnen l'aplicació del general de quinze anys *ex* article 1964 CC. S'ha de tenir en compte que l'actual redacció de l'art. 1964.2 CC estableix, per a les accions personals que no tinguin un termini especial, un termini de prescripció de cinc anys des que es pugui exigir el compliment de l'obligació i que, en les obligacions continuades de fer o no fer, el termini començarà cada vegada que aquestes s'incompleixin.

Finalment, la Llei estableix expressament que l'agent no té dret del reembors de les despeses que li hagi originat l'exercici de la seva activitat professional, llevat de pacte contrari (art. 18 LAG). Aquesta regla difereix de la mateixa del contracte de comissió (art. 278 CCo), la qual cosa se sol justificar basant-se en el fet que l'agent és un empresari dependent que ha de suportar les despeses de la seva activitat pròpia, que, d'altra banda, es tenen en compte a l'hora de fixar la remuneració amb el principal. Per aquesta mateixa raó, quan l'extinció del contracte implica que l'agent no ha pogut amortitzar les inversions fetes per a dur a terme l'encàrrec conferit, s'estableix una indemnització per danys (art. 29 LAG).

#### **1.5.4. Extinció del contracte d'agència**

##### **1) Causes d'extinció del contracte d'agència**

La LAG estableix en els articles 23 a 27 les causes d'extinció del contracte, i es distingeixen clarament els supòsits d'extinció "normal" i d'extinció "patològica". L'extinció "normal" provindrà del compliment del termini pactat en contracte, del desistiment mutu o de la denúncia del negoci si no es va pactar un temps determinat de durada.

La STS 27 març 2008 estableix que:

"Tal com va demanar en el seu moment la que recorre avui la resolució del contracte per incompliment de la part contrària, i al·legant per part d'aquesta última l'extinció del contracte per decisió unilateral d'aquella, no és incongruent declarar resolt el contracte esmentat per acord mutu de les parts quan això últim, com és el cas, respon a una integració del tribunal dels fets al·legats per cada part amb els fets resultants de la prova practicada."

Quant a l'establiment d'una durada determinada, no és el més usual ni, tampoc, el més lògic, però resulta totalment vàlid (art. 24 LAG). En tot cas, la Llei considera que, si un cop transcorregut el termini es continua executant el contracte d'agència, es considera transformat en contracte per temps indefinit. El problema principal que es planteja en aquest punt és el relatiu als contractes amb durada determinada i amb possibilitat pactada de pròrrogues successives de durada curta. En tals casos hi ha el dubte de si en realitat ens trobem davant d'un contracte amb durada definida o indefinit, i això és fonamental per a saber si li resultarien o no aplicables les indemnitzacions previstes en els articles 28 a 30 LAG. Segons la nostra opinió el supòsit seria assimilable als contractes de durada indefinida, ja que estructuralment no es coneix ni tan sols de mane-

ra aproximada quant podrà durar, sinó que es pot extingir cada cert termini, i perquè en un altre cas es permetria un fàcil frau de llei per a evitar en perjudici de l'agent l'aplicació del règim d'indemnitzacions en cas de denúncia.

Pel que fa a la denúncia del contracte pactat per temps indefinit, es tracta del reconeixement legal de la possibilitat de denúncia als contractes duradors pactats sense durada determinada, a fi d'evitar la idea que això pugui implicar una vinculació perpètua. La Llei d'agència estableix que s'ha de preavisar per escrit, amb un termini mínim per a tal preavís fixat en l'article 25 (en general, un mes per cada any de vigència, amb un màxim de sis mesos; i si el contracte va durar menys d'un any, el termini serà d'un mes; els terminis es poden allargar, però el de l'agent mai no pot ser inferior que el del principal). La Llei no estableix quina és la conseqüència de la inexistència de preavís; això és, que qui "denuncia" manifesti la seva intenció que l'extinció operi amb efectes immediats. Per a un sector doctrinal, que al seu torn expressa el criteri majoritari en la jurisprudència, el contracte acabarà tot seguit, i s'ha d'indemnitzar per no observar el preavís.

L'extinció "anormal" o "patològica" procedeix en tres casos, si bé no segueixen tots el mateix règim. Hi ha, així, dos supòsits en els quals qualsevol de les parts té un dret de resolució, que exercitarà o no segons cregui convenient: a) quan l'altra part ha incomplert, de manera total o parcial, les obligacions establertes legalment o contractualment; i b) quan l'altra part ha estat declarada en concurs (art. 26 LAG). També hi ha un dret de resolució a favor dels successors en l'empresa del principal que mori, que podran extingir el contracte "amb el preavís que escaigui" (art. 27 *in fine* LAG). Finalment, la mort o declaració de mort de l'agent extingeixen automàticament el contracte (art. 27 LAG).

La doctrina sol admetre que la "llista" de causes de l'article 26 LAG és exemplificativa, de manera que també serien aplicables les causes generals d'extinció pròpies de la teoria general del contracte.

## 2) Dret de l'agent a una indemnització

La primera indemnització que tracta la Llei és l'anomenada "indemnització per clientela". Com a regla general, aquesta pot ser procedent en qualsevol supòsit d'extinció, sigui per temps determinat o indefinit, llevat de tres casos recollits en l'article 30 LAG:

- a) resolució per part de l'empresari a causa d'incompliment de les obligacions legal o establertes contractualment a càrrec de l'agent;
- b) denúncia del contracte pactat per temps indefinit feta per l'agent, llevat que aquesta tingui lloc per circumstàncies imputables a l'empresari, o es fundi en l'edat, invalidesa o malaltia de l'agent, i no se li pugui exigir raonablement la continuïtat de les seves activitats; i



c) cessió per part de l'agent a un tercer, amb consentiment de l'empresari, dels drets i obligacions dels quals era titular en virtut del contracte d'agència.

Respecte de la improcedència d'indemnització, si la denúncia prové de l'agent, la STS 10 novembre 2008 assenyala que:

"Es tracta d'una regla especial que cedeix davant de la general de l'article 28 LCA només per al supòsit que sigui l'agent que decideixi no continuar amb el contracte, norma lògica perquè l'agent no cedeix la clientela a l'empresari, sinó que, en ser seva, la manté per a les successives empreses en les quals sigui el titular del negoci.

Els requisits perquè, en aquests casos, sigui procedent la indemnització, els estableix l'article 28.I: "L'agent que hagi aportat nous clients a l'empresari o hagi incrementat sensiblement les operacions amb la clientela preexistent, tindrà dret a una indemnització si la seva activitat anterior pot continuar produint avantatges substancials a l'empresari i resulta equitativament procedent per l'existència de pactes de limitació de competència, per les comissions que perdi o per les altres circumstàncies que es presentin". Com s'aprecia, s'enuncien diversos conceptes jurídics indeterminats que influiran tant en l'apreciació de si és procedent la indemnització com en la determinació de la quantia d'aquesta. Cal destacar que no es tracta de circumstàncies que les hagin de presentar totes necessàriament; això és, la indemnització pot procedir encara que, per exemple, no hi hagi pactes de limitació de la competència a l'extinció del contracte, si altres circumstàncies concurrents, en canvi, ho fan "equitativament procedent" (STS 1 abril 2000, 27 gener 2003 o 7 abril 2003).

Queda clar que la indemnització no hi escau automàticament pel simple fet de l'extinció i amb independència d'altres consideracions (STS 28 maig 2007, entre moltes d'altres). En aquest sentit, davant de certa jurisprudència que tendeix a considerar que una durada llarga del contracte haurà representat un increment de clientela (STS 27 maig 1993 i 15 novembre 1997), sembla més encertada la que exigeix l'acreditació d'aquest extrem. En canvi, respecte del requisit de susceptibilitat de producció d'avantatges substancials, sí que sembla encertat pressuposar que es produeix pel fet d'una durada adequada del contracte (STS 27 maig 1993), ja que es tracta d'un factor imprecís i inobjectivable la concurrència del qual pot resultar de prova impossible per a l'agent, mentre que l'empresari sí que podrà provar, en el seu cas, que no hi ha aquesta possibilitat.

L'apartat 3 de l'article 28 imposa un límit quantitatiu màxim a aquesta indemnització: no podrà excedir de l'import mitjà anual de les remuneracions percebudes per l'agent durant els últims cinc anys (o durant tot el període de durada del contracte, si fos inferior).

La segona indemnització que estableix la Llei és la de danys i perjudicis, i només hi escau en els casos de denúncia unilateral del contracte pactat per temps indefinit feta per l'empresari. En aquest presumpte, s'hauran d'indemnitzar "els danys i perjudicis que, en el seu cas, l'extinció anticipada hagi causat a l'agent, sempre que aquesta no permeti l'amortització de les despeses que l'agent, instruït per l'empresari, hagi fet per a l'execució del contracte" (art. 29 LAG).

L'existència d'aquesta indemnització per danys i perjudicis no exclou la possibilitat de reclamar altres danys i perjudicis que hi corresponguin per fets diferents basats en altres preceptes aplicables (resolució per incompliment, denúncia sense preavís, etc.). L'acció per a reclamar qualsevol d'aquestes indemnitzacions prescriu a l'any, a comptar des de l'extinció del contracte (art. 31 LAG).

Pel que fa al dret de la competència, la normativa comunitària sobre exempció per categories per als acords de distribució vertical no és aplicable a la comercialització mitjançant agents. En aquests casos tal agent és un mediador contractat pel principal, de manera que aquest pot imposar-li instruccions molt concretes sobre aspectes diversos (per exemple, aprovisionament només amb els proveïdors designats per aquell, o preu per posar al producte) que no resultarien admissibles en la concessió o franquícia. Aquest és el criteri seguit tant pel Tribunal de Justícia de les Comunitats Europees (STCE 16 desembre 1975 i 1 octubre 1987) com pel nostre Tribunal de Defensa de la Competència (RSTDC 25 juny 1990, RGD 558, 1991, 1503 s., i 25 juny 1990, Rep. TDC núm. 387).

## **2. Contractes de distribució**

### **2.1. La finalitat distributiva**

La finalitat distributiva és la que dota els contractes de distribució de caràcters propis, entre els quals destaca l'establiment de vincles de col·laboració de caràcter especial entre productor i distribuïdor. Això és a causa de l'interès que hi ha en el primer pel control i seguiment de l'activitat de col·locació en el mercat dels productes o serveis que desenvolupa el distribuïdor, amb vista a assegurar la creació, foment i manteniment de la clientela final. Aquest mateix interès és el que condueix a la integració del distribuïdor en la xarxa del productor, integració amb grau variable en consideració de la intensitat dels vincles de col·laboració que es creen. Aquests són lleugers en la distribució autoritzada, estrets en la concessió i reforçats en la franquícia. El pressupòsit de la funció distributiva és l'adquisició per part del distribuïdor de la titularitat dels béns o del dret de prestar els serveis que posteriorment col·loca entre els consumidors o usuaris, atès que són els béns i serveis els que constitueixen l'objecte dels contractes de distribució. I l'adquisició d'aquesta titularitat pressuposa, com s'ha assenyalat a l'inici del mòdul, l'actuació per compte propi del distribuïdor.

### **2.2. El contracte de concessió o distribució exclusiva**

El contracte de concessió es pot definir com aquell pel qual una de les parts –cessionari– posa el seu establiment al servei de l'altra –concedent– i s'obliga, per temps determinat o indefinit, a adquirir d'aquesta última productes, normalment de marca, per a revendre'ls, en règim d'exclusiva, en una zona geogràfica determinada, i a prestar assistència tècnica, en el seu cas, als clients tant abans com després de la venda, suportant el risc i ventura dels contractes de venda que hi subscriu i garantint-los el sanejament per vicis o defectes ocults dels productes que vengui.

#### **2.2.1. Concepte i caràcters**

Sobre la base de l'interès mutu de les parts de beneficiar-se de la imatge positiva dels productes objecte del contracte, el concedent els col·loca en el mercat per mitjà del concessionari i aquest últim, que en general s'obliga a adquirir una quota mínima de tals productes, busca lucrar-se amb la revenda, que és la via de col·locació entre els consumidors. La inserció en el contracte de concessió del pacte d'exclusiva implica per al concedent un control més eficaç de l'activitat posterior de col·locació que desenvoluparà el concessionari, la qual cosa es tradueix en una millora de la distribució dels seus productes. Aquest

últim, a més d'integrar-se en la xarxa comercial d'aquell, passa a gaudir d'una exclusivitat que li assegura, al territori assignat, la revenda dels productes lliure de la competència del concedent i de la d'altres possibles concessionaris.

El contracte de concessió és un contracte mercantil, consensual i legalment atípic, si bé socialment típic –es troba consagrat en el tràfic negocial, i tant la doctrina com la jurisprudència l'han definit i n'han assenyalat els elements caracteritzadors. El règim jurídic aplicable serà el que resulti del que pactin les parts a l'empara del principi de llibertat contractual, amb els límits de l'article 1255 CC i el respecte a la bona fe contractual consagrada en els articles 1258 CC i 1257 CCo.

Igual com el contracte de franquícia, el contracte de concessió comença a perfilar-se legalment en la seu comunitària del dret de la competència. Constatats per les institucions comunitàries, d'una banda, els possibles efectes restrictius de la competència que podien generar determinats contractes i, d'altra banda, el resultat que produïa la subscripció d'aquests en la pràctica –una millora de la distribució–, la Comissió va dictar tres reglaments d'exempció per categories: els Reglaments 1983/1983 i 1984/1983 per a la distribució exclusiva i la compra exclusiva, respectivament (aquest últim contracte només difereix de la compravenda en la inserció de la clàusula d'exclusiva), i el Reglament 123/1985 per als acords de distribució i de servei de venda i de postvenda de vehicles automòbils, substituït pel Reglament 1475/1995 –únic Reglament que va quedar vigent després de la derogació duta a terme pel Reglament 2790/1999 de la Comissió, de 22 de desembre de 1999, relatiu a l'atorgament d'exempció a determinades categories d'acords verticals i pràctiques concertades, que ha estat substituït pel Reglament 1400/2002 de la Comissió, de 31 de juliol de 2002. El Reglament 1400/2002 –que considera els vehicles de motor béns mobles costosos i tècnicament complexos que requereixen reparació i manteniment a intervals regulars i irregulars, i també que no és imprescindible que els distribuïdors de vehicles de motor nous facin les reparacions i el manteniment (cons. 21)– entén que els acords verticals corresponents a les categories que s'hi defineixen poden millorar l'eficiència econòmica d'una cadena de producció o de distribució en permetre més coordinació entre les empreses participants i que, en concret, poden produir una reducció dels costos de transacció i distribució de les parts i optimitzar les seves vendes i nivells d'inversió (cons. 5).

La millora de la distribució beneficia directament els consumidors, que, d'aquesta manera, poden obtenir més ràpidament i fàcilment els productes fabricats pels diferents empresaris.

### 2.2.2. Règim jurídic

Les obligacions de les parts resulten del contingut contractual, que varia en funció de l'acord concret de què es tracti, si bé, amb caràcter general, se solen preveure, entre altres:

1) **L'obligació del concessionari** de posar el seu establiment al servei del concedent i d'efectuar la promoció i comercialització dels productes d'aquest en qualitat d'empresari independent; el concedent podrà assenyalar actuacions específiques que haurà de desenvolupar el concessionari –campanyes publicitàries, assistència a fires i exposicions– i el volum de vendes que haurà d'aconseguir. El concessionari haurà d'actuar amb la diligència d'un comerciant ordenat per a atreure i mantenir la clientela. Per a això, disposarà d'un estoc de productes i de peces de recanvi adequat i estarà en condicions d'oferir la mateixa assistència tècnica de venda i postvenda, comptant amb

la col·laboració de personal qualificat. En el seu cas, es podran estipular clàusules relatives a l'obligació d'actuació amb lleialtat i bona fe recíproques i de protecció dels interessos de totes dues parts.

2) **Un règim de control del concedent**, com a contrapartida del gaudi de la bona fama dels productes del concedent, associada a la marca i amb la finalitat que aquesta es mantingui i, en el seu cas, es millori i que el concedent mantingui l'homogeneïtat de la distribució. Això obliga el concessionari a suportar un control de la seva activitat que pot ser de caràcter econòmic i comptable, pot estar referit al condicionament i presentació de l'establiment i dels productes, podent el concedent inspeccionar els locals de venda i assistència tècnica, etc.

3) **El pacte d'exclusivitat en la revenda a favor del concessionari**. Caracteritzadora del contracte de concessió, l'exclusivitat ha de ser limitada a un espai territorial i temporal i s'ha de referir als productes assenyalats específicament en el contracte. En virtut d'aquest pacte, el concedent protegeix territorialment l'activitat del concessionari. La protecció pot ser simple, quan el concedent s'obliga a no designar cap altre distribuïdor a la zona assignada al concessionari; reforçada, quan a més s'obliga a no efectuar vendes directes dels productes i a impedir, en general per mitjà de clàusules inserides en els contractes respectius, que altres distribuïdors facin una política activa de vendes a la zona assignada; i absoluta –prohibida pel dret *antitrust*–, per virtut de la qual el concedent s'obliga a més a impedir que els distribuïdors facin vendes passives al territori del concessionari (atendre comandes provinents d'aquesta zona).

4) **El pacte d'aprovisionament exclusiu**. Ja que l'exclusiva de revenda no impedeix al concessionari comprar els productes contractuals a tercers diferents del concedent ni vendre mercaderies d'altres empresaris que hi estiguin en relació de competència, en el contracte es pot estipular l'exclusiva d'aprovisionament, per virtut de la qual el concessionari s'obliga en el contracte a adquirir els productes objecte del contracte al concedent, a un tercer designat per ell o a altres concessionaris.

5) **L'atribució al concedent de facultats en la determinació dels preus de revenda**. Que pot consistir en la fixació exacta de preus o de preus mínims –prohibits pel dret *antitrust*–, fixació de preus màxims, o suggeriment de preus.

6) **Restriccions de competència postcontractuals** que prohibeixen al concessionari desenvolupar qualsevol activitat de producció, comercialització, distribució i agència relacionada amb productes competidors dels contractuals, una vegada finalitzat el contracte de concessió.

7) A diferència del que ocorre en la franquícia, en la concessió no **es concedeixen llicències sobre béns immaterials**, per tal com la concessió té per objecte únicament productes i que, a més, estan fabricats o distribuïts pel concedent mateix. En alguna ocasió s'efectua la transmissió de drets sobre la marca com

a acord col·lateral del contracte de concessió, amb la finalitat d'assegurar una protecció territorial absoluta al concessionari, la qual cosa resulta inadmissible des del punt de vista del dret de la competència (STJCE "Grundig/Consten", Rec. 1966, 299 seg.; i "Llavors de Blat de Moro", Rec. 1978, 1391 seg.).

En les clàusules del contracte de concessió, s'acostuma a determinar la durada, amb previsió de pròrroga o renovació, en el seu cas. Es pot pactar per temps determinat o indefinit. Igualment és freqüent la inserció de clàusules de resolució del contracte, al marge de la durada d'aquest, determinant les causes que permeten, normalment al concedent, denunciar el contracte sense necessitat de preavís al concessionari.

### **2.3. El contracte de franquícia**

#### **2.3.1. Origen i naturalesa de la franquícia**

El contracte de franquícia sorgeix en la pràctica nord-americana del final del segle XIX i el principi del XX com a sistema de distribució capaç de respectar la prohibició *antitrust* vigent als Estats Units que impedia als fabricants de vehicles vendre'ls directament als consumidors finals –General Motors, el 1898, va ser el primer fabricant que va utilitzar aquest contracte. Estesa després a altres sectors econòmics dels Estats Units, com el del petroli i el de les begudes no alcohòliques, la franquícia es va introduir a Europa en els anys seixanta.

La doctrina inicialment va considerar la franquícia com un tipus de concessió, a causa que el seu estudi es va centrar en la franquícia de distribució, que era la modalitat més estesa en els seus orígens. Tanmateix, a diferència del que ocorre amb aquesta, el concessionari no adquireix el dret de desenvolupar el model d'empresa del concedent i sí únicament la facultat d'oferir als consumidors els productes d'aquest i, en el seu cas, la de fer constar, mitjançant la utilització dels seus signes distintius, la relació comercial que té amb ell.

Paradigma de sistema de distribució integrada, la franquícia permet al franquiciador expandir el seu negoci sense arriscar el capital necessari per a escometre de manera directa aquesta expansió per mitjà de sucursals o filials, i sotmet el franquiciat, en el desenvolupament posterior de la seva activitat, al compliment de les directrius imposades en les clàusules del contracte. El franquiciat, en compensació del pagament del preu, que, en general, consisteix en una quantitat fixa per dret d'entrada i en una suma variable al llarg de l'execució del contracte –regalia o *royalty*, percentatge sobre venda de productes o la prestació de serveis–, es converteix en empresari amb un avantatge afegit: el benefici de l'èxit consolidat empresarial del franquiciador, que el prevé en bona mesura dels riscos inherents a tot inici d'una activitat empresarial.

Com a resultat de la conclusió de contractes de franquícia s'instrumenten xarxes de distribució en les quals els consumidors identifiquen els béns fabricats o distribuïts, o els serveis prestats pel franquiciat, amb aquells fabricats, distribuïts o prestats pel franquiciador –com si es tractés d'un únic empresari. Això és fruit de l'homogeneïtzació de l'empresa i l'establiment del franquiciat amb l'empresa i l'establiment del franquiciador, com a objectiu perseguit per la franquícia. No obstant això, la xarxa de distribució s'articula sobre la base de contractes en els quals els franquiciats actuen com a empresaris jurídicament independents entre si i jurídicament independents respecte al franquiciador.

En dret espanyol, el terme "contracte de franquícia" és fruit de la traducció de *franchise agreement* i *contrat de franchise*, recollida en la versió espanyola del Reglament CEE 4087/1988 de la Comissió, de 30 de novembre, relatiu a l'aplicació de l'apartat 3 de l'article 85 del Tractat a determinades categories d'acords de franquícia, i al Reial decret 1750/1987, de 18 de desembre, pel qual es liberalitza la transferència de tecnologia i la prestació d'assistència tècnica estrangera a empreses espanyoles –la primera norma que va contenir en el nostre ordenament una regulació substancial d'aquest contracte. El Reial decret 1750/1987 va ser derogat pel Reial decret 1816/1991, de 20 de desembre, sobre transaccions econòmiques amb l'exterior (disp. final 2a.), que omet tota referència al contracte de franquícia.

### 2.3.2. Concepte i classes de franquícia

La franquícia es pot definir com un contracte autònom per mitjà del qual el franquiciador transmet al franquiciat el dret de desenvolupar un model d'empresa. El que es transmet és un dret, no l'empresa per si mateixa, que –com a activitat econòmica de mediació en el mercat– no és susceptible de tràfic jurídic. I per això la transmissió d'aquest dret s'ha de fer sobre la base de la transmissió d'aquells elements que, integrats dins de l'establiment mercantil –com a conjunt d'elements disposats per l'empresari per al desenvolupament adequat de l'empresa–, a més de ser jurídicament transmissibles, permeten que cada franquiciat concret desenvolupi la seva activitat de manera semblant al franquiciador mateix. Per a això, s'hauran de transmetre necessàriament, a títol de llicència, aquells drets d'exclusiva –patents, marques, saber fer o drets assimilats– que, integrats en l'establiment del franquiciador, caracteritzen el seu model d'empresa concret.

#### Saber fer

El saber fer (també anomenat *know-how* o "secret industrial") és un conjunt d'informació pràctica no patentada (perquè no implica creació verdadera, o perquè es vol mantenir secreta), una eina per a la producció del bé o servei. Moltes vegades són regles fixades per l'experiència de l'empresa, que es mantenen en secret (per exemple, com cal col·locar els béns a les prestatgeries perquè el client s'hi fixi més, els "trucs" per aconseguir un sabor especial en els menjars, etc.).

#### Concepte d'empresa

El concepte jurídic i l'econòmic d'empresa són diferents. L'econòmic comprèn la suma dels factors de la producció. Aquest concepte engloba tant l'activitat de l'empresari –concepte jurídic d'empresa– com els mitjans humans i materials que fa servir l'empresari.

El Tribunal Suprem, en Sentència de 21 d'octubre de 2005 assenyala que "la transmissió del saber fer del franquiciador al franquiciat és un requisit bàsic del contracte segons la legislació comunitària i la doctrina jurisprudencial" (i considera deslleial l'aprofitament del saber fer del franquiciador per part del franquiciat, de manera que ha d'indemnitzar per això els danys i perjudicis, que els Tribunals han de definir de manera suficient i adequada).

Els models bàsics per mitjà dels quals s'instrumenta el contracte de franquícia són tres:

- 1) **Franquícia industrial o de producció**, en la qual el franquiciat adquireix el dret de fabricar els mateixos productes que fabrica el franquiciador;
- 2) **Franquícia comercial o de distribució**, en la qual el franquiciat adquireix el dret de vendre determinats productes, ja es tracti de productes fabricats pel franquiciador o per tercers vinculats jurídicament o econòmicament amb ell –franquiciador productor–, ja es tracti de productes fabricats per tercers independents –franquiciador seleccionador dels productes; i
- 3) **Franquícia empresarial o de serveis**, en la qual el franquiciat adquireix el dret de prestar els mateixos serveis que presta el franquiciador.

D'altra banda, hi ha dos sistemes típics d'introducció de la franquícia en un mercat que, en general, sol ser diferent del mercat del franquiciador:

- 1) Sistema pel qual el franquiciador subscriu un contracte de **franquícia principal o mestra** definida en l'article 2.2 del del Reial decret 201/2010, de 26 de febrer, pel qual es regula l'exercici de l'activitat comercial en règim de franquícia i la comunicació de dades al registre de franquiciadors, com a acord "pel qual una empresa, el franquiciador, atorga a l'altra, el franquiciat principal, en contraprestació d'una compensació financera directa, indirecta o totes dues, el dret d'explotar una franquícia amb la finalitat de concloure acords de franquícia amb tercers, els franquiciats, segons el sistema definit pel franquiciador, de manera que el franquiciat principal assumeix el paper de franquiciador en un mercat determinat". En aquesta modalitat de franquícia, el franquiciat principal o *master franchisee* –nacional de l'estat d'introducció quan el franquiciador és estranger– es relaciona directament amb els franquiciats, atès que conclou amb ells els diferents contractes de subfranquícia i, d'aquesta manera, els franquiciats queden vinculats amb el franquiciador de manera indirecta i per mitjà del principal. En la pràctica, el franquiciat principal sol ser una societat de la qual el franquiciador (normalment estranger) és soci –minoritari, majoritari i de vegades soci únic–, sense que aquest fet enteli la independència jurídica del franquiciat principal respecte del franquiciador. En l'acord entre franquiciador i franquiciat principal, a les clàusules normals del contracte de



franquícia s'afegeixen altres estipulacions que habitualment consisteixen, per una part, a autoritzar el principal a subscriure els contractes de subfranquícia amb els franquiciats nacionals que ell mateix seleccioni, i a comunicar el saber fer del franquiciador als subfranquiciats, permetent-los així mateix l'ús dels signes distintius del franquiciador. D'una altra part, s'afegeixen altres estipulacions en les quals el franquiciat principal assumeix, davant els subfranquiciats, obligacions pròpies del franquiciador, quant a la formació, assistència tècnica o comercial i a l'experimentació del desenvolupament al territori nacional del model d'empresa objecte de franquícia. La naturalesa d'aquestes altres clàusules entronca tant amb el contracte de comissió, cas en què recaurien sobre el franquiciador les conseqüències de l'actuació del franquiciat principal, com amb la subcontractació, tipus contractual elegit en la pràctica pels franquiciadors atesa l'escassa responsabilitat a què es veuen subjectes i que com a màxim els sotmet a la *culpa in eligendo*.

2) Sistema pel qual el franquiciador subscriu tants contractes de **franquícia directa** com el nombre de franquiciats de l'estat d'introducció que hagi seleccionat, de manera que queda directament vinculat amb cada un d'ells. Aquesta modalitat de franquícia acostuma a ser emprada mentre la xarxa de distribució no se satura de l'oferta i la demanda, però també s'empra en els supòsits en els quals el nombre de franquiciats ha de ser reduït –franquícies de distribució d'articles d'alta qualitat o renom– i en aquells altres en els quals el volum de negocis hagi de ser elevat –franquícies industrials.

### 2.3.3. Règim jurídic

La franquícia es va regular per primera vegada en el nostre dret per l'article 62 ("De l'activitat comercial en règim de franquícia") de la Llei 7/1996, de 15 de gener, d'ordenació del comerç minorista. Aquest article, modificat per la Llei 1/2010, d'1 de març, i pel Decret llei 20/2018, de 7 de desembre, de mesures urgents per a l'impuls de la competitivitat econòmica en el sector de la indústria i el comerç a Espanya, defineix l'activitat comercial en règim de franquícia com la que es porta a terme en virtut d'un acord o contracte pel qual una empresa, denominada franquiciadora, cedeix a una altra, denominada franquiciada, el dret a l'explotació d'un sistema propi de comercialització de productes o serveis. Aquesta definició, pensada en la relació entre el franquiciat i el consumidor –no entre el franquiciat i el franquiciador– redueix la franquícia a les modalitats de distribució i de serveis, deixant fora la franquícia industrial.

A més, inclou una norma protectora del futur franquiciat, que obliga el franquiciador, amb una antelació mínima de vint dies a la signatura de qualsevol contracte o precontracte de franquícia o lliurament per part del futur franquiciat al franquiciador de qualsevol pagament, a lliurar-li per escrit la informació necessària perquè pugui decidir lliurement i amb coneixement de causa la seva incorporació a la xarxa de franquícia i, especialment, les dades principals d'identificació del franquiciador, la descripció del sector d'activitat del negoci objecte de la franquícia, el contingut i característiques de la franquícia i de la

seva explotació, estructura i extensió de la xarxa, i els elements essencials de l'acord de la franquícia. Reglamentàriament, s'establiran les altres condicions bàsiques per a l'activitat de cessió de franquícies.

El desenvolupament d'aquest article ho fa l'RD 201/2010, l'article 2 del qual conté una definició més detallada del contracte de franquícia, entès com aquell pel qual una empresa, el franquiciador, cedeix a una altra, el franquiciat, en un mercat determinat i a canvi d'una contraprestació financera directa, indirecta o ambdues, el dret a l'explotació d'una franquícia, sobre un negoci o activitat mercantil que el primer hagi estat desenvolupant anteriorment amb suficient experiència i èxit, per a comercialitzar determinats tipus de productes o serveis i que comprèn, almenys:

1) L'ús d'una denominació o rètol comú o altres drets de propietat intel·lectual o industrial, i una presentació uniforme dels locals o mitjans de transport objecte del contracte.

2) La comunicació pel franquiciador al franquiciat d'uns coneixements tècnics o un saber fer, que haurà de ser propi, substancial i singular. Aquests coneixements constitueixen l'anomenat *know-how*.

3) La prestació continua pel franquiciador al franquiciat d'una assistència comercial, tècnica o ambdues durant la vigència de l'acord. Tot això sense perjudici de les facultats de supervisió que es puguin establir contractualment.

A més, recull un conjunt de criteris per a distingir la franquícia d'altres contractes. Així, no tindrà necessàriament la consideració de franquícia el contracte de concessió mercantil o de distribució en exclusiva, pel qual un empresari es compromet a adquirir, en determinades condicions, productes normalment de marca, a un altre que li atorga una certa exclusivitat en una zona, i també a revendre'ls en unes certes condicions, a més de prestar assistència als compradors d'aquests productes una vegada realitzada la venda. I tampoc no tindran la consideració de franquícia cap de les relacions jurídiques següents:

- La concessió d'una llicència de fabricació.
- La cessió d'una marca registrada per a utilitzar-la en una determinada zona.
- La transferència de tecnologia.
- La cessió de la utilització d'una ensenya o rètol comercial.

L'RD 201/2010 també especifica la informació precontractual que el franquiciador ha de lliurar al potencial franquiciat. Aquesta haurà de ser escrita, veraç i no enganyosa, i detallar les condicions del contracte i contenir detalls de l'estructura i extensió de la xarxa de franquícies del franquiciador a Espanya

(art. 3). Conseqüentment, es permet que el franquiciador exigeixi al potencial franquiciat un acord de confidencialitat de tota la informació precontractual que rebí o rebrà del franquiciador (art. 4).

La resta de l'articulat de l'RD 201/2010 està dedicat al Registre de franquiciadors i ho fa únicament als efectes d'informació i publicitat (art. 5.1), la qual cosa significa que la inscripció en aquest no és constitutiva. El Registre depèn orgànicament de la Direcció general de Política Comercial del Ministeri d'Indústria, Turisme i Comerç (art. 5.2). Les persones físiques o jurídiques que pretenguin desenvolupar a Espanya l'activitat de cessió d'una franquícia han de comunicar les seves dades, en el termini de tres mesos des de l'inici de l'activitat, al registre de la comunitat autònoma on prevegin iniciar les seves activitats o, quan la comunitat autònoma no estableixi la necessitat de comunicació de les dades a la mateixa, al Registre de franquiciadors del Ministeri d'Indústria, Turisme i Comerç (art. 3.1).

Com s'observa, no hi ha una regulació material completa del contracte de franquícia en el dret espanyol, i per això s'ha d'entendre que es tracta d'un contracte atípic. Aquesta és la tesi sostinguda pel Tribunal Suprem en les STS 29 setembre 1996 (en la qual declara que, "com a manifestant d'una situació contractual que no té reflex en dret positiu, s'ha d'estimar com enclavat dins de l'àrea dels contractes denominats atípics") i 30 abril 1998 (totes dues citades en la STS 21 octubre 2005). La STS 29 setembre 1996 estableix, a més, que "com tot contracte atípic, en aquest cas mercantil", s'ha de regir per la voluntat de les parts plasmada en les clàusules del contracte, considerant que, en estar basades en relacions de bona fe i mútua confiança, han de produir els seus efectes; i que, per al cas que hi hagi llacunes a l'hora d'interpretar-ne el contingut, "caldrà recórrer a figures de contractes típics afins a la relació consensual atípica esmentada".

Per això, la normativa aplicable al contracte de franquícia està subordinada en gran mesura als diferents actes de transmissió d'aquells elements necessaris perquè el franquiciat pugui desenvolupar el model d'empresa del franquiciador. La transmissió esmentada constitueix l'obligació principal que assumeix aquest en la franquícia. Per això haurà d'estar d'acord amb la llei de circulació de cada un dels elements esmentats; i així: la transmissió de les mercaderies en la franquícia de distribució –roba, cosmètics, llibres, discos, etc.– s'haurà de subjectar, en el que no estigui previst en les clàusules del contracte –que haurà de ser al més explícit possible en aquest punt–, a la normativa sobre compravenda mercantil continguda en els articles 325 s. CCo. L'adquisició del mobiliari i de la maquinària es pot fer en qualitat de compra, d'arrendament i fins i tot de comodatiu, i pot provenir del franquiciador mateix o d'un tercer, i són d'aplicació, si no hi ha previsió en el contracte, les normes específiques del títol transmissor de què es tracti. En el cas dels immobles, el més habitual quan es tracta de grans xarxes de franquícia és que el franquiciador sigui propietari i el cedeixi en arrendament al franquiciat. Si el propietari no és el franquiciador (queda fora del contracte d'arrendament, STS 30 abril 1998), aquest establirà

#### **Codi deontològic europeu de la franquícia**

La Federació Europea de la Franquícia (EFF), integrada per les associacions de divuit països, entre aquestes, l'Associació Espanyola de Franquiciadors (AEF), ha elaborat el Codi deontològic europeu de la franquícia, actualitzat el setembre de 2017.

les normes sobre la ubicació en consideració d'estudis d'estratègia empresarial i les característiques que ha de reunir. Quan el franquiciador sigui propietari del local arrendat, l'arrendament se subjectarà al que es preveu en l'article 4.3 de la Llei 24/1994, de 24 de novembre, d'arrendaments urbans (LAU).

La transmissió dels diferents béns immaterials subjectes a dret d'exclusiva (patents, nom comercial, marques, rètol, saber fer) es farà en qualitat de llicència, i cal preveure en les clàusules del contracte la classe i les condicions d'ús.

A més, al costat de la transmissió de béns materials i immaterials, en tot contracte de franquícia es preveu, com s'ha assenyalat, la realització d'un conjunt de prestacions dirigides a possibilitar el desenvolupament per part del franquiciat del model d'empresa del franquiciador. L'assistència tècnica i comercial es configura com a prestació essencial que ha de fer el franquiciador (art. 2.I RD 2485/1998) i es desglossa en una sèrie de prestacions el contingut de les quals s'ha de detallar en el contracte en funció del tipus de franquícia. Aquesta obligació comprèn des de la informació dels mètodes de comercialització de les mercaderies o de prestació dels serveis, informació dels mètodes de màrqueting i marxandatge, instruccions sobre decoració i muntatge dels locals (informació que s'integra en el contingut del saber fer), sobre l'activitat de promoció dels productes i serveis i sobre l'ús adequat del saber fer, fins a la formació del personal. Si no hi ha previsió estatutària, a la prestació d'assistència tècnica i comercial es podran aplicar les normes sobre arrendament de serveis previstes en els articles 1542 a 1545 i 1583 s. CC.

En el contracte de franquícia se sol preveure la durada –normalment el terme varia entre 5 i 10 anys–, amb o sense possibilitat de pròrroga o renovació –en general s'estableix pròrroga automàtica en els contractes amb durada inferior de 10 anys, encara que pot no haver-n'hi, mentre que en els contractes la durada dels quals es fixa en 20 anys no se sol admetre la renovació–. També es pot pactar la franquícia per temps indefinit, cas en què es podrà preveure el dret de denúncia unilateral per a les parts –la pràctica totalitat dels contractes subscrits per temps indeterminat i els subscrits per temps determinat per al cas que no siguin renovats al venciment contenen clàusules de denúncia *ad nutum*.

#### **2.4. El contracte de distribució selectiva**

El contracte de distribució selectiva és aquell pel qual un fabricant s'obliga a vendre els seus productes únicament als venedors que, sobre la base de criteris tècnics o qualitius, han estat seleccionats per ell, i aquests s'obliguen a revendre'ls als seus establiments en règim de no-exclusiva, respectant les pautes marcades per aquell; a prestar, en el seu cas, assistència tècnica als consumidors; i a no vendre els productes contractuals a revenedors no autoritzats.

### 2.4.1. Concepte i caràcters

La distribució selectiva (que també s'anomena autoritzada o oficial) constitueix per al fabricant un sistema de selecció dels empresaris que, en qualitat de venedors autoritzats, distribuïran els seus productes entre els consumidors en les condicions tècniques i de qualitat buscades per ell. Aquest sistema s'empra per regla general per a la distribució de productes d'alta tecnologia, que requereix preparació tècnica del personal per a assessorar els clients en la venda (maneig) i prestar assistència tècnica postvenda (reparació i manteniment), la qual cosa adquireix importància especial en el sector informàtic –distribució de maquinari i programari– i per a la distribució de productes cosmètics de luxe identificats amb una marca de prestigi que requereix, a més d'una determinada ubicació i decoració de l'establiment de venda, preparació comercial del personal a fi de no menyscar el prestigi de la marca.

Els criteris de selecció els estableix per endavant el fabricant, i es poden incorporar a la xarxa aquells venedors que, perquè els compleixen, queden autoritzats per a vendre els seus productes. L'autorització fa que els distribuïdors siguin els únics que reben els productes directament del fabricant. A diferència del que ocorre en la concessió, la distribució selectiva no persegueix la selecció d'un nombre limitat de revedors per a assignar-los l'exclusiva de revenda sobre la base de criteris territorials o quantitius, sinó assegurar-se el fabricant determinades condicions tècniques i de qualitat en la revenda, amb la finalitat de mantenir la bona fama dels seus productes, donat que constitueix la millor garantia per a mantenir i incrementar les vendes.

També anomenat "contracte d'establiment autoritzat" o *agrégation*, el contracte de distribució selectiva es caracteritza per l'actuació dels revedors en règim de no-exclusiva.

L'obligació de no vendre als distribuïdors que no formen part de la xarxa assumida en un contracte de distribució selectiva constitueix una restricció de competència que ha estat objecte d'anàlisi per part de les institucions comunitàries. A Espanya, el Tribunal de Defensa de la Competència –òrgan que va desaparèixer amb la Llei 15/2007, de defensa de la competència–, ha recollit les pautes derivades de les resolucions del Tribunal de Justícia de les Comunitats Europees i entén que, perquè un sistema de distribució selectiva no impliqui una pràctica de l'article 1 LDC, ha de complir aquests tres principis quant a la selecció de revedors:

1) **Principi de necessitat.** Els criteris objectius aplicats han de ser de caràcter únicament qualitatiu i han de respondre a la naturalesa dels productes de què es tracti per a aconseguir una distribució adequada.

2) **Principi de proporcionalitat.** No es poden imposar exigències desproporcionades en relació amb l'objectiu perseguit, que no és cap altre que el d'aconseguir un comerç especialitzat eficient i que garanteixi la venda dels productes en condicions òptimes.

3) **Principi de no-discriminació.** Els criteris de selecció s'han d'aplicar sense discriminacions i de la mateixa manera per a tots els revedadors.

Quan un sistema de distribució selectiva obliga els revedadors, a més de complir els criteris de selecció basats en els principis assenyalats, a sotmetre's a un altre tipus de restriccions de la competència, queda sotmès a la prohibició de l'article 1 LDC, i és necessari analitzar cas per cas si tal sistema és mereixedor d'una excepció.

#### **2.4.2. Règim jurídic**

La distribució selectiva és un contracte legalment atípic, si bé socialment típic, i cal veure el que estipulen les parts per a determinar-ne el règim jurídic aplicable. No obstant això, en aquest contracte apareixen notes característiques de la compravenda i del subministrament, a la normativa del qual s'haurà d'acudir en aquells aspectes que no estiguin previstos específicament en el contracte.

La principal obligació que assumeix el fabricant és la de subministrar regularment al distribuïdor els seus productes i, en el seu cas, les reserves, recanvis i accessoris, i també la de facilitar-li el material publicitari per a la promoció i venda d'aquests. L'activitat publicitària sol ser per compte del fabricant, si bé es pot imposar com a obligació del distribuïdor, cas en què aquell podrà estipular clàusules de control sobre aquesta.

El distribuïdor, per la seva part, es compromet a adquirir els productes contractuals en les condicions estipulades i a satisfer-ne el preu, que pot ser de llista –determinat de manera directa pel fabricant– o de tarifa –descompte sobre el preu de venda al públic recomanat pel fabricant. Són freqüents, a més, les bonificacions aplicades al preu en funció del volum de vendes que assoleixi el distribuïdor. També és freqüent la inserció de clàusules per les quals el distribuïdor s'obliga a fer periòdicament campanyes promocionals o de descompte dels productes contractuals.

El contracte de distribució selectiva es pot estipular per temps determinat o indefinit, i aquesta última és la modalitat més estesa. Així mateix se solen preveure les causes que poden motivar la resolució del contracte, normalment a favor del fabricant, al marge de la durada convinguda, sense que en tal cas sigui necessària la denúncia prèvia.

## 2.5. Finalització dels contractes de distribució

La falta de regulació substantiva dels contractes de distribució planteja dificultats a l'hora d'abordar-ne l'extinció. Entre altres causes generals d'extinció de les obligacions, aquests contractes s'extingeixen pel desistiment mutu de les parts i per la mort o declaració de mort del distribuïdor. No obstant això, la principal polèmica doctrinal s'ha desencadenat a l'hora d'abordar l'extinció com a conseqüència de l'exercici de la denúncia unilateral del contracte i l'aplicació analògica possible dels preceptes de la Llei del contracte d'agència en matèria d'indemnitzacions i de compensació per clientela.

En el tràfic negocial, quan s'estipula la durada indefinida –o la possible falta de renovació al venciment quan es pacta la durada determinada–, la immensa majoria dels contractes de franquícia i de concessió incorporen la clàusula de desistiment lliure (*ad nutum*) que permet a les parts denunciar unilateralment el contracte en qualsevol temps. La denúncia unilateral, en la pràctica, l'exerciten amb més freqüència els principals que els distribuïdors, i aquests sofreixen danys majors –són majors les inversions que efectuen per a executar el contracte– que els que experimenten els principals quan ocorre a la inversa. Per això, un cop admesa l'extinció de la relació contractual per virtut de la denúncia unilateral, un sector doctrinal majoritari defensa la necessitat de tutelar el distribuïdor, que és qui suporta les conseqüències de la cessació de l'activitat, a més de –durant la vigència del contracte– els riscos de l'exercici d'aquesta facultat per part del principal. Aquesta tutela s'ha pretès des de dues perspectives. D'un costat, l'exigència de causa justa per a donar per finalitzada la relació contractual, amb indemnització en cas contrari del principal al distribuïdor pels danys i perjudicis que li provoqui això.

Aquesta tesi ha estat admesa pel Tribunal Suprem a propòsit de la concessió (entre d'altres, en les STS 6 març 1978, 16 febrer 1990, 3 desembre 1992, 16 octubre 1995, 18 desembre 1995, 9 octubre 1997, 17 maig 1999, 26 abril 2002 i 4 juliol 2006), exigint la prova que tals danys se li hagin causat al distribuïdor (STS 22 juny 1989 i 17 maig 1999, en què es recorda que és doctrina reiterada que en els contractes de concessió pactats per temps indefinit "pot haver-hi resolució –*rectius*, extinció– unilateral, per una o l'altra part de les contractants, la qual cosa dóna lloc a indemnització de danys i perjudicis, si aquests es proven i si s'ha fet sense causa justa o amb abús de dret"; 3 octubre 2002, 20 maig 2004, 1 febrer 2006, 31 maig 2006, 4 maig 2007 i 3 març 2008). No obstant això, el Tribunal Suprem ha negat aquest dret en alguna ocasió, per entendre que la llarga durada del contracte impedia parlar de perjudici (STS 17 desembre 1973 i 27 maig 1993), o per entendre que el respecte per part del principal a la clàusula contractual que exigia preavis impedeix reclamar indemnització al distribuïdor (STS 28 juny 1998). La necessitat de preavis, o notificació prèvia d'una part dirigida a l'altra amb la finalitat de comunicar-li la seva intenció de posar fi a la relació contractual, ha estat posada en relleu pel Tribunal diverses vegades (entre d'altres, STS 30 juny 1987, 27 maig 1993, 14 febrer 1997, 17 maig 1999 i 28 gener 2002).

Des d'una altra perspectiva, la protecció del distribuïdor es fa reconeixent-li el dret de la compensació per clientela quan la seva actuació durant la vigència del contracte hagi redundat en benefici de l'activitat del principal. La justificació d'aquesta compensació, per a la doctrina majoritària, es troba en l'aplicació analògica de l'article 28 de la Llei del contracte d'agència.

El Tribunal Suprem en les seves primeres sentències va considerar que la tutela del distribuïdor no ha d'anar més enllà de l'oferta pel dret civil en matèria d'acabament dels

contractes, i ha negat en conseqüència el dret a la indemnització per clientela –llevat que s'hagi pactat així expressament– (entre d'altres, STS 30 novembre 1964, 21 octubre 1966, 14 març 1973 i 21 abril 1979). Posteriorment va reconèixer la necessitat de protecció, justificant-la tant sobre la base de la doctrina de l'enriquiment injust –a l'acabament del contracte el gaudi pel principal de la clientela obtinguda pel distribuïdor implica un desplaçament que representa trencament patrimonial per a aquest, trencament que no resulta justificat per la simple denúncia unilateral del contracte i que ha de ser compensat– (STS 22 març 1988; 16 febrer 1990; 15 octubre 1992; 14 febrer 1997; 31 desembre 1997; 16 desembre 2002, amb independència de si la resolució ha obeït o no a causa justa; i 27 març 2007), com sobre la base de l'aplicació analògica de l'article 28 LAG (entre d'altres, STS 17 març 1993, 27 maig 1993, 18 juliol 1997, 12 juny 1999 i 24 octubre 2008). Fins i tot ha n'ha fonamentat la procedència en l'article 1258 CC, per entendre que és una conseqüència d'acord amb la naturalesa del contracte i amb la bona fe (STS 15 gener 2008, on es fa referència tant a la jurisprudència anterior que aplica la doctrina de l'enriquiment injust com a la que aplica l'article 28 LAG per analogia). Però també en algun pronunciament, partint de la necessitat de diferenciar els contractes de distribució del contracte d'agència, ha tornat a negar al distribuïdor el dret de reclamar una compensació per clientela, entenent que les parts poden acordar la resolució *ad nutum* sense que d'això es derivi una obligació d'indemnitzar (per a la concessió, ATS 28 gener 1997 i STS 17 maig 1999).

En pronunciaments recents, el Tribunal Suprem ha considerat la clientela una realitat econòmica que l'ha de rescabalar qui se n'aprofita (STS 26 juliol 2000 i 3 maig 2002), que s'integra pel que s'ha aportat i deixat en l'esfera de desenvolupament del concessionari o agent seguit d'un gaudi per part de l'empresari amb la pèrdua consegüent que representa la seva desaparició per a l'agent o distribuïdor (STS 30 octubre 2000, 16 octubre 2002 i 23 octubre 2002), i en la formació del qual intervenen tant l'esforç del concessionari o distribuïdor com el prestigi de la marca (STS 16 desembre 2002); ha entès que la indemnització o rescabament no hi escau automàticament pel simple fet de l'extinció del contracte, sinó que necessita l'acreditació de l'increment dels compradors o usuaris habituals (STS 19 novembre de 2003 i 8 octubre 2013). Aquesta apreciació és merament potencial (STS 21 octubre 2005), i s'ha de basar en la susceptibilitat de continuar gaudint l'empresari de la clientela amb aprofitament econòmic per tractar-se simplement d'un pronòstic raonable sobre un comportament que no deixa de ser probable per part de la clientela esmentada (STS 7 abril 2003, 30 abril 2004 i 13 octubre 2004 i 23 juny 2005). I ha negat tal indemnització, havent-hi denúncia per part de la marca, quan el contracte ha tingut una durada raonable, "fet que sens dubte va permetre amortitzar les inversions inicialment realitzades per a la posada en marxa del negoci" (STS 9 febrer 2006, que s'alinea amb la doctrina de la durada raonable o òptima del contracte); i en un contracte de concessió resolt per causa justa –notable descens de les xifres totals de negoci del concessionari– (STS 20 maig 2004). També l'ha negat quan així s'ha pactat, i considera perfectament vàlid el pacte d'exclusió de la indemnització per clientela (STS 20 juliol 2007; i 26 abril 2004 i 4 desembre 2007 –per al pacte d'exclusió d'indemnització en el supòsit de resolució unilateral amb preavis–) i quan l'aprofitament de la clientela per part del concedent és expressament previst en el contracte (STS 31 juliol 2007).

Pel que fa a la determinació de la quantia indemnitzable, "quan no hi hagi una previsió contractual de la seva determinació o liquidació, el potencial aprofitament pel concedent, quant a la clientela generada o acrescuda gràcies a l'esforç del distribuïdor, requereix un mòdul o paràmetre necessari per a calcular i concretar l'abast de la compensació pretesa, tal com expressament pre-



veu el núm. 3r. de l'art. 28 LCA per a la determinació de la compensació màxima exigible. De manera que la concreció de la compensació pretesa no pot quedar justificada correctament en consideració als criteris de mera equitat o a una interpretació amplíssima dels criteris de fixació i concreció del dany indemnitzable que estableixen els arts. 1101 i 1108 CC" (STS 8 octubre 2013, 16 març 2016 i 18 desembre 2018).

## Resum

En aquest mòdul hem vist les diferències entre la intermediació i la distribució i hem estudiat els diferents contractes que s'integren en cada categoria.

L'actuació per compte d'altri del mediador, de manera que el que s'ha actuat repercuteix directament en el patrimoni del principal, és el que caracteritza els contractes d'intermediació. Al seu torn, en l'actuació per compte d'altri, hem estudiat que l'actuació del mediador pot tenir lloc en nom propi i en nom d'altri i hem vist els efectes que se segueixen en tots dos casos. El mandat, en l'àmbit civil, i la comissió, en el mercantil, són els contractes "típics" d'intermediació. La doble regulació resulta especialment inútil per la semblança dels seus règims jurídics. En el contracte de mediació o corretatge, el mediador, a diferència del mandat i de la comissió, realitza actes materials –no jurídics. L'agència, per la seva part, es caracteritza per l'actuació estable o duradora de l'agent, la qual cosa la distingeix del contracte de comissió. L'agent pot realitzar actes materials quan promou actes o operacions de comerç o actes jurídics quan conclou tals actes o operacions de comerç.

En els contractes de distribució el distribuïdor actua per compte propi, de manera que el que s'ha actuat repercuteix directament en el seu patrimoni. La funció distributiva caracteritza aquests contractes, en els quals es crea una relació de col·laboració especial a causa de l'interès del principal en el control i seguiment de l'activitat de col·locació en el mercat dels productes o serveis que desenvolupa el distribuïdor, amb vista a assegurar la creació, foment i manteniment de la clientela final. Aquest interès és el que condueix a la integració del distribuïdor a la xarxa del productor, integració el grau de la qual varia segons la intensitat dels vincles de col·laboració que es creen. Aquests són lleugers en la distribució autoritzada, estrets en la concessió i reforçats en la franquícia.

## Activitats

1. Llegiu la STS 23 febrer 1993, que condemna al banc comissionista que, encarregat de lliurar un coneixement d'embarcament, bé contra el pagament d'una lletra, bé contra l'acceptació més el finançament, només va exigir l'acceptació en fer el lliurament.

2. Llegiu la STS 20 gener 2003, que condemna el mediador per actuar amb "lleugeresa", ja que les notícies que circulaven en el seu entorn més directe feien pressuposar l'existència d'un alt risc que impedia estimar la inversió dels pagarés com a segura i fiable.

3. Consulteu el següent document del Ministeri d'Indústria, Turisme i Comerç, que conté informació sobre la franquícia.

[www.comercio.gob.es/es-ES/comercio-interior/Guias-de-Ayuda-al-Comercio/Documents/Guia\\_franquiciadores\\_2014-web.pdf](http://www.comercio.gob.es/es-ES/comercio-interior/Guias-de-Ayuda-al-Comercio/Documents/Guia_franquiciadores_2014-web.pdf)

4. Accediu mitjançant la biblioteca virtual a una base de dades per a trobar un model de contracte de franquícia.

5. Accediu mitjançant la biblioteca virtual a una base de dades per a trobar un model de contracte d'agència.

6. Llegiu les STS 27 maig 1993 i 15 novembre 1997. La primera considera que una llarga durada del contracte haurà implicat un increment de clientela i la segona exigeix l'acreditació d'aquest extrem. Valoreu quin criteri sembla més adequat seguir.

## Exercicis d'autoavaluació

1. Completeu l'espai subratllat amb la paraula (corresponent a la denominació d'una part contractual) que falta i indiqueu a quin contracte pertany la clàusula següent:

X. El Principal encarrega al \_\_\_\_\_ que faci les gestions precises per a posar-lo en contacte amb possibles compradors de l'habitatge descrit en la clàusula primera.

2. Dins del règim jurídic del contracte d'agència, on encaixaria la clàusula següent?

X. El Banc posarà a disposició de l'agent la informació, tarifes i en general la documentació que resulti necessària per a l'acompliment de la seva activitat. En tot cas l'agent queda subjecte a l'obligació de guardar secret professional en relació amb les dades, fets i operacions que conegui en l'exercici de la seva activitat com a agent, i també de guardar confidencialitat respecte de la documentació de qualsevol classe que el Banc li faciliti.

3. Completar l'espai subratllat amb les paraules (corresponent a la denominació de les parts contractuales) que falten i indicar a quin contracte pertany la clàusula següent.

X. El a) \_\_\_\_\_ concedeix a b) \_\_\_\_\_ la venda en exclusiva dels productes assenyalats en el Manifestant Primer d'aquest contracte, identificat amb les marques ....., i... c) \_\_\_\_\_ es compromet a no nomenar cap altre d) \_\_\_\_\_ ni distribuïdor al territori assenyalat en la clàusula Desena, i també a no fer competència directa o indirectament a e) \_\_\_\_\_ en aquest territori.

4. Pot actuar l'agent en nom propi?

5. Diferències entre *franquícia industrial*, *franquícia comercial* i *franquícia empresarial*.

6. És certa l'afirmació següent?

*Per virtut del contracte de franquícia es transmeten a títol universal del franquiciador al franquiciat tots els béns i drets necessaris per a desenvolupar el model d'empresa.*

## Solucionari

### Exercicis d'autoavaluació

1. Mediator/corredor. Es tracta d'un contracte de mediació o corretatge.
2. La primera part es refereix a l'obligació de l'empresari continguda en l'article 10 LGA. La segona part, al deure de secret de l'agent, que si bé no apareix expressament recollit en la LGA, es dedueix, s'ha de considerar implícit (l'article 9.1. LAG obliga l'agent a actuar lleialment i de bona fe, vetllant pels interessos de l'empresari o empresaris pel compte dels quals actüi).
3. a) concedent, b) concessionari, c) concedent, d) concessionari, e) concessionari. Es tracta d'un contracte de concessió o distribució exclusiva.
4. No. A diferència de la comissió (art. 243 CCo), l'agent si contracta ho ha de fer sempre en nom del principal (art. 1 LGA).
5. En la *franquícia industrial o de producció*, el franquiciat adquireix el dret de fabricar els mateixos productes que fabrica el franquiciador. En la *franquícia comercial o de distribució*, el franquiciat adquireix el dret de vendre determinats productes, ja siguin productes fabricats pel franquiciador o per tercers vinculats jurídicament o econòmicament amb ell –franquiciador productor–, ja siguin de productes fabricats per tercers independents –franquiciador seleccionador dels productes. I en la *franquícia empresarial o de serveis*, el franquiciat adquireix el dret de prestar els mateixos serveis que presta el franquiciador.
6. Fals. La normativa aplicable al contracte de franquícia està subordinada en gran mesura als diferents actes de transmissió d'aquells elements necessaris perquè el franquiciat pugui desenvolupar el model d'empresa del franquiciador. La transmissió esmentada constitueix l'obligació principal que assumeix aquest en la franquícia. Per això s'ha d'adequar la llei de circulació de cada un dels elements esmentats.

## Glossari

**actuació per compte d'altri** *f* Actuació que realitza una persona els efectes de la qual repercutiran en el patrimoni d'una altra diferent (la persona per compte de qui s'actua).

**agència** *f* Contracte pel qual una persona natural o jurídica, denominada agent, s'obliga davant una altra, de manera continuada o estable, en compensació d'una remuneració, a promoure actes o operacions de comerç per compte d'altri, o a promoure'n i concloure'n per compte i en nom d'altri, com a mediador independent.

**concessió o distribució exclusiva** *f* Contracte pel qual el concessionari posa el seu establiment al servei del concedent i s'obliga, per temps determinat o indefinit, a adquirir d'aquest últim productes, normalment de marca, per a revendre'ls, en règim d'exclusiva, en una zona geogràfica determinada i a prestar assistència tècnica, en el seu cas, als clients tant abans com després de la venda.

**corretatge o mediació** *m i f* Contracte en virtut del qual el principal s'obliga a abonar al mediador o corredor una remuneració com a conseqüència d'una actuació material d'aquest consistent a assenyalar el moment idoni per a subscriure un contracte o a aconseguir la subscripció esmentada.

**distribució selectiva** Contracte pel qual un fabricant s'obliga a vendre els seus productes únicament als venedors que, sobre la base de criteris tècnics o qualitius, han estat seleccionats per ell, i aquests s'obliguen a revendre'ls als seus establiments en règim de no-exclusiva, respectant les pautes marcades per aquell.

**finalitat distributiva** *f* Finalitat que dota als contractes de distribució de caràcters propis, entre els quals destaca l'establiment entre productor i distribuïdor de vincles de col·laboració de caràcter especial.

**franquícia** *f* Contracte pel qual el franquiciador transmet al franquiciat el dret de desenvolupar un model d'empresa.

**saber fer** *m* Conjunt d'informació pràctica no patentada (perquè no representa creació verdadera, o perquè es vol mantenir secreta), eina per a la producció del bé o servei.

**mandat** *m* Contracte pel qual una persona s'obliga a prestar algun servei o fer alguna cosa, per compte o encàrrec d'una altra.

## Bibliografia

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

**Domínguez García, M. A.** (1985, gener-desembre). "Aproximación al régimen jurídico de los contratos de distribución. Especial referencia a la tutela del distribuidor". *Revista de Derecho Mercantil* (núm. 177, pàg. 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. i altres** (2002). *Elementos de derecho civil II* (vol. 2 i 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, pàg. 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". A: J. M. de la Cuesta Rute (dir.), E. M. Valpuesta Gastaminza, B. Torrubia Chalmeta, C. Llorente Gómez de Segura (coord.). *Derecho mercantil II* (pàg. 99-115). Barcelona: Huygens Editorial.

**Ruíz 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* (tom II, 23a. ed.). Pamplona: Aranzadi.

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

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

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