

La agencia en el nuevo Código Civil y Comercial: algunos aspectos criticables

Por Javier Fernando Núñez

BRSV ABOGADOS

El Código Civil y Comercial de la Nación (Anexo I de la ley 26.994) entrará en vigencia el 1 de agosto de 2015 (art.1 de la ley 27.007) y sustituirá así al Código Civil aprobado por la ley 340, y al Código de Comercio aprobado por las leyes 15 y 2637 (excepto, según el art. 4 de la ley 26.994, aquellos artículos del cuerpo normativo mercantil que ya habían sido declarados vigentes por las leyes 17.371 y 20.094 en el Libro Tercero sobre los derechos y obligaciones que resultan de la navegación, y que se incorporan ahora como arts. 631 a 678 en la última ley mencionada).

Entre otras innovaciones de derecho privado que el nuevo texto legal ha incorporado, se advierte, en materia de derecho comercial, la regulación expresa de algunos contratos que los usos y costumbres mercantiles y la jurisprudencia fueron moldeando (con clara incidencia del derecho comparado y de la doctrina local) y configurando como verdaderos contratos típicos desde el punto de vista de la práctica comercial, pero que carecían de normas regulatorias expresas en los Códigos Civil y de Comercio y en las leyes especiales complementarias, resultando entonces innominados desde el punto de vista normativo estricto, al carecer en la ley de designación bajo una denominación especial y, por inferencia, de una tipicidad regulada (art. 1143 del Código Civil

anterior a la ley 26.994, aún vigente a la fecha de publicación de esta opinión).

Un caso claro de estos contratos típicos desde el punto de vista de la práctica comercial pero sin regulación normativa expresa ha sido, hasta la sanción del anexo I de la ley 26.944 (que designaremos de aquí en adelante como "CCC") la agencia, muy utilizada en nuestro medio comercial e industrial desde larga data, y con una rica jurisprudencia de respaldo. El CCC regula expresamente a esta modalidad de comercialización de productos o servicios de terceros en los artículos 1479 a 1501, transformándolo ahora en un contrato típico desde el punto de vista normativo, pero restándole, a nuestro criterio, mucha riqueza - producto de largos años de ejercicio de la autonomía de la libertad contractual y de jurisprudencia mercantil reparadora- a través de algunas disposiciones de notable rigidez, establecidas en aparente protección del agente pero lesivas del dinamismo y capacidad de adaptación característicos de este contrato.

Veamos. El artículo 1479 del CCC define a la agencia como el contrato en el cual una parte, denominada agente, se obliga a promover negocios por cuenta de otra denominada preponente o empresario, de manera estable, continuada e independiente, sin que medie relación laboral alguna, mediante una retribución. Establece además que el agente es un intermediario independiente, y que no asume el riesgo de las operaciones ni representa al preponente.

Además de la innecesaria mención a la inexistencia de relación de trabajo - por cuanto, de ser así, no estaríamos ante la figura de un agente, propia del derecho comercial,

sino quizá ante la de un viajante de comercio, figura del derecho del trabajo y, por lo tanto, ajena al CCC- el excluir en la agencia, en principio, la posibilidad de otorgamiento de garantía de cobranza o de solvencia del cliente y la modalidad usual en el derecho comparado y en nuestro país de la agencia con representación, se reduce notablemente el universo de negocios que esta dinámica figura puede cubrir y ha cubierto tradicionalmente.

Por su parte, el artículo 1480 del CCC estipula que el agente tiene derecho a la exclusividad en el ramo de los negocios, en la zona geográfica o respecto del grupo de personas expresamente determinados en el contrato. De esta manera, la configuración típica de la agencia en el CCC pareciera estar dejando de lado la posibilidad de agencias no exclusivas (1) para el mismo territorio geográfico, sin perjuicio de la formación de carteras de clientes sobre las cuales el agente que ha logrado el primer negocio concretado tiene derecho a comisión por futuros negocios que pudieren promover otros agentes del mismo territorio. No se explica la razón de porqué quitar esta posibilidad a los preponentes, de acuerdo a la naturaleza de sus negocios, el grado de penetración en el mercado, la amplitud del territorio geográfico, la mayor o menor presencia de potenciales clientes, etc.

En el mismo orden, el artículo 1482 del CCC establece que el agente no puede constituirse en garante de la cobranza del comprador presentado al empresario, sino hasta el importe de la comisión que se le puede haber adelantado o cobrado, en virtud de la operación concluida por el principal. Esta limitación de una garantía no obligatoria para el agente - excepto que otorgue contractualmente una garantía de cobranza

o de solvencia- parece más una norma de derecho protectorio, típica del derecho del trabajo o del consumidor, que una regla a aplicar en un convenio entre dos empresarios independientes, máxime cuando los usos y costumbres mercantiles demuestran el éxito de esta modalidad de agencia.

A continuación, el art. 1485 del CCC establece como regla general que el agente no representa al empresario a los fines de la conclusión y ejecución de los negocios en los que actúa, excepto para recibir las reclamaciones de terceros previstas en el art. 1483 inc. e) del CCC. Si cobrara los créditos resultantes de su gestión, deberá tener poder especial, pero no podrá conceder quitas o esperas ni consentir acuerdos, desistimientos o avenimientos concursales, sin facultades expresas de carácter especial. Asimismo, se prohíbe al agente desistir de la cobranza de un crédito del empresario en forma total o parcial. Esta norma, tan restrictiva y rigurosa, parece ir en contra de la agilidad comercial de la figura de la agencia con representación, usual en el mercado. Sin perjuicio de ello, parece autorizar la figura del agente con mandato de cobranza siempre que hubiere un poder especial, pero limita demasiado la libertad de negociación del agente en el cobro, situación que debería haber quedado librada a la autonomía de las partes de acuerdo a las características de los negocios involucrados, la situación financiera general de la cartera de clientes, el contexto económico, etc.

Finalmente, el art. 1497 del CCC establece una compensación por clientela, extinguido el contrato de agencia sin culpa del agente o por resolución de éste último por culpa del empresario (arg. art. 1498 del CCC). El agente se hará

acreedor a tal compensación cuando hubiere incrementado "significativamente" el giro de las operaciones del empresario, y si la actividad desplegada para ello puede continuar produciendo ventajas sustanciales a aquél. Tal compensación no podrá exceder del importe equivalente a un año de remuneraciones, neto de gastos, promediándose el valor de las percibidas por el agente durante los últimos cinco años, o durante todo el período de duración del contrato, si éste fuere inferior. El establecimiento de este rubro indemnizatorio - independiente de cualquier reparación de daños derivados de la ruptura del contrato por incumplimiento del preponente- no parece haber tenido en cuenta que, precisamente, la razón del empresario de contratar a un agente es la obtención de clientela a través de la promoción de negocios, y que la retribución del agente por su trabajo es, precisamente, la comisión (art. 1486 del CCC). Por otra parte, la medición del incremento significativo del giro de negocios del empresario o las ventas sustanciales derivadas de la actividad anterior del agente podría ser posible en el caso de un empresario pequeño y un número reducido de agentes. ¿Cómo medir semejantes parámetros en grandes compañías con multitud de comercializadores tercerizados (agentes, concesionarios, consignatario, distribuidores, etc.?)

Las reglas que hemos analizado antes - y que no agotan todas las disposiciones sobre el contrato de agencia incluidas en el CCC- pueden, por otra parte, generar dudas por su redacción respecto a su eventual supletoriedad, esto es, la posibilidad de su reemplazo por la determinación libre de nuevas reglas por las partes (arts. 958 y 962 del CCC) o su aplicación sólo ante insuficiencia o ausencia de aquéllas. En tal sentido, no debe olvidarse que el art. 962 in fine del

CCC aclara que el carácter indisponible de las normas legales relativas a los contratos puede surgir, no necesariamente de la mención expresa de la propia norma, sino de su modo de expresión, contenido o contexto, lo que generará severas dudas en los contratantes sobre el carácter supletorio o indisponible de las normas que hemos expuesto antes, con la elevación de la litigiosidad y la facultad de los jueces de definir qué es supletorio y qué no, lo que no dota de certidumbre y seguridad jurídicas a los contratantes, al menos durante los primeros años de vigencia del CCC.

Tal como tradicionalmente se ha entendido - y los usos y la práctica mercantiles habituales lo han confirmado - La agencia consiste, en su caracterización pura, en la promoción en un determinado territorio, por parte de un agente, de determinados negocios por cuenta y orden de un principal o preponente, bien con carácter exclusivo (en tal caso, a favor del principal, del agente o de ambas partes), bien no exclusivo, debiendo tal agente buscar clientes y acercarlos al preponente a fin de permitir que éste y el cliente cierren las operaciones de su mutuo interés (2).

La retribución del agente, que no adquiere en ningún momento la mercadería del principal, es una comisión por su intermediación con resultado positivo (que puede consistir en la mera celebración del contrato, o bien en su ejecución con percepción final del precio por parte del principal). El agente, en esta modalidad pura, no entrega mercadería ni percibe precio por cuenta y orden del principal. Para ello, debería asumir el mandato representativo del principal, contratando en su nombre, y llevando a cabo lo que se conoce como agencia con representación. Este mandato representativo,

sin embargo, "no desnaturaliza la función de promoción que es de su esencia". (3) De ahí que la agencia con representación no deja de ser agencia por la adopción de tal variante.

Por otra parte, y de regir plenamente la autonomía de la voluntad para celebrar el contrato, nada obstaría a que el mandato representativo que otorgue el principal al agente esté limitado específicamente a alguna de las prestaciones antedichas. Es decir: el principal podría dar mandato al agente para cobrar por cuenta y orden el precio de la mercadería, o bien para entregar por cuenta y orden la mercadería vendida al cliente.

Es de la esencia de la agencia, en cambio, que el agente reciba una retribución por resultado que, como hemos visto antes, es denominada generalmente comisión. La comisión se percibe por la concreción del negocio, resultado directo de la función de promoción de negocios que asume el agente. Sin embargo, nada impediría, de acuerdo a los usos y costumbres mercantiles vinculados a la figura, por ejemplo, que un agente que asumiera cobranza por cuenta del principal, o bien entregare también por su cuenta y orden, percibiera una remuneración por tal mandato, incluyendo ello como un rubro en el monto final de la comisión. La modalidad del agente que recibe pagos por cuenta del principal mediante el poder especial suficiente para ello, está admitido con claridad, por ejemplo, en el derecho alemán (handlungsvollmachtigte Handelsvertreter). (4) De ahí que podría pactarse una comisión más allá de la usual del mercado si ésta supone una remuneración que supere el estricto ámbito de la retribución por concreción del negocio, incorporando, por ejemplo, el mandato de cobranza y, dentro de éste, el otorgamiento de

garantía de solvencia del cliente final por parte del agente al principal. Esto es, que el agente asuma siempre el riesgo de la cobranza por incumplimiento parcial o total del cliente que ha acercado al principal. Por ejemplo, la legislación francesa prevé la posibilidad de que el agente asuma la responsabilidad por insolvencia del cliente. (5) Esta garantía de solvencia, que aumenta el riesgo empresarial del agente en su relación con el principal, podría ser la justificación para percibir una comisión más alta, atento a que dicha garantía de solvencia no tiene por qué ser gratuita (esto es, exclusivamente a beneficio del principal).

Existiendo un mandato de cobranza del principal al agente, el principal deberá facturar directamente al cliente, y el agente cobrar o percibir del cliente, por cuenta y orden del principal, el 100% del precio. Un mandato de cobranza no supone la necesidad de que el agente facture: en realidad, éste opera como un collecting agent por razones de simplificar o facilitar al cliente o al principal ciertas cuestiones financieras y administrativas. El mandato de cobranza obliga al agente, además, a girar al principal los fondos percibidos. El principal y el agente anoticiarán al cliente final de su mandato de cobranza para que éste considere plenamente autorizado al agente para recibir el pago y que éste sea definitivo respecto al principal. Dado que el agente, por su parte, tiene derecho a la comisión, deberá a su vez facturar dicha comisión al principal, pudiendo invocar la compensación cuando deba girar los fondos cobrados, de modo tal que, al final, sólo debería transferir al principal el precio pagado por el cliente o bien concertado con éste sin que lo hubiera pagado, para el caso de incumplimiento específico o insolvencia general

(aplicación de la garantía de solvencia), neto de su comisión respectiva.

Respecto a la entrega de la mercadería adquirida por el cliente, nada impide que sea el agente quién entregue por cuenta y orden del principal, adicionándose una prestación accesoria a su contrato con el preponente con el debido mandato representativo, sin que ello lleve a alterar la esencia del contrato de agencia que es siempre la promoción de negocios.

Por todo ello, es de esperar que los jueces interpreten las rígidas normas del CCC que hemos analizado como meramente supletorias, y se permita así continuar con la implementación de contratos de agencia apelando a la tradicional riqueza de esta figura, según fuera concebida por los usos y la práctica mercantiles durante muchos años.

(1) MESSINEO parece sostener que la exclusividad es un elemento caracterizante de la agencia, y que se desnaturalizaría tal figura si desapareciese el derecho de exclusiva. Sin embargo, también aclara que la exclusividad ha sido atribuida por ley (se refiere al Código Civil italiano), pero que no es *naturale negotii*, a diferencia del suministro (aquí discrepamos con que todo suministro tenga que ser necesariamente exclusivo). Con ello pareciera decir que la exclusividad no hace a la naturaleza del negocio, y por lo tanto a su esencia (MESSINEO, Francesco, Manual de Derecho Civil y Comercial, (Trad. Santiago Sentís Melendo), Tomo VI, EJEA, Buenos Aires, 1971, p. 61). De este modo, si la atribución legal es supletoria, la exclusividad puede evitarse, sin afectar la esencia del tipo.

(2) El Código Civil Italiano (art. 1742 y ss.) establece que en el contrato de agencia una parte asume de manera estable el encargo de promover, por cuenta de otra, mediante retribución, la conclusión de contratos en una zona determinada. Ver ZAVALA RODRÍGUEZ, C.J., Código de Comercio y Leyes Complementarias, Comentados y Concordados, Tomo III, Depalma, Buenos Aires, 1967, p. 699. Tales son los elementos esenciales caracterizantes de la agencia pura, sin incluir la exclusividad, que no hace a la naturaleza del negocio.

(3) Cfr. MARZORATI, O.J. Sistemas de Distribución Comercial, Buenos Aires, Astrea, 1990, p. 12.

(4) Cfr. MARZORATI, op.cit., p. 43.

(5) Id., p. 46.