



Universidad de San Andrés

Departamento de Derecho

Maestría en Derecho Empresario

**LIMITACIONES DEL ORDEN PUBLICO Y NORMAS IMPERATIVAS EN
CONTRATOS DE AGENCIA LOCAL E INTERNACIONAL**

Autora: María Florencia Alemanno

DNI: 25.646.424

DIRECTOR DE TESIS: Profesor Principal de Cátedra Abog. Guillermo J. H. Mizraji

Buenos Aires, 29 de julio de 2019

ABSTRACT

El contrato de agencia es utilizado ampliamente en relaciones privadas locales e internacionales para la promoción de bienes y servicios. Ha sido tipificado en el Código Civil y Comercial argentino, vigente desde el año 2015, por lo que resulta imprescindible saber si las previsiones allí incluidas son normas supletorias de la voluntad de las partes, o constituyen verdaderas normas indisponibles para éstas al contratar. El objetivo de esta tesis consiste en determinar cuáles de todas las previsiones sobre agencia son consideradas normas de orden público y/o normas imperativas inderogables por las partes, y analizar desde el punto de vista del derecho comparado como se manejan situaciones análogas en determinados países del extranjero, a fin de proponer correcciones legislativas.

Para cumplir el objetivo, se analizan previamente los conceptos de orden público interno e internacional, normas imperativas, contratos predispuestos, autonomía de la voluntad y seguridad jurídica para aplicarlos a la revisión de la nueva normativa de agencia. A partir de ello, se detectan los problemas de falta de claridad de que adolece el Código Civil y Comercial argentino derivados de la imprecisión con que se tratan los conceptos mencionados y se proponen soluciones a partir del estudio de los antecedentes legislativos y de derecho comparado.

Voces

Contrato de agencia, Agente de comercio, Orden público, normas imperativas, normas supletorias, autonomía de la voluntad

INDICE

1. INTRODUCCION	4
2. DEFINICION DE CONCEPTOS CLAVE	5
2.1 Definición y caracterización de contrato de agencia	5
2.2 Noción de orden público. Diferencia con normas imperativas e indisponibles	9
2.3 Noción de orden público internacional y normas internacionalmente imperativas	15
2.4 Contratos por adhesión a cláusulas predispuestas en derecho argentino	19
2.5 Seguridad jurídica, orden público y libertad contractual	27
2.6 Limitaciones del orden público en contratos domésticos e internacionales	32
3) REGLAS IMPERATIVAS Y/O DE ORDEN PUBLICO RELATIVAS A AGENCIA EN EL CODIGO CIVIL Y COMERCIAL ARGENTINO.....	36
3.1 Garantía del agente	36
3.2 Reclamos de terceros	39
3.3 Representación.....	41
3.4 Ciertos casos que dan derecho a cobro de comisión	44
3.5 Plazo del contrato. Preaviso por extinción por rescisión incausada	46
3.6 Resolución del contrato	58
3.7 Compensación por clientela	62
3.8 Limitación a las obligaciones de no competencia	64
4) DERECHO COMPARADO.....	66
4.1 Unión Europea	66
4.2 Ley Española de Agencia de 1992	72
4.3 Francia	77
4.4 Italia	81
4.5 Colombia.....	84
4.6 Bolivia.....	90
4.7 Brasil.....	91
4.8 Paraguay.....	95
5) CONCLUSIONES:	99

1. INTRODUCCION

El contrato de agencia ha sido un contrato innominado durante gran parte de la historia de nuestro ordenamiento jurídico, para adquirir regulación escrita y estar tipificado con la aprobación del nuevo Código Civil y Comercial (en adelante mencionado como CCyC), vigente desde el 1 de agosto de 2015. Es un contrato que se ha utilizado ampliamente en relaciones privadas internacionales, atento a que justamente debido a la amplia distancia geográfica, idiomática y cultural entre vendedores y compradores – tan característica de los negocios internacionales– cobra importancia la figura del agente.

Hoy en día, el crecimiento en la comercialización internacional hace necesario acudir a los contratos de distribución comercial –entre ellos la agencia– a fin de materializar ventas en el exterior. Este fenómeno de internacionalización del comercio determinó el surgimiento y desarrollo de empresarios dedicados a ayudar a sus colegas empresarios y a fabricantes en la colocación y venta de sus productos y servicios. Resulta a los empresarios mucho más beneficioso en materia de costos contratar a un agente comercial para cada territorio donde se pretende colocar los propios productos y servicios, que establecer en cada uno de estos territorios una estructura propia, ya que esto último implicaría constituir sociedades o sucursales en el extranjero y solventar costos fijos de mantenimiento, costos laborales, etc. Justamente el agente trabaja como parte independiente, asumiendo sus propios costos y percibiendo una comisión relacionada con el éxito en su gestión. Sumado a ello, se verifica una creciente competencia entre empresas para lograr la colocación de sus productos, ya que la mejora en la productividad derivada de los desarrollos tecnológicos hace imprescindible la colocación de productos a gran escala.

A partir de la inclusión del contrato de agencia como un nuevo tipo contractual en nuestro CCYC, con ciertos lineamientos –algunos de ellos novedosos– sobre cómo

ha de regirse la relación entre las partes, cobra importancia analizar y entender si las previsiones incluidas en el cuerpo legal son meras recomendaciones que pueden ser dejadas de lado por las partes en uso de la autonomía de la voluntad, o constituyen verdaderas normas imperativas de las cuales no pueden apartarse el agente y proponente a la hora de contratar. Al respecto, el objetivo de este trabajo consiste en determinar cuáles de todas las previsiones previstas en el capítulo 17 del Libro Tercero, Título IV del Código Civil y Comercial Argentino respecto al derecho de agencia son consideradas normas de orden público y/o normas imperativas inderogables por las partes, y analizar desde el punto de vista del derecho comparado como se manejan situaciones análogas en ciertos países del extranjero, que ya tienen un camino más largo recorrido.

En pos de lograrlo, ahondaré sobre los conceptos de orden público interno e internacional, normas imperativas, contratos predispuestos, autonomía de la voluntad y seguridad jurídica para aplicarlos al análisis de la nueva normativa de agencia. Adicionalmente, me apoyaré en la experiencia recogida en otros países que han tipificado el contrato de agencia con anterioridad o cuentan con amplia jurisprudencia que permita interpretar analógicamente nuestra propia normativa.

2. DEFINICION DE CONCEPTOS CLAVE

2.1 Definición y caracterización de contrato de agencia

El CCYC define el contrato de agencia en su artículo 1479 como aquel 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". Se aclara específicamente que el "...agente es un intermediario independiente, no asume el riesgo de las operaciones ni representa al preponente". Es decir que:

- i) Las partes del contrato de agencia son el proponente y el agente¹.
- ii) El objeto del contrato es la promoción de negocios por parte del agente, quien cumple una función de intermediación. La propia definición contenida en el CCYC nos marca que el objeto del contrato consiste en la promoción de negocios por cuenta de otro, a cambio de una retribución. En línea con ello, nuestros tribunales han estipulado con relación a la agencia que “La función económica del contrato consiste en crear clientela, aumentar la existente o, por lo menos, mantenerla”².
- iii) Se trata de un contrato de tracto sucesivo en el que se destaca la estabilidad y la continuidad de la relación, a diferencia de lo que sucede con el comisionista o el corredor. En otras palabras, es un contrato destinado a extenderse en el tiempo, lo cual es una característica muy importante a tener en cuenta para evaluar la normativa referente a su extinción³.

¹ Resulta pertinente realizar una aclaración sobre la terminología que utilizaré en el presente trabajo. Históricamente en doctrina y jurisprudencia se han utilizado los siguientes nombres para denominar a la contraparte del agente en el contrato de agencia: empresario, principal, fabricante, proponente y preponente. Evitaré a lo largo de este trabajo, salvo en la utilización de citas, denominar a tal parte “empresario” ya que si bien es una de las denominaciones que se utiliza en el artículo 1479, ello presta a confusión atento a que técnicamente ambas partes del contrato de agencia son empresarios. Por otra parte, si bien hay quienes sostienen –entre ellos mi tutor de tesis, el Dr. Guillermo Mizraji– que el vocablo principal no es adecuado para este contrato porque es una derivación del vocablo de lengua inglesa “principal”, utilizaré dicho término como sinónimo de proponente ya que es un término ampliamente reconocido por doctrina y jurisprudencia en nuestro país y entiendo que la traducción de “principal” a principal es adecuada (según diccionario de la Real Academia española: 2. adj. Dicho de una persona: Que es la primera en un negocio o en cuya cabeza está). Evitaré también salvo en citas utilizar el vocablo fabricante ya que el agente puede también promover la venta de servicios, y no únicamente bienes fabricados, con lo cual el término fabricante restringe el campo de aplicación. Finalmente, entre proponente y preponente escogeré utilizar el primer vocablo, ya que aunque utilizada la palabra preponente en el CCyC y proyectos anteriores, ésta no integra la lengua española. Es más, es una palabra de la lengua italiana, que ha sido copiada sin traducir. Por su parte, el vocablo proponente se encuentra definido por la Real Academia española del siguiente modo: “1. adj. Dicho de una persona o de una entidad: Que propone algo o a alguien.” Justamente la contraparte del agente es quien propone el producto o servicio a colocar en el mercado. En este punto debería o bien solicitarse el reconocimiento del término preponente en la lengua castellana o bien proponerse una modificación terminológica en nuestro CCyC.

² CCom sala C, 31/8/1981, Yanquelevich Gustavo v. Grupo Nomady Soul, LL 1982-A-133.

³ La jurisprudencia se ha expedido en este sentido en numerosas oportunidades; entre ellas se destacan los siguientes extractos de fallos: “El contrato de agencia es normalmente un contrato destinado a perdurar en el tiempo, es de ejecución continuada y además naturalmente destinado a durar, con vocación de estabilidad” (CCiv. Rosario, sala 4ª, 25/2/2004, San Gabriel SRL v La Papelera del Plata S.A, fallo inédito citado en Hocsmán, Heriberto Simón, *Contratos Modernos de Distribución Comercial*, Buenos Aires, Ed Lexis Nexis, 2007, pág. 29). “el contrato de agencia tiene como característica que una de las partes se compromete a prestar en forma duradera y continuada su actividad de intermediación y promoción, a

- iv) Se aclara expresamente que agente y proponente no están vinculados por una relación laboral, ya que el agente es un intermediario independiente, es decir, un comerciante. En otras palabras, ambas partes son empresarios mercantiles, el agente no es un subordinado del proponente y encara su actividad con autonomía a su propio riesgo.
- v) El agente no asume riesgo por las operaciones.
- vi) El agente no es mandatario del proponente, por lo cual no lo representa, salvo pacto en contrario, lo cual puede acordarse en propio contrato de agencia y/o por medio de la emisión de poderes que cumplan con las formalidades requeridas para el mandato. Como se verá más adelante, se requiere el cumplimiento de ciertas formalidades adicionales para que el agente pueda efectuar cobranzas por el proponente, así como aceptar quitas. Obviamente en caso de otorgarse poderes la relación de mandatario se registrará por los términos del mandato.

Mizraji observa que el agente "...es un empresario independiente, que monta una organización compleja y riesgosa al servicio de la difusión y colocación de los productos del principal en una zona o región determinadas. Su gran mérito se observa en la captación de la clientela, que no puede lograrlo el fabricante ni aún –en algunos supuestos– en su propia zona de influencia"⁴. Esa es una gran diferencia para con el viajante de comercio, quien actúa bajo dependencia del principal ya que aquí se presenta una relación de comerciante a comerciante. Destacan Junyent Bas y Rodríguez Leguizamón que el "...agente cuenta con una organización empresarial propia, con la

fin de alcanzar la concertación de contratos en interés de la otra, mediante el pago de una retribución..." (CCom sala C, 13/11/1985, Fiorenza Próspero v Lovig SACI, fallo inédito citado en Hocsmán, Heriberto Simón... op cit, pág. 19)

⁴ MIZRAJI, GUILLERMO J. H., "Caracterización de la agencia comercial", LA LEY 1991-C, 1104

cual realiza la actividad encomendada con libertad, autonomía y a su propio riesgo, sin perjuicio de que el preponente tenga facultades para impartir instrucciones”⁵.

El contrato de agencia debe instrumentarse por escrito, requisito introducido por el CCYC. Sin embargo, la formalidad exigida es *ad probationem* (en oposición a los contratos formales *ad solemnitatem*) con lo cual ante la omisión de la forma requerida se habilita la conversión del negocio jurídico en los términos del artículo 1018 CCYC. “Este fenómeno, la conversión del acto jurídico, opera no solo cuando el acto que debe ser efectuado en escritura pública, es realizado bajo forma privada, sino también cuando debiendo celebrarse por escrito –sea en instrumento público o privado– se otorga verbalmente.”⁶ “Pero la inobservancia de las formalidades en los actos no formales con formas exigidas para la prueba no afecta en nada su existencia ni sus efectos mientras no se presente la necesidad de probarlos judicialmente.”⁷ En otras palabras, la inobservancia de la forma no importa la nulidad del contrato, que puede subsanarse con posterioridad.

Clusellas sostiene que escrito no necesariamente significa papelizado, ya que pueden utilizarse medios informáticos –de conformidad con los usos comerciales– para plasmar el acuerdo de voluntades⁸. Considero que debería propiciarse una modificación a esta exigencia en futuras revisiones al CCYC ya que los usos y costumbres mercantiles, sobre todo internacionales, se apartan de la práctica escrita en muchas ocasiones. Finalmente, el agente tiene derecho a exclusividad, siempre que se encuentre pactada en el contrato, pudiendo ser ésta unilateral o bilateral.

⁵ JUNYENT BAS, FRANCISCO Y RODRIGUEZ LEGUIZAMON, MARIA CECILIA, *Código Civil y Comercial de la Nación Comentado, Capítulo 17*, Directores Julio Cesar Rivera y Graciela Medina. 1ª Edición, CABA, LA LEY, 2014. Versión ebook.

⁶ LEIVA FERNANDEZ, Luis F. P. Y RIVERA Julio C., *La forma de los negocios jurídicos*, en RIVERA Julio C., *Instituciones de derecho civil. Parte general*, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1993, T II, num 1222, p 635, citados en LEIVA FERNANDEZ, LUIS F. P., *Código Civil y Comercial Comentado. Tratado exegético, TOMO V*, Director general Jorge H. Alterini, 1ª ed, CABA, Ed. La Ley, 2015, pág. 398

⁷ LEIVA FERNANDEZ, LUIS F. P., *Código Civil...* ob cit, pág. 361

⁸ CLUSELLAS, EDUARDO GABRIEL, *Código Civil y Comercial comentado, anotado y concordado*, tomo 5, dirigido por Gabriel Clusellas, CABA, Ed Astrea, 2015, pág. 287

2.2 Noción de orden público. Diferencia con normas imperativas e indisponibles

El concepto de orden público, de muy difícil definición, ha generado desencuentros entre doctrinarios y diversas teorías a lo largo de la historia de nuestro sistema jurídico. La tarea de conceptualizar el orden público es sumamente compleja atento a que no hay posiciones unánimes y en cierto punto, se generan confusiones metodológicas.

Empecemos por aclarar que el CCYC, como su antecesor, el Código Civil, no proponen una definición de orden público. Sostienen Ramón D. Pizarro y Federico Alejandro Ossola:

Es que existe un problema insalvable, si lo que se pretende es brindar una respuesta de tipo pétreo, que se mantenga inmutable al paso del tiempo: las fronteras del orden público, que hacen a su delimitación cualitativa y cuantitativa, son dinámicas por naturaleza, se mueven permanentemente.⁹

La Comisión redactora ha aclarado expresamente que se ha tratado de incluir en el CCYC sólo aquellas definiciones que tienen efecto normativo y no meramente didáctico, en consonancia con la opinión de Vélez Sarsfield, primer codificador, expresada en la nota al artículo 495 del Código Civil¹⁰.

Así las cosas, el CCYC de la República Argentina establece con mucha amplitud y vaguedad en su artículo 12 que:

Las convenciones particulares no pueden dejar sin efecto las leyes en cuya observancia está interesado el orden público.

El acto respecto del cual se invoque el amparo de un texto legal, que persiga un resultado sustancialmente análogo al prohibido por una norma imperativa, se considera otorgado en fraude a la ley. En ese caso, el acto debe someterse a la norma imperativa que se trata de eludir.

⁹ PIZARRO, RAMON D. Y OSSOLA, FEDERICO ALEJANDRO, "Orden Público en la responsabilidad civil", Revista La Ley AÑO IXXIX N° 221, 23/11/15, Tomo 2015-F. Cita on line: AR/DOC/4208/2015

¹⁰ Nota al art. 495 del Código de Vélez: (...) Nos abstenemos de definir, porque, como dice FREITAS, las definiciones son impropias de un código de leyes, y no porque haya peligro en hacerlo, pues mayor peligro hay en la ley que en la doctrina (...).

Queda en evidencia que en este artículo se incluyen dos conceptos totalmente diferentes, a saber, orden público en el primer párrafo, y fraude a la ley, es decir a normas imperativas en el segundo párrafo, lo cual no contribuye a agregar claridad ya que una lectura rápida del texto podría inducirnos a pensar que el artículo 12 citado pone a un mismo nivel –o como sinónimos– a lo que denominamos leyes imperativas y a las normas en cuya observancia esté interesado el orden público. Sería un error abismal asumir que las voces “leyes de orden de orden público” y “leyes imperativas” podrían ser utilizadas indistintamente. Reconocida doctrina se ha encargado de aclarar que normas imperativas y orden público no son equivalentes. Rivera sostiene que si bien toda ley de orden público es imperativa, no toda ley imperativa es de orden público, aunque aclara que Borda identifica a las leyes de orden público con las normas imperativas¹¹. Stiglitz pareciera resaltar que las normas de orden público son una categoría superior dentro de las normas imperativas, al sostener lo siguiente:

Las partes en sus negocios pueden reproducir las normas imperativas (el texto o su sentido) pero no pueden en virtud de sus preceptos contradecirlas, muy especialmente cuando en su observancia estén interesados el orden público y las buenas costumbres, nociones que participan de las cláusulas abiertas o válvulas que tienen por finalidad oxigenar al sistema positivo¹².

A su vez, Leiva Fernández destaca que “...lo requerido para que exista fraude a la ley es que la norma soslayada sea imperativa, no de orden público, aunque todas las de orden público sean imperativas y no viceversa”¹³.

Así las cosas, en cuanto a las leyes de orden público así como en cuanto a normas imperativas, en algunas oportunidades el legislador facilita la tarea del jurista y asigna expresamente el carácter de orden público a la norma sancionada; tal es el caso de la ley de contrato de trabajo. No obstante, ello no suele suceder en la mayoría de las normas. A su vez, en ciertas oportunidades el legislador deja claro que ciertos

¹¹ RIVERA, JULIO CESAR, *Contratos, parte general*, autores Julio Cesar Rivera; Graciela Medina; Luis D. Covi, 1ª ed, CABA, Abeledo Perrot, 2017, pág. 32

¹² STIGLITZ, Rubén S., *Autonomía de la voluntad y revisión del contrato*, Buenos Aires, Ed. De Palma, 1992, pág. 27

¹³ LEIVA FERNANDEZ, LUIS F. P., “Orden Público y Fraude a la Ley”. Revista La Ley AÑO IXXIX Nº 207, 3/11/15, Tomo 2015-F, pág. 596 y ss. Cita on line: AR/DOC/3878/2015

derechos otorgados por leyes de orden público no pueden ser renunciados, como es el caso de los derechos concedidos al trabajador por las leyes laborales. Cuando la ley no especifica al respecto, la tarea queda en manos del juez.

Por otra parte, las definiciones propuestas por doctrinarios y jueces son muy vagas y genéricas y brindan en algunos casos más confusión que claridad. Nuestra Corte Suprema ha determinado que “Las disposiciones de orden público no son tales porque se las califique así en las propias leyes, sino por su naturaleza, en razón de las causas que determinaron su sanción y los fines que se han procurado obtener con ellas”¹⁴, lo cual tampoco nos ayuda demasiado a delimitar el concepto. Asimismo, en un comentario al artículo 21 del Cód. Civil de Velez –antecesor del artículo 12 del CCYC– se ha afirmado lo siguiente:

La noción de orden público se resiste a una definición precisa, es un concepto inasible, ligado esencialmente a las ideas que predominan en la sociedad. Como punto de partida para aproximarse a su concepto, se debe afirmar que el orden público es un conjunto de principios, y no de disposiciones o de leyes¹⁵.

Por tanto, resulta imprescindible arribar a un concepto de orden público para poder ubicarlo, identificarlo y reconocerlo en el complejo plexo normativo vigente, a fin de poder determinar donde se encuentra el primer límite a la autonomía de la voluntad. Hay actualmente dos grandes grupos de teorías respecto al orden público: la doctrina de la organización social y la doctrina del interés general. Salvat y Llambías adhirieron a la primera, mientras que Borda es uno de los pocos autores en nuestro país que adhirió a la segunda. Nuestra jurisprudencia ha receptado, junto con la mayoría de los autores argentinos, la doctrina de la organización social. Salvat considera que:

La noción de orden público resulta de un conjunto de principios de orden superior, políticos, económicos, morales y algunas veces religiosos, a los cuales una sociedad considera estrechamente vinculada la existencia y conservación de la

¹⁴ CSJN, 19/9/47, Martín y Cía.. Ltda. c/Erazo, José S, LL 48-330

¹⁵ KALLER de ORCHANSKY, Berta, en su nota al art. 21 en *Código Civil y normas complementarias*, Bueres, Alberto J. (dir.), t. I, Ed. Hammurabi, p. 56., citada por VAZQUEZ FERREIRA, ROBERTO A., “Orden Público en el Derecho Consumidor”, Revista La Ley AÑO IXXIX N° 220, 20/11/15, Tomo 2015-F. Cita on line: AR/DOC/3875/2015

organización establecida: por ejemplo, la separación de los distintos poderes que ejerce el gobierno, la libertad individual, la propiedad, etcétera¹⁶.

A su vez, en palabras de Llambías el orden público es el "...conjunto de principios eminentes –religiosos, morales, políticos y económicos– a los cuales se vincula la digna subsistencia de la organización social establecida"¹⁷. En cambio Borda, ha destacado que "una cuestión es de orden público cuando responde a un interés general, colectivo, por oposición a las cuestiones de orden privado, en las cuales solo juega un interés particular"¹⁸.

En una posición intermedia y abarcativa de sus efectos, Horacio De La Fuente define el orden público como "...la institución de que se vale el ordenamiento jurídico para defender y garantizar, mediante la limitación de la autonomía de la voluntad, la vigencia inexcusable de los intereses generales de la sociedad, de modo que siempre prevalezcan sobre los intereses particulares"¹⁹. Por su parte, Stiglitz hace referencia a la existencia de un orden público de protección y un orden público de dirección: el primero se aplica a favor del contratante débil y el segundo tiene por objeto suministrar cierta dirección a la producción, cambio y distribución de la riqueza.²⁰ Aclara Stiglitz al respecto:

El orden público de protección procura, al cabo, restablecer por medio de normas imperativas, el desequilibrio resultante –en ocasiones– de modernas formas de contratación, como la predispuesta. En otras, atiende a la misma finalidad, mediante la sanción de leyes en que presupone la existencia de un contratante débil y precisamente por ello incluye disposiciones de inexorable observancia en punto a la protección que le es debida²¹.

Ante conceptos tan generalizadores, la identificación de los principios y fuentes del orden público termina siendo tarea del juez. Ahora bien, es imprescindible estable-

¹⁶ SALVAT RAYMUNDO. *Tratado de Derecho Civil Argentino. Parte General*. 10° ed. Editorial TEA, 1958, Tomo I pág. 148

¹⁷ LLAMBIAS JORGE JOAQUIN, *Tratado de Derecho Civil Parte General Tomo I*, 16° Ed, Buenos Aires, Editorial Perrot, s.f., pág. 158.

¹⁸ BORDA, "Concepto de Ley de Orden Público", LL, 58-999.

¹⁹ DE LA FUENTE, HORACIO, *Orden Público*, Buenos Aires, Ed. Astrea, 2003, pág. 23

²⁰ STIGLITZ, Rubén S., ... ob cit, pág. 43

²¹ STIGLITZ, Rubén S., ... ob cit, pág. 46

cer con qué criterio los jueces los determinan. De la Fuente menciona la existencia de normas en blanco que en definitiva autorizan a los jueces a determinar el campo del orden público con un vasto margen de apreciación²². Por ejemplo, el CCYC establece en el artículo 279 que el objeto del acto jurídico no debe ser un hecho imposible o prohibido por la ley, contrario a la moral, a las buenas costumbres, al orden público o lesivo de los derechos ajenos o de la dignidad humana. Esto implica asignar necesariamente al juez la tarea de señalar si el objeto del acto jurídico en cuestión cae dentro de una de las situaciones mencionadas en la norma, entre las cuales se encuentran los hechos contrarios al orden público. Estamos ante un concepto que da vueltas en torno a sí mismo.

En cuanto a la noción de normas imperativas, que pareciera –en principio– menos abstracta que la de orden público, no resulta tampoco tarea fácil la determinación de sus límites. Resulta ilustrativo lo manifestado por Stiglitz:

La función de las normas imperativas se halla condicionada por su propia esencia. Es el ordenamiento legal el que les reconoce su prevalencia por sobre los preceptos de autonomía, y esa atribución está dada en consideración a que lo que regula (su contenido) no es factible de ser pospuesto por los particulares al configurar internamente sus intereses²³.

Volviendo a la segunda parte del artículo 12 del CCYC, sobre el instituto del fraude a la ley, Leiva Fernández, citando a Galgano postula lo siguiente:

El contrato en fraude a la ley es “el medio para eludir la aplicación de una norma imperativa, y mediante él las partes pretenden obtener un resultado que la ley prohíbe; sin embargo, a fin de no incurrir en la aplicación de la norma que prohíbe su realización, las partes utilizan uno o varios contratos lícitos en sí mismos a fin de realizar concretamente un resultado equivalente a aquel prohibido”²⁴.

Es decir que, el efecto del instituto del fraude a la ley surge claro de la redacción del artículo 12 del CCYC y consiste en la aplicación de la norma que se intentaba elu-

²² DE LA FUENTE, HORACIO... ob cit. Pág. 51

²³ STIGLITZ, Rubén S., ... ob cit, pág. 27

²⁴ GALGANO, FRANCESCO, El negocio jurídico, trad por Francisco P. Blasco Gascó y Lorenzo Prats Albentosa, Valencia, Ed. Tirant lo Blanch, 1992, pág. 271, citado en LEIVA FERNANDEZ, LUIS F. P., “Orden Público y Fraude... ob cit.

dir. Resulta importante destacar a esta altura que en algunos casos el CCYC alude a la expresión normas imperativas (art. 12, 150, 177, 1121, 1743 del CCYC). En otros casos, utiliza las voces “normas de carácter indisponible” o “normas indisponibles”. (art 962, 963, 964 y 1709 del CCYC). Se habla también en el artículo 1743 de derechos indisponibles y normas imperativas. Entiendo que tanto normas imperativas, normas indisponibles y normas de carácter indisponible, operan como sinónimos y así me referiré respecto a esas voces a lo largo de este trabajo.²⁵

En este sentido, el artículo 962 del CCYC establece que las normas legales relativas a los contratos son supletorias de la voluntad de las partes, a menos que de su modo de expresión, de su contenido, o de su contexto, resulte su carácter indisponible. Es decir que, si la ley no establece expresamente que una norma determinada es indisponible, el juez puede extraer tal conclusión del modo de expresión de la norma, de su contenido, o de su contexto. Sin perjuicio de la aclaración efectuada en este artículo del CCYC, sostengo que es muy difícil para las partes de un contrato establecer en forma previa al control judicial con total certeza y sin dejar lugar a dudas, cómo evaluarán los jueces la imperatividad o indisponibilidad de ciertas normas relativas al contrato de agencia, justamente porque la letra de la ley no es clara al respecto.

Coincide Leiva Fernández en identificar el término indisponible con imperativo, ya que al comentar la glosa al artículo 962 citado en el párrafo anterior –que claramente se refiere a normas de carácter indisponible– manifiesta que ‘La ley imperativa se impone a la voluntad de los particulares. La primacía de las “reglas imperativas” coin-

²⁵ La Real Academia Española define la palabra imperativo/a, como: Del lat. imperatīvus.1. adj. Que impera (manda). 2. m. Deber o exigencia inexcusables. (...). A su vez, el diccionario enciclopédico Salvat define a dicho término del siguiente modo: adj. Que impera o manda. (...) Fil. Norma ética con carácter de mandato (V. ETICA.) Deber o exigencia inexcusable. En cuanto al vocablo indisponible, no encontramos en ninguno de tales diccionarios una definición con sentido jurídico. El Diccionario Enciclopédico Vox 1. © 2009 Larousse Editorial, S.L., define el verbo disponer como “tr. Deliberar, mandar [lo que ha de hacerse]”. Y el vocablo indisponible como “adj. Que no puede disponerse.” Por tanto, si estamos ante una norma indisponible, es decir que no puede disponerse, ello significa que no se puede mandar en sentido contrario a ella.

cide, conforme lo explica Atilio Alterini, con lo previsto en los principios de Unidroit (art. 1.3) y en el Anteproyecto de Código Europeo de Contratos (art. 2.1)²⁶.

También soporta mi argumento el hecho de que el artículo 12 menciona el fraude a la ley como el acto que persigue un resultado sustancialmente análogo al prohibido por una norma imperativa. Y al tratarse la prelación de las leyes en el artículo 963 las normas imperativas no son mencionadas, sino que se alude a normas indisponibles. Si las normas imperativas fueran una categoría diferente de las normas indisponibles, deberían haber sido enunciadas por separado en el artículo 963.

Resumiendo, lo más asible que tenemos en el CCYC es la guía del artículo 962 respecto a cómo reconocer normas indisponibles o imperativas, es decir, deberemos atender al modo de expresión, contenido, o contexto de cada norma para verificar su imperatividad.

2.3 Noción de orden público internacional y normas internacionalmente imperativas

Adicionalmente al concepto de orden público analizado *ut supra*, no debemos soslayar la importancia de la noción de orden público internacional, que deberemos tener en cuenta en contratos internacionales, y el cual – si bien comparte la dificultad de su definición– no es coincidente con el concepto de orden público interno. Comenzaré por aclarar que un contrato internacional es un contrato que presenta puntos de conexión con dos o más ordenamientos jurídicos. En este caso, se tratará de contratos en los que agente y proponente tengan sus domicilios en distintos países.

²⁶ ALTERINI, Atilio A, *Contratos civiles, comerciales, de consumo. Teoría General*, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 1998, pág. 51, citado en LEIVA FERNANDEZ, LUIS F. P., *Código Civil y Comercial...*, TOMO V... ob cit, pág. 53. Tener en cuenta que en su versión 2010, posterior al libro de Alterini, las normas imperativas se encuentran previstas en el art. 1.4 de los principios Unidroit: ARTÍCULO 1.4 (Normas de carácter imperativo) Estos Principios no restringen la aplicación de normas de carácter imperativo, sean de origen nacional, internacional o supranacional, que resulten aplicables conforme a las normas pertinentes de derecho internacional privado.

Nos ilustra Marzorati al respecto y nos indica que "...el orden público internacional es un conjunto de principios –no de normas– inspiradores de la organización del Estado que, actuando como cláusula de reserva frente a soluciones del derecho extranjero (o de soluciones contractuales internacionales), excluyen su aplicación (...)"²⁷. En otras palabras, Biocca, Cárdenas y Basz resaltan:

El problema del orden público se plantea cuando el Derecho Extranjero indicado por la norma de conflicto para solucionar la cuestión de Derecho Internacional Privado está en pugna con principios fundamentales del Estado al que pertenece el juez que entiende en la causa. (...) Savigny distingue, pues, entre orden público interno y orden público internacional por sus efectos. Se observa así que el orden público interno limita la autonomía de la voluntad, en tanto que el orden público internacional limita la aplicación del Derecho extranjero²⁸.

A su vez, Noodt Taquela, citando a Batello Calderón, destaca lo siguiente:

El Derecho internacional privado distingue entre el orden público interno como el límite para la autonomía de la voluntad de las partes y el orden público internacional como el límite para la aplicación del derecho extranjero así como para el reconocimiento de las sentencias y laudos arbitrales extranjeros²⁹.

En todas las definiciones citadas se verifica que se sigue recurriendo a conceptualizaciones amplias y vagas que nos compelen a encontrar principios inspiradores de la organización del Estado, principios fundamentales del Estado, etc. "Los principios de orden público reflejan las necesidades y los valores sostenidos por la sociedad en un momento determinado."³⁰ En el mismo sentido, reputada doctrina ha resaltado:

Las leyes de orden público internacional son imperativas y territoriales, y para decidir si una ley tiene tal carácter en un momento determinado es necesario tener en cuenta las fluctuaciones de la opinión general y de la judicial de cada Estado³¹.

²⁷ MARZORATI OSVALDO J, *Derecho de los negocios internacionales*, Tomo I, 3ª ed, Buenos Aires, Ed Astrea, 2007, pág. 42

²⁸ Biocca, Feldstein de Cárdenas; Basz, ... ob cit, pág. 199

²⁹ BATTELLO CALDERÓN, Silvio J., *El orden público en el Derecho Internacional Privado del Mercosur*, Córdoba, Ed. Advocatus, 2012, ps. 24-25, citado por NOODT TAQUELA, MARIA BLANCA, "Incidencia de los valores globales en la evaluación del orden público internacional en el reconocimiento y la ejecución de los laudos arbitrales extranjeros", Publicado en: SJA 06/03/2019

³⁰ NOODT TAQUELA, MARIA BLANCA, ... ob cit

³¹ Biocca, Feldstein de Cárdenas, Basz, ... ob cit, pág. 203.

Así como en caso del orden público interno, el CCYC no nos presenta una definición que ayude a delimitar el concepto de orden público internacional. En este sentido, el artículo 2600 del CCYC en relación con el orden público en cuestiones internacionales prescribe que las disposiciones de derecho extranjero aplicables deben ser excluidas cuando conducen a soluciones incompatibles con los principios fundamentales de orden público que inspiran el ordenamiento jurídico argentino. Esta norma pareciera hacer alusión a que no todo principio de orden público excluye la aplicación de derecho extranjero, sino aquellos, y solo aquellos principios de orden público que “inspiran el ordenamiento jurídico argentino”.

Este artículo intenta mejorar –sin éxito– lo anteriormente prescripto por el artículo 14 inciso 2 del Código de Velez, que establecía que las leyes extranjeras no eran aplicables cuando su aplicación fuere incompatible con el espíritu de la legislación del Código. El nuevo CCYC amplía el concepto a otros cuerpos legales y alude a principios fundamentales de orden público que inspiran el ordenamiento jurídico argentino. Es lo que Boggiano denomina cláusula de reserva, o clausula general de orden público cuando afirma: “Los principios del derecho argentino actúan como “cláusula de reserva” frente a las soluciones del derecho extranjero”³². Agrega además lo siguiente:

La incompatibilidad con el espíritu de la legislación debe resultar de la lesión a principios generales inferidos de normas positivas de la legislación. No basta la contradicción con una norma o disposición particulares si no se contradice un principio. En algunos casos es clara la distinción, pero en otros las dificultades son graves. La primera dificultad proviene de la *vaguedad* de los principios generales, la cual produce hesitaciones en los *límites* del principio³³.

Se ha resaltado también:

Aunque, por la pobre redacción dada al artículo 2600, no haya sido expresamente previsto, corresponde afirmar qué [sic] ley extranjera debe contrariar de modo “grave” el derecho del juez para justificar la inaplicabilidad del derecho designado por la regla de conflicto, ya que el orden público es un remedio que desde sus orígenes se perfiló con un carácter excepcional con los estatutarios italianos (estatuto odioso) estructurándose con Savigny como un límite a la aplicación del de-

³² BOGGIANO ANTONIO, *Curso de Derecho Internacional Privado, Derecho de las relaciones privadas internacionales*, 2da ed. ampliada y actualizada, Buenos Aires, Ed Abeledo Perrot, 2000, pág. 247 y 251

³³ BOGGIANO ANTONIO, *ob cit*, pág. 247

recho extranjero y Mancini y su relación con la noción de “soberanía” (como principio superior y rector de todo el orden jurídico). El carácter excepcional forma parte de la actual configuración de la noción de orden público internacional³⁴.

No ha de confundirse el concepto de orden público internacional, con el de normas internacionalmente imperativas, previsto en el artículo 2599 del CCYC, según el cual las normas internacionalmente imperativas o de aplicación inmediata del derecho argentino se imponen por sobre el ejercicio de la autonomía de la voluntad y también excluyen la aplicación del derecho extranjero elegido por las normas de conflicto o por las partes. La noción de normas internacionalmente imperativas es sumamente diferente de la de normas imperativas o normas indisponibles del derecho doméstico. Las normas internacionalmente imperativas son conocidas como normas de policía; por ejemplo, normas aduaneras, de control de cambios, de protección del ambiente, de protección de la competencia, de la tutela de la parte débil del contrato, etc³⁵. Es decir que –según prescripto por el artículo 2599– las normas internacionalmente imperativas son normas del derecho argentino de aplicación inmediata, que limitan tanto el ejercicio del derecho de autonomía de la voluntad, como la aplicación del derecho extranjero elegido o aplicable según normas de conflicto. Ha de tenerse en cuenta que a tenor del artículo 2651 c) del CCYC, también se impondrán al contrato las normas internacionalmente imperativas de terceros estados que presenten vínculos preponderantes con el caso.

Sin perjuicio de lo anterior, es importante destacar y tener presente que en contratos internacionales las partes cuentan con amplia autonomía de la voluntad para incorporar al contrato disposiciones contractuales que desplacen normas coactivas del derecho elegido, usos y prácticas comerciales generalmente aceptados, costumbres y principios del derecho comercial internacional, etc. (art. 2651 inc. (c) y (d) CCYC),

³⁴ RODRIGUEZ, MONICA SOFIA, “Algunos problemas sobre la aplicación del Derecho Extranjero en el Nuevo Código Civil y Comercial Argentino: El tratamiento de las cuestiones propias del Derecho Internacional Privado”, Revista Pensar en Derecho, Nº 8 Año 5, pág. 207 a 242, 2016 Ed. Eudeba

³⁵ RIVERA, JULIO CESAR, *Contratos, parte general...* ob cit, pág. 570 y ss.

siempre y cuando con tal incorporación no se viole el orden público argentino. (art. 2651 inc. (e) CCYC). Queda en evidencia el hecho de que el nivel de autonomía de la voluntad es superior en contratos internacionales al permitido en contratos domésticos, ya que las partes contratantes se encuentran autorizadas inclusive a desplazar normas coactivas del derecho elegido, lo cual se alinea con la posibilidad otorgada a éstas para elegir qué ley regirá el contrato.

A esta altura –sin perjuicio de las dificultades apuntadas para definir los conceptos estudiados– podemos aseverar preliminarmente lo siguiente en relación a los efectos jurídicos producidos por éstos:

El orden público internacional argentino limita la aplicación del derecho extranjero en contratos internacionales. Las normas internacionalmente imperativas se imponen por sobre el derecho extranjero y la autonomía de la voluntad de las partes en contratos internacionales. Las normas imperativas del derecho argentino limitan la autonomía de la voluntad en contratos domésticos, no así en contratos internacionales. El orden público interno limita la autonomía de la voluntad, tanto para contratos domésticos como para contratos internacionales. Y finalmente, el fraude a la ley, tanto en contratación doméstica como internacional, conlleva la consecuencia de aplicación de la norma que se pretendía eludir.

2.4 Contratos por adhesión a cláusulas predispuestas en derecho argentino

Debe tenerse sumamente presente que la forma de negociar y suscribir contratos en la actualidad ha cambiado mucho respecto del contrato comercial clásico, cuya figura partía del presupuesto de igualdad de poder de negociación entre las partes. Las necesidades de comercialización masiva de bienes y servicios y la creciente estandarización en las empresas a fin de reducir costos de negociación y de gerenciamiento de los contratos suscriptos, deriva en la aplicación cada vez más usual de contratos con cláusulas predispuestas por la parte con mayor poder de negociación. Ge-

neralmente, se verifica en la práctica una tendencia a uniformar las redes de distribución –integradas por agentes comerciales, entre otros– por parte de los proponentes, lo que implica que sean ellos quienes diseñan los contratos de agencia para regirse en un marco estandarizado, muchas veces impuesto. Un agente con capacidad de imponer condiciones –a mi criterio– sería una situación de excepción. Es un hecho que en la actualidad la igualdad de poder de negociación entre partes comerciales, en muchos casos, ha pasado a ser una excepción más que una regla.

El CCYC ha receptado esta problemática moderna, dedicando parte de su articulado al tratamiento en la Sección segunda del Capítulo tercero del Título II de dicho cuerpo legal, de los contratos celebrados por adhesión a cláusulas generales predisuestas. Comenzaré aclarando que el CCYC incurre en un grave error metodológico al limitar la adhesión a cláusulas generales ya que, como se explicará a continuación, también puede existir adhesión a cláusulas particulares.

El artículo 984 del CCYC –que repite el error metodológico mencionado en el párrafo anterior– establece que el contrato por adhesión es aquel por el cual uno de los contratantes adhiere a cláusulas generales predisuestas unilateralmente, por la otra parte o por un tercero, sin que el adherente haya participado en su redacción. Esto no significa que no se pueda negociar alguna cláusula particular menor³⁶ sino que en líneas generales lo primordial y relevante del contrato es impuesto por la parte fuerte de la relación, aun cuando se pretenda hacer que los documentos se suscriban en la forma de una oferta remitida por la parte débil a la parte que ha redactado las condiciones³⁷.

Considero oportuno proponer una modificación al CCYC en la que se elimine la referencia a cláusulas generales, para simplemente referirse a adhesión a cláusulas

³⁶ Conforme JUNYENT BAS, FRANCISCO y MARIA CONSTANZA GARZINO, “La regulación de los contratos en el Código Civil y Comercial”, REVISTA DE LA FACULTAD DE CIENCIAS ECONÓMICAS - UNNE, Número 15, PRIMAVERA 2015, ISSN 1668-6365

³⁷ Comparte esta opinión HOCSMAN HERIBERTO SIMON, *Contratos Modernos de Distribución Comercial*, Buenos Aires, Ed Lexis Nexis, 2007, pág. 270

predispuestas, lo cual es más amplio y acorde a la realidad negocial imperante en la actualidad. Tal como ha destacado el Dr. Guillermo Mizraji en las discusiones que hemos mantenido durante la evolución de este trabajo –opinión que comparto– los contratos por adhesión no son una categoría o figura típica sino que se distinguen por la forma en la que se ha prestado el consentimiento. La evolución ha llevado a una simplificación y estandarización en la forma de concertar acuerdos, que generalmente son propuestos por la parte con mayor poder de negociación, pudiendo contener tanto cláusulas generales como particulares. Un ejemplo claro de esta situación es la emisión de una orden de compra por parte de una empresa, que contenga cláusulas generales y a su vez particulares referidas, por ejemplo, a la forma de pago, condiciones de entrega, etc. El hecho de que la orden de compra contenga cláusulas particulares no impide que dicho contrato de compraventa pueda ser considerado un contrato por adhesión, ya que la adhesión es una característica del consentimiento.

Comúnmente, en casos de suscripción de contratos de agencia es el proponente quien redacta y en cierta forma impone cláusulas estándar a sus agentes comerciales, aprovechando el interés de los empresarios que aspiran a integrar la red de distribución del principal. En otras palabras, si bien ambas partes son comerciantes, resulta claro que, en líneas generales, el proponente detenta un mayor poder de negociación. En igual sentido Marzorati ha calificado al agente como la parte débil de la relación³⁸. No obstante, hay doctrinarios que sostienen –lo cual no comparto– que el agente es quien detenta mayor poder de negociación en la relación de agencia atento a su profesionalismo y a la necesidad que tiene el proponente respecto del agente para colocar en el mercado sus productos y/o servicios³⁹. Podrán darse, en todo caso, situaciones

³⁸ MARZORATI OSVALDO J, *Sistemas de Distribución Comercial*, 2ª edición, Buenos Aires, Ed Astrea, 1995, pág. 6.

³⁹ Entre ellos: (1) Mizraji G., quien sostiene que a través del contrato de agencia se “regula el desarrollo de una actividad profesional, organizada y retribuida...” Mizraji, Guillermo J.H., “*Caracterización de la Agencia Comercial*”, La Ley, 19/07/1991; (2) Gastaldi J. M. quien destaca que “el agente comercial ofrece el conocimiento del mercado, acceso a él, experiencia en el mismo”. *Informe inédito sobre Contrato de Agencia Comercial* (1991).; (3) Mercadal Vidal, Francisco, quien afirma, citando a Diez Picazo, que “el

con agentes fuertes o con proponentes fuertes, según las circunstancias particulares de cada contraparte, aunque a mi criterio son mayoría los casos de agentes como parte débil, que de agentes con capacidad de imponer condiciones.

Comparto la opinión de Hoczman, quien citando a Farina resalta lo siguiente:

(...) las diferencias de dimensión que se presentan entre las empresas distribuidas, concedentes, franquiciantes y comitentes, las cuales frecuentemente son filiales locales de grandes empresas transnacionales que dominan los mercados, en comparación con aquellas que resultan ser las distribuidoras, concesionarias, etc., que por lo general son pequeñas y medianas empresas – hasta incluso emprendimientos familiares–, se traducen también en diferencias de poder, que determinan –probablemente– los frecuentes abusos y arbitrariedades que sufre este segundo extremo de empresas⁴⁰.

Opina Junyent Bas con acierto que los “...contratos de agencia, concesión, distribución y franchising son fruto de estos nuevos fenómenos de comercialización, normalmente en situaciones de dominación”⁴¹. Sostengo, por lo tanto, que es generalmente el proponente quien impone las condiciones contractuales al agente, en una suerte de “tómalo o déjalo”. En línea con esta postura, afirma Hoczman:

(...) –aunque a nivel teórico y en un sensato desenvolvimiento comercial– el agente debería contar con una autonomía lo suficientemente amplia como para encontrarse en pie de igualdad con su cocontratante; empero, esto no ocurre, y el proponente termina siendo quien fija las normas de actuación con respecto al particular, debiendo el agente limitarse a aceptar o no las directivas que se le imparten⁴².

Comparto la opinión de Hoczman respecto a que –sin perjuicio de esta subordinación negocial– el agente mantiene su independencia jurídica para con el proponente.

agente será un empresario cuya profesionalidad se caracteriza precisamente por hacer de la agencia su actividad económica habitual, poniendo su propia empresa a disposición de la colaboración con el principal.” MERCADAL VIDAL, Francisco, *El contrato de agencia mercantil*, Bolonia, Publicaciones del Real Colegio de España, 1998, pág. 107.

⁴⁰ FARINA JUAN M. *Resolución del contrato en los sistemas de distribución*, Buenos Aires, Astrea, 2004, pág 45 y 46, citado a su vez por HOCSMAN HERIBERTO SIMON... ob cit, pág. 270

⁴¹ JUNYENT BAS, FRANCISCO Y RODRIGUEZ LEGUIZAMON, MARIA CECILIA, ... ob cit, versión ebook

⁴² HOCSMAN HERIBERTO SIMON... ob cit, pág. 33

Desde hace décadas las legislaciones, la jurisprudencia y la doctrina se están ocupando de la protección de la parte débil, inicialmente receptando los principios protectores en la ley de defensa al consumidor y ahora extendiendo la protección a comerciantes más débiles en cuanto a poder de negociación contractual. En este caso, podemos proyectar esta protección al agente, pero ello debe hacerse con suma cautela, ya que, considerando cómo se ha tipificado el contrato de agencia en el CCYC, se corre el riesgo de tomar al proponente de rehén. Más aun en casos de contratación internacional, ya que no podemos soslayar el hecho de que las empresas que operan transnacionalmente suelen basarse en los usos y costumbres para contratar y el CCYC los autoriza a crear su propia ley, lo cual se vería cercenado con una revisión amplia de contratos por parte del Poder Judicial.

En palabras de Stiglitz, la desigualdad entre contratantes "...evidenció la necesidad de hallar mecanismos cuya finalidad se centre en la protección de quien ya es desigual en etapa genética, o en hallar fórmulas conducentes al restablecimiento del equilibrio perdido"⁴³. En línea con ello se ha resaltado que:

La teoría clásica de la autonomía de la voluntad que confiere a la palabra empeñada en los contratos fuerza obligatoria semejante a la de la ley ha sido debilitada por la civilización jurídica, no sólo para compensar los desequilibrios generados en la contratación en masa, sino también, para tutelar a la parte débil, y de allí, los denominados contratos con cláusulas predispuestas y el contrato de consumo⁴⁴.

Reitero, esto debe hacerse con cautela para no generar desequilibrios que en definitiva terminen atentando contra la seguridad jurídica por convertirse la revisión judicial del contrato en la regla, más que la excepción.

Junyent Bas nos aclara también que el Proyecto de Código Civil de 1998 distinguió distintas especies de contrato, entre las que se encontraban el contrato predispuesto (cuyas estipulaciones han sido determinadas unilateralmente por alguna de las

⁴³ STIGLITZ, Rubén S.... ob cit, pág. 26

⁴⁴ JUNYENT BAS, FRANCISCO y MARIA CONSTANZA GARZINO... ob cit

partes) y el contrato por adhesión (contrato predispuesto en que la parte no predisponente está precisada a dar su aceptación)⁴⁵. Sin embargo, el CCYC, apartándose de este criterio, regula "los contratos celebrados por adhesión a cláusulas generales predispuestas", integrando ambos conceptos para medir las consecuencias, lo cual por mi parte considero oportuno desde el punto de vista metodológico –con la salvedad realitzada anteriormente– en contra de lo que opina la mayoría de la doctrina de nuestro país. Ello porque, tal como se expresó en los Fundamentos de Anteproyecto de Código Civil y Comercial de la Nación:

(...) El contrato se celebra por adhesión cuando las partes no negocian sus cláusulas, ya que una de ellas, fundada en su mayor poder de negociación, predispone el contenido y la otra adhiere. La predisposición, en cambio, es una técnica de redacción que nada dice sobre los efectos. (...) La adhesión es una característica de un acto del aceptante, y no una calidad del contenido, como ocurre en la predisposición. El primer elemento activa el principio protectorio, mientras que el segundo es neutro, ya que puede o no existir abuso⁴⁶. (el subrayado es mío)

El artículo 988 del CCYC prescribe claramente que en los contratos celebrados por adhesión a cláusulas generales⁴⁷ predispuestas se deben tener por no escritas: a) las cláusulas que desnaturalizan las obligaciones del predisponente; b) las que importan renuncia o restricción a los derechos del adherente, o amplían derechos del predisponente que resultan de normas supletorias y; c) las que por su contenido, redacción o presentación, no son razonablemente previsibles. En palabras de la Comisión redactora:

Las cláusulas abusivas se tienen por no convenidas. Cuando el juez declara la nulidad parcial del contrato, simultáneamente lo debe integrar, si no puede subsistir sin comprometer su finalidad. La aprobación administrativa de las cláusulas generales no obsta a su control judicial⁴⁸.

⁴⁵ JUNYENT BAS, FRANCISCO Y RODRIGUEZ LEGUIZAMON, MARIA CECILIA, ... ob cit, versión ebook

⁴⁶ Fundamentos de Anteproyecto de Código Civil y Comercial de la Nación, presentados por la Comisión, integrada por los doctores Ricardo Luis Lorenzetti, como Presidente, y Elena Highton de Nolasco y Aída Kemelmajer de Carlucci, en cumplimiento de los objetivos y plazos señalados por el decreto presidencial 191/2011

⁴⁷ Tener en cuenta salvedad expresada en párrafos anteriores y propuesta de modificación normativa.

⁴⁸ Fundamentos de Anteproyecto de Código Civil y Comercial de la Nación... ob cit

Cuando el CCYC se refiere a cláusulas que desnaturalizan las obligaciones del predisponente debe entenderse que se refiere a aquellas cláusulas que excluyen la prestación principal del deudor. Tener claridad al respecto es muy importante para prevenir abusos en la utilización de esta herramienta con el fin de eludir indiscriminadamente el cumplimiento de lo acordado, ya que –con exceso en mi opinión– se ha extendido a comerciantes con menor poder de negociación el sistema proteccionista existente para consumidores. Con referencia a las cláusulas que importan una restricción de derechos del adherente o amplían los del predisponente, Rivera destaca lo siguiente:

Esta es una fórmula que proviene del artículo 37 de la Ley de Defensa del Consumidor y su interpretación y aplicación debe hacerse con cierto cuidado pues en realidad no cualquier renuncia del no predisponente y no cualquier ampliación de los derechos del predisponente constituyen en abusiva una cláusula. Así, si la renuncia o ampliación tiene una adecuada compensación o contraprestación no hay razón para que se la califique de abusiva; por ejemplo la vigencia de una cláusula limitativa de la responsabilidad es admisible si dentro del precio que paga el no predisponente se incluye un seguro del cual es beneficiario: tal sucede en los contratos de espectáculo deportivo. De otro modo las normas supletorias dejarían de ser tales para convertirse en imperativas pues no podrían ser sustituidas por lo que resulte de la voluntad de las partes por el solo hecho de tratarse de un contrato predispuesto⁴⁹.

Entiendo que interesa al orden público argentino que se mantenga el principio conmutativo en los contratos y que no se configuren situaciones de abuso de derechos y por tanto, el artículo 988 CCYC es una norma de orden público inderogable para las partes del tipo de las mencionadas anteriormente –normas en blanco– que posibilitan a los jueces limitar los alcances de la autonomía de la voluntad. Este artículo contiene una cláusula abierta que deja la interpretación en manos del juez. En otras palabras, la justicia conmutativa y mantenimiento del principio sinalagmático son esenciales para el interés general de la sociedad, protegiendo al débil de los abusos en el intercambio de bienes y servicios. Tal como sostuvo Stiglitz, “Es que el margen de libertad que el legislador otorga a los contratantes, no debe importar un atentado contra libertades tanto

⁴⁹ RIVERA, JULIO CESAR, *Contratos, parte general...* ob cit, pág. 256.

o más esenciales que la libertad contractual”⁵⁰. Sin perjuicio de ello, la protección dada a la parte adherente en un contrato de adhesión a tenor del artículo 988 CCYC resulta un tanto excesiva. No parece coherente colocar al mismo nivel a un consumidor y a un “contratante débil”. Es por ello que, el Anteproyecto de Reforma al Código Civil y Comercial y de Familia, elevado al Ministro de Justicia y Derechos Humanos el 13 de septiembre de 2018 por los integrantes de la comisión ad honorem designada por decreto 182/2018 para la modificación parcial de Código Civil y Comercial, propone sustituir el artículo 988 por el siguiente: “En los contratos previstos en esta sección, se deben tener por no escritas: (...) b) las condiciones generales no específicamente aceptadas por el adherente, que importan renuncia o restricción a sus derechos, o amplían los derechos del predisponente que resultan de normas supletorias”. Ello brinda la posibilidad de evitar la sanción prevista en el artículo para la parte que propone el contrato, mediante la aceptación específica por parte del adherente de estas cláusulas en cuestión, para evitar al adherente el factor “sorpresa”.

A tenor de esto, como conclusión parcial en referencia a este punto, entiendo que en los casos en que los contratos de agencia suscriptos puedan ser calificados como contratos de adhesión a cláusulas predisuestas emanados del proponente – hasta que no se modifique el CCYC– cualquier acuerdo de partes que desnaturalice las obligaciones del proponente o limite los derechos del agente comparados con los previstos en el cuerpo legal, quedará sujeto a revisión judicial y aquí es donde los jueces deben actuar con mucha cautela, más aun en contratos internacionales. Sostengo que para cumplir con la finalidad de protección los jueces deberán analizar los contratos como un todo y no por cláusulas aisladas, ya que en muchas oportunidades los contratantes se apartan de las normas supletorias justamente para alcanzar la equidad, al obtener beneficios que tal vez no han sido previstos por la norma, resignando a cambio otros derechos. Si el desvío de la norma en ejercicio de autonomía de la volun-

⁵⁰ STIGLITZ, Rubén S... ob cit, pág. 32

tad se encuentra justificado por una consiguiente ventaja para la parte que renuncia a un derecho previsto en la legislación, no deberán los jueces inmiscuirse en tal situación, so pena de restar valor al principio *pacta sunt servanda*. Las situaciones de abuso han de ser muy claras para permitir la intervención judicial, aún en los casos de contratos de adhesión a cláusulas predispuestas ya que es usual que los contratos se otorguen en dichos términos a fin de uniformar las redes de distribución, lo cual no necesariamente implica un abuso de poder, máxime en contratos internacionales a los cuales no todo comerciante accede.

2.5 Seguridad jurídica, orden público y libertad contractual

He de centrarme en este acápite en el estudio de la relación entre seguridad jurídica, orden público y libertad contractual ya que estos tres conceptos se relacionan de un modo según el cual, no pueden coexistir sin invadir entre sí sus esferas de actuación. En otras palabras, libertad contractual –o autonomía de la voluntad– y orden público son conceptos a veces antagónicos ya que el orden público actúa como límite a la libertad, encontrándose la seguridad jurídica en algún punto entre ambos.

“La Seguridad Jurídica es un principio conocido en el área del derecho, que representa la certeza del conocimiento de todo lo previsto como prohibido, mandado y permitido por el denominado poder público.”⁵¹ A su vez:

La autonomía de la voluntad designa, según su etimología, el poder que tiene la voluntad de darse su propia ley. En el pensamiento jurídico, la autonomía de la voluntad representa un concepto doctrinal que se traduce en normas positivas, y que en una primera aproximación significa que la voluntad es la fuente y la medida de los derechos subjetivos (...) Otorga al hombre derechos naturales anteriores a los de la sociedad, entre los cuales el esencial es el de la libertad. Hace del individuo la fuente del derecho, lo que doctrinalmente se dio en llamar la autonomía de la voluntad, y asigna como fin del derecho la coexistencia de las voluntades individuales⁵².

⁵¹ LOPEZ OLIVA, JOSE O., “La consagración del principio de seguridad jurídica como consecuencia de la Revolución Francesa de 1789”, Revista Prolegómenos - Derechos y Valores - pp. 121 - 134, 2011 – II, Bogotá, D.C. Colombia - Volumen XIV - No. 28 - Julio - Diciembre 2011 - ISSN 0121-182X

⁵² STIGLITZ, Rubén S... ob cit, pág. 10

Tanto seguridad jurídica como autonomía de la voluntad son altamente valoradas en nuestro sistema jurídico. La autonomía de la voluntad permite a los individuos ante determinadas situaciones, al menos contractualmente, crear su propia ley, y ello les otorga seguridad jurídica ya que les brinda certeza respecto al alcance de la ley creada por ellos mismos, por su propia determinación.

La autonomía de la voluntad y la seguridad jurídica son un derecho y principio que tienen su raíz y origen en la propia Revolución Francesa, en la cual el pueblo se liberaba de las imposiciones y despotismo de la monarquía. Previo a la Revolución, la ley era impuesta e interpretada a su antojo por parte del rey; "...bajo el gobierno monárquico de Luis XIV, proliferó un completo despotismo (...) entendido como la centralización desmedida del poder, en este caso en manos del monarca, quien lo justificaba apoyado en el argumento de la divinidad del reino"⁵³. El 14 de julio de 1789 se produjo el asalto al presidio de La Bastilla. La Revolución produjo un cambio profundo de paradigma, a partir del cual surgieron nuevos grupos sociales, exigiendo la igualdad de todos los ciudadanos ante la ley, al grito de "libertad, fraternidad e igualdad". Tal como sostiene Trigo Represas citando a Recasens Siches, 'Más que por un imperativo de justicia, "el derecho nace a la vida humana para colmar una urgencia de seguridad y certeza en las relaciones sociales"⁵⁴. Una seguridad y certeza de la que no gozaban los ciudadanos antes de la Revolución.

A partir de la Revolución se sostuvo una concepción liberal del contrato, se postulaba y presuponía que las partes de un contrato nacían iguales en derechos⁵⁵. Refiriéndose a ello, Stiglitz afirmó lo siguiente:

⁵³ FIORAVANTI, Maurizio. (2000) *Los Derechos Fundamentales. Apuntes de Historia de las Constituciones*. Editorial Trotta. 2000. Madrid, pág. 56 citado por LOPEZ OLIVA, JOSE O... ob cit

⁵⁴ RECASENS SICHES, Luis, "Nueva filosofía de la interpretación del Derecho", Ed. Fondo de Cultura Económica, México, 1956, p. 274, citado por TRIGO REPRESAS FELIX A., "Orden Público en el Derecho de las Obligaciones". Revista La Ley AÑO IXXIX N° 222, 24/11/15, Cita on line: AR/DOC/4008/2015.

⁵⁵ El artículo 1 de la Declaración Universal de los Derechos del Hombre y del Ciudadano, aprobada por la Asamblea Nacional Constituyente francesa el 26 de agosto de 1789 rezaba: "Los hombres nacen y per-

(...) el individualismo no admite racionalmente la necesidad de que el juez revise el contrato con fundamento en que éste es la resultante de un acuerdo entre iguales y libres y, por tanto, lo acordado sólo es factible de ser modificado por las mismas partes contratantes, celebrando otro contrato. Tampoco conceptualmente se acepta que el contrato se torne injusto, pues no es imaginable que quien por esencia es libre, autolimita su libertad al contratar, para consagrar una consecuencia injusta contra sí mismo⁵⁶.

Así, la Declaración Universal de los Derechos del Hombre y del Ciudadano sentó el principio de que lo que no está prohibido está permitido y una suerte de “mi libertad termina cuando empieza la del otro”, sin proteger a ningún individuo de modo especial por considerarlo débil.⁵⁷ Volviendo sobre lo anterior, ha de tenerse en cuenta que previo a la Revolución Francesa las decisiones judiciales estaban sesgadas por los intereses del rey y carecían de imparcialidad, por lo tanto, luego de la Revolución no había mejor ley para los individuos que la creada por ellos mismos. Con la expedición del Código Civil Francés en 1.804, fuente del Código de Velez, se percibe claramente la consagración del principio de seguridad jurídica.

Ante la severidad planteada por la doctrina liberal, y las circunstancias cambiantes desde el origen de esta concepción, diversos juristas han sostenido que la libertad contractual es más aparente que real. Así, Stiglitz manifiesta que la doctrina ha sostenido que:

Por esencia, el contrato supone dos voluntades, independientes e iguales, que debaten libremente las condiciones de su acuerdo. Sin embargo, semejante situación se halla excepcionalmente realizada en la práctica. La contratación pone en evidencia que una de las partes, casi siempre, está económicamente en situación dominante, y que precisamente por ello es quien “establece la ley del contrato”. Ello implica que una voluntad se subordina a otra.”⁵⁸

manecen libres e iguales en derechos. Las distinciones sociales solo pueden fundarse en la utilidad común.”

⁵⁶ STIGLITZ, Rubén S ... ob cit, pág. 17

⁵⁷ ART 4 Declaración de Derechos: La libertad consiste en poder hacer todo aquello que no cause perjuicio a los demás. El ejercicio de los derechos naturales de cada hombre, no tiene otros límites que los que garantizan a los demás miembros de la sociedad el disfrute de los mismos derechos. Estos límites solo pueden ser determinados por la ley.

ART 5 Declaración de Derechos: La ley solo puede prohibir las acciones que son perjudiciales a la sociedad. Lo que no está prohibido por la ley no puede ser impedido. Nadie puede verse obligado a aquello que la ley no ordena.

⁵⁸ STIGLITZ, Rubén S ... ob cit, pág. 21

Comparto la opinión de Stiglitz respecto a que el ordenamiento jurídico restringe el ejercicio de derechos subjetivos, especialmente el consistente en contratar al indicar cuales son los preceptos imperativos que operan como límites inherentes al contenido del contrato. Es decir, no existe una supremacía absoluta de la autonomía de la voluntad, sino que debe garantizarse la justicia contractual preservando una relación de equivalencia.⁵⁹ De hecho, en los Fundamentos del Anteproyecto de Código Civil y Comercial la Comisión ha dejado claro que ha presentado un Código de la igualdad y ha afirmado que:

Los textos vigentes regulan los derechos de los ciudadanos sobre la base de una igualdad abstracta, asumiendo la neutralidad respecto de las asignaciones previas del mercado. El anteproyecto busca la igualdad real, y desarrolla una serie de normas orientadas a plasmar una verdadera ética de los vulnerables⁶⁰.

Sin perjuicio de lo anterior, sostengo que la imprecisión del concepto de orden público y de la determinación de cuales son normas imperativas –lo cual ha quedado de manifiesto en los acápites anteriores– atenta en el actual contexto contra el principio de seguridad jurídica y libertad de contratar, ya que resulta sumamente difícil para el firmante de un contrato en el contexto proteccionista actual, tener confianza suficiente en que la autonomía de la voluntad –cuyo derecho le ha sido consagrado– le permitirá crear las normas de las relaciones jurídicas que establezca. Más aun, teniendo en cuenta que prestigiosa doctrina ha sostenido postulados como el siguiente:

(...) la autonomía de la voluntad de las partes ha de ceder siempre que se enfrente o entre en colisión con las “normas de orden público”. Debiendo tenerse en cuenta, a mayor abundamiento, que toda transgresión a leyes de “orden público” resulta ser de nulidad absoluta⁶¹.

Por lo tanto, el concepto de orden público debería ser tratado por los jueces con absoluta prudencia y carácter restrictivo so pena de conculcar derechos tan rele-

⁵⁹ STIGLITZ, Rubén S. ... ob cit, pág. 26

⁶⁰ Fundamentos de Anteproyecto de Código Civil y Comercial de la Nación... ob cit

⁶¹ TRIGO REPRESAS FELIX A., “Orden Público en el Derecho de las Obligaciones”. Revista La Ley AÑO LXXIX N° 222, 24/11/15, Cita on line: AR/DOC/4008/2015.

vantes como la libertad de contratación y el principio de seguridad jurídica, quebrantando el propio espíritu del CCYC, calificado en los Fundamentos como un Código de la Seguridad Jurídica⁶². Ello porque, otorgar al Poder Judicial la potestad de determinar en cada caso concreto –con cláusulas que operan como leyes en blanco– cuando entiende que se ha puesto en riesgo al conjunto de principios eminentes –religiosos, morales, políticos y económicos– a los cuales se vincula la digna subsistencia de la organización social establecida –por utilizar una de las tantas definiciones que se han ensayado sobre el tema– implica poner en juego la seguridad que buscan los individuos al contratar, en pos de proteger a quienes el juez considere partes débiles.

Si bien renombrada doctrina entiende que “el derecho actual no puede consentir que el contrato se convierta en un instrumento de opresión”⁶³, postulo firmemente que el derecho actual tampoco puede darse el lujo de convertir el orden público y las normas imperativas en un instrumento para atentar contra la seguridad jurídica de los contratantes. Y a ello se dirige a nuestro CCYC con las amplias modificaciones introducidas al Código de Velez en pos de la protección del débil, si el Poder Judicial no toma con criterio absolutamente restrictivo la posibilidad de revisar contratos de adhesión a cláusulas predispuestas, en los términos indicados en el acápite 2.4.

Me gustaría cerrar este acápite citando al Profesor Carlos Huberman, quien en muy pocas palabras nos ha dejado una conclusión magistral:

(...) he sostenido siempre que los términos “orden público, moral y buenas costumbres” no son suficientemente claros y precisos a fin de poner límites al objeto de los contratos, por cuanto no están definidos en ninguna norma jurídica que tipifique concretamente su contenido. Uno se puede preguntar si “la moral o las buenas costumbres” son conceptos compartidos por igual en una sociedad y, más aún, a través del paso del tiempo. ¿Acaso el orden público no ha sido empleado por distintos gobiernos y legislaciones en contextos totalmente diferentes

⁶² Fundamentos de Anteproyecto de Código Civil y Comercial de la Nación... ob cit: “Código para la seguridad jurídica en las transacciones comerciales. En tanto se trata de la unificación del derecho civil y comercial, también se han adoptado decisiones para promover la seguridad jurídica en las transacciones mercantiles. Por eso se regulan contratos de distribución, bancarios, financieros, fideicomisos, régimen contable de los comerciantes y muchos otros temas. Para esos fines se ha tenido en cuenta la legislación internacional y el aporte de numerosos especialistas.

⁶³ RIVERA, JULIO CESAR, *Contratos, parte general*... ob cit, pág. 32.

y arbitrarios? Por ello entiendo que estos conceptos no ayudan a la seguridad jurídica y menos aún a la disminución de discusiones judiciales⁶⁴.

2.6 Limitaciones del orden público en contratos domésticos e internacionales

El artículo 958 de nuestro CCYC reza: “Libertad de contratación. Las partes son libres para celebrar un contrato y determinar su contenido, dentro de los límites impuestos por la ley, el orden público, la moral y las buenas costumbres.” Es decir que, tienen libertad para decidir si contratar o no, y a su vez para determinar el contenido del contrato, con ciertas limitaciones. Si bien el artículo 958 no registra antecedentes en el Código de Velez, la libertad de contratar tiene desde larga data raigambre constitucional a tenor del artículo 19 de nuestra Carta Magna. Con lo cual, como conclusión preliminar sostengo que el CCYC mantiene con plena vigencia el principio de autonomía de la voluntad de las partes, el cual otorga fuerza obligatoria a las convenciones, con las limitaciones impuestas por el orden público.

En línea con ello, el artículo 960 del CCYC establece que los jueces no tienen facultad para modificar las estipulaciones de los contratos excepto que sea a pedido de una de las partes, cuando lo autoriza la ley, o de oficio cuando se afecta, de modo manifiesto, el orden público. Ergo, me veo obligada a concluir también que el orden público –independientemente de la vaguedad en su definición por parte de doctrina y jurisprudencia– plantea un límite infranqueable a la autonomía de la voluntad, tanto en contratos domésticos como internacionales, que autoriza a los jueces inclusive a actuar de oficio ante afectaciones manifiestas a éste. Me permito recordar también que, tal como he explicado en el acápite 2.3, el orden público internacional plantea un límite a la aplicación de legislación extranjera conforme el artículo 2600 CCYC.

Deseo a esta altura llamar a la reflexión respecto a la conveniencia de encarar una reforma legislativa al artículo 960 del CCYC, en línea con lo propuesto por la Co-

⁶⁴ Carta de Lectores publicada en *Diario La Nación* el 13/9/15 bajo el título “Nuevo Código”, firmada por el Profesor Carlos E. Huberman, DNI 4.522.431.

misión designada por decreto 182/2018 para reformar parcialmente el CCYC, atento a que tolerar la intromisión de oficio de los jueces en cuestiones privadas dándoles autoridad para modificar el contenido de los contratos por el hecho de considerarse que se afecta de modo manifiesto el orden público, implica dar al Poder Judicial una supremacía exagerada y reñida con el espíritu del propio sistema legal argentino. Es por eso que la Comisión mencionada –en su Anteproyecto– propone eliminar la facultad de los jueces de modificar oficiosamente los contratos cuando se vea afectado el orden público. Aclara al respecto la Comisión en los fundamentos, que la sanción en ese caso es la nulidad absoluta que debe ser pronunciada de oficio por el juez, según lo prevé el artículo 387 del mismo CCYC.

Sin perjuicio de lo anterior, el artículo 944 establece que “toda persona puede renunciar a los derechos conferidos por la ley cuando la renuncia no está prohibida y sólo afecta intereses privados. No se admite la renuncia anticipada de las defensas que puedan hacerse valer en juicio.” El artículo 944 es el que ha reemplazado al 872⁶⁵ del anterior Código Civil, con una redacción –a mi criterio– superadora. En vez de disponer, como lo hacía el 872, que los derechos establecidos en interés particular son renunciables, salvo que esté interesado el orden público, la norma hace ahora alusión a la afectación a intereses privados y al hecho de que la renuncia no se encuentre prohibida, como límite de renunciabilidad. Ello nos lleva a pensar que, en principio, las partes encuentran limitada la autonomía de la voluntad respecto a cuestiones de orden público, pero nada impide a que las partes renuncien a ciertos derechos que les confiere el ordenamiento, aun derechos de orden público si se afectan intereses privados y la renuncia no está prohibida. Este artículo debe interpretarse en conjunto con el artículo 13 del CCYC, que prohíbe la renuncia general de leyes pero establece que los efectos de la ley pueden ser renunciados en el caso particular, excepto que el orde-

⁶⁵ “872 Código Civil anterior: Las personas capaces de hacer una renuncia pueden renunciar a todos los derechos establecidos en su interés particular, aunque sean eventuales o condicionales; pero no a los derechos concedidos, menos en el interés particular de las personas, que en mira del orden público, los cuales no son susceptibles de ser el objeto de una renuncia.”

namiento jurídico lo prohíba. Esta es una cuestión clave en cuanto al tema en estudio, ya que *a priori*, los derechos del agente comercial y proponente en la relación de agencia parecieran ser patrimoniales y con afectación a intereses privados. Por lo cual anticipo, preliminarmente, que algunos derechos del agente podrían ser renunciados, sin perjuicio de las situaciones en que se verifican supuestos de contratos de adhesión a cláusulas predispuestas.

Otro aspecto importante a tener en cuenta es el momento en que puede hacerse la renuncia a derechos. Así, el artículo 944 establece claramente que no se admite la renuncia anticipada de las defensas que puedan hacerse valer en juicio. Por lo tanto, pareciera que los derechos renunciables, podrían ser renunciados una vez adquiridos y no anticipadamente. Un caso típico es la prescripción: no puede pactarse en un contrato la imprescriptibilidad de un derecho. Sin embargo, una vez prescripto éste, la parte beneficiada por la prescripción puede optar por no oponer la defensa de prescripción en el expediente, lo cual resulta plenamente válido. En ese caso no hay una renuncia anticipada sino *a posteriori*.

En esta línea argumental De la Fuente –citando el equivalente al actual 944 CCYC en el viejo Código Civil– propone:

Como criterio general puede decirse que, en principio, cuando el derecho asignado por la norma imperativa tiene contenido patrimonial, se considera que solo se encuentra en juego un mero interés individual y no el de la sociedad, por lo que su destinatario podrá renunciarlo libremente (art. 872, Cod. Civil), configurándose así un supuesto de orden público relativo (imperatividad sin irrenunciabilidad).⁶⁶

Traspolando esta regla propuesta por De la Fuente al contrato de agencia, considero que parte de las normas que analizaré en el presente trabajo resultan ser o llanamente imperativas, o bien de orden público relativo, por ser de contenido patrimonial y tener en juego el interés individual de las partes en el contrato. Esto implica la posibilidad de ser renunciadas por las partes una vez planteado el conflicto, pero nun-

⁶⁶ DE LA FUENTE, HORACIO... ob cit Pág. 89

ca *a priori*. Sin embargo, hay ciertas normas que contienen efectos hacia terceros como por ejemplo, las relativas a representación, las cuales serán consideradas de orden público absoluto; por ende las partes no pueden derogarlas en uso de su autonomía de la voluntad. Entiendo que esta regla es también aplicable a los casos en que se configuran contratos de adhesión a cláusulas predispuestas, ya que el ejercicio de los derechos derivados de las normas de protección a la parte débil de un contrato, en definitiva afecta derechos patrimoniales de tal parte en situación de indefensión, y no un interés general de la sociedad.

En resumidas cuentas, habiendo concluido el segundo capítulo de este trabajo, he arribado a las siguientes conclusiones parciales:

1) Se mantiene vigente en nuestro CCYC el principio de autonomía de la voluntad, tanto en contratos domésticos como internacionales, pero con mayor amplitud en estos últimos, permitiéndose en casos de contratación internacional desplazar normas coactivas del derecho argentino, tal como se ha explicado en el acápite 2.3.

2) El orden público opera como límite a dicha autonomía de la voluntad, tanto en contratos internacionales como domésticos, llegando inclusive a estar autorizados los jueces a actuar de oficio ante afectaciones manifiestas a este, lo cual implica un exceso de atribuciones al poder judicial y debería ser revisado en una modificación al CCYC. Mientras esta modificación no suceda, los jueces deberán actuar al respecto con suma cautela. El orden público internacional funciona como límite a la aplicación de legislación extranjera.

3) Las normas imperativas o indisponibles, tal como se ha indicado en el acápite 2.3, imponen un límite a la autonomía de la voluntad en contratos domésticos, no así en contratos internacionales. Las normas internacionalmente imperativas operan como límite a la autonomía de la voluntad y aplicación de ley extranjera en contratos internacionales.

4) En caso de encuadrarse la contratación como contrato por adhesión a cláusulas predispuestas –por lograr demostrarse que el agente no ha tenido real posibilidad de negociar el contenido del contrato– y partiendo del postulado anticipado respecto a que el artículo 988 CCYC resulta ser una norma de orden público, podría argumentarse que las renunciaciones a derechos del adherente que no tengan una efectiva contraprestación para la parte renunciante, aun de normas supletorias, deben tenerse por no convenidas, ello tanto en contratos domésticos como internacionales.

5) Los derechos conferidos al agente por el CCYC, derivados de normas de orden público, podrían ser renunciados por éste una vez adquiridos y no anticipadamente, tanto en contratos domésticos como internacionales. Ello implica que la renuncia no podría hacerse válidamente a la hora de contratar, sino *a posteriori*, una vez adquirido el derecho. Sucede lo mismo en caso de normas imperativas para contratos domésticos. No obstante, tales derechos derivados de normas imperativas pueden ser renunciados en cualquier momento en contratos internacionales. Por otra parte, los derechos conferidos por normas supletorias podrían ser renunciados en el contrato en ejercicio de la autonomía de la voluntad, tanto para contratos domésticos como internacionales, salvo en caso de contratos por adhesión a cláusulas predispuestas.

3) REGLAS IMPERATIVAS Y/O DE ORDEN PÚBLICO RELATIVAS A AGENCIA EN EL CÓDIGO CIVIL Y COMERCIAL ARGENTINO

A continuación enunciaré todas las reglas específicas sobre contrato de agencia contenidas en el CCYC a las que considero normas imperativas y/o normas de orden público. Argumentaré en cada caso los motivos por los cuales sostengo que estas pueden resultar –o no– inderogables por las partes, aun en ejercicio de su derecho a la autonomía de la voluntad y haré especial distinción respecto a la situación para contratos domésticos o contratos internacionales.

3.1 Garantía del agente

El artículo 1482 del CCYC 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. “Si así se hubiere pactado, la responsabilidad del agente frente al preponente, por la mora del adquirente o usuario de los bienes o servicios en cuya comercialización hubiere intervenido, se limita hasta la concurrencia del monto que, en concepto de comisión por dicha operatoria, ya hubiere percibido.”⁶⁷

El proyecto de Reforma del Código Civil de 1998 establecía en la parte final del artículo 1361 que, salvo pacto en contrario, el agente no asume el riesgo de las operaciones ni representa al preponente. A su vez, el artículo 1363 preveía las reglas para pactar la asunción del riesgo en uno o más actos u operaciones, entre las cuales exigía que el pacto en cuestión se plasmara por escrito y fijara una retribución complementaria para el agente. Además, aclaraba que si hubiera manifiesta desproporción entre el riesgo asumido y la retribución pactada, el tribunal podría reducir el importe de la obligación del agente, teniendo en cuenta las circunstancias del caso y la actuación del agente. La redacción de los artículos 1479 segundo párrafo y 1482 del nuevo CCYC nos marcan la intención del legislador, que fue asegurarse que el agente no asumiera el riesgo por las operaciones concertadas, sino hasta el importe de la comisión que se le pudiera haber adelantado o abonado. “Si bien en el Proyecto de Reforma de 1998, el art. 1363 admitía la posibilidad de que el agente asumiera el riesgo de las operaciones promovidas o concluidas por cuenta del proponente, a través de una cláusula o pacto específico, con el nuevo ordenamiento jurídico el art. 1482 se constituye en una valla infranqueable a dicha ‘cláusula de garantía’. A partir de la regulación legal, se aplica la regla general, en orden a que el agente no puede obligarse por el incumplimiento de los clientes ni garantizar su solvencia frente al empresario, salvo

⁶⁷ CLUSELLAS, EDUARDO GABRIEL ... ob cit, pág. 292

que ya hubiese cobrado la comisión, y en dichos casos la garantía podrá constituirse hasta dicho importe.”⁶⁸

Entiendo, en principio, que no podrían válidamente el agente y el proponente pactar en su contrato una cláusula contraria a esta previsión. Ello porque, en los términos del artículo 962 del CCYC, sostengo que del contexto de la norma, y del hecho que se haya eliminado la posibilidad de pacto en contrario que preveía el Proyecto de 1998, el legislador le ha asignado imperatividad a esta prescripción. En la misma línea opinan Aicega y Gomez Leo, quienes sostienen que “el agente no puede otorgar garantía de solvencia de los clientes que contraten con el principal, excepto que haya efectivamente cobrado la comisión y siempre solo hasta ese límite.”⁶⁹

No obstante lo anterior, considero que debería estudiarse una modificación a esta norma para otorgar a las partes la posibilidad de pactar en contrario, retornando al modelo propuesto en el Proyecto de 1998, con una comisión o remuneración adicional por esta tarea. No debe perderse de vista el hecho incuestionable respecto a que el agente, al ser local y mantener el contacto con los clientes, está en una mejor situación que el proponente para evaluarlos crediticiamente. Más aún, puede darse el caso de operaciones que en condiciones normales serían descartadas o rechazadas por el proponente por no confiar en la solvencia del cliente, las cuales es posible llevar a cabo con una garantía del agente respecto a solvencia, que debería ser pactada de forma expresa.

Comparto la opinión de Cárdenas, autor Colombiano, respecto a que “...al agenciado le interesa que el agente garantice el cumplimiento del contrato por el tercero, pues él no conoce al cliente y de este modo evita que el agente, por el deseo de obtener una comisión mayor, celebre contratos en condiciones aparentemente muy lucrativas con personas de dudosa solvencia. El agente también resulta beneficiado,

⁶⁸ JUNYENT BAS, FRANCISCO Y RODRIGUEZ LEGUIZAMON, MARIA CECILIA... ob cit, versión ebook

⁶⁹ AICEGA, MARIA VALENTINA Y GOMEZ LEO, OSVALDO, *Código Civil y Comercial Comentado. Tratado exegético, TOMO VII*, Director general Jorge H. Alterini, 1ª ed, CABA, Ed. La Ley, 2015, pág. 436.

porque si escoge cuidadosamente a su clientela, no tendrá que responder por la garantía y podrá obtener una remuneración mayor de la que de ordinario le corresponde (...)”⁷⁰. Es una situación de ganar- ganar para ambas partes, la cual hoy –a mi entender– se encuentra vedada por nuestro CCYC, al menos para contratos domésticos.

Ahora bien, en caso de contratos internacionales la situación es diversa, debido a que la norma en análisis no puede ser considerada una norma internacionalmente imperativa por no tratarse de una norma de policía, y tampoco configura una norma de orden público, por lo cual las partes bien podrían acordar una solución diferente a la prevista en el artículo 1482, en tanto el artículo 2651 inciso c) del CCyC autoriza a las partes en contratos internacionales a desplazar en su contrato normas coactivas del derecho elegido.

3.2 Reclamos de terceros

Establece el artículo 1483 del CCYC en su inciso e) que entre las obligaciones del agente se encuentra la de recibir en nombre del empresario las reclamaciones de terceros sobre defectos o vicios de calidad o cantidad de los bienes vendidos o de los servicios prestados como consecuencia de las operaciones promovidas, aunque él no las haya concluido, y transmitírselas de inmediato. A su vez, en línea con esto, el artículo 1485 del mismo cuerpo legal establece que el agente no representa al empresario a los fines de la conclusión y ejecución de los contratos en los que actúa, excepto para recibir las reclamaciones de terceros previstas en el artículo 1483, inciso e). Por lo tanto, la previsión incluida en el art. 1483 inc. e) es la excepción a la regla de no representación prevista en el artículo 1485. La misma tiene su fuente e inspiración en el artículo 9 inciso d) de la Ley Española de Agencia del año 1992.

Nos ilustran Francisco Junyent Bas y María Cecilia Leguizamón respecto a que este inciso “...viene a dilucidar una cuestión que fue motivo de mucho debate doctrina-

⁷⁰ CÁRDENAS, JUAN PABLO, *El contrato de agencia mercantil*, Editorial Temis, Bogotá, Colombia, 1984, pág. 69

rio. Al no tener regulación legal, se discutía si el comprador de una cosa podía formular reclamos ante el agente sin representación.⁷¹

Farina anticipó la solución al sostener en el año 2005 lo siguiente:

Las reclamaciones que el tercero le formula al agente de comercio, relativas al incumplimiento contractual o ejecución defectuosa, son oponibles al preponente, pues la función natural del agente es recibir y transmitir a aquél toda la información necesaria y relativa a la concreción de los negocios. Para los terceros el agente es el medio idóneo para relacionarse con el comitente y por ello no puede decirse que debe limitar su actuación al simple hecho de elevar la propuesta de contrato; el agente actúa como medio de comunicación idónea entre preponente y terceros no solo para que el contrato se formalice sino en todo cuanto sea consecuencia inmediata y necesaria de su celebración y ejecución⁷².

Entiendo que esta previsión –aún a costa de cargar un riesgo extremadamente alto al proponente para quien el agente promueve negocios– guarda una relación estrecha con la protección de derechos de terceros, atento a que comúnmente el tercero no tiene relación con el proponente, sino que únicamente se vincula con el agente. Por lo tanto, esta norma no podría ser válidamente disponible para las partes de un contrato de agencia –es decir que se trata de una norma imperativa– puesto que la eliminación de esta obligación del agente afectaría directamente derechos de terceros a los cuales no podría oponerse un acuerdo de partes, debido a que esto afectaría la seguridad jurídica a la cual tienen derecho todos los contratantes. Opinan Alterini J. H. Y Alterini I. E. que la excepción prevista en el artículo 1483 inciso e) es un caso típico de representación pasiva, es decir la que “...circunscribe el facultamiento a la recepción de determinadas manifestaciones de voluntad de terceros, cual si fuera el representado”⁷³, mientras que lo vedado al agente conforme artículo 1485 es la representación activa, conforme ampliaré a continuación.

⁷¹ JUNYENT BAS, FRANCISCO Y RODRIGUEZ LEGUIZAMON, MARIA CECILIA... ob cit, versión ebook

⁷² FARINA Juan M, *Contratos Comerciales Modernos. Modalidades de contratación empresarial*, 3ª ed actualizada y ampliada, Buenos Aires, Astrea, 2005 Tomo 1 págs. 517 y 518. En posición contraria Mizraji Guillermo J.H., quien sostiene que no es función del agente recibir y transmitir información sino promover y eventualmente concluir contratos.

⁷³ AICEGA, MARIA VALENTINA Y GOMEZ LEO, OSVALDO... ob cit, Comentario al artículo 1485 con opinión de Alterini J. H. Y Alterini I. E., pág. 442.

Propongo realizar un paréntesis en este punto para evaluar si se arriba a las mismas conclusiones estando ante un contrato doméstico para ser ejecutado en Argentina o ante un contrato internacional. He afirmado en este acápite que las previsiones respecto a este tema –a mi criterio– son una norma imperativa. Si bien se trata de una norma que opera en beneficio de terceros, no considero que se trate de una norma de orden público ya que no detecto que existan intereses generales de la sociedad en juego, ni un interés general colectivo en esta obligación a cargo del agente, simplemente a través de la misma se brinda protección a terceros. Hemos de preguntarnos si se trata de una norma internacionalmente imperativa, lo cual descarto. Ello implica que en un contrato internacional las partes podrían acordar dejar de lado esta obligación, a tenor de lo prescripto en el artículo 2651 c) que autoriza a las partes en contratos internacionales a desplazar en su contrato normas coactivas del derecho elegido. Ahora bien, entiendo que distinto será el caso si el agente se encuentra en Argentina, o si el agente se encuentra en el extranjero. En la primera situación, es probable que un juez argentino que deba entender en esta cuestión se sienta inclinado a proteger los derechos de terceros que quisieran notificar al agente argentino, no teniendo tal vez un incentivo tan fuerte en proteger a terceros domiciliados en otro Estado, si el agente fuera extranjero y el proponente argentino. El riesgo grande que enfrentan agente y proponente, en caso de pactar una cláusula contraria a las previsiones del art. 1483 inciso e) del CCYC será que, sin perjuicio de lo acordado por ellos, cualquier notificación fehaciente realizada por el tercero al agente sea tomada por válida, vinculante y oponible al proponente, habilitando inclusive el inicio de acciones judiciales respecto a defectos o vicios de calidad o cantidad de los bienes vendidos o de los servicios prestados, aunque el agente no hubiera notificado la situación al proponente.

3.3 Representación

El artículo 1485 del CCyC aclara expresamente que el agente no representa al empresario a los fines de la conclusión y ejecución de los contratos en los que actúa. Me permito agregar que ello es salvo prueba en contrario, tal como ahondaremos a continuación. Ya he mencionado en el acápite anterior que la excepción a esta regla está plasmada en el artículo 1483, inciso e). A mayor abundamiento, agrega el artículo 1485 que el agente debe tener poder especial para cobrar los créditos resultantes de su gestión –lo cual es una franca contradicción con afirmar que el agente no representa al proponente– pero en ningún caso puede conceder quitas o esperas ni consentir acuerdos, desistimientos o avenimientos concursales, sin facultades expresas, de carácter especial, en las que conste en forma específica el monto de la quita o el plazo de la espera. Finalmente, el artículo en análisis prohíbe al agente desistir de la cobranza de un crédito del empresario en forma total o parcial, lo cual en opinión de Clusellas –que comparto– es contradictorio con la posibilidad de apoderar al agente de forma expresa para conceder quitas, ya que una quita no es otra cosa que desistir parcialmente de la cobranza de un crédito⁷⁴.

Resulta evidente que las previsiones del artículo 1485 han sido incluidas en el CCYC a fin de intentar proteger los derechos del proponente ante eventuales abusos por parte del agente, aunque en definitiva la solución prevista en la norma haya sido inadecuada. Pareciera también que se ha querido marcar una diferencia con lo previsto en el derecho anglosajón, según el cual existe una presunción respecto a que el agente representa al proponente. Pero en definitiva, ello no implica que proponente y agente no puedan concertar adicionalmente a la agencia un acuerdo por el cual se otorgue representación a este último para actuar en nombre del proponente. En mi opinión, no se trata de una norma de orden público sino de una norma imperativa respecto a la forma que debe adoptar el acto jurídico, la cual será indisponible para con-

⁷⁴ CLUSELLAS, EDUARDO GABRIEL ... ob cit, pág. 299

tratos locales pero no así para contratos internacionales, a tenor del art. 2651, inciso c) del CCYC.

Las facultades previstas en este artículo del CCYC son un caso de representación voluntaria, tal como define el art. 358 del mismo cuerpo legal, por resultar la representación de un acto jurídico. Por lo tanto, el apoderamiento deberá ser otorgado en la forma prescripta por la ley para el acto que el representante deba realizar. En el caso, si las partes quisieran que el agente tenga representación del proponente, y el agente cumpliera sus funciones en Argentina, simplemente debería el principal emitir un poder por escritura pública a favor del agente, tornándose el agente en mandatario del proponente. En cambio, si las partes en un contrato internacional optaran por regir su relación contractual de otro modo, otorgando representación al agente, bastará con cumplir las formalidades del Estado en el cual vaya a ejecutarse el contrato, para dotar al agente de representación. Ello sin perjuicio de que el agente actúe como gestor de negocios sin representación adecuada y que luego el proponente ratifique los actos y contratos concertados por éste, o que se otorgue representación al agente omitiendo el cumplimiento de las formalidades exigidas y luego se convierta el acto jurídico en los términos del artículo 1018 CCYC⁷⁵. “Cuando se trata de un acto jurídico formal no solemne o de solemnidad relativa y las partes omiten darle la forma que se requiere por el ordenamiento jurídico, como ya expresáramos, no por ello se acarrea la nulidad del acto sino que el ordenamiento le reconoce la eficacia de otro negocio jurídico con requisitos formales menores.”⁷⁶

Asimismo, debe tenerse en cuenta que las facultades conferidas en el poder son de interpretación restrictiva, máxime con las restricciones previstas en el artículo

⁷⁵ ARTICULO 1018.- Otorgamiento pendiente del instrumento. El otorgamiento pendiente de un instrumento previsto constituye una obligación de hacer si el futuro contrato no requiere una forma bajo sanción de nulidad. Si la parte condenada a otorgarlo es remisa, el juez lo hace en su representación, siempre que las contraprestaciones estén cumplidas, o sea asegurado su cumplimiento.

⁷⁶ LEIVA FERNANDEZ, Luis F. P. Y RIVERA Julio C., *La forma de los negocios jurídicos*, en RIVERA Julio C., *Instituciones de derecho civil. Parte general*, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1993, T II, núm. 1222, p 634 y 635, citado en LEIVA FERNANDEZ, LUIS F. P., *Código Civil... TOMO V... ob cit*, pág. 397

en análisis. Ante la emisión de un poder para facultar al agente para concluir contratos y recibir cobranzas, aplicarán al agente las reglas del mandato, con todos los deberes fiduciarios que ello implica, entre los que se encuentra la obligación de rendir cuentas por su gestión (arts. 1324 y 1334 CCYC).

Por otra parte, se verifica alguna dificultad metodológica para emitir poderes con facultades expresas para conceder quitas en cobranzas, si en el poder se debe hacer constar en forma expresa el monto de la quita o el plazo de la espera, en caso que el apoderamiento tuviera lugar antes de la mora del adquirente. En cuanto a esta situación en contratos internacionales, no es usual que el agente efectúe cobranzas por el proponente, ya que muchas veces comprador y vendedor están sujetos a normas de control cambiario, lo cual implica que ante cobranzas, aún con quitas, la transferencia deba hacerse internacionalmente del comprador al proponente a la cuenta bancaria indicada por éste para dar cumplimiento a normas de policía, tanto del país del exportador como del importador. Sin perjuicio de ello, nada obsta que ante situaciones de incobrabilidad, el agente –como parte local– ejecute las cobranzas por cuenta del proponente, tanto en sede judicial como extrajudicial, por encontrarse fácticamente en una mejor posición gracias a su cercanía geográfica con el cliente.

3.4 Ciertos casos que dan derecho a cobro de comisión

El artículo 1487 del CCYC establece que el agente tiene derecho a percibir la comisión en los siguientes casos: i) cuando las operaciones se concluyeron con su intervención durante la vigencia del contrato de agencia, siempre que el precio sea cobrado por el empresario; ii) cuando existieren operaciones concluidas con posterioridad a la finalización del contrato de agencia⁷⁷; iii) si el contrato se concluye con un cliente que el agente presentó anteriormente para negocio análogo, siempre que no

⁷⁷ Si bien este inciso del artículo no lo aclara expresamente, entiendo que por un error de redacción, asumo que se refiere a operaciones concluidas con clientes presentados por el agente, o con intervención del agente, ya que interpretar esto de otro modo implicaría dar perpetuidad a los contratos de agencia.

haya otro agente con derecho a comisión y iv) si el agente tiene exclusividad de zona o para grupo de personas, aún en caso que no haya sido promovida la operación por el agente, salvo pacto expreso y especial en contrario.

Nótese que es claro el artículo en relación a que el único de estos casos que admite pacto en contrario, es el de exclusividad de zona o grupo de personas. En este sentido, es usual que el proponente se reserve para sí contractualmente el derecho a concluir operaciones en forma directa sin que ello genere derecho a comisión. Es lo que en derecho anglosajón se conoce como “*sole agent*”, a diferencia del caso del “*exclusive agent*”. Si bien la norma no prescribe expresamente que los tres primeros casos no admiten pacto en contrario, es dable entender que la intención del legislador, al mencionar la situación de excepción únicamente en el último inciso del artículo, fue la de dotar a los primeros casos de una imperatividad tal que los torne indisponibles para las partes por autonomía de la voluntad. Conforme al texto del artículo 962 del CCYC, el carácter indisponible de esta norma resulta de su modo de expresión y su contenido. Coinciden con esta opinión Aicega y Gomez Leo, quienes manifiestan que no se admite pacto en contrario de estos supuestos, salvo en el caso del inciso c) del artículo en análisis.⁷⁸

La norma tiene como fuente el artículo 1368 del Proyecto de 1998⁷⁹, con la diferencia de que en tal Proyecto no se encontraba previsto el inciso a) del actual 1487 que prevé comisiones por operaciones concluidas luego de la extinción del contrato y que no se mencionaba la posibilidad de pacto en contrario para el caso del inciso c)

⁷⁸ AICEGA, MARIA VALENTINA Y GOMEZ LEO, OSVALDO... ob cit, pág. 445.

⁷⁹ ARTÍCULO 1368 del Proyecto de 1998.- Comisión. Operaciones comprendidas. Si la retribución es una comisión, el agente tiene derecho a percibirla por los contratos concluidos durante la vigencia del contrato de agencia:

- a) Si el contrato ha sido concluido con su intervención.
- b) Si el contrato ha sido concluido con un cliente que el agente ha presentado anteriormente para un negocio análogo, siempre que no haya otro agente con derecho a remuneración.
- c) Si el agente tiene exclusividad para una zona geográfica o para un grupo determinado de personas, cuando el contrato se concluye con una persona perteneciente a dicha zona o grupo, aunque el agente no la haya promovido.

que trataba el derecho a las comisiones en caso de exclusividad. Ello refuerza mi posición respecto a la inderogabilidad por las partes respecto a los restantes casos de devengamiento de comisión, ya que en el nuevo CCYC el legislador no se ha limitado a copiar la fuente, sino que ha remarcado expresamente la posibilidad de pacto en contrario únicamente respecto a las ventas directas en situaciones de exclusividad.

Ahora bien, ante esta norma coactiva del derecho argentino, imperativa e indisponible para las partes en derecho doméstico, que no afecta al orden público ni configura una norma internacionalmente imperativa, es decir norma de policía, nada obsta a que en un contrato internacional, los contratantes en uso de su autonomía de la voluntad, deroguen tal disposición para el caso concreto, lo cual sería a –mi entender– plenamente válido. Ello debido a que como he anticipado, tal situación se encuentra expresamente prevista en el artículo 2651 inciso c) del CCYC.

Me permito en este punto llamar a reflexión para evaluar una posible contradicción entre la obligación del proponente de abonar comisiones al agente por operaciones concluidas una vez extinguido el contrato, y la existencia de una indemnización por clientela pagadera luego de tal extinción. El hecho de la norma no establezca un límite temporal a esta obligación –tal como lo hace la ley española, sobre lo cual ahondaremos más adelante en este trabajo– genera falta de seguridad jurídica e inclusive podría implicar un enriquecimiento sin causa. Me pregunto: ¿por qué ha de pagar el proponente una comisión si ya ha indemnizado al agente por la clientela (“*goodwill*”) generada? Propongo que se someta este punto a una revisión legislativa, para eliminar del artículo 1487 del CCYC el derecho a comisiones por operaciones concluidas una vez extinguido el contrato, o establecer una limitación temporal de tres meses para ello, tal como se ha resuelto en la Ley española.

3.5 Plazo del contrato. Preaviso por extinción por rescisión incausada

El artículo 1491 del CCYC establece que, excepto pacto en contrario, se entiende que el contrato de agencia se celebra por tiempo indeterminado. La continuación de la relación con posterioridad al vencimiento de un contrato de agencia con plazo determinado, lo transforma en contrato por tiempo indeterminado.

Tal como fuera anticipado en el acápite 2.1, una de las características que se destacan en el contrato de agencia es que el mismo está destinado a durar en el tiempo. La estabilidad del agente es de suma importancia a la hora de diferenciar el contrato de agencia de la comisión o el corretaje. La presunción entonces, es que los contratos de agencia son por tiempo indeterminado, salvo pacto en contrario, lo cual obviamente deberá probarse. La norma no exige que este pacto en contrario sea materializado por escrito, pero ello sería recomendable, simplemente por el hecho de que el contrato de agencia debe realizarse por escrito, como requisito ad probationem. Pueden entonces las partes pactar un plazo determinado para el contrato, pero la norma en análisis prescribe expresamente que de continuar con la relación una vez vencido el contrato, éste se transformará en uno por tiempo indeterminado. Considero que cualquier pacto de las partes que suprima la aplicación de esta cláusula desvirtuaría una de las características fundamentales del contrato de agencia que es una tendencia a la estabilidad. Asimismo, si las partes quisieran someterse a un nuevo contrato a plazo determinado, solo tendrían que acordarlo, sea mediante la suscripción de sucesivos contratos o mediante cláusulas de renovación automática. Comparto la opinión de Francisco Junyent Bas y María Cecilia Rodríguez Leguizamón respecto a que “...En gran parte, la agencia genera los beneficios del contrato dependiente, sin soportar los costos que derivan de la aplicación del principio protectorio, y de allí que el principio general sea que cuando no se pactó plazo de duración, el contrato es por tiempo indeterminado.”⁸⁰ El mismo razonamiento puede trasladarse a una relación en que las partes continúan desarrollando su relación comercial luego del vencimiento del con-

⁸⁰ JUNYENT BAS, FRANCISCO Y RODRIGUEZ LEGUIZAMON, MARIA CECILIA... ob cit, versión ebook

trato, en cuyo caso sería lógico que el agente se sienta con derecho, o aspire a, que la relación perdure sin plazo determinado. Así las cosas, entiendo que más que imperatividad de esta cláusula, podemos decir que existe una suerte de situación de hecho planteada por las partes, en la cual ambas se colocan y según la cual, llevan a través de sus propios actos a transformar su contrato por tiempo determinado en uno sin determinación de plazo. Esta situación de hecho sería aplicable tanto a contratos domésticos como a contratos internacionales bajo ley argentina.

No obstante, ha de tenerse especial cuidado con no confundir la continuación de la relación luego del vencimiento del plazo, con los efectos de la extinción contractual que deban darse luego de finalizada la vigencia del contrato y/o con la ejecución de obligaciones pendientes a cargo de las partes; por ejemplo, instar o realizar una cobranza en caso de tener poderes especiales para ello, concretar una operación promovida antes de la extinción, colaborar en la logística de entrega de alguna venta concluida dentro del plazo de vigencia pero entregada luego del vencimiento, pagar comisiones pendientes, etc. Asimismo, entiendo que, las partes que se opusieran a la continuación del contrato de forma automática luego de su vencimiento podrían llegar a acordar válidamente que la realización de alguna operación puntual una vez finalizado el contrato no lo transforma en contrato por tiempo indeterminado. No debe olvidarse que es frecuente el hecho de que una vez extinguidos los contratos de agencia, y sin necesidad de que el agente continúe efectuando tareas de promoción y desarrollando actividades para generar negocios, simplemente por inercia aparezca la posibilidad para el agente de proponer una nueva operación de compraventa, la cual dependiendo de la magnitud del negocio, a veces es difícil para el proponente rechazar. Considero que la realización de operaciones puntuales contra el pago de una comisión, sin el cumplimiento de las restantes obligaciones de tracto sucesivo del agente, no puede ni debe configurar una transformación de un contrato de agencia que ha vencido en uno por plazo indeterminado, lo cual debería poder acordarse por escrito.

A su vez, el artículo 1492 del CCYC establece que en los contratos de agencia por tiempo indeterminado, cualquiera de las partes puede ponerle fin con un preaviso. Indica el artículo 1492 que el plazo del preaviso debe ser de un mes por cada año de vigencia del contrato, debiendo coincidir con el final del mes calendario; se adopta en un afán protectorio de la figura del agente –excesivo a mi criterio– la metodología utilizada para contratos de trabajo. Finalmente, aclara el artículo 1492 que sus disposiciones se aplican a los contratos de duración limitada transformados en contratos de duración ilimitada, a cuyo fin en el cálculo del plazo de preaviso debe computarse la duración limitada que le precede y expresamente impone que las partes pueden prever los plazos de preaviso superiores a los allí establecidos.

De lo expuesto precedentemente podemos extraer las siguientes conclusiones preliminares:

- 1) Los contratos de agencia por plazo indeterminado y los contratos de agencia por plazo determinado transformados en acuerdos por plazo indeterminado pueden rescindirse con un preaviso mínimo establecido en la ley, no previéndose tope alguno al plazo del preaviso aplicable.
- 2) Los plazos mínimos de preaviso parecieran ser, o bien una norma indisponible a tenor del artículo 962 del CCYC –en cuyo caso podría ser derogada por acuerdo de partes en contratos internacionales– o bien una norma de orden público, inderogable para las partes tanto en contratos domésticos como internacionales. En palabras de Hocsman, al analizar el proyecto de Código Unificado de 1998, “...cabe señalar que los plazos establecidos por la norma son mínimos; es decir, constituyen un piso inderogable por debajo del cual las partes no pueden pactar libremente, pero no implica que no puedan acordar otros mayores, si así lo estimaren conveniente.”⁸¹

⁸¹ HOCSMAN, HERIBERTO SIMON... ob cit, pág. 64

- 3) A priori pareciera que los contratos por plazo determinado no pueden ser rescindidos sin causa antes de su vencimiento.

Finalmente, el artículo 1493 del CCYC prescribe que, ante la omisión de preaviso, la otra parte tendrá derecho a la indemnización por las ganancias dejadas de percibir en el período. Resulta llamativo que, sin perjuicio de que la exigencia de preaviso opera de forma sinalagmática para ambas partes, su omisión genera la consecuencia de indemnización por las ganancias dejadas de percibir en el período. Ello porque, generalmente resulta sumamente difícil para el agente conocer el margen de ganancia del proponente por la colocación de sus productos. En otras palabras, si bien a priori pareciera que la exigencia de preaviso está prevista para proteger al agente, la norma exige tal preaviso a ambas partes del contrato como requisito para la rescisión incausada. Mas adelante en este trabajo aclararemos como se trata el tema en otras legislaciones.

Los artículos precedentemente citados recogen parcialmente –ahondaremos sobre esto más adelante– los lineamientos ya marcados desde hace años por nuestros tribunales desde el conocido fallo de la Corte Suprema Automóviles Saavedra –leading case respecto a rescisión de contratos de concesión y distribución comercial– el cual fue recogido por una amplia cantidad de fallos posteriores, los cuales le dieron más forma al concepto y lo precisaron con mayor detalle. Decidió la Corte en este fallo:

Al no haber pactado las partes un plazo de duración para la contratación, la posibilidad de denuncia en cualquier tiempo por cualquiera de las partes no sólo no es abusiva, ni contraria a reglas morales, sino que se muestra como la consecuencia lógica del contrato de concesión máxima cuando dicha posibilidad fue expresamente prevista por los contratantes. La lógica indica que si las partes no establecieron un plazo de duración es porque entendieron que podrían concluir el contrato en cualquier momento, y no que se ligaron jurídicamente en forma perpetua.⁸²

⁸² Automotores Saavedra v Fiat Argentina S.A., CSJN 04/08/1988. Publicado en: LA LEY 1989-B , 4,

Lo que no precisó la Corte en esta sentencia fue un criterio para calcular el plazo de preaviso que debía darse al concesionario ante la rescisión de un contrato, sino que se limitó a aplicar la cláusula contractual pactada. La única limitación establecida al principio esbozado, fue que no se podía hacer un ejercicio abusivo del derecho en cuestión. Varios fallos posteriores apoyaron las facultades rescisorias, pero el fallo "Marquinez y Perotta v. Esso" avanzó más al precisar lo siguiente:

La fijación del plazo razonable de preaviso en caso de ruptura unilateral de un contrato de concesión, debe ser apreciado tomando en consideración los años transcurridos en la relación y sus características, de modo que a mayor plazo de vigencia del contrato y de mantenimiento de confianza corresponderá un mayor plazo de preaviso.⁸³

Opina Hoczman que en promedio los tribunales han establecido un parámetro de referencia de un plazo de preaviso de un mes por cada año de vigencia del contrato⁸⁴. Sin embargo han existido excepciones en las que se han entendido apropiados plazos mucho menores, o mayores, lo cual implicaba un importante grado de inseguridad jurídica para el agente y el proponente.⁸⁵ Es por ello que el avance del CCYC ra-

⁸³ C.Nac.Com, sala B, 11/4/1995, "Marquinez y Perotta v. Esso SAPA", LL 1995-D-636

⁸⁴ HOCZMAN HERIBERTO SIMON... ob cit, pág. 286

⁸⁵ Ver fallos compilados por Ramírez Bosco, Lucas en su artículo "Resolución intempestiva de contratos de ejecución continuada. Aplicación de los principios de la distribución a otras figuras contractuales", LA LEY 22/08/2014, 22/08/2014, 4 - LA LEY2014-E, 78: **1.-** "Larramendy c/ Resero" (CNCom., Sala D, 30/05/79 - LL 1979 -D-306) donde se otorgaron dieciocho meses de preaviso por trece años de ejecución del contrato. **2.-** "Persiani e Hijos c/ Productos Pulpa Moldeada" (CNCom., Sala D, 24/04/84 - LL 1985-A-309) de donde no surge clara la duración del contrato, pero se otorgaron dieciocho meses de preaviso. **3.-** "Ediciones Arani c/ Nop" (CNCom., Sala B, 24/07/89 - LL 1990-A-345), donde se otorgaron nueve meses de lucro cesante por un contrato con dos años de ejecución. **4.-** "Pérez c/ Cargill" (CNCom., Sala B, 23/12/91 - LL 1993-D-148) donde se otorgó un año de preaviso por un contrato de nueve años de ejecución. **5.-** "Georgetti c/ Georgalos" (Juzg. 1ª Inst. Com., 01/03/92 y CNCom., Sala C, 30/06/93 - LL 1994-D-113), allí no queda claro el tiempo de ejecución contractual, pero se otorgaron dieciocho meses de preaviso. **6.-** "Laiño c/ Nestle" (CNCom., Sala E, 24/03/03 - ED 206-305) donde se otorgó un preaviso de dieciocho meses por un contrato con once años de ejecución. **7.-** "Torres c/ Arte Gráfico Editorial Argentino" (CNCom., Sala C, 24/10/03 - LLOnline) donde se otorgó un preaviso de un año por una relación de catorce. **8.-** "Contreras c/ Pepsico" (CNCom., Sala B, 24/02/05 - LL 2005-B-421) donde se estableció un preaviso de seis meses por un contrato con cinco años de ejecución. **9.-** "Mirabe c/ Carrefour" (CNCom., Sala B, 31/05/06 - LLOnline AR/JUR/3601/2006) donde se fijó un preaviso de cinco meses por un contrato con cinco años de ejecución. **10.-** "Etchelecu c/ Carlo Zeiss" (CNCom., Sala E, 17/08/06 - LLOnline) donde se fijó un preaviso de seis meses por un contrato de un año y medio de ejecución. **11.-** "Pérez c/ Verónica" (Cam. Apel. Civ. y Com. de Santa Fe, Sala I, 09/02/07 - LLLitoral, 2007 (diciembre), 1238) donde se otorgó un preaviso de dieciocho meses por un contrato de aproximadamente diez años de ejecución. **12.-** "Telecel c/ Telecom" (CNCom., Sala B, 28/06/07 - eDial - AA4003) donde ordenó indemnizar un preaviso de seis meses por aproximadamente seis años de ejecución. **13.-** "Conti c/ Nobleza

dica en la determinación expresa del quantum de este plazo, ya que hasta su entrada en vigencia el cálculo quedaba en manos de los jueces, quienes debían aplicar un criterio de razonabilidad a cada caso concreto. No obstante, se ha pecado de exceso al determinar los plazos y no prever tope alguno a las indemnizaciones sustitutivas, ya que no debe soslayarse que este CCYC regirá relaciones preexistentes a su vigencia, que en gran cantidad de casos llevan muchísimos años en curso con reglas diferentes a las aquí plasmadas. Ello torna eventuales indemnizaciones por ruptura de relaciones antiguas excesivamente onerosas y atenta incluso contra derechos constitucionales como la propiedad y el derecho a ejercer industria lícita.

En este punto propongo detenerme para explorar el impacto que tiene sobre estas situaciones preexistentes el artículo 7⁸⁶ del CCYC, en tanto establece que ni aún las leyes de orden público tienen carácter retroactivo, excepto disposición en contrario, la cual no se verifica en cuanto al contrato de agencia. En este orden de ideas, aplicar los artículos 1492 y 1493 lisa y llanamente a un contrato negociado y suscripto con anterioridad a la sanción del CCYC, en el cual las partes han pactado consecuencias indemnizatorias disímiles a las previstas por estas nuevas normas, reconociendo el

Piccardo" (CNCom., Sala B, 17/08/07 - LLOnline AR/JUR/6116/2007) donde se otorgó un preaviso de ocho meses por once años de ejecución de contrato. **14.-** "Tommasi Automotores c/ Ciadea" (CNCom., Sala A, 14/12/07 - LL 2008-B-695) donde se fijó un preaviso de cuatro meses por un contrato de dos años y cinco meses de ejecución. **15.-** "José Moradeira c/ Nobleza Piccardo" (CNCom., Sala D, 22/05/01 - LL 2001-F-423) donde se otorgó un preaviso de dieciocho meses por un contrato de cuarenta y siete años de ejecución aplicando el argumento de que el plazo de dieciocho meses era el más largo que había otorgado la Sala y que el preaviso de un mes por año no era una "regla de tres simple". **16.-** "Godicer c/ Cervecería y Maltería Quilmes" (CNCom., Sala B, 10/06/04 - LLOnline AR/JUR/2096/2004) donde se fijó un preaviso de un año por un contrato de veinticinco de ejecución demostrada en la inteligencia de que el distribuidor debía tener la iniciativa de reorganizarse a tiempo. **17.-** "Girardi c/ Resero" (CNCom., Sala C, 27/06/05 - LLOnline) donde se otorgó un preaviso de seis meses por once años de relación sobre la base de que un proyecto de Código establecía ese tope. **18.-** "Gestido y Pastoriza c/ Nobleza Piccardo" (CNCom., Sala C, 24/11/05 - LL 2006-D-11) donde por un contrato de treinta y cinco años de duración se fijó un preaviso de seis meses. **19.-** "Donati c/ Renault" (CNCom., Sala D, 13/02/09 - LLOnline) donde se fijó un preaviso de dieciocho meses por un contrato de entre treinta y treinta y un años de duración

⁸⁶ ARTICULO 7°.- Eficacia temporal. A partir de su entrada en vigencia, las leyes se aplican a las consecuencias de las relaciones y situaciones jurídicas existentes.

Las leyes no tienen efecto retroactivo, sean o no de orden público, excepto disposición en contrario. La retroactividad establecida por la ley no puede afectar derechos amparados por garantías constitucionales.

Las nuevas leyes supletorias no son aplicables a los contratos en curso de ejecución, con excepción de las normas más favorables al consumidor en las relaciones de consumo.

total de la antigüedad del agente en el ejercicio de sus funciones implica la aplicación de una norma en forma retroactiva y una situación totalmente abusiva e imprevista para con el proponente. Distinto hubiera sido el caso si respecto a relaciones anteriores a la entrada en vigencia del CCYC, la antigüedad comenzara a correr a partir de la entrada en vigencia del Código reformado. En términos de justicia, no resulta equilibrado –por imprevisto– admitir que puedan darse situaciones en las que el día anterior a la entrada en vigencia del CCYC el proponente esté obligado a indemnizar a su agente con hasta un máximo de seis meses de preaviso, por poner un ejemplo, y al día siguiente la indemnización se duplique, triplique o cuadriplique, por poner más ejemplos, dependiendo de la antigüedad del contrato.

Para graficar el exceso protectorio en beneficio del agente –que termina generando situaciones de abuso hacia el proponente– propongo hacer una aplicación analógica de lo decidido en el pasado por nuestra jurisprudencia en contratos de concesión, pertenecientes al género de los contratos de distribución en sentido amplio – como la agencia– para graficar el espíritu y finalidad de las indemnizaciones por rescisión contractual:

A mayor duración de la concesión, mayor debe ser el plazo de preaviso, para que se mantenga una razonable proporcionalidad entre ambos que permita cumplimentar la finalidad que la sustenta, que no es otra que otorgar al concesionario el tiempo suficiente que le permita planificar y decidir el destino de la organización comercial afectada hasta ese momento a la excesiva distribución de los productos de la concedente, a fin de evitar y paliar perjuicios patrimoniales adicionales a aquellos que probablemente provocará la revocación de aquélla.⁸⁷ (el subrayado es mío)

Resulta claro que el hecho de no constar en esta norma tope alguno implicará en relaciones de agencia de larga data que no se mantenga una razonable proporcionalidad entre el preaviso y la duración del contrato (ello en contra del proponente), excediendo los efectos de los artículos 1492 y 1493 a la finalidad buscada por la norma, que es otorgar tiempo suficiente al agente para recomponer su situación y reorga-

⁸⁷ CNCom., sala A, 28/4/1989, LA LEY, 1989- E, 259

nizar su negocio. Debe prestarse especial atención al hecho de que el anterior proyecto de Código Unificado de 1998, en su artículo 1373 imponía un preaviso máximo de 6 meses. En este sentido, los plazos requeridos por el artículo 1492 del CCYC parecieran ser aún superiores que los que –aplicando criterios de razonabilidad– establecían en líneas generales los jueces argentinos, de conformidad con el derecho comparado. Es más, tal como se anticipó *ut supra* en este mismo acápite, los plazos y metodología de cómputo resultan equivalentes a los previstos en la legislación laboral en favor de los empleados en relación de dependencia, incrementando sobremanera la protección a la persona del agente.

Ahora bien, continuando con la línea argumental planteada, entiendo que de incluirse en un contrato de agencia local una cláusula que otorgue plazos de preaviso menores a los arriba descriptos, o que elimine el requisito de efectuarlo –aún en el caso de una cláusula bilateral en beneficio de ambas partes– la misma debiera ser considerada inválida y por tanto no aplicable; la propia norma dice en forma clara que pueden pactarse plazos superiores y no inferiores, se trata o bien de una norma imperativa o de una norma de orden público de protección. Si la norma fuera de orden público, tampoco podría ser modificada por las partes de un contrato internacional con aplicación en el territorio argentino. Aicega y Gomez Leo han manifestado que “La fijación de un término menor no se encuentra permitida y constituiría una cláusula nula, pues se estaría restringiendo un derecho reconocido expresamente por la ley”⁸⁸. En la misma línea, Junyent Bas y Rodriguez Leguizamón manifiestan que:

(...) la revocación cuando no tiene justificación alguna lesiona las expectativas de prosecución de los negocios, cuando el agente se condujo con corrección y no medió culpa de su parte, afirmando que la indemnización era la compensación en favor del agente por el hecho de privarlo de la realización de los negocios que hasta entonces llevaba a cabo con habitualidad y permanencia.”⁸⁹

⁸⁸ AICEGA, MARIA VALENTINA Y GOMEZ LEO, OSVALDO... ob cit, pág 452.

⁸⁹ JUNYENT BAS, FRANCISCO Y RODRIGUEZ LEGUIZAMON, MARIA CECILIA... ob cit, versión ebook

Ya aún antes del dictado del nuevo CCYC han dicho nuestros jueces lo siguiente: “Tampoco puede rescindirse el contrato sin un preaviso adecuado, por cuanto de incurrirse en tales supuestos, aparejaría que la rescisión sea declarada de mala fe, con la consecuente obligación de indemnizar el perjuicio ocasionado”⁹⁰.

Entiendo que este artículo ha sido un desacierto que puede conducir a grandes injusticias. En este sentido, el Anteproyecto de Reforma al Código Civil y Comercial y de Familia, elevado al Ministro de Justicia y Derechos Humanos el 13/9/2018 por los integrantes de la comisión ad honorem designada por decreto 182/2018 para la modificación parcial de Código Civil y Comercial, propone sustituir el artículo 1492 CCYC por el siguiente:

Art. 1492: *Preaviso. En los contratos de agencia por tiempo indeterminado, cualquiera de las partes puede ponerle fin con un preaviso.*

El plazo de preaviso debe ser de un mes por cada año de vigencia del contrato. En ningún caso será inferior a tres meses, ni superior a seis.

El final del plazo de preaviso debe coincidir con el final del mes calendario en el que aquél opera.

Las disposiciones del presente artículo se aplican a los contratos de duración limitada transformados en contratos de duración ilimitada, a cuyo fin en el cálculo del plazo de preaviso debe computarse la duración limitada que le precede.

Las partes pueden prever los plazos de preaviso superiores a los establecidos en este artículo.

Los miembros de la comisión fundamentan el pedido en que un preaviso de un mes por cada año de duración del contrato puede llevar a plazos excesivos lo que obliga al dador de la agencia, concesión o distribución a mantener un agente, concesionario o distribuidor en el que ha perdido confianza durante un plazo prolongado, o a pagar una indemnización equivalente al preaviso no acordado. Agregan que la jurisprudencia de los tribunales mercantiles ha resuelto generalmente que el plazo máximo es de seis meses.

⁹⁰ (CCiv. y Com. Rosario, sala 2ª, 8/3/1995, JA, 1995-III- 129)

Previo a cerrar el análisis de estos artículos, he de traer a reflexión una relevante contradicción entre esta cláusula y lo prescrito en el artículo 1011 del CCYC respecto a los contratos de larga duración, de los cuales –a mi criterio– la agencia es integrante. Los contratos de larga duración son aquellos en los cuales sin el necesario transcurso del tiempo las partes no logran satisfacer la causa del contrato, obteniendo el beneficio esperado. Son contratos de tracto sucesivo destinados a mantenerse en el tiempo, en los cuales la duración no es tolerada por las partes sino que es querida por ellas, por cuanto la utilidad del contrato es proporcional a su duración.⁹¹ “Asimismo debería aplicarse a contratos en los que las partes, a través de sucesivas renovaciones extienden considerablemente el plazo de duración originario, de suerte que aunque no previsto inicialmente se les impone un deber de colaboración, que va más allá de las obligaciones originariamente convenidas.”⁹²

En cuanto al tema que nos ocupa, el artículo 1011 del CCYC prescribe en su último párrafo, respecto a los contratos de larga duración, que la parte que decide la rescisión debe dar a la otra la oportunidad razonable de renegociar de buena fe, sin incurrir en ejercicio abusivo de los derechos. Lo cual claramente contradice la posibilidad prevista en el artículo 1492 de decidir sin más, la rescisión del contrato otorgando preaviso suficiente. Si entendemos que la agencia es un contrato de larga duración, lo previsto en el artículo 1011 sería aplicable a una eventual rescisión de un contrato de agencia. Sostiene Leiva Fernández al comentar este artículo:

Este deber de colaboración, similar al que la doctrina exige en las tratativas precontractuales, parece estar principalmente enfocado en los contratos de agencia, franquicia, concesión o distribución, donde no solo el tiempo vincula como nexo aglutinante, sino algo más, y es lo que lleva a un deber de cooperación, de negociación, y hasta de conclusión adecuada.⁹³

⁹¹ Conforme indica LEIVA FERNANDEZ LUIS F. P. *Código Civil y Comercial ...*, TOMO V... ob cit, pág. 318.

⁹² LEIVA FERNANDEZ LUIS F. P. *Código Civil y Comercial ...*, TOMO V... ob cit, pág. 320.

⁹³ LEIVA FERNANDEZ LUIS F. P... ibidem.

Debo anticipar que me sorprende la inclusión de una norma como el art. 1011 en el CCYC, contraria a lo que han sostenido nuestros jueces a lo largo de los años, totalmente desconocedora de la necesidad de que exista “affectio contractus” para sostener vinculaciones entre contratantes. Desde el momento en que una de las partes no tiene deseos de mantenerse vinculada a la otra –tal vez por pérdida de confianza– resulta totalmente injusto obligarla a pasar por un proceso de negociación que no le interesa, debiendo rechazar las propuestas efectuadas por la contraparte y extendiendo en el tiempo un vínculo que está destinado a extinguirse. Por lo tanto, considero acertada la propuesta de la comisión ad honorem designada por decreto 182/2018 para la modificación parcial del CCYC, de derogar el tercer párrafo del art. 1011 CCYC, fundado ello en que la redacción actual del mismo impide a las partes el ejercicio del derecho de rescindir un contrato de larga duración. La Comisión ha resaltado que la rescisión de cualquier contrato de larga duración es un derecho reconocido por la CSJN que no puede estar sujeto a la inexorable obligación de renegociar ya que esos contratos pueden rescindirse dando un preaviso razonable siempre que la otra parte hubiera podido amortizar sus inversiones y obtener una razonable ganancia.

Finalmente, sin perjuicio de las recomendaciones efectuadas anteriormente en este acápite, sostengo que la norma del artículo 1492 es imperativa pero no involucra el orden público, por los siguientes motivos: a) en los fallos previos a la entrada en vigencia del CCyC que mencionan el derecho a rescindir los contratos por plazo indeterminado mediando un preaviso, no se menciona a la cuestión como de orden público, al menos no he encontrado ningún fallo que trate de ese modo al tema; b) no considero que en cuestiones de rescisión de un contrato entre comerciantes estén involucrados principios de orden superior vinculados a la existencia y conservación de la organización social, máxime si ello no ha sido mencionado explícitamente en la norma; c) el hecho de que el preaviso opere en forma sinalagmática y en beneficio de ambas partes del contrato descarta el argumento de que tal norma es una derivación de orden

público de protección en favor del agente como parte débil del contrato. Por lo tanto, esta norma podría ser dejada de lado por las partes en contratos internacionales de conformidad con lo establecido en el art. 2651 inc. c) del CCYC que las autoriza a establecer, de común acuerdo, el contenido material de sus contratos e, incluso, crear disposiciones contractuales que desplacen normas coactivas del derecho elegido. No obstante ello, insisto en la conveniencia de una modificación legislativa en los términos propuestos por la Comisión arriba mencionada.

3.6 Resolución del contrato

El artículo 1494 establece que el contrato de agencia se resuelve por a) muerte o incapacidad del agente; b) disolución de la persona jurídica que celebra el contrato, que no deriva de fusión o escisión; c) quiebra firme de cualquiera de las partes; d) vencimiento del plazo; e) incumplimiento grave o reiterado de las obligaciones de una de las partes, de forma de poner razonablemente en duda la posibilidad o la intención del incumplidor de atender con exactitud las obligaciones sucesivas y; f) disminución significativa del volumen de negocios del agente.

Ahora bien, adentrándome en el análisis de cada causal en detalle y comenzando por la primera de las mencionadas en el artículo 1494, comparto la opinión de Aicega y Gomez Leo respecto a que las partes de común acuerdo pueden dejar sin efecto la resolución por muerte y admitir la continuación con los herederos o sustitutos designados.⁹⁴ Por tanto, esta causal podría ser válidamente anulada por las partes haciendo uso de la autonomía de la voluntad, siendo la previsión del inciso a) una norma supletoria.

Con respecto al inciso b) del artículo en análisis, no caben dudas respecto a que la consecuencia lógica de la disolución de la persona jurídica del agente derivará en la extinción del contrato. Pero si la persona jurídica que se disuelve es el proponen-

⁹⁴ AICEGA, MARIA VALENTINA Y GOMEZ LEO, OSVALDO... ob cit, pág. 454.

te, habrá que analizar si corresponde derecho a indemnización al agente. Claro está que –conforme lo establece el artículo 1494 inciso b)– si la disolución se produce por derivación de una fusión o escisión, no corresponderá en ese caso la extinción del contrato de agencia, a menos que –tal como prescribe el artículo 1496– dicha fusión o escisión cause un detrimento sustancial en la posición del agente, en cuyo caso se deberá al agente indemnización por clientela y por omisión de preaviso.

En cuanto a la quiebra de una de las partes, si bien el CCYC establece que en tal situación se produce la extinción del contrato de agencia, con operatividad de pleno derecho sin necesidad de preaviso ni declaración de la otra parte, podría suceder que el síndico en ejercicio de sus funciones y en beneficio de los acreedores de la fallida, decidiera o autorizara la continuación del contrato, lo cual tendría plena validez con el consentimiento de la contraparte. No se encuentra regulada en la normativa falencial la posibilidad de indemnización al agente en caso de quiebra del proponente. Respecto al vencimiento del plazo, resulta obvio que las partes pueden optar por renovar el contrato, celebrar uno nuevo o continuar de hecho la relación de agencia, en cuyo caso el contrato se transformará en uno por plazo indeterminado.

Para iniciar el análisis del inciso e) del artículo 1494 –incumplimiento grave o reiterado de las obligaciones de una de las partes, de forma de poner razonablemente en duda la posibilidad o la intención del incumplidor de atender con exactitud las obligaciones sucesivas– resulta oportuno recordar la diferencia entre rescisión y resolución de un contrato, en tanto la primera resulta una decisión de una parte sin expresión de causa y la segunda obedece a un incumplimiento de una de las partes. El pacto comisorio se halla previsto especialmente en nuestro ordenamiento ante el incumplimiento de una de las partes. El artículo 1084 del CCYC establece que a los fines de la resolución, el incumplimiento debe ser esencial en atención a la finalidad del contrato. Se considera que es esencial cuando: a) el cumplimiento estricto de la prestación es fundamental dentro del contexto del contrato; b) el cumplimiento tempestivo de la pres-

tación es condición del mantenimiento del interés del acreedor; c) el incumplimiento priva a la parte perjudicada de lo que sustancialmente tiene derecho a esperar; d) el incumplimiento es intencional; e) el incumplimiento ha sido anunciado por una manifestación seria y definitiva del deudor al acreedor. Sin perjuicio de ello, el artículo 1494 inciso d) establece otro tipo de incumplimiento esencial, que puede consistir en un incumplimiento grave o en un incumplimiento reiterado de las obligaciones de una de las partes, que pone en duda la intención del incumplidor de continuar con el contrato. En otras palabras, la parte cumplidora tendrá la facultad de resolver el contrato ante una suma de incumplimientos de la otra parte que, a pesar de no revestir gravedad, son reiterados y por tanto ponen en duda las intenciones del incumplidor respecto a seguir ejecutando el contrato. Aicega y Gomez Leo, citando a Martín Caselli entienden que esta previsión viene a solucionar “situaciones de zozobra e incertidumbre que tenían lugar cuando el incumplimiento (aunque reiterado) carecía de entidad suficiente como para resolver per se el contrato al no ser grave.”⁹⁵ Resulta novedoso lo establecido en el artículo 1495 respecto a que en este caso de incumplimiento, cada parte puede resolver directamente el contrato. Con ello se altera lo previsto en el artículo 1088 del CCYC respecto a la necesidad de constituir en mora a la otra parte para ejecutar los derechos resolutorios, aplicándose la resolución por Ministerio de la Ley en los términos del artículo 1089 del CCYC.

A la hora de analizar si es posible que las partes, en ejercicio de la autonomía de la voluntad, eliminen la posibilidad de resolver el contrato por incumplimiento en los términos descritos en el artículo 1494 inciso e) de nuestro CCYC, es dable recordar que la cláusula resolutoria es una facultad implícita en los contratos bilaterales con prestaciones recíprocas pendientes, sujeta a los artículos 1088 y 1089 de dicho cuerpo legal. El artículo 1088 exige la constitución en mora del deudor, que el incumplimiento

⁹⁵ CASELLI, Martín, “Tipificación de los contratos de comercialización en el Proyecto de Código Civil y Comercial”, SJA del 1/5/13, 3, JA, 2013-II, citado en AICEGA, MARIA VALENTINA Y GOMEZ LEO, OSVALDO... ob cit pág. 456.

sea tal que prive a la parte cumplidora de lo que razonablemente tenía derecho a esperar en razón del contrato, y el emplazamiento al deudor para que cumpla en un plazo no menor a quince días, salvo determinados casos de excepción que allí se mencionan. En cambio, el artículo 1089 menciona expresamente que el requerimiento dispuesto en el artículo 1088 no es necesario en los casos en que la ley faculta a la parte para declarar unilateralmente la extinción del contrato; tal es el caso del contrato de agencia en discusión. Por lo tanto, entiendo que no asiste a las partes derecho a restringir las facultades resolutorias a punto tal de eliminar la causal prevista en este inciso del 1494, siendo esta norma una norma imperativa, ya que ello implicaría atentar contra uno de los derechos esenciales para las partes a la hora de contratar en contratos de prestaciones sucesivas. No obstante, las partes podrán detallar las condiciones en que han de efectuarse las notificaciones, y aclarar qué tipo de incumplimientos entrarán bajo el paraguas del inciso analizado, detallando qué ha de entenderse por incumplimiento grave así como las circunstancias para considerar que un incumplimiento es reiterado, limitando así el ámbito de aplicación de esta causal. Tratándose de una norma imperativa y no de orden público, la autonomía de la voluntad será más amplia en contratos internacionales, lo cual permitiría a las partes pactar en contrario respecto a esta causal e incrementar sus facultades para detallar como han de interpretarse las situaciones de incumplimiento. Entiendo que las partes de un contrato internacional podrían –para su caso concreto– efectivamente eliminar esta causal resolutoria por vía de acuerdo de voluntades.

Finalmente cabe dar tratamiento a la causal de resolución prevista en el inciso f) del artículo 1494, es decir, la disminución significativa del volumen de negocios del agente. Debe meritarse la importancia del incumplimiento para concluir en la extinción de un contrato, ya que ante la duda siempre ha de estarse en favor de la continuidad, justamente porque se trata de un contrato destinado a prolongarse en el tiempo y la consecuencia lógica que deriva en las causales de resolución es la pérdida de los

derechos indemnizatorios. En este sentido, el artículo 1495 in fine es claro respecto a que ante disminución de volumen de negocios por parte del agente durante dos ejercicios consecutivos, el plazo de preaviso no debe exceder de dos meses, cualesquiera haya sido la duración del contrato, aun cuando el contrato sea de plazo determinado. Al utilizar la guía del artículo 962 del CCYC concluyo que estamos ante normas supletorias en este caso, las cuales podrían ser dejadas de lado por las partes en ejercicio de su autonomía de la voluntad.

3.7 Compensación por clientela

Conforme determinado en el artículo 1497 de nuestro CCYC, extinguido el contrato, sea por tiempo determinado o indeterminado, el agente que mediante su labor ha incrementado significativamente el giro de las operaciones del proponente, tiene derecho a una compensación, si su actividad anterior puede continuar produciendo ventajas sustanciales a éste. Continúa agregando la norma que en caso de muerte del agente, ese derecho corresponde a sus herederos.

A los fines de fijar el quantum de esta compensación por clientela –la cual debe ser acordada por las partes– se determina que a falta de acuerdo, la compensación debe ser fijada judicialmente y no puede 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 es inferior. Finalmente, aclara el artículo que esta compensación no impide al agente reclamar por los daños derivados de la ruptura por culpa del empresario. Al comentar este artículo opinan Junyent Bas y Rodríguez Leguizamón: “En este orden de ideas, cualquiera sea el plazo de duración del contrato, ya sea determinado o indeterminado, el agente gozará de este derecho e incluso en caso de muerte, se transmitirá a sus herederos”⁹⁶. Cabe destacar que este derecho de compensación se da únicamente en los casos en los que el agente ha incrementado el giro de las operaciones

⁹⁶ JUNYENT BAS, FRANCISCO Y RODRIGUEZ LEGUIZAMON, MARIA CECILIA... ob cit, versión ebook

–lo cual será una cuestión de prueba– ya que constituye una compensación en su favor por la clientela generada, que probablemente continuará originando ingresos para el proponente luego de extinguido el contrato. Esta compensación se suma a una eventual indemnización de daños y perjuicios si la extinción del contrato hubiera sucedido por culpa del empresario.

El artículo 1497 tiene su fuente en el artículo 1377 del Proyecto de 1998 y en el artículo 28 de la Ley de Agencia española de 1992.⁹⁷ Sin perjuicio de ello, existe una diferencia notable entre el artículo 1497 de nuestro CCYC y el artículo 28 de la Ley de Agencia, atento a que esta última coloca un requisito adicional a la producción de ventajas sustanciales para el empresario, consistente en que la indemnización por clientela resulte equitativamente procedente por la existencia de pactos de limitación de competencia, por las comisiones que pierda o por las demás circunstancias que concurran. En nuestro CCYC se sobreentiende que la compensación por clientela resulta procedente por el solo hecho de haber el agente incrementado significativamente el giro de operaciones del proponente y por el hecho de que la actividad anterior del agente continúe produciendo ventajas al empresario.

Por otra parte, toda regla tiene sus excepciones, las cuales se encuentran plasmadas en el artículo 1498. Las mismas alcanzan los casos en los cuales: a) el empresario pone fin al contrato por incumplimiento del agente; b) el agente pone fin al contrato, a menos que (aquí viene la excepción de la excepción) la terminación esté justificada por incumplimiento del empresario, o por la edad, invalidez o enfermedad del agente, que no permiten exigir razonablemente la continuidad de sus actividades.

⁹⁷ Ley de Agencia Española, art. 28 “Indemnización por clientela. 1. Cuando se extinga el contrato de agencia, sea por tiempo indeterminado o indefinido, el agente que hubiese aportado nuevos clientes al empresario o incrementado sensiblemente las operaciones con la clientela preexistente, tendrá derecho a una indemnización si su actividad anterior puede continuar produciendo ventajas sustanciales al empresario y resulta equitativamente procedente por la existencia de pactos de limitación de competencia, por las comisiones que pierda o por las demás circunstancias que concurran. 2. El derecho a la indemnización por clientela existe también en el caso de que el contrato se extinga por muerte o declaración de fallecimiento del agente. 3. La indemnización no podrá exceder, en ningún caso, del importe medio anual de las remuneraciones percibidas por el agente durante los últimos cinco años o, durante todo el período de duración del contrato, si éste fuese inferior.”

La fuente del artículo 1498 se encuentra en el artículo 1378 del Proyecto de 1998 y en el artículo 30 de la Ley de Agencia Española de 1992.⁹⁸ Destaco que el CCYC no contiene el siguiente supuesto de excepción, que se encuentra en la Ley de Agencia española y en el Proyecto de 1998: “Cuando, con el consentimiento del empresario, el agente hubiese cedido a un tercero los derechos y las obligaciones de que era titular en virtud del contrato de agencia.”

Haciendo uso de los lineamientos marcados en el artículo 962 del CCyC, sostengo que la norma prevista en el artículo 1497 es una norma supletoria atento a que no se verifica su imperatividad de su expresión, de su contenido, ni de su contexto. El artículo 1497 menciona claramente que el quantum de la compensación debe ser acordado por las partes, y no menciona compensaciones mínimas, solo máximas (el equivalente a un año de remuneraciones, neto de gastos, promediándose el valor de las comisiones percibidas por el agente durante los últimos cinco años, o durante todo el período de duración del contrato, si éste fue inferior). Por otro lado, debe tenerse claro que el artículo en cuestión tiene como fuente la Ley española de Agencia, no siendo en España renunciable por el agente el derecho a compensación por clientela, tal como se explicará más adelante, aunque ello no implique que deba darse por este motivo automáticamente imperatividad al art. 1497 CCYC, ya que aunque la norma española sea fuente de nuestro CCYC, tal como se ha manifestado en párrafos anteriores, existen marcadas diferencias entre uno y otro régimen de indemnización por clientela.

3.8 Limitación a las obligaciones de no competencia

⁹⁸ Ley de Agencia Española, art. 30: “Supuestos de inexistencia del derecho a la indemnización. El agente no tendrá derecho a la indemnización por clientela o de daños y perjuicios: a) Cuando el empresario hubiese extinguido el contrato por causa de incumplimiento de las obligaciones legal o contractualmente establecidas a cargo del agente. b) Cuando el agente hubiese denunciado el contrato, salvo que la denuncia tuviera como causa circunstancias imputables al empresario, o se fundara en la edad, la invalidez o la enfermedad del agente y no pudiera exigírsele razonablemente la continuidad de sus actividades. c) Cuando, con el consentimiento del empresario, el agente hubiese cedido a un tercero los derechos y las obligaciones de que era titular en virtud del contrato de agencia.

Reza el artículo 1499 del CCYC: “Cláusula de no competencia. Las partes pueden pactar cláusulas de no competencia del agente para después de la finalización del contrato, si éste prevé la exclusividad del agente en el ramo de negocios del empresario. Son válidas en tanto no excedan de un año y se apliquen a un territorio o grupo de personas que resulten razonables, habida cuenta de las circunstancias.”

Empezaré por aclarar que no es obligación para las partes el pactar compromisos de no competencia post contractual, sino que ellas pueden acordar tal compromiso si así lo desean. Tal como se desprende del artículo citado, es requisito para la validez de las cláusulas de no competencia que concurren ambas de las siguientes circunstancias: i) que las mismas no excedan de un año; y ii) que se apliquen a un territorio o grupo de personas razonable, según las circunstancias del caso. Por tanto, dichos requisitos, al estar establecidos para la validez del pacto, son imperativos para las partes en caso de optar éstas por acordar la no competencia luego de extinguido el contrato. Ahora bien, sostengo que el requisito que establece que tales cláusulas han de pactarse en contratos en exclusiva –conforme la redacción estricta del artículo en análisis– no afecta la validez del pacto de no competencia y por lo tanto resulta ser una norma supletoria para las partes, que podría ser dejada de lado en uso de la autonomía de la voluntad.

El artículo reproduce las previsiones de su antecesor, el 1379 del Proyecto de 1998. Entienden Aicega y Gomez Leo que “este tipo de previsión se funda en el riesgo de que el agente una vez finalizado el contrato desvíe a un competidor toda la clientela que generó en la zona o respecto del grupo de personas con las que tenía exclusividad.”⁹⁹

Considero que el plazo de un año es un plazo demasiado breve, siendo más lógica la limitación al plazo de dos años prevista en la norma española, los cuales pueden ser reducidos a tiempos menores en caso de contratos con duración más cor-

⁹⁹ AICEGA, MARIA VALENTINA Y GOMEZ LEO, OSVALDO... ob cit, pág. 461.

ta. Entiendo, por lo tanto, que debería propiciarse una revisión legislativa al respecto, sobre todo teniendo en cuenta que nuestro CCYC prevé una indemnización por clientela a la hora de extinguirse el contrato, con la cual es resarcido el agente en caso que su actividad anterior pueda continuar generando ventajas al proponente. En ese escenario, resulta lógico, entendible y equitativo que el agente no compita con el principal durante un plazo mayor a un año.

4) DERECHO COMPARADO

He analizado hasta aquí la normativa argentina sobre agencia, he determinado en cada caso cuales considero normas imperativas y/o de orden público, y he esbozado las justificaciones correspondientes. Resulta de suma importancia para el caso de estudio colocar la mirada en otros países, para comparar como se resuelven allí las cuestiones relativas a la imperatividad de la normativa en cuestiones de contrato de agencia en tales Estados. Enfocaré el estudio en la normativa imperante en la Unión Europea (con especial detalle en países de derecho continental que han sido fuente de nuestro propio sistema codificado), en los países Miembros del Mercosur que han legislado el contrato de agencia y en Colombia, por lo particular de su legislación, que veremos a continuación.

4.1 Unión Europea

En la entonces Comunidad Europea (hoy Unión Europea), el 18 de diciembre de 1986 se dictó la directiva 86/653/CEE referente a agentes comerciales independientes. Aguinis destaca que esta directiva:

... persigue la finalidad de reducir las diferencias existentes entre las legislaciones europeas nacionales en materia de agencia comercial, pretendiendo una armonización limitada del derecho comunitario. Los objetivos de la directiva fueron: (a) garantizar un mayor nivel de protección al agente en su relación con el

preponente y (b) simplificar la operatoria comercial entre países con diferentes regulaciones internas¹⁰⁰.

Gran parte de las normas contenidas en la Directiva son definidas de forma expresa como imperativas para las partes. La Directiva impone a los Estados Miembro la obligación de tomar las medidas necesarias para adaptar sus legislaciones internas a la normativa por ésta prevista. En otras palabras, se trata de una norma que pone en cabeza de los Estados Miembro de la Comunidad Europea la obligación de dictar ciertas leyes internas que han de ser indisponibles para las partes dentro del territorio comunitario.

Comienza la norma en su artículo 1 inciso 2 definiendo el agente comercial como toda persona que, como intermediario independiente, se encargue de manera permanente de negociar por cuenta de otra persona denominada empresario, o negociar y concluir contratos de venta o compra de mercancías. La definición no menciona la venta de servicios. La Directiva prevé en su artículo 13 el requisito de forma escrita como condición *ad probationem*; se establece que con carácter irrenunciable, cada parte tendrá derecho a obtener de la otra un escrito firmado en el que se mencione el contenido del contrato, incluyendo los apéndices. Esta solución es más clara que la prevista en el artículo 1479 de nuestro CCYC: la forma escrita es un derecho irrenunciable, sin perjuicio de lo cual se requiere para probar el contrato y no como condición de validez.

Se establecen ciertas obligaciones para las partes en los artículos 3¹⁰¹ y 4¹⁰² que se encuentran relacionadas a deberes de buena fe. La norma aclara expresamen-

¹⁰⁰ AGUINIS, ANA MARIA, "Agencia o representación comercial (Reglas incorporadas al derecho internacional de los negocios)", LA LEY 1994-B, 1000

¹⁰¹ Artículo 3

1. El agente comercial deberá en el ejercicio de sus actividades velar por los intereses del empresario y actuar de forma leal y de buena fe.
2. El agente comercial, en particular deberá: a) ocuparse como es debido de la negociación y, en su caso, de la conclusión de las operaciones de las que esté encargado; b) comunicar al empresario toda la información necesaria de que disponga; c) ajustarse a las instrucciones razonables que le haya dado el empresario.

te que las partes no podrán pactar condiciones distintas a las previstas en los artículos 3 y 4; por ende, tales reglas son indisponibles (para utilizar el vocabulario de nuestro CCYC). Contiene también la Directiva una serie de normas de carácter supletorio para las partes, relativas al devengamiento y pago de la comisión: el agente comercial tendrá derecho a la comisión, no solo por operaciones concluidas durante el plazo del contrato con su intervención, sino también por operaciones con terceros cuya clientela haya sido obtenida anteriormente para operaciones del mismo tipo. (art. 7 inc. 1 b) Más aún, prescribe la Directiva que devengarán comisiones para el agente, aún en contratos concertados sin su intervención, en caso que éste tenga a su cargo un grupo de personas o zona, o derechos de exclusividad para un sector geográfico o grupo, siempre que el cliente pertenezca a dicho sector o grupo (art. 7 inc. 2). La Directiva exige a los Estados Miembro de la Comunidad Europea incluir en su normativa interna alguna de estas dos posibilidades (exclusividad geográfica o de grupo, o bien, tener a cargo un sector o grupo). Si las operaciones se concluyeran luego de extinguido el contrato, pero el empresario hubiera recibido el encargo antes de la extinción, el agente devenga comisión (art 8 inc. B). Lo mismo sucede –conforme artículo 8 inc. A)– en caso que la operación se deba principalmente a la actividad que hubiere desarrollado el agente durante la vigencia del contrato, siempre dentro de un plazo razonable (razonable es un adjetivo poco específico y que se presta a discusión). Pero en definitiva, no caben dudas respecto a que las normas relativas al devengamiento de comisiones mencionadas en este párrafo, son supletorias de la voluntad de las partes.

¹⁰² Artículo 4

1. En sus relaciones con el agente comercial, el empresario deberá actuar de forma leal y de buena fe.
2. El empresario, en particular, deberá: a) poner a disposición del agente comercial la documentación necesaria que esté en relación con las mercancías de que se trate; b) procurar al agente comercial las informaciones necesarias para la ejecución del contrato de agencia, y, en particular, en el momento en que prevea que el volumen de las operaciones comerciales va a ser sensiblemente inferior al que el agente comercial hubiera podido esperar, ponerle al corriente de ello, con razonable antelación.
3. El empresario, por otra parte, deberá informar al agente comercial, dentro de un plazo razonable, de su aceptación, su rechazo o de la no ejecución de una operación comercial que el agente le haya proporcionado.

Contiene la Directiva adicionalmente una serie de condiciones indisponibles con carácter protectorio relacionadas con el devengamiento de comisión, las cuales no admiten pacto en contrario en detrimento del agente comercial. La primera, contenida en el art. 10 inciso 2, establece que la comisión devengará a más tardar cuando el tercero haya ejecutado su parte de la operación o cuando debiere haberla ejecutado, siempre que el empresario hubiere cumplido con lo suyo. La segunda, contenida en el inciso 3 del mismo artículo, prescribe que el pago de comisiones se realizará a más tardar el último día del mes siguiente al trimestre durante el cual se hubieran devengado las mismas. Amén de esto, en el art. 11 se determina que solo se extingue el derecho a comisión si se demostrase que el contrato entre el tercero y el empresario no será ejecutado y ello no fuere por causales atribuibles al empresario. Aclara la norma que no podrá alterarse esta disposición en detrimento del agente comercial, con lo cual continúa en evidencia el espíritu protectorio de la normativa, quedando claro que tales previsiones constituyen un piso mínimo de derechos en favor del agente. Lamentablemente no contamos con tanta claridad en nuestro CCYC.

Amén de ello, muestra del espíritu protectorio, la norma establece con carácter imperativo en su artículo 12, que el empresario debe entregar al agente un informe con las comisiones devengadas a más tardar el último día del mes siguiente al trimestre en el cual devengaron, incluyendo elementos esenciales de la base de cálculo. Se agrega el derecho del agente de solicitar informaciones para verificar el cálculo de comisiones, incluyendo extractos de los libros de comercio del empresario. Tales prescripciones no admiten pacto en contrario en perjuicio del agente.

Con respecto al preaviso necesario para extinguir los contratos de agencia por tiempo indeterminado –lo cual incluye a los contratos por plazo determinado que se han transformado en contratos de duración ilimitada por continuar luego de su vencimiento– la Directiva prevé en el art. 15 con carácter imperativo un piso mínimo de un mes por año de contrato hasta un máximo de 3 meses, aclarándose expresamente

que las partes no podrán pactar plazos inferiores, pero si superiores, obviamente. Los Estados Miembros tendrán libertad para que sus normas internas amplíen los plazos de preaviso hasta un máximo de seis meses. Se aclara con carácter indisponible que si las partes pactaran plazos superiores a los contenidos en la Directiva y/o normativa interna del país, el plazo exigido al agente no podrá ser más largo que el exigido al empresario. Puntualiza el artículo 16 de la Directiva que ésta no impedirá que el Derecho de los Estados Miembros prevean terminación sin preaviso en los casos de incumplimiento o ante circunstancias excepcionales. Basta remitirnos al acápite 3.5 para comprobar inmediatamente que las previsiones comunitarias resultan mucho mas equilibradas que las incluidas en nuestro actual CCYC. En tal sentido, deberían ser tomadas como ejemplo para una reforma legislativa en nuestro país.

Se exige también a los Estados Miembros que adopten medidas para garantizar al agente comercial luego de la terminación del contrato, o bien una indemnización por clientela¹⁰³ o la reparación de los perjuicios¹⁰⁴, bajo ciertas condiciones que se detallan en la norma, sumado ello al derecho indisponible a esta indemnización por parte de los herederos en caso de fallecimiento del agente (art. 17 inciso 4). Es importante

¹⁰³ ART 17 inc. 2. a) El agente comercial tendrá derecho a una indemnización en el supuesto y en la medida en que:

- hubiere aportado nuevos clientes al empresario o hubiere desarrollado sensiblemente las operaciones con los clientes existentes, siempre y cuando dicha actividad pueda reportar todavía ventajas sustanciales al empresario; y

- el pago de dicha indemnización fuere equitativo, habida cuenta de todas las circunstancias, en particular, de las comisiones que el agente comercial pierda y que resulten de las operaciones con dichos clientes. Los Estados miembros podrán prever que dichas circunstancias incluyan también la aplicación o la no aplicación de una cláusula de no competencia con arreglo al artículo 20.

b) El importe de la indemnización no podrá exceder de una cifra equivalente a una indemnización anual calculada a partir de la media anual de las remuneraciones percibidas por el agente comercial durante los últimos cinco años, y si el contrato remontare a menos de cinco años, se calculará la indemnización a partir de la media del período.

c) La concesión de esta indemnización no impedirá al agente reclamar por daños y perjuicios.

¹⁰⁴ ART 17 inc. 3. El agente comercial tendrá derecho a la reparación del perjuicio que le ocasione la terminación de sus relaciones con el empresario. Dicho perjuicio resulta, en particular, de la terminación en unas condiciones:

- que priven al agente comercial de las comisiones de las que hubiera podido beneficiarse con una ejecución normal del contrato a la vez que le hubiese facilitado al empresario unos beneficios sustanciales debidos a la actividad del agente comercial;

- y/o que no hayan permitido al agente comercial amortizar los gastos que hubiere realizado para la ejecución del contrato aconsejado por el empresario.

destacar que el derecho mencionado se pierde si el agente – o sus herederos – no lo hubiera reclamado dentro del plazo de un año desde la terminación del contrato (art. 17 inciso 5).

Se enumeran en el artículo 18 los casos en que no habrá derecho a indemnización, los cuales no pueden ser ampliados por las partes en perjuicio del agente e incluyen los casos en los que hay resolución de contrato por incumplimiento del agente, rescisión sin causa a pedido del agente o cesión del contrato por parte del agente a un tercero. Nuevamente, la norma deja absolutamente en claro –a diferencia de lo previsto en el artículo 1497 de nuestro CCYC– que este derecho a indemnización es un piso mínimo a favor del agente. No obstante, debe prestarse detenida atención a la excepción prevista en el inciso b) del artículo 18¹⁰⁵, la no significa otra cosa que dar derecho al agente a cobrar la indemnización por clientela o reparación del perjuicio (según hubiere optado cada Estado Miembro) en los casos en los que el agente decida la extinción del contrato por su edad avanzada, invalidez o enfermedad, conforme a las que no se pueda exigir razonablemente la continuidad de sus actividades.

En relación con las cláusulas de no competencia posteriores a la terminación del contrato, se destaca en el artículo 20 como requisito para su validez, que sean plasmadas por escrito y que sean para el mismo sector geográfico o grupo y para el mismo tipo de mercancías cuya representación estuviere a cargo del agente durante el contrato, con un plazo máximo para éstas de 2 años luego de la terminación del contrato. Se autoriza a los Estados Miembros a imponer condiciones o restricciones adicionales para este tipo de cláusulas de no competencia. De lo expuesto se verifica que los requisitos de validez previstos en la normativa comunitaria son En otras palabras, los requisitos mencionados por la Directiva para la validez de las cláusulas de no competencia son tres, y aparecen detallados con mas especificidad que lo previsto en

¹⁰⁵ Art. 18 inc. b) cuando el agente comercial haya puesto fin al contrato, a menos que esta terminación estuviere justificada por circunstancias atribuibles al empresario o por la edad, invalidez o enfermedad del agente comercial, circunstancias por las que ya no se pueda exigir razonablemente la continuidad de sus actividades;

nuestro CCYC: i) forma escrita; ii) la limitación geográfica o de grupo así como de mercancías deben ser los mismos que los previstos en el contrato extinguido; iii) plazo máximo de dos años. Como fuera anticipado en el acápite 3.8, considero que el plazo de dos años resulta mas razonable que el breve lapso de un año previsto en el CCYC.

Desde el dictado de la Directiva, los Estados Miembro de la Comunidad Europea incorporaron varias normas internas protectorias del agente. La unificación legislativa, objetivo primigenio de la Directiva, ha sido un éxito. Considero importante analizar con mayor detalle la normativa prevista en la ley española de agencia del año 1992, atento a que ella ha sido fuente de nuestro CCYC en lo que respecta a este contrato, así como las normas francesas e italianas debido a la gran influencia que han tenido estos sistemas jurídicos sobre nuestro sistema codificado.

4.2 Ley Española de Agencia de 1992

Resulta clarificadora la exposición de motivos de la ley española 12/1992 del 27 de mayo de 1992 sobre Contrato de Agencia, en el sentido de explicitar algunas pautas útiles para la interpretación de la norma. Se destaca allí, que el acto u operación de comercio que el agente promueve puede estar dirigido a servicios y no solo a mercancías¹⁰⁶. El párrafo 3 de la exposición de motivos resalta que “El régimen jurídico del contrato de agencia se configura bajo el principio general de la imperatividad de los preceptos de la Ley, salvo expresa previsión en contrario.” Este punto se reproduce en el art. 3 de la ley, por lo cual es claro que las normas de agencia no son supletorias de la voluntad de las partes sino imperativas. Ello es aún más rígido que lo previsto en la Directiva Comunitaria, ya que ciertas previsiones que no son allí consideradas imperativas, como por ejemplo las relativas a casos de devengamiento de comisiones previstas en los art. 6 a 9 de la Directiva, son, sin embargo, indisponibles bajo la ley española en las condiciones definidas por su derecho interno, conforme se verá a continuación.

¹⁰⁶ La Directiva 86/653 CEE solo hace referencia a contratos de venta o compra de mercancías.

En su artículo 1, la ley define el contrato de agencia en términos similares a los de la Directiva Comunitaria¹⁰⁷, pero agrega que, salvo pacto en contrario, el agente no asume el riesgo y ventura de las operaciones. En ello –al permitir pacto en contrario– la norma difiere de nuestro CCYC que lisa y llanamente prohíbe que el agente se constituya en garante por encima del importe de la comisión que se le pudiera haber adelantado por dicha operación. Ahonda el artículo 19 de la ley española al respecto y requiere que el pacto por el cual el agente asuma el riesgo y ventura de operaciones, deberá constar por escrito, expresando la comisión adicional a percibir por el agente.

En el artículo 2 de la ley se destaca la independencia como rasgo distintivo del agente y se aclara que no se considerarán agentes los representantes y viajantes de comercio dependientes ni, en general, las personas que se encuentren vinculadas por una relación laboral, sea común o especial, con el empresario por cuya cuenta actúan. Agrega la norma que, se presumirá que existe dependencia cuando quien se dedique a promover actos u operaciones de comercio por cuenta ajena, o a promoverlos y concluirlos por cuenta y en nombre ajenos, no pueda organizar su actividad profesional ni el tiempo dedicado a la misma conforme a sus propios criterios. Sin embargo, comparo la opinión de Jausàs respecto a que en muchos casos, no resulta claro si el agente actúa con independencia, especialmente cuando recibe instrucciones sobre cómo promover las operaciones, en cuyo caso la decisión corresponderá al juez dependien-

¹⁰⁷ Resulta importante resaltar aquí las diferencias entre el agente comercial, regulado por la Ley 12 de 1992 y el representante comercial del Real Decreto 1438/1985, del 1 de agosto, el cual opera en la esfera del derecho laboral como una relación laboral especial, ya que ello ha sido objeto de confusiones y debate judicial. El Real Decreto 1438/1985 establece en su art. 1.1 que aplica a “las relaciones en virtud de las cuales una persona natural, actuando bajo la denominación de representante, mediador o cualquier otra con la que se le identifique en el ámbito laboral, se obliga con uno o más empresarios, a cambio de una retribución, a promover o concertar personalmente operaciones mercantiles por cuenta de los mismos, sin asumir el riesgo y ventura de tales operaciones.” Se aclara en el art. 1.2 del Real Decreto que quedan excluidos de la norma quienes se dediquen a promover o concertar operaciones mercantiles de forma continuada por cuenta de uno o más empresarios, como titulares de una organización empresarial autónoma, entendiendo por tal aquella que cuenta con las instalaciones y personal propios. Se presume que no existe esta organización empresarial autónoma cuando quienes se dediquen a promover o concertar operaciones mercantiles actúen conforme a las instrucciones de su empresario con respecto a materias como horarios de trabajo, itinerario, criterios de distribución, precios o forma de realizar los pedidos y contratos. Claramente la confusión es más profunda cuando el agente comercial es una persona física y no una empresa. Es justamente la independencia el requisito esencial para distinguir al agente del representante comercial que opera bajo normas laborales.

do de las circunstancias particulares del caso.¹⁰⁸ Amén de esto, para que el agente pueda concluir contratos en nombre del empresario se requiere que tenga atribuida tal facultad (conforme art. 6 de la ley). A diferencia de lo prescrito en el CCYC, nada dice la norma española respecto a limitaciones y/o requisitos para realizar cobranzas por el empresario.

En el artículo 9 se prevé –adicionalmente a las obligaciones mencionadas en el artículo 3 de la Directiva– que es obligación del agente recibir en nombre del empresario cualquier clase de reclamaciones de terceros sobre defectos o vicios de calidad o cantidad de los bienes vendidos y de los servicios prestados, aunque no hubiera concluido tales operaciones. Dicha obligación ha sido receptada en nuestro CCYC, aunque resulta claro que en España tal norma es indisponible. A su vez, el artículo 10 de la ley española reproduce lo previsto en el artículo 4 de la Directiva Comunitaria, agregando la obligación del principal de pagar las comisiones y especificando que la aceptación o rechazo de órdenes debe manifestarse dentro del plazo de 15 días.

En relación a las comisiones devengadas durante la vigencia del contrato, el artículo 12 de la ley española adopta la solución propuesta en la Directiva Comunitaria en el art. 7 inc. 1 b), conforme explicitado en el acápite 4.1. Ambos casos se encuentran previstos en nuestro CCYC. Con respecto a la procedencia del devengamiento de comisiones en caso de exclusividad de zona o para un grupo de personas¹⁰⁹, se destaca en la ley española (en concordancia con la Directiva Comunitaria) una diferencia de trascendencia con lo previsto en el art. 1487 inciso c de nuestro CCYC, ya que no se menciona en la ley ibérica la posibilidad de pacto en contrario para el devengamiento de comisión en casos de exclusividad, con lo cual asumo se ha excluido de dicho sistema jurídico la figura del sole agent vigente en derecho anglosajón.

¹⁰⁸ Jausàs, Agustín, *International Encyclopedia of Agency and Distribution Agreements*, Netherlands, Kluwer Law International and International Bar Association, Chapter Spain by Hector Jausàs, updated in 2012, pág. 3.

¹⁰⁹ Nótese que la norma española se inclina por la segunda opción prevista en la Directiva Comunitaria en el art. 7 inciso 2.

Con respecto a las comisiones devengadas por actos u operaciones concluidos con posterioridad a la extinción del contrato de agencia, la ley española adopta una solución más clara que el CCYC en el art. 1487 inc. (a) y que la propia Directiva Comunitaria¹¹⁰, al establecer un límite temporal de tres meses para las operaciones que se hubieren debido a la actividad del agente, pero se hubieran concluido luego de la extinción del contrato. Considero que ello es más acertado que la solución plasmada en nuestro CCYC en la cual no se marcan pautas de una ventana temporal, creando un marco de inseguridad jurídica para el proponente.

En relación con el devengamiento de las comisiones, la ley española establece en su artículo 14 –también con carácter imperativo– que la comisión se devengará en el momento en que el empresario hubiera ejecutado o hubiera debido ejecutar el acto u operación de comercio, o éstos hubieran sido ejecutados total o parcialmente por el tercero. La solución es un tanto diferente a la prescripta en la Directiva pero con efectos similares. El momento de pago establecido en la ley española es el mismo previsto en el art. 10 inciso 3 de la Directiva, ya desarrollado en el acápite anterior. Se reproducen también en la ley española los amplios derechos de información previstos en favor del agente en el artículo 12 de la Directiva y los motivos por los cuales se pierde el derecho a comisión incluidos en el artículo 11.

En cuanto a las cláusulas de prohibición de competencia post contractual, la ley española reproduce lo prescripto en el art. 20 de la Directiva, agregando que en caso que el contrato haya tenido un plazo menor a dos años, las limitaciones de competencia no podrán exceder de un año. Nótese que, a diferencia de lo prescripto en el art. 1499 de nuestro CCYC, en España pueden pactarse limitaciones de competencia aún en contratos no exclusivos, aunque ya he dado mi parecer respecto a que la falta de cumplimiento de esta condición no afecta la validez del pacto en los términos en que ha sido redactado el CCYC.

¹¹⁰ La Directiva alude a plazo razonable, lo cual es suficientemente ambiguo.

Con respecto a la extinción del contrato por plazo indeterminado, la ley española adopta la solución permitida por la Directiva Comunitaria en su art. 15 inciso 3, y establece el preaviso en un mes para cada año de vigencia del contrato hasta un máximo de 6 meses, en vez de 3. En lo restante, se reproducen las previsiones del artículo 15 de la normativa comunitaria, detalladas en el acápite 4.1. Como fuera anticipado en el acápite 3.5, esta solución parece más acertada que la definida por nuestro CCYC.

En cuanto a las indemnizaciones previstas por extinción del contrato, la ley de agencia va más allá del mínimo exigido por la Directiva Comunitaria y prevé dos: i) indemnización por clientela, en los términos del inciso 2 del art. 17 de la Directiva, para lo cual agrega el requisito de la existencia de una cláusula de limitación de competencia para la procedencia de esta indemnización; ii) indemnización de daños y perjuicios, en términos muy similares al inciso 3 del art. 17 de la Directiva por no haber logrado el agente amortizar gastos. Nos ilustra Jausàs que no puede renunciarse anticipadamente a estas indemnizaciones, conforme ha sido determinado en una serie de fallos judiciales¹¹¹. Se reproducen en la ley española los incisos 4 y 5 de la Directiva, así como el artículo 18 de la misma, ya explicados en el acápite anterior, a lo cual me remito en pos de la brevedad.

De lo anterior se desprende el completo acatamiento por parte de España a la Directiva Comunitaria, habiendo avanzado la norma española en la clarificación de ciertos detalles que podían prestarse a ambigüedades. No hay dudas en la ley española respecto a la imperatividad o supletoriedad de normas, ya que ello se encuentra

¹¹¹ Jausàs, Agustín, *International Encyclopedia of Agency and Distribution Agreements*, Netherlands, Kluwer Law International and International Bar Association, Chapter Spain by Hector Jausàs, updated in 2012, pag 14: "A judgement of 7 April 2003 of the Spanish Supreme Court, has clearly stated that the right to claim for an indemnity on the part of the agent cannot be waived in the contract, any such clause being considered null. A judgement of 7 May 2005, of the Provincial Court of Barcelona has ruled that it is also null the clause whereby it is established "ex ante" the quantification of such indemnity. Accordingly such indemnity must be stated after the contract has expired and having regard to the concurring circumstances in each case."

determinado de modo explícito. Propongo imitar en nuestro país esa metodología en eventuales reformas al CCYC, con el fin de ganar mayor seguridad jurídica.

4.3 Francia

El contrato de agencia se encuentra regulado detalladamente en el Código de Comercio de Francia (incorporado por ley 91-593 del 25/6/1991). Dado el alto nivel de detalle de la normativa, enfocaré en el presente trabajo únicamente en las normas francesas de agencia que son consideradas de orden público y/o imperativas a fin de no excederme en extensión, y haré referencia a normas supletorias únicamente en caso de ser estrictamente necesario para seguir el hilo del relato. A su vez, en honor a la brevedad, remitiré a la normativa Comunitaria en todo lo que se encuentre legislado en los mismos términos que la Directiva 86/653 CEE. En este sentido –al igual que la normativa española– la legislación de agencia de Francia es más clara que nuestro CCYC a la hora de definir cuáles de sus normas son imperativas, ya que –siguiendo el modelo de la Directiva 86/653– los artículos imperativos se encuentran enumerados claramente en forma restrictiva en el art. 134-16 del Código de Comercio.¹¹²

El artículo L134-1 define a los agentes comerciales como agentes quienes, actuando como profesionales independientes no vinculados por contratos de servicios, son encomendados con la negociación y posible conclusión de ventas, compras, alquileres o provisión de servicios para y por cuenta de productores, industriales, comerciantes u otros agentes comerciales. Los agentes comerciales pueden ser personas naturales o jurídicas. Resulta fundamental para la calificación como agente contar con facultades de negociación.¹¹³ También resulta esencial la independencia para distin-

¹¹² Article L134-16: Any clause or agreement contrary to the provisions of Articles L.134-2 and L.134-4, the third and fourth paragraphs of Article L.134-11 and Article L.134-15 or establishing an exception, to the detriment of the commercial agent, to the provisions of the second paragraph of Article L.134-9, the first paragraph of Article L.134-10, Articles L.134-12 and L.134-13 and the third paragraph of Article L.134-14 shall be deemed to be unwritten. (Versión en inglés del Código de Comercio Francés)

¹¹³ Conforme Corte de Apelaciones de Versalles, 16/12/2004 JCP 2005 No. 292 citado en Jausàs, Agustín, *International Encyclopedia of Agency and Distribution Agreements*, Netherlands, Kluwer Law Interna-

guir al agente de la figura del viajante de comercio, regulada en los artículos L751-1 y siguientes del Código Laboral.

Los agentes comerciales en Francia deben registrarse en un Registro Especial, bajo apercibimiento de sanciones penales para el agente ante la omisión de registro. La registración tiene vigencia indefinidamente durante la duración de las actividades del agente. Se destaca que dicha registración es una regla profesional y no un requisito para ejercer la actividad o para dar validez al contrato. La concertación del contrato no requiere formalidad alguna, salvo la existencia de un documento escrito únicamente requerida como medio de prueba, en línea con lo previsto en la Directiva Comunitaria.

El artículo L134-4 intenta reproducir –de modo más sintético– las obligaciones determinadas para las partes en los artículos 3 y 4 en la Directiva Comunitaria, las cuales son consideradas imperativas.

El artículo L134-9 reproduce la norma del artículo 10 de la Directiva Comunitaria sobre momento de devengamiento y pago de la comisión, con el mismo alcance de imperatividad. A su vez, el artículo L134-10 reproduce el artículo 11 de la Directiva con igual alcance de imperatividad en cuanto a causales de extinción del derecho a comisión.

El artículo L134-11 se ocupa de los plazos de preaviso ante rescisión incausada de contratos por plazo indeterminado, con la misma solución adoptada por la Directiva, con alguna variante que ha generado discusiones. Tal norma prescribe que el preaviso será de un mes para el primer año de contrato, dos meses para el segundo año iniciado y tres meses para el tercer año iniciado y subsiguientes, siendo estos plazos de orden público. La ley francesa ha adoptado los plazos sugeridos por la Directiva de la Comunidad Europea. Nótese, sin embargo, que la redacción ambigua de la norma no cuenta los años cumplidos sino empezados para calcular el plazo de preavi-

so.¹¹⁴ La exigencia de preaviso no es aplicable cuando el contrato finaliza debido a negligencia grave de una de las partes o la ocurrencia de un caso de fuerza mayor. Las restantes estipulaciones sobre preaviso son idénticas a la normativa imperativa prevista en el artículo 15 de la Directiva Comunitaria.

En cuanto a la indemnización del agente luego de la extinción del contrato, la norma francesa adopta con carácter imperativo la opción incluida en el inciso 2 del artículo 17 de la Directiva, es decir indemnización por clientela. El artículo L134-12, reproduce también el plazo relativo a prescripción y el derecho a percibir la indemnización por los herederos, contenidos ambos en la norma comunitaria. Adicionalmente, la indemnización se aplica a los casos de no renovación de contratos a plazo fijo.¹¹⁵ En relación al *quantum* de esta indemnización por clientela, los Tribunales Franceses han determinado en la práctica una regla de oro según la cual la indemnización es de dos años de comisiones, calculados sobre el promedio de los dos o tres últimos años de contrato, teniendo en cuenta que en casos de contratos muy cortos la indemnización podría ser reducida.¹¹⁶ Nótese que el *quantum* de esta indemnización es superior al máximo previsto en la Directiva 86/653.

Es interesante tener presente el alcance que ha dado a esta indemnización el Tribunal de Justicia de la Unión Europea, quien dictaminó que la indemnización por extinción del contrato se debe al agente comercial que ha ejercido su actividad en un Estado Miembro, aún en casos en que el principal tenga sus oficinas en un Estado no Miembro de la Unión Europea, y aunque el contrato establezca que se aplicará la ley de un Estado no Miembro. En este sentido el Tribunal considera a la normativa relativa

¹¹⁴ Así falló la Corte de Casación comercial el 2/11/11 en el caso N° 10-22859, en el cual se condenó al agente a otorgar un preaviso de 3 meses.

¹¹⁵ En este sentido falló la Corte de Apelaciones de París indicando que el derecho del agente a una indemnización compensatoria es imperativo y que aplica aún ante la expiración de un contrato a plazo fijo y que cualquier cláusula contractual que reduzca o elimine esta compensación ha de tenerse por no escrita. En este caso puntual la indemnización se encontraba sujeta a que el agente hubiera incrementado la clientela. CA París, 5e. Ch. 12/2/04 RG No. 2002/01279, citado por Jausàs, Agustín ... Chapter France... ob cit, pág. 21.

¹¹⁶ Jausàs, Agustín ... Chapter France... ob cit, pág. 23 y 24.

a indemnización por extinción del contrato de agencia como de orden público. La Corte Suprema de Justicia Francesa se ha inclinado por la misma solución, y ha indicado que una cláusula en la que el agente renuncia a la indemnización, con el argumento que del 3% de comisiones que cobra por cada operación, 0,5% ha de imputarse a indemnización por clientela, ha de tenerse por nula¹¹⁷.

Los casos en que no se debe la indemnización prevista en el artículo L134-12 están limitados a los enumerados en el artículo L134-13, que es una reproducción de lo previsto en el artículo 18 de la Directiva. Esta es una norma de orden público. Se agrega como causal la negligencia grave del agente. En relación a esto último, la Corte Suprema Francesa ha determinado que las partes no pueden definir contractualmente que debe considerarse un incumplimiento grave o negligencia grave, con el argumento de que la caracterización de la naturaleza del incumplimiento es un asunto sujeto a evaluación del juez únicamente.¹¹⁸

Conforme el artículo L134-14, pueden acordarse por escrito cláusulas de no competencia post contractual, con los mismos requisitos de validez previstos en la Directiva Comunitaria. Finalmente, de conformidad con el artículo L134-15, cuando la actividad del agente comercial se lleva a cabo bajo un contrato escrito que tiene otro propósito principal, las partes pueden decidir por escrito que las provisiones de este capítulo no se apliquen a la parte correspondiente de actividades de agencia comercial. Esta renuncia es inválida si la ejecución del contrato revela que las actividades de agencia son un elemento principal o decisivo. Esta norma es de orden público, no admitiéndose pacto en contrario.

¹¹⁷ Corte de Casación Comercial, 17/6/03, JCP No. 36 del 3/9/03, 1542, citado por Jausàs, Agustín... Chapter France... ob cit, pág. 21.

¹¹⁸ En este caso se declaró nula una cláusula que establecía que no llegar a una facturación mínima definida en el contrato implicaba un incumplimiento grave que justificaba la no renovación del contrato. (Cámara de Casación Comercial, 28/5/02, BRDA 12/02 N° 13, citado por Jausàs, Agustín... Chapter France... pág. 25.

Se verifica en lo expuesto precedentemente el acatamiento de Francia –con ciertas variantes distintivas– a las pautas mínimas requeridas en la Directiva. Tal como en el caso de España –a diferencia de lo que ha quedado de manifiesto respecto a la normativa incluida en nuestro CCYC– en forma explícita y expresa queda claro en el Código de Comercio francés cuales normas de agencia son supletorias y cuales son imperativas o de orden público. Estamos ante un contrato altamente controlado, con un marcado espíritu protectorio en beneficio de la figura del agente. Queda en evidencia que en Francia también ha habido un cambio de paradigma respecto a las teorías que surgieron luego de la Revolución francesa: la doctrina liberal ha dado paso a las nuevas corrientes que pregonan que la igualdad a nivel contractual es mas aparente que real, por lo cual es el Estado el encargado de restablecer la paridad entre las partes mediante la imperatividad de ciertas normas. No obstante ello, debo resaltar que el modo en que se ha manejado este sistema de protección en Francia –a diferencia de la metodología de nuestro CCYC– no atenta contra la seguridad jurídica debido a que no caben dudas respecto al alcance de las limitaciones establecidas a la autonomía de la voluntad en contratos de agencia, por estar dichas limitaciones determinadas como indisponibles de modo expreso en la propia normativa.

4.4 Italia

Al igual que respecto a la normativa francesa, dado el alto nivel de detalle de la normativa italiana sobre contrato de agencia, enfocaré únicamente en las normas que son consideradas de orden público y/o imperativas a fin de no excederme en la extensión del análisis, y reenviaré al acápite de normativa de Comunidad Europea en cuanto sea pertinente.

El artículo 1742 del Código Civil italiano define el contrato de agencia como el contrato según el cual una parte asume establemente el encargo de promover por cuenta de otra –a cambio de una retribución– la conclusión de contratos en una zona determinada. El territorio es un elemento esencial del contrato cuya ausencia impide

su configuración¹¹⁹. El contrato debe ser probado por escrito, en los términos establecidos en el artículo 13 de la Directiva 86/653.

La reglamentación del estatuto del agente ha contemplado la creación de un organismo de asistencia social (ENASARCO).¹²⁰ Los proponentes extranjeros deben registrar a sus agentes comerciales en este ente y pagar contribuciones de la seguridad social calculadas sobre las comisiones.

La normativa de agencia italiana ha adoptado íntegramente las disposiciones imperativas previstas en la Directiva Comunitaria, con las particularidades que mencionaré a continuación. En lo restante, doy por reproducido lo apuntado anteriormente en el acápite 4.1 respecto a los artículos 3; 4; 10 inciso 2; 11; 12; 13 inciso 1; 15; 17 incisos 2, 4 y 5; 18 y 20 de la Directiva Comunitaria.

Con respecto a los reclamos de terceros, el artículo 1745 del Código Civil italiano prescribe que las notificaciones relativas a la ejecución del contrato celebrado a través del agente y los reclamos relativos al incumplimiento contractual se hacen válidamente al agente. Agrega que el agente puede solicitar medidas cautelares en interés del proponente y presentar los reclamos que sean necesarios para la conservación de los derechos debidos a este último. La redacción dada a esta norma aparece más equilibrada que la redacción del artículo 1483 de nuestro CCYC, que extiende la representación pasiva del agente inclusive a operaciones no concluidas por éste. Si bien el artículo 1745 no menciona expresamente que se trate de una norma imperativa, entiendo que –tal como sucede en nuestro país– al afectarse derechos de terceros, cualquier pacto en contrario no podría ser oponible a estos.

¹¹⁹ Jausàs, Agustín, *International Encyclopedia of Agency and Distribution Agreements*, Netherlands, Kluwer Law International and International Bar Association, Chapter Italy by Monica Aparo and Daniela Ghitti, updated in 2012, pág. 1 y 5: “Due to the essential and qualifying element of the agency contract, it is obvious that an agreement which does not include the territory cannot be considered as being an agency agreement”

¹²⁰ ROBERTO BALDI, *Il contratto di agencia*, Milano, Edit, Giuffrè, 1977, pag 175, citado por Cárdenas Juan Pablo... ob cit pag. 57.

En relación con la garantía del agente sobre las operaciones, prescribe el artículo 1746 del Código Civil italiano que está prohibido el pacto que ponga a cargo del agente una responsabilidad, aunque fuera parcial, sobre los incumplimientos del tercero. Sin embargo, está excepcionalmente permitido que las partes acuerden en casos puntuales el otorgamiento de una garantía específica por parte del agente, siempre que esto se haga con referencia a negocios individuales determinados. Esta obligación –en ese caso– se limita al monto de la comisión que tendría derecho a obtener el agente. La prohibición a la garantía *del credere* fue introducida por la ley N° 526 del año 1999. El resultado de esta modificación legislativa implica la invalidez de todas las cláusulas generales contenidas en los contratos que prevean la aplicación de la garantía *del credere*.

En cuanto al preaviso para rescisión en contratos por plazo indeterminado, la ley italiana hace uso de la opción prevista en el inciso 3 del artículo 15 de la Directiva Comunitaria y fija el preaviso mínimo en un mes para el primer año de contrato, dos meses para el segundo año iniciado, tres meses para el tercer año iniciado, cuatro meses para el cuarto año iniciado, cinco meses para el quinto año iniciado y seis meses para el sexto año y todos los subsiguientes. Con respecto a la indemnización por extinción del contrato, la ley italiana opta por la opción de indemnización por clientela prevista en el inciso 2 del artículo 17 de la Directiva.

Finalmente es interesante resaltar que Italia hace uso del derecho conferido por la Directiva Comunitaria en su artículo 20 inciso 4, de imponer restricciones adicionales a la validez o aplicabilidad de las cláusulas de no competencia post contractual. En este sentido, prescribe el artículo 1751 bis del Código Civil italiano, que la aceptación de un pacto de no competencia implica –en el momento de la extinción de la relación– el pago al agente comercial de una indemnización acorde con la duración del pacto, la naturaleza del contrato de agencia y la indemnización por extinción. La determinación de esta indemnización corresponde a las partes; ante falta de acuerdo, la misma es

determinada por el juez sobre una base equitativa teniendo en cuenta ciertos parámetros definidos en la propia ley.

De lo expuesto se verifica un alto nivel de claridad –como consecuencia directa del acatamiento a la Directiva Comunitaria– en cuanto a cuales son normas supletorias y cuales imperativas o de orden público. Sin perjuicio de ello, es importante apuntar que, como ha quedado en evidencia, el Código Civil italiano va mas allá de lo exigido por la Directiva 86/653/CEE y regula con carácter imperativo varias cuestiones no previstas en la normativa comunitaria, lo cual muestra un mayor intervencionismo estatal respecto a la relación entre agentes y proponentes. Advierto que hemos adoptado ciertas cuestiones previstas en la normativa italiana con nuestras propias variantes –como la prohibición de garantía del agente o lo relativo a reclamos de terceros– pero lo hemos hecho sin dejar clara la indisponibilidad de tales reglas para los contratos regidos bajo ley argentina, lo cual debe deducirse como he hecho en este trabajo. Ello, a mi criterio, ha sido desacertado; estamos a tiempo de corregir esta deficiencia legislativa con una reforma clarificadora.

4.5 Colombia

Es relevante el estudio de la normativa colombiana ya que –aunque Colombia no integra el Mercosur– en ella se encuentra tipificado el contrato de agencia desde el año 1971, a partir de la expedición del nuevo Código de Comercio por decreto 410. Se trata de una regulación altamente protectoria de la figura del agente, al punto de establecer en el artículo 1328 de dicho cuerpo legal que, para todos los efectos, los contratos de agencia comercial que se ejecuten en Colombia quedan sujetos a leyes colombianas, teniéndose por no escrita toda estipulación en contrario. Esto –a diferencia de lo previsto en nuestro CCYC– limita en un grado extremo la autonomía de la voluntad en cuanto a la elección del derecho aplicable.

En Colombia el contrato de agencia se encuentra regulado en los art. 1317 a 1331 del Código de Comercio. Se le aplican al contrato de agencia subsidiariamente las reglas del mandato. El artículo 1317 define la agencia como el contrato en el cual “un comerciante asume en forma independiente y de manera estable el encargo de promover o explotar negocios en un determinado ramo y dentro de una zona prefijada en el territorio nacional, como representante o agente de un empresario nacional o extranjero o como fabricante o distribuidor de uno o varios productos del mismo”. Es decir, conforme a este artículo, el agente es un comerciante¹²¹ que actúa de forma independiente en el territorio de Colombia. Ello implica que el agente debe conservar su libertad para “determinar el modo, tiempo y lugar de la actividad de promoción, lo cual no impide que en el contrato se fijen pautas mínimas.”¹²² Se destaca la característica de estabilidad. Resulta llamativo que –a diferencia de lo que sucede en la mayoría de las legislaciones, entre las que se incluye la legislación argentina– el Código de Comercio de Colombia prescriba que el agente puede actuar como fabricante o distribuidor de los productos del empresario, ya que ello es algo que presta a confusión con otras figuras contractuales. Sin perjuicio de esto, la Cámara Civil de la Corte Suprema de Justicia ha aclarado que las reglas de la agencia no aplican a los contratos de distribución ya que el distribuidor actúa por cuenta propia y no por cuenta de sus proveedores. La Corte ha indicado lo siguiente:

La diferencia es bien clara: al distribuidor que actúa como agente comercial en nada lo benefician o perjudican las alzas o bajas que puedan sufrir los productos que promueve, como quiera que la propiedad de éstos en ningún momento del proceso de mercadeo pasa a ser suya, sino que del dominio del fabricante o empresario, los productos se desplazan al de la clientela sin que el agente tenga que adquirirlos. Por el contrario, cuando el distribuidor ha adquirido para sí los productos que promueve, resulta claro que un aumento en los precios de venta después que sean suyos, lo beneficia directamente, de la misma manera que lo

¹²¹ Contrario a esta opinión, Cárdenas entiende que no es necesario que el agente sea comerciante. Dice: “Cuando el C. De Co. preceptúa que por el contrato de agencia un comerciante ... solo está tratando de solucionar un problema planteado a escala universal, que consiste en determinar si el agente es o no comerciante por su actividad de promoción.” Cárdenas Juan Pablo... ob cit , pág. 26.

¹²² Cárdenas Juan Pablo... ob cit, pág. 25

perjudicaría una baja en las mismas circunstancias. El agente comercial que distribuye, coloca pues en el mercado productos ajenos, no propios¹²³.

Con respecto a la posibilidad de fabricación por parte del agente, Cárdenas, siguiendo a Perez Vives y Gabino Pinzón, entiende que en la única hipótesis en que serían aplicables las normas de agencia a la fabricación “consistiría en que se encargara a una persona fabricar un producto por cuenta de otra, quien, por ejemplo, tiene la patente sobre él, y además promoverlo”¹²⁴

El contrato de agencia debe inscribirse en la Cámara de Comercio con jurisdicción en el lugar de celebración y/o de ejecución (art. 29 del Código de Comercio). Se debe consignar en el registro la especificación de los poderes o facultades del agente, el ramo de actividades, el tiempo de duración y el territorio, so pena de no ser oponible el contrato a terceros de buena fe exenta de culpa, ya que estos no han tenido posibilidad de con diligencia evitar atenerse a la apariencia del agente. En otras palabras, “(...) al registrarse el contrato se establece su oponibilidad respecto de terceros, y quien no verifica las facultades del agente (consignadas en un contrato inscrito), incurrir en una conducta culposa que no permite aplicar la teoría de la apariencia”¹²⁵. Este tipo de inscripción no se hace necesaria en Argentina atendiendo a la regla general del CCYC respecto a que el agente no representa al proponente, por lo cual el agente que invoque la representación del proponente deberá probarla, con un poder o en su caso actuará como gestor de negocios.

¹²³ Fallo del 2/12/1980 de la Cámara Civil de la Corte Suprema de Justicia, citado en Jausàs, Agustín, *International Encyclopedia of Agency and Distribution Agreements*, Netherlands, Kluwer Law International and International Bar Association, Chapter Colombia by Carlos Umaña Trujillo and Alvaro Cala, updated in 2012, pág. 1. También por Cárdenas Juan Pablo... ob cit pág. 29. En igual sentido Fallo del 31/10/1995 de la Cámara Civil de la Corte Suprema de Justicia: “Por esta razón, para la Corte la actividad de compra hecha por un comerciante a un empresario que le suministra el producto a fin de que aquel lo adquiera y posteriormente lo distribuya y lo revenda, a pesar de que esta actividad sea reiterada, continua y permanente y que se encuentre ayudada de la ordinaria publicidad y clientela que requiere la misma reventa no constituye ni reviste por si sola la celebración o existencia de un contrato o relación de agencia comercial entre ellos.” Cárdenas Juan Pablo... ibidem

¹²⁴ Cárdenas Juan Pablo... ob cit, pág. 29

¹²⁵ Cárdenas Juan Pablo... ob cit, pág. 62

En cuanto a la facultad del agente para recibir reclamaciones relativas al cumplimiento del contrato, ésta no está prevista expresamente en la legislación colombiana. Entiende Cárdenas que esta facultad solo se justifica “en cuanto se señalen términos muy breves para presentar los reclamos al contratante por incumplimiento del contrato.”¹²⁶

Conforme artículo 1322 del Código de Comercio de Colombia, el agente tiene derecho a remuneración i) aunque el negocio no se lleve a cabo por causas imputables al empresario; ii) cuando el empresario concierte directamente el negocio en el territorio del agente, o; iii) cuando el empresario se ponga de acuerdo con el tercero para no concluir el negocio. Entienden Carlos Umaña Trujillo y Alvaro Cala¹²⁷ que podría establecerse en el contrato que las ventas directas no darán derecho a comisión.

Es interesante analizar la situación respecto a la garantía del agente por el cumplimiento de las obligaciones contraídas con terceros con su intermediación. El Código Civil de Colombia establece en su artículo 2178:

El mandatario puede, por pacto especial, tomar sobre su responsabilidad toda la solvencia de los deudores y todas las incertidumbres y embarazos del cobro. Constituyéndose entonces en principal deudor para con el mandante y son de su cuenta hasta los casos fortuitos y la fuerza mayor.

Esta norma es aplicable supletoriamente a la agencia en virtud del artículo 822 del Código de Comercio. Ello implica que, a diferencia de lo previsto en el CCYC argentino, no existe limitación alguna bajo derecho colombiano, para que el agente se constituya en garante de las operaciones. Esta es una solución que –tal como se ha anticipado en el acápite 3.1– beneficia tanto a agente como a agenciado.

¹²⁶ Cárdenas Juan Pablo... ob cit, pág. 64

¹²⁷ Jausàs, Agustín... Chapter Colombia... ob cit, pág. 3

El contrato de agencia termina por las mismas causas que el mandato.¹²⁸ Las causales de terminación unilateral del contrato que se consideran justa causa están previstas en el artículo 1325 del Código de Comercio. Éstas –por parte del empresario– son: i) incumplimiento grave del agente; ii) acción u omisión del agente que afecte gravemente los intereses del empresario; iii) quiebra o insolvencia del agente y iv) la liquidación o terminación de actividades. Por parte del agente las causales son un espejo de las previstas para el empresario. La enumeración es taxativa y es considerada una norma de orden público atento a que la Corte Suprema ha determinado que las normas sobre agencia tienen naturaleza laboral y son por lo tanto de orden público, lo cual implica que cualquier otra causal que se incluya en un contrato como justa causa de terminación, se tendrá por no acordada¹²⁹. Entiendo que resulta inadecuado considerar a la normativa de agencia como de naturaleza laboral, ya que ello resulta contradictorio con la propia definición de agencia que aporta el Código de Comercio colombiano, conforme la cual se trata de un contrato entre comerciantes. Afortunadamente nuestro CCYC no ha incurrido en tan grave error.

En relación con la indemnización del agente por extinción del contrato, prescribe el artículo 1324 que ésta asciende a la doceava parte del promedio de comisión anual de los últimos tres años, por cada año de vigencia de contrato, o al promedio de todo lo recibido, si el plazo del contrato fuere menor. Si la terminación del contrato fuere realizada sin causa por el empresario, o fuere realizada por justa causa por el agente, se deberá adicionar a esta indemnización una indemnización equitativa fijada por peritos como retribución a los esfuerzos para acreditar la marca, la línea de productos o los servicios objeto del contrato. Nótese que no se trata –como en nuestra legislación– de un plazo de preaviso indemnizable en beneficio de ambas partes, sino de una indemnización a favor del agente, lisa y llanamente. La Corte Suprema de Justicia de

¹²⁸ Como el Código de Comercio no regula las causales de terminación del mandato, se aplican supletoriamente las normas sobre terminación del mandato civil.

¹²⁹ Jausàs, Agustín... Chapter Colombia... ob cit, pág. 4 - 5

Colombia ha tratado el tema en varias ocasiones y ha determinado inicialmente que los beneficios establecidos en este artículo solo pueden ser renunciados luego de la terminación del contrato y no anticipadamente. Sin embargo con los años, la Corte ha ido flexibilizando su posición. En el año 2005 la Corte de Justicia aceptó que agente y agenciado pueden de buena fe acordar una cláusula de “prepago” de este beneficio respecto a la indemnización por rescisión general arriba mencionada. En el año 2011 la Corte flexibilizó aun más su postura al aceptar la renuncia anticipada a esta compensación en cualquier momento, inclusive desde la firma del contrato, ya que la compensación solo afecta a intereses privados del agente y no al orden público, salvo en casos de situaciones de abuso de posición dominante, presión ilegal, abuso del derecho, contratos predispuestos, etc.

El Código de Comercio no define expresamente si las prestaciones e indemnizaciones del artículo 1324 son de orden público, y por tanto irrenunciables. Nos indica Cárdenas que se ha generado una gran controversia al respecto. Gabino Pinzón, García Carmona, la Superintendencia de Sociedades, Schlesinger, Asecolda, y parcialmente, Cardozo Luna sostienen la renunciabilidad. Alzate Lopez, el Consejo de Estado y la Corte Suprema sostienen la irrenunciabilidad, especialmente con una función de protección de la parte débil.¹³⁰

De lo anterior se desprende sin lugar a dudas, que la norma colombiana de agencia es altamente protectoria de la figura del agente y equipara a éste en ciertos aspectos a un trabajador en relación de dependencia, en cuanto a irrenunciabilidad de derechos. No obstante ello, no se verifica en el Código de Comercio de Colombia el mismo nivel de inconfundibilidad que apreciamos en las leyes de los Estado Miembro de la Comunidad Europea que hemos analizado, respecto a cuales normas pueden

¹³⁰ Cárdenas Juan Pablo... ob cit, pág. 112 y ss.

ser consideradas supletorias de la voluntad de las partes. En otras palabras, el Código de Comercio colombiano no enumera en forma singular todas aquellas reglas que han de considerarse de orden público o imperativas. Por tanto, ha de recurrirse a la jurisprudencia para su interpretación y ya he manifestado que –como suele suceder en cuestiones de derecho– no hay unanimidad de opiniones.

4.6 Bolivia

Hemos de adentrarnos a esta altura en el análisis de las leyes imperantes en los países miembros del Mercosur que han legislado expresamente la normativa de agencia, entre los que se encuentra Bolivia (en proceso de adhesión). El Código de Comercio de Bolivia define la agencia –con bastante amplitud– en su artículo 1248 como el contrato por el cual, un comerciante asume en forma independiente y estable el encargo de promover o explotar negocios en determinado ramo y dentro de una zona prefijada del país, como intermediario de otro empresario nacional o extranjero, con libertad para dedicarse a cualquier otra actividad comercial. Como en otras tantas legislaciones, se destaca la independencia y la estabilidad del agente como elementos característicos y esenciales del contrato.

El contrato debe contener necesariamente las facultades otorgadas al agente, el ramo de actividades, su tiempo de duración y la zona donde deberán desarrollarse. Se celebra por escrito y se inscribe en el Registro de Comercio (FUNDEMPRESA), para lo cual el contrato ha de elevarse a escritura pública. Si bien la falta de inscripción no implica la nulidad del contrato sino su inoponibilidad frente a terceros, los jueces podrían negarse a ejecutar el contrato si se afecta, mediante la disminución del patrimonio de la contraparte, la garantía de los acreedores de dicha contraparte.¹³¹

La normativa boliviana sobre agencia no contiene gran cantidad de reglas imperativas y no legisla especialmente sobre los efectos de la extinción del contrato ni la

¹³¹ Conforme indicado por el Estudio Jurídico Guevara & Gutiérrez S.C. (www.gg-lex.com) en Informe privado.

exigencia de un preaviso determinado para su rescisión, con lo cual las partes tienen amplio margen de negociación para crear sus propias reglas con el uso de la autonomía de la voluntad. Se aplican supletoriamente a la agencia las reglas del mandato. Lo que si deja claro el Código de Comercio en su artículo 1251, es que los contratos de agencia celebrados en el exterior, cuya ejecución deba efectuarse en territorio boliviano, quedan sujetos a las leyes bolivianas, teniéndose por no escrita toda estipulación en contrario. En definitiva, se trata de una disposición que obliga a los extranjeros a sujetarse a la legislación boliviana, aunque ésta da un amplio margen de libertad contractual a las partes ya que sus normas tienen alcance supletorio. Destaca en la normativa boliviana la total prohibición para el agente de cobrar los créditos del representado, salvo autorización expresa. En todo caso, le está prohibido al agente modificar los precios fijados por su representado, conceder créditos, descuentos, rebajas o prórrogas de plazo, sin autorización previa.

Si bien pareciera *a priori* que no reviste relevancia el análisis de la legislación boliviana sobre agencia debido a lo breve de mi exposición relativa a normas imperativas, resalto que la importancia de su mención radica en comprobar –tal como a esta altura se intuye pero demostraré mas adelante– que dentro del Mercosur estamos muy lejos de contar con una normativa unificada en este tipo de contratos comerciales que están destinados, por su propia esencia, a trascender fronteras. Deberíamos en este aspecto imitar a la Comunidad Europea y unificar la normativa entre los miembros del Mercosur, más aun teniendo en cuenta lo incipiente de la firma del acuerdo de asociación estratégica con la Unión Europea, sin perder de vista que la agencia es un contrato netamente comercial con alto impacto en la apertura de nuevos mercados.

4.7 Brasil

El contrato de agencia o de representación comercial autónoma está regulado en Brasil –principal socio de Argentina en el Mercosur– desde hace muchos en la Ley 4886/65 (enmendada por las leyes 8.420 y 12.246) y en los artículos 710 a 721 del

Código Civil. En su artículo primero, la ley 4886 define a la representación comercial autónoma como a la ejercida por una persona jurídica o física, sin relación laboral, que desempeña, en carácter no eventual por cuenta de una o más personas, la mediación para la realización de negocios mercantiles, solicitando propuestas o pedidos para transmitirlos a los representados, practicando o no actos relacionados con la ejecución de los negocios. “La Ley 4.886, en su art. 1 no define la agencia, sino al agente comercial.”¹³² Cuando la representación comercial incluye poderes son aplicables las reglas del mandato comercial. Se destacan entonces la autonomía del agente, ya que de lo contrario estaríamos ante una relación de carácter laboral, la estabilidad, es decir carácter no eventual, la actuación del agente por cuenta de un tercero y la intermediación. El agente no compra la mercadería del proveedor sino que el proveedor la vende directamente al consumidor con la intermediación del agente.¹³³

El artículo 2 de la ley 4.886/65 prescribe que es obligatorio el registro de los representantes comerciales en los Consejos Regionales de Agentes comerciales creados por dicha norma, el cual está sujeto al pago de una anualidad. Conforme artículo 5 de la ley, solo se debe remuneración al representante comercial debidamente registrado. Esto marca una diferencia trascendente con las consecuencias de falta de registro estudiadas precedentemente para otros países, ya que aquí se priva al agente de derecho a su contraprestación, se trata de un castigo grave. Cabe mencionar que los Consejos Regionales de Agentes tienen facultades para sancionar a los representantes comerciales autónomos que cometan faltas en el ejercicio de la profesión, entre las que se destacan –entre otras– el perjudicar por dolo o culpa los intereses del repre-

¹³² GASTALDI, JOSE MARIA, *El Contrato de Agencia Comercial, Su armonización legislativa en el Mercosur y la Unión Europea*, Buenos Aires, Ed de Belgrano, 1998, pág., 52

¹³³ Diniz María Helena, *Tratado teórico e práctico dos contratos*, vol. 3, Sao Paulo, Ed Saraiva, 1993, pág. 34, citada en Jausàs, Agustín, *International Encyclopedia of Agency and Distribution Agreements*, Netherlands, Kluwer Law International and International Bar Association, Chapter Brazil by María Regina Mangabeira Albernaz Lynch, Elza Leite de Moraes Andrade & Maristela Sabbag Abla Rossetti, updated in 2012, pág. 3

sentado, violar el deber de confidencialidad, negarse a rendir cuentas, etc. Se trata de un sistema colegiado y profesionalizado.

Los contratos de representación comercial autónoma deben formalizarse por escrito e incluir obligatoriamente, como mínimo: a) las condiciones y requisitos generales de la representación; b) la indicación genérica o específica de los productos o artículos objeto de la representación; c) el plazo del contrato (cierto o indeterminado); d) el territorio; e) la garantía o no, parcial o total o por cierto plazo, de la exclusividad de zona o sector; f) retribución del agente y época de pago (que puede depender de la efectiva realización del negocio, así como de su cobranza); g) los casos en que se justifique la restricción de zona de exclusividad; h) las obligaciones y responsabilidades de las partes; i) exclusividad o no exclusividad; j) indemnización debida al representante por rescisión sin causa, cuyo monto no puede ser inferior a 1/12 parte del total de la retribución obtenida durante el tiempo en que se ejerció la representación para contratos por plazo indeterminado, o en el caso de contratos con plazo cierto, al promedio mensual de la retribución obtenida hasta la fecha de rescisión multiplicada por la mitad de los meses del plazo contractual. Se trata de una indemnización que opera únicamente en beneficio del agente, cuyo piso mínimo está establecido expresamente en la norma y se asemeja a la indemnización debida a empleados en relación de dependencia.

Debe tenerse en cuenta que una vez prorrogado, tácita o expresamente el plazo inicial del contrato, el mismo se transforma en un contrato por plazo indeterminado; también se considera de plazo indeterminado todo contrato que sucede, dentro del plazo de 6 meses, a otro contrato, sea con o sin determinación de plazo. Tales previsiones –aunque la propia ley aclare que la relación de agencia no tiene carácter laboral– asemejan la situación del agente a la de los empleados a plazo fijo en Argentina. Más aún, conforme el artículo 32 inciso 7, que peca de exceso protectorio del agente, están prohibidas las modificaciones que impliquen, directa o indirectamente, la dismi-

nución del promedio de los resultados obtenidos por el representante en los últimos seis meses de vigencia del contrato.

Prescribe además el artículo 34 de la ley 4.886/65, que la rescisión del contrato por tiempo indeterminado que haya estado en vigor por más de seis meses, por cualquiera de las partes, sin causa justificada, se encuentra sujeta a un preaviso con una anticipación mínima de 30 días o al pago de una suma equivalente a 1/3 de las comisiones obtenidas por el representante en los 3 meses anteriores, indexada monetariamente (según artículo 46). Nótese el plazo de preaviso que opera en beneficio de ambas partes es mucho más breve que el previsto en la normativa Argentina e inclusive la de algunos países de la Unión Europea. No obstante ello, la indemnización debida al agente por extinción del contrato –sea a plazo fijo o por plazo indeterminado– es realmente elevada, tal como he indicado más arriba. Ello marca una diferencia importante con lo previsto en nuestra propia normativa, atento a que en nuestro país, la indemnización mas fuerte es la derivada de la falta de otorgamiento de preaviso, y ella opera de forma sinalagmática en beneficio de agente y proponente. En Brasil, la indemnización mas relevante en términos monetarios opera únicamente en beneficio del agente; el plazo del preaviso es mucho menor y mas ajustado a la realidad que el determinado por el artículo 1492 del CCYC.

Finalmente, considero importante resaltar que conforme la normativa brasilera, está prohibida la inclusión en el contrato de representación comercial de cláusulas *del credere*, es decir que no está permitida la garantía del agente sobre las operaciones, ni aún con pacto expreso, ni limitadas a la comisión ganada. No obstante ello, el artículo 32 de la ley establece que el derecho a comisiones del agente nace cuando el tercero realiza el pago de los pedidos o propuestas, lo que en cierta forma equivale para el agente a garantizar el pago del tercero hasta el monto de la comisión correspondiente, a menos que el contrato establezca su devengamiento y pago con anterioridad a tal evento.

4.8 Paraguay

En Paraguay se promulgó el 6 de julio de 1993 la ley N° 194/93 por la cual se estableció el régimen legal que define las relaciones contractuales para la promoción, venta o colocación dentro del país de productos o servicios, provistos por fabricantes y empresas extranjeras por medio de representantes, agentes o distribuidores domiciliados en Paraguay. Principalmente se fijan en la ley las pautas de las indemnizaciones que corresponden con motivo de la extinción de los contratos sin causa, y se limitan detalladamente las causales para configurar resolución del contrato con justa causa. Se trata de una ley destinada a regir contratos internacionales y no relaciones contractuales domésticas con un claro sesgo protectorio de la figura del agente local. La ley es considerada de orden público en tanto su artículo 9 establece que las partes pueden reglar libremente sus derechos mediante contratos, sujetos a las disposiciones del Código Civil, pero sin que en forma alguna puedan renunciar a derechos reconocidos por la ley 194/93.¹³⁴ Adicionalmente, el artículo 10 de la norma en análisis prescribe que las partes se someterán a la competencia territorial de los Tribunales de Paraguay. No obstante ello, los proponentes domiciliados en Países Miembro del MERCOSUR pueden ejercer su derecho a aplicar el Protocolo de Buenos sobre Jurisdicción Internacional en Asuntos Contractuales a fin de prorrogar la jurisdicción a favor de órganos jurisdiccionales o tribunales arbitrales de países miembro, aunque esos tribunales o árbitros deben fallar aplicando la ley 194/93¹³⁵.

En la ley 194/93 se define la representación como:

¹³⁴ “Fortaleza Import Export S.A. c/ Petrobras Distribuidora S.A. s/ Cumplimiento de Contrato e Indemnización de Daños y Perjuicios” S.D. N° 631, 14/08/08, Juzgado de Primera Instancia en lo Civil y Comercial del Séptimo Turno de Asunción, citado por el Dr. Federico Silva en columna de opinión del día 22/5/19, “Ley 194/93. No todo es perfecto en el Paraíso” en www.abogados.com.ar.

¹³⁵ Conforme aceptado en el caso Norte S.A. Importación-Exportación c/Laboratorios Northia SAEFIA, A.I. N° 515 Tribunal de Apelación en lo Civil y Comercial de Asunción del 6 de agosto de 2009, citado por Jausàs, Agustín, *International Encyclopedia of Agency and Distribution Agreements*, Netherlands, Kluwer Law International and International Bar Association, Chapter Paraguay by Esteban Burt, updated in 2011, pág. 3

... la autorización otorgada por el contrato, debidamente instrumentada, para que una persona natural o jurídica domiciliada en la República, gestione y realice transacciones comerciales para la promoción venta o colocación, dentro del país o en cualquier otra área determinada de productos y servicios proveídos por un fabricante o firma extranjera.

A su vez se define la agencia de este modo:

... relación contractual, debidamente instrumentada, por la cual un fabricante o firma extranjera faculta a una persona natural o jurídica, domiciliada en la República, a intermediar en la gestión, realización o conclusión de negocios o contratos con clientes, dentro del país o cualquier otra área determinada, para la promoción, venta o colocación de productos o servicios, mediando el pago de una comisión.

Se exige el registro de los contratos ante el Registro Público de Comercio a partir de la promulgación de la ley. Sin perjuicio de ello, en el caso de personas físicas o jurídicas domiciliadas en la República que invoquen representación o agencia de productos o servicios dentro del país o en cualquier otra área determinada, provistos por un fabricante o firma extranjera en virtud de actos realizados o documentos otorgados con anterioridad a la vigencia de la ley, se podrá probar el vínculo entre las partes y el tiempo correspondiente al mismo por todos los medios de prueba consagrados en las leyes del país y especialmente por uno o más de los siguientes: a) cartas de autorización por parte de fabricante; b) el pago de comisiones al agente; c) gastos de propaganda y de publicidad enunciando que es el representante o agente de los productos o servicios del fabricante o firma extranjera, con el conocimiento de ello por parte de dicho fabricante o firma sin haber existido oposición; etc. La Corte Suprema de Paraguay ha determinado que la protección de la Ley 194/93 no puede ser otorgada a falta de un contrato para relaciones iniciadas luego de la sanción de la ley¹³⁶.

Se admite la cancelación, revocación, modificación o falta de prórroga de contratos de agencia o representaciones, contra el pago de las indemnizaciones calcula-

¹³⁶ Makrosa C.I.S.A. c/Kimberly Clark Corp. USA, Acuerdo y Sentencia N° 191 del 21/12/01, Segunda Sala Tribunal de Apelaciones Civil y Comercial, Asunción, citado por Jausàs, Agustín, *International Encyclopedia of Agency and Distribution Agreements*, Netherlands, Kluwer Law International and International Bar Association, Chapter Paraguay by Esteban Burt, updated in 2011, pág. 3

das bajo las pautas establecidas. Del texto de la norma surge que las indemnizaciones son aplicables también en caso de vencimiento de contratos a plazo fijo, o de ciertas modificaciones contractuales no aceptables para el agente. Las pautas para el cálculo de la indemnización son el promedio anual de las utilidades brutas (total de comisiones abonadas) de los últimos tres años, y la antigüedad en escala ascendiente por períodos de i) dos a cinco años; ii) de más de cinco a diez años; iii) de más de diez a veinte años; iv) de más de veinte años a treinta años; v) de más de treinta a cincuenta años; y vi) más de cincuenta años; No obstante, la ley no demarca una pauta fija, sino que el *quantum* de la indemnización es determinado por el juez. En el primer escalón de la escala mencionada los jueces han otorgado un año de remuneraciones, en el segundo escalón dos años, si la relación tuvo de 10 a 15 años de antigüedad se ha indemnizado con 3 años de remuneraciones, si la relación tuvo más de 15 años pero menos de 20, cuatro años; en el cuarto escalón arriba mencionado los jueces han otorgado 5 veces el promedio anual, etc.¹³⁷

Las causales que habilitan resolución del contrato con justa causa, sin estar obligado el proponente a pagar indemnización se encuentran enumeradas taxativamente en la norma, a saber: a) el incumplimiento por el agente de las cláusulas del contrato; b) el fraude o abuso de confianza en las gestiones conferidas; c) la ineptitud o negligencia del agente en la venta de productos o la prestación de servicios que co-

¹³⁷ “Yama del Paraguay S.R.L. c. Laboratorio Cuenca S.A. s/ Indemnización de daños y perjuicios.” Ac. y Sent. N° 53, 29/06/2010, Tribunal de Apelación en lo Civil y Comercial de Asunción, Sala 3; publicado en: La Ley Online. “Galerías Guaraní S.A. c. Omega S.A. s/ Indemnización de daños y perjuicios por responsabilidad contractual y otros.” Ac. y Sent. N° 132, 30/12/13, Tribunal de Apelación en lo Civil y Comercial de Asunción, Sala 5; publicado en: La Ley Online. “Fortaleza Import Export S.A. c/ Petrobras Distribuidora S.A. s/ Cumplimiento de Contrato e Indemnización de Daños y Perjuicios” S.D. N° 631, 14/08/08, Juzgado de Primera Instancia en lo Civil y Comercial del Séptimo Turno de Asunción. “Copetrol S.A. c/ Esso Petrolera Argentina S.R.L. s/ Indemnización de Daños y Perjuicios por Responsabilidad Contractual” S.D. N° 95, 27/02/13, Juzgado de Primera Instancia en lo Civil y Comercial del Séptimo Turno de Asunción. “Ventas Paraguayas S.A. c/ Polibor Ltda. s/ Indemnización de Daños y Perjuicios” S.D. N° 330, 19/05/08, Juzgado de Primera Instancia en lo Civil y Comercial del Séptimo Turno de Asunción, citados por el Dr. Federico Silva en columna de opinión del día 22/5/19, “Ley 194/93. No todo es perfecto en el Paraíso” en www.abogados.com.ar

rrespondan; d) la disminución continuada de la venta o distribución de los artículos por motivos imputables al agente, aunque éste no será responsable en caso de que se establezcan cuotas o restricciones a la importación y las ventas se vean inevitablemente afectadas por causas fortuitas o de fuerza mayor debidamente justificadas; e) cualquier acto imputable al agente, que redunde en perjuicio de la buena marcha de la introducción, venta, distribución de productos o prestación de servicios objeto de la relación; y, f) conflicto de intereses por la promoción de productos o la prestación de servicios que se encuentren en línea de competencia con los productos o servicios objeto de la relación. Debe tenerse especialmente en cuenta que las causales deben ser debidamente acreditadas ante los jueces o árbitros, so pena de tomarse a la cancelación, revocación, modificación o negativa de prórroga como injustificada y que previo a la resolución del contrato debe darse al agente la posibilidad de subsanar la causal invocada en el plazo de 120 días, lo cual parece a mi criterio un plazo demasiado extenso considerando que ante causas como las arriba descriptas es altamente probable que ya no exista *affectio contractus*.

A las indemnizaciones arriba mencionadas se agrega la obligación del proponente de adquirir del agente –si éste las tuviera en stock y ejerciera su derecho de venta– las existencias de mercaderías más una utilidad normal de acuerdo con el precio de venta de productos en el mercado.

Ha quedado en evidencia que la normativa de Paraguay arriba apuntada protege al agente local de su contraparte extranjera y no está destinada a regir relaciones contractuales domésticas. No existe un régimen tipificado para contratos locales. Esto se aparta del modo de tratar a este contrato en los restantes países del Mercosur y resulta sumamente llamativo. Es más, pareciera una invitación solapada a fabricantes extranjeros para constituir empresas locales y canalizar a través de éstas la promoción de los productos y servicios en este mercado.

5) CONCLUSIONES:

He iniciado este trabajo con el objetivo de analizar si las previsiones incluidas en el CCYC sobre contrato de agencia son normas imperativas o supletorias y ha quedado de manifiesto la dificultad para determinarlo, que tiene su origen en la impresión con la que se tratan las nociones de orden público y normas imperativas en dicho cuerpo legal. Se trata de conceptos escurridizos y se encuentra afectada la seguridad jurídica debido a las siguientes circunstancias: i) la falta de definiciones en el CCYC; ii) no es requisito *sine qua non* la mención expresa en una norma respecto a su imperatividad para que tal indisponibilidad exista; iii) en definitiva es el juez quien determina en última instancia si una norma es de orden público, imperativa o supletoria, para lo cual tiene excesivas facultades que le permiten inmiscuirse en los contratos, tanto a pedido de parte como –en algunos casos– de oficio. Todo ello implica para las partes incertidumbre respecto del alcance y validez de sus acuerdos de voluntades.

Hemos dado un gran paso en Argentina con la inclusión del contrato de agencia en el CCYC, lo cual era una asignatura pendiente hace muchos años, con varios intentos frustrados en el camino. No obstante, se hace necesaria una revisión legislativa al CCYC para subsanar las serias deficiencias presentes en las normas de agencia allí plasmadas, en los términos indicados y ampliamente analizados precedentemente. En particular, resulta sumamente trascendente aportar claridad identificando de forma expresa en el CCYC, cuales de las normas de agencia son supletorias y cuales imperativas o de orden público para las partes. Un buen modelo para imitar es la Ley de Agencia de España, fuente de nuestro CCYC pero cuya metodología no ha sido copiada en este aspecto.

Ha quedado claro en el presente trabajo que el orden público y las normas imperativas son un límite infranqueable a la autonomía de la voluntad en contratos domésticos. En contratos internacionales, en cambio, es mayor el poder dado a las par-

tes para ejercer su autonomía de la voluntad y los límites a este derecho son marcados únicamente por las normas de orden público y normas internacionalmente imperativas; en otras palabras, los contratantes internacionales –así como pueden escoger su propia ley– se encuentran autorizados a dejar de lado contractualmente normas imperativas, no así normas internacionalmente imperativas y normas de orden público. A su vez, las limitaciones para la aplicación de ley extranjera se encuentran dadas por las normas internacionalmente imperativas y por el orden público internacional. Sin perjuicio de ello, es difusa en general a lo largo del CCYC la identificación de normas supletorias, imperativas, de orden público, internacionalmente imperativas y de orden público internacional debido a que el carácter de éstas debe deducirse de su modo de expresión, de su contenido, o de su contexto, así como de los valores imperantes en la sociedad en un momento determinado, en vez de ser ello referido en forma expresa. La situación no difiere en lo que respecta a contrato de agencia en particular, lo que se ve agravado por el hecho de encontrarnos ante un contrato tipificado recientemente; por lo tanto, el estudio de antecedentes jurisprudenciales no nos allana el camino.

Siguiendo estos lineamientos, a lo largo del trabajo, en el tercer capítulo he analizado cada una de las previsiones del CCYC sobre agencia que preliminarmente parecían ser de orden público o normas imperativas, y he concluido en cada caso el *status* de cada norma a partir del estudio de antecedentes legislativos, doctrina y jurisprudencia en cuanto disponible. He sostenido también a lo largo del presente, que las renunciaciones de derechos por parte del agente son posibles –por afectar estos derechos cuestiones patrimoniales individuales– pero la renuncia a derechos derivados de normas de orden público e imperativas solo podrá ser efectuada una vez adquirido el derecho y no anticipadamente en el contrato. Amén de esto, he justificado los motivos por los cuales considero que –al ser el agente la parte débil de la relación contractual– ante contratos celebrados por adhesión a cláusulas predispuestas, los jueces contarán con amplias facultades para declarar la invalidez de la renuncia a derechos derivados

inclusive de normas supletorias, en caso de no existir para el agente una contraprestación por esa renuncia, lo cual es sumamente peligroso. Esto implica total inseguridad jurídica, ya que pone a las partes en la situación de no saber hasta el momento de encontrarse en un conflicto judicializado, si los acuerdos de voluntades que dieron origen al contrato son válidos o no. Considero mas acertada la forma de plantear el tema en la Unión Europea, ya que allí la propia norma aclara expresamente cuales son los derechos irrenunciables y cuales son las normas imperativas. Por tanto, ante las dificultades apuntadas, propongo que en una revisión legislativa a las normas de agencia se opte por una solución que aporte más claridad y seguridad jurídica, conforme a la cual se enumeren y distingan –sin lugar a dudas– todas las normas indisponibles para las partes y se aclare inclusive, cuales son irrenunciables en beneficio del agente únicamente. De ese modo, se logrará un mayor grado de seguridad jurídica ya que las partes evitarán dudas innecesarias a la hora de delimitar sus atribuciones en cuanto a autonomía de la voluntad se refiere.

Finalmente, también es importante aprender de la experiencia y camino recorrido en la Unión Europea en cuanto a armonización legislativa se refiere, cuyo caso es de total éxito. Como se ha comprobado, tal armonización es inexistente en el marco del Mercosur, donde únicamente Brasil, Paraguay y Argentina han regulado normativamente el contrato de agencia, permaneciendo la agencia en Venezuela y Uruguay como contrato innominado. Bolivia, en proceso de adhesión al Mercosur, cuenta con regulación expresa, pero la misma alcanza únicamente a ciertos factores esenciales del contrato como norma supletoria. Así las cosas, las regulaciones de Brasil, Paraguay, Bolivia y Argentina distan mucho de ser uniformes, lo cual puede tornarse una barrera para el desarrollo de relaciones comerciales exitosas.

Tenemos aún un largo camino por recorrer.

BIBLIOGRAFIA

- Anteproyecto de Reforma al Código Civil y Comercial y de Familia, elevado al Ministro de Justicia y Derechos Humanos el 13 de septiembre de 2018 por los integrantes de la comisión ad honorem designada por decreto 182/2018 para la modificación parcial de Código Civil y Comercial
- Fundamentos de Anteproyecto de Código Civil y Comercial de la Nación, presentados por la Comisión, integrada por los doctores Ricardo Luis Lorenzetti, como Presidente, y Elena Highton de Nolasco y Aída Kemelmajer de Carlucci, en cumplimiento de los objetivos y plazos señalados por el decreto presidencial 191/2011
- Diccionario Enciclopédico Vox 1. © 2009 Larousse Editorial, S.L.
- Diccionario online de la Real Academia Española, Consultado en <http://www.rae.es/rae.html>
- Enciclopedia Universal, Editorial Salvat, SL
- AGUINIS, ANA MARIA, *Contrato de agencia comercial*, Buenos Aires, Editorial Astrea, 1991
- AGUINIS, ANA MARIA, "Agencia o representación comercial (Reglas incorporadas al derecho internacional de los negocios)", LA LEY 1994-B, 1000
- AICEGA, MARIA VALENTINA Y GOMEZ LEO, OSVALDO, *Código Civil y Comercial Comentado. Tratado exegético, TOMO VII*, Director general Jorge H. Alterini, 1ª ed, CABA, Ed. La Ley, 2015
- BIOCCA, STELLA MARIS; SARA L FELDSTEIN DE CARDENAS; VICTORIA BASZ, *Lecciones de derecho internacional privado. Parte general*, Buenos Aires Ed. Universidad, 1990
- BOGGIANO, ANTONIO, *Curso de Derecho Internacional Privado, Derecho de las relaciones privadas internacionales*, 2ª Ed., CABA, Ed. Abeledo Perrot, 2000
- BORDA, "Concepto de Ley de Orden Público", LL, 58-999.

- CAIVANO, ROQUE J., La ruptura intempestiva del contrato de distribución y la obligación de indemnizar, LA LEY 1994-D, 111-Responsabilidad Civil Doctrinas Esenciales Tomo I, 1637-Derecho Comercial Doctrinas Esenciales Tomo III, 281
- CÁRDENAS, JUAN PABLO, *El contrato de agencia mercantil*, Bogotá, Colombia, Editorial Temis, 1984.
- CARDINI, EUGENIO OSVALDO, "Orden público", *Monografías Jurídicas*, Buenos Aires, Editorial Abeledo Perrot, s.f.
- CLUSELLAS, EDUARDO GABRIEL, Código Civil y Comercial comentado, anotado y concordado, Tomo 5, CABA, Ed Astrea, 2015
- DE LA FUENTE, HORACIO, *Orden Público*, Buenos Aires, Ed. Astrea, 2003
- FARINA JUAN MARIA, *Resolución del contrato en los sistemas de distribución*, Buenos Aires, Editorial Astrea, 2004
- FARINA Juan M, *Contratos Comerciales Modernos. Modalidades de contratación empresarial*, 3ª ed actualizada y ampliada, Buenos Aires, Astrea, 2005 Tomo 1
- FARINA JUAN MARIA, El agente de comercio, PAGINAS DE AYER 2004-6, 51-Derecho Comercial Doctrinas Esenciales Tomo I, 563
- GASTALDI, JOSE MARIA, *El Contrato de Agencia Comercial, Su armonización legislativa en el Mercosur y la Unión Europea*, Buenos Aires, Ed de Belgrano, 1998
- HOCSMAN, HERIBERTO SIMON, *Contratos Modernos de Distribución Comercial*, Buenos Aires, Ed Lexis Nexis, 2007
- HUBERMAN, CARLOS E., Carta de Lectores publicada en Diario La Nación el 13/9/15 bajo el título "Nuevo Código", firmada por el Profesor Carlos E. Huberman, DNI 4.522.431.

- JAUSÀS, AGUSTIN, *International Encyclopedia of Agency and Distribution Agreements*, Netherlands, Kluwer Law International and International Bar Association, S.F.
- JUNYENT BAS, FRANCISCO Y RODRIGUEZ LEGUIZAMON, MARIA CECILIA, *Código Civil y Comercial de la Nación Comentado, Capítulo 17*, Directores Julio Cesar Rivera y Graciela Medina. 1ª Edición, CABA, LA LEY, 2014. Versión ebook.
- JUNYENT BAS, FRANCISCO y MARIA CONSTANZA GARZINO, “La regulación de los contratos en el Código Civil y Comercial”, *REVISTA DE LA FACULTAD DE CIENCIAS ECONÓMICAS - UNNE*, Número 15 , PRIMAVERA 2015
- LEIVA FERNANDEZ, LUIS F. P., *Código Civil y Comercial Comentado. Tratado exegético*, TOMO V, Director general Jorge H. Alterini, 1ª ed, CABA, Ed. La Ley, 2015
- LEIVA FERNANDEZ, LUIS F. P., “Orden Público y Fraude a la Ley.” *Revista La Ley* AÑO IXXIX Nº 207, 3/11/15, Tomo 2015-F, pág. 596 y ss. Cita on line: AR/DOC/3878/2015
- LLAMBIAS JORGE JOAQUIN, *Tratado de Derecho Civil Parte General*, 16º Ed, Buenos Aires, Editorial Perrot, s.f., Tomo I
- LOPEZ OLIVA, JOSE O., “La consagración del principio de seguridad jurídica como consecuencia de la Revolución Francesa de 1789”, *Revista Prolegómenos - Derechos y Valores - Volumen XIV - No. 28 - Julio - Diciembre 2011*, Bogotá, D.C. Colombia, 2011 – II, pp. 121 - 134
- MARZORATI OSVALDO J, *Derecho de los negocios internacionales*, 3ª ed, Buenos Aires Ed Astrea, 2007, Tomo I
- MARZORATI OSVALDO J, *Sistemas de Distribución Comercial*, 2ª edición, Buenos Aires, Ed Astrea, 1995
- MIZRAJI, GUILLERMO J. H., “Caracterización de la agencia comercial”, LA LEY 1991-C, 1104

- MOLAS, ANA MARIA, *Contratos comerciales atípicos*, Buenos Aires, Difusora Bibliográfica DIBISA S.A, 1983
- NOODT TAQUELA, MARIA BLANCA, “Incidencia de los valores globales en la evaluación del orden público internacional en el reconocimiento y la ejecución de los laudos arbitrales extranjeros”, Publicado en: SJA 06/03/2019
- PIZARRO, RAMON D. Y OSSOLA, FEDERICO ALEJANDRO, “Orden Público en la responsabilidad civil”, Revista La Ley AÑO IXXIX N° 221, 23/11/15, Tomo 2015-F. Cita on line: AR/DOC/4208/2015
- RAMIREZ BOSCO, LUCAS, Resolución intempestiva de contratos de ejecución continuada. Aplicación de los principios de la distribución a otras figuras contractuales, LA LEY 22/08/2014, - LA LEY2014-E, 78
- RIVERA, JULIO CESAR/ MEDINA/CROVI, *Contratos, parte general*, 1ª ed, CABA, Abeledo Perrot, 2017
- RODRIGUEZ, MONICA SOFIA, “Algunos problemas sobre la aplicación del Derecho Extranjero en el Nuevo Código Civil y Comercial Argentino: El tratamiento de las cuestiones propias del Derecho Internacional Privado”, Revista Pensar en Derecho, N° 8 Año 5, pág. 207 a 242, s.l., 2016 Ed. Eudeba, <http://www.derecho.uba.ar/publicaciones/pensar-en-derecho/revistas/8/revista-pensar-en-derecho-8.pdf>.
- SALVAT RAYMUNDO. *Tratado de Derecho Civil Argentino. Parte General*, 10° Ed. Editorial TEA, 1958, Tomo I
- SCHIFFER MIGUEL, “El contrato de agencia”, Buenos Aires, LA LEY 1985-B, 833
- STIGLITZ, Rubén S., *Autonomía de la voluntad y revisión del contrato*, Buenos Aires, Ed. De Palma, 1992
- TALE, CAMILO, *Moral y Derecho comparación y relaciones*, Córdoba, Ediciones Trejo y Sanabria Serie de Filosofía del Derecho, 2011

- TRIGO REPRESAS FELIX A., "Orden Público en el Derecho de las Obligaciones". *Revista La Ley* AÑO IXXIX N° 222, 24/11/15, Cita on line: AR/DOC/4008/2015.
- VAZQUEZ FERREIRA, ROBERTO A., "Orden Público en el Derecho Consumidor", *Revista La Ley* AÑO IXXIX N° 220, 20/11/15, Tomo 2015-F. Cita on line: AR/DOC/3875/2015