

LA CLÁUSULA DE GARANTÍA EN LOS CONTRATOS DE COLABORACIÓN [A PROPÓSITO DE LA SENTENCIA DE LA AP. DE GRANADA DE 19 DE MARZO DE 1997 (AC. 558/97)]

M^a Rocío Quintáns Eiras

ANTECEDENTES DE HECHO

La entidad «Nacher Albors, SA» vinculada por un contrato de agencia con don Antonio B.M., interpone demanda ante el Juzgado de Primera Instancia nº 6 de Granada, basada en el incumplimiento de la cláusula de garantía por parte del agente, que se materializa en la falta de pago de las mercaderías. El mencionado Juzgado de 1^a Instancia estima la demanda mediante Sentencia de fecha 20-5-1996. Contra esta resolución el agente interpone recurso de apelación ante la Audiencia Provincial de Granada. La AP desestima el recurso con base en los fundamentos de derecho que a continuación transcribimos.

DOCTRINA DE LA SENTENCIA

PRIMERO.- La distinción que realizan las partes acerca de la calificación del contrato suscrito por las mismas como comisión mercantil o agencia, no tiene relevancia a la hora de la resolución del pleito como más adelante veremos. En la fecha de la celebración, 29 de septiembre de 1990, no tenía regulación legal el contrato de agencia, con características muy similares a la comisión mercantil, dada la finalidad de la intermediación que ambas propugnan, hasta que apareció la Ley 27 mayo 1992 (RCL 1992/1216) sobre contrato de agencia. Hasta entonces dicho contrato atípico encontraba su basamento en el principio de autonomía de la voluntad del artículo 1255 del CC y en algunas normas fragmentarias, entre ellas las que regulaban la comisión mercantil. Por eso, se entiende que las partes en aquellas fechas calificaran la relación que convenían como de comisión mercantil, aunque las notas esenciales de dicho convenio se incardinaban en la conceptualización legal de la posterior Ley reguladora, tales como actividad continuada y estable e independencia en la promoción y conclusión de actos y operaciones de comercio.

Dicho lo anterior, hemos de considerar aplicable a este supuesto la Ley 27 mayo 1992, y ello, a tenor de lo dispuesto en la disposición transitoria de la misma al subsistir el contrato celebrado con anterioridad a la fecha del 1 de enero de 1994, pues la rescisión del mismo acaeció por denuncia unilateral del empresario ocurrida el 18 de octubre de aquel año, es decir, después del período de adaptación establecido en la Ley.

SEGUNDO.- La siguiente cuestión a tratar hace referencia al pacto de garantía de las operaciones concertadas. De los términos del contrato (cláusula 2^a), de la comisión de garantía pactada (cláusula 3^a), así como de los documentos aportados donde consta la admisión del pago de los abonos no satisfechos por los clientes, se deduce la

veracidad y existencia de la obligación del comisionista o agente de asumir el riesgo y ventura de las operaciones. Así lo permitía y lo permite el artículo 272 del Código de comercio al indicar que en tales casos quedará obligado a satisfacer al comitente el producto de la venta en los mismos plazos pactados por el comprador. Esta obligación también es lícita a tenor del artículo 19 de la Ley del Contrato de Agencia, aplicable a partir de 1 de enero de 1994, al pactarse por escrito y con expresión de la comisión a percibir, en este caso el 2% además de la ordinaria.

Consecuencia de ello es la estimación de la demanda al haberse acreditado las entregas de las mercaderías y el impago de las mismas, sin que podamos descartar la suma correspondiente al pagaré de 279.028 ptas. por no haber acreditado que los recibos que se dicen pagados de 24 de abril de 1993 originaron parte de la deuda que aparece reconocida al folio 157 cuyo origen es un vencimiento por importe de 294.656 ptas. de fecha 28 de febrero de 1994.

TERCERO.- La reconvenición ha de ser rechazada por similares argumentos de los expuestos por la Juez de 1^a Instancia. En primer lugar, no aparece acreditada la existencia de las comisiones no abonadas por 41.771 ptas., las cuales siempre han sido negadas por la reconvenida salvo las reconocidas en la demanda, sin que el acto reconvenicional haya aportado la facturación correspondiente de donde deducir el importe de comisiones alegado.

En segundo lugar, tampoco podemos admitir la pretensión indemnizatoria por los conceptos de falta de preaviso, indemnización por clientela y desprestigio a la imagen comercial. A tal efecto el artículo 26.1^o a) de la Ley del Contrato de Agencia exime de la obligación de preaviso cuando la otra parte hubiera incumplido, total o parcialmente, las obligaciones legal o contractualmente establecidas. Del mismo modo, el artículo 30 de la citada Ley indica en su apartado a) que en caso de extinción del contrato por incumplimiento de las obligaciones a cargo del agente no tendrá éste derecho a la indemnización por clientela o daños y perjuicios.

Por tanto, determinado con anterioridad el incumplimiento de la obligación de pago en los términos establecidos con los compradores (artículo 272 del Código de comercio) por parte del agente, no puede pretender indemnización alguna por los conceptos señalados, además de no probarse los perjuicios, ni la aportación de nuevos clientes.

COMENTARIO

Sumario: I.- Consideraciones previas: obligación convencional de star del credere o agencia de garantía. II.- Alcance y contenido de la responsabilidad de garantía. III.- Naturaleza jurídica. IV.- Requisitos de forma. V.- Derecho a retribución: la comisión de garantía.

I. CONSIDERACIONES PREVIAS: OBLIGACIÓN CONVENCIONAL DE STAR DEL CREDERE O AGENCIA DE GARANTÍA

La sentencia de la AP de Granada que acabamos de reproducir nos sirve como pretexto para realizar unas breves reflexiones sobre las llamadas "cláusulas de garantía" en los contratos de colaboración y más concretamente en el contrato mercantil de agencia; al cual se refiere concretamente esta sentencia.

Hemos de partir de la premisa de que, por regla general, el agente -lo mismo que el comisionista-, no responde frente al principal del cumplimiento por parte del tercero

del contrato que se concertó con este último. En efecto, según lo dispuesto en el art. 1 de la L.C.A., es una característica natural del contrato de agencia que el agente no asuma el riesgo y ventura de los actos u operaciones en cuya promoción o, en su caso, conclusión intervenga¹. Sin embargo, esto no obsta para que, mediante el llamado pacto de garantía, pueda acordarse que el agente garantice el cumplimiento de las obligaciones asumidas por los terceros, en virtud de los contratos promovidos o concluidos con motivo del desempeño de las gestiones confiadas por el principal (art. 1, párrafo final y art. 19 de la L.C.A.). Un ejemplo de este tipo de pacto lo encontramos en la relación contractual que juzga la AP de Granada, en cuyo Fundamento de Derecho 2º se alude a la obligación del agente de asumir el riesgo y ventura de las operaciones.

Quede claro, por tanto, que la asunción por el agente del riesgo o ventura de tales operaciones no es sino un elemento accidental o eventual de este tipo de contratos, pero no deja de ser por ello una posibilidad admisible desde un punto de vista legal y que por tanto acarrea una serie de consecuencias, al tiempo que presupone la concurrencia de unos requisitos que a continuación trataremos de exponer. De todos modos, no descartamos que esta estipulación de garantía adquiera un carácter esencial en determinados contratos de agencia -de forma similar a lo que ocurre con algunos contratos de comisión²-, ya sea directamente por expresa imposición legal o indirectamente porque a determinados sujetos -que pueden actuar como agentes- se les imponga una gestión de negocios con garantía.

La cláusula de garantía en la gestión de negocios ajenos se encuentra en el Derecho español originariamente ligada al contrato de comisión (art. 272 del C. de c.)³, razón por la cual nos veremos ocasionalmente obligados a acudir a las disposiciones que sobre el pacto de garantía recoge el Código de comercio, ya que en nuestra opinión -a diferencia de lo que manifiesta una gran parte de la doctrina italiana⁴- no existe una diferencia sustancial entre estas cláusulas, ya figuren en uno u otro contrato.

En efecto, el hecho de que la comisión y la agencia tengan finalidades distintas no desvirtúa -en el Derecho positivo español- la posibilidad de un tratamiento unitario del pacto de garantía, ya que la función y el contenido de este tipo de estipulaciones es el mismo en todos los contratos de colaboración, esto es: desplazar el riesgo de incumplimiento del tercero hacia el gestor de los intereses ajenos, que es quien, en definitiva -sea agente o comisionista- puede controlarlo mejor⁵. Por tanto, la agencia o la comi-

¹ De todos modos, cabe señalar que no es infrecuente la asunción por el agente del buen fin de las operaciones, así, entre otras *vid.* SSTS de 14-1-1982 (RJ. 74), 17-12-1982 (RJ. 7835), 26-4-1988 (RJ. 3026), etc.

² En el contrato de comisión también ha de pactarse que el comisionista responda del incumplimiento de los terceros con quienes contrató para el comitente. Esta obligación de garantía en determinados casos viene impuesta por Ley, es el supuesto de las Sociedades y Agencias de Valores y Bolsa, cuando actúen por cuenta ajena en los mercados secundarios oficiales de valores (art. 41 de Ley del Mercado de Valores) o el supuesto de la comisión de transporte (art. 379 del C. de c.).

³ *Vid.* SÁNCHEZ CALERO, F., *Instituciones*, t. II, pág. 146 y ÁNGULO RODRÍGUEZ, L., "El contrato de comisión", pág. 257.

⁴ Sin duda el planteamiento de la doctrina italiana, parte de la diferente naturaleza jurídica que atribuyen a la cláusula de garantía en cada uno de estos contratos, lo cual les lleva a concluir que las razones que determinan la necesidad del *star del credere* son diferentes: pues mientras en la comisión es un exigencia de garantía por el incumplimiento del tercero, no conocido por el comitente, en la agencia es una exigencia de cautela del principal contra la ligereza del agente al promover o concluir contratos. A este respecto, *vid.* BALDI, R., *Il contratto di agenzia*, pág. 169; LANDOLFI, G., *Dir. Giur.*, 1977, pág. 427 y SANTORO, G., "Le prestazioni", págs. 258 y sigs. En nuestra doctrina parece seguir esta postura LLOBREGAT HURTADO, M.L., *El contrato de agencia mercantil*, pág. 187.

⁵ *Vid.* PEINADO GRACIA, J.I., *El contrato de comisión*, págs. 123 y sigs.

sión de garantía suponen una alteración negocial del régimen de distribución de riesgos en la relación de colaboración, ya que en condiciones normales el agente o comisionista no es responsable, ni garante del recto actuar del tercero, el comportamiento de éste se integra en el riesgo que asume el principal⁶.

Hechas estas precisiones, es necesario poner de manifiesto la insuficiente regulación que sobre el *star del credere* contiene el art. 19 de la L.C.A.; parquedad normativa que se agrava por el hecho de que la Directiva 86/653/CEE, *sobre agentes comerciales independientes*, carece de cualquier tratamiento sobre esta materia⁷, todo lo cual propicia la existencia de multitud de cuestiones sin solucionar sobre la agencia de garantía. Lo cual nos obliga a acudir tanto a la normativa interna que presente similitud con la materia aquí tratada, como al estudio de la legislación comparada, para indagar acerca del contenido preciso que esta cláusula debe tener en nuestro Derecho.

II. ALCANCE Y CONTENIDO DE LA RESPONSABILIDAD DE GARANTÍA

En primer lugar, debemos puntualizar, como también hace la doctrina alemana y como se deduce del art. 19 de la L.C.A., que es obvio que la obligación asumida por el agente con el pacto de garantía, se refiere únicamente al caso en que éste asegure frente al empresario el cumplimiento de la obligación que incumbe al tercero y no, en cambio, a aquellos supuestos en los que el agente pudiese garantizar frente al tercero el cumplimiento del empresario, lo cual constituirá un pacto distinto que nada tiene que ver con la agencia de garantía⁸.

Dicho ésto, hemos de comenzar por aclarar que la obligación que asume el agente frente a su principal, con el pacto de garantía, no es la de conseguir un resultado concreto, sino la de garantizar la prestación del tercero, únicamente en el caso de que se llegue a celebrar un contrato con él. Así pues, la garantía del agente está sometida a una condición suspensiva: la celebración válida de contrato con tercero⁹. Por tanto, la garantía del agente no será eficaz hasta la fase de ejecución del contrato concluido con el cliente, aunque ello no impide que semejante estipulación se introduzca al concluirse el propio contrato de agencia entre principal y agente, o posteriormente en virtud de un acuerdo que normalmente se incorpora al contrato.

El supuesto de hecho típico en que puede entrar en juego y producir efectos sensibles una cláusula de garantía es el de aquellos contratos concluidos por el agente con terceros que tengan una ejecución diferida, porque si bien parece un dato exagerado

⁶ Cfr. PEINADO GRACIA, J.I., *El contrato de comisión*, pág. 22.

⁷ Lo cierto es que esta Directiva (D.O.C.E, n° 382, de 31 de diciembre de 1986) no regula esta cuestión, porque las divergencias entre las legislaciones nacionales impidieron alcanzar el consenso necesario para el desarrollo de una norma que armonizase la agencia de garantía. En efecto, los textos de las Propuestas de Directiva de 1977 y 1979, seguían básicamente lo dispuesto en el § 86. b) del H.G.B. Pero el art. 21 de la Propuesta de Directiva de 1977, recibió una acogida dispar en el Informe del Comité Económico y Social (pág. 31 y sigs.) y en el elaborado por el Parlamento Europeo (págs. 17 y sigs.). Mientras que en el primero se juzgaba oportuno mantener únicamente los apartados 1 y 3 de la Propuesta, el Parlamento Europeo advertía la conveniencia de dejar la cuestión al libre acuerdo entre las partes, sin constricción normativa alguna. El predominio de esta última postura motivó probablemente la exclusión del precepto en el texto definitivo de la Directiva.

⁸ Vid. KÜSTNER, W. y MANTEUFFEL, K., *Das Recht del Handelsvertreter*, pág. 215 y MONTEAGUDO, M., *La remuneración del agente*, pág. 232.

⁹ Vid. PEINADO GRACIA, J.I., *El contrato de comisión*, pág. 104; *idem.*, C.D.C., n° 18, 1995, pág. 172.

decir que debe ser necesaria siempre, si que parece lógico que sea normal o natural la dilación en el tiempo que permita la inexecución del contrato¹⁰. Sin embargo, no es necesario para que el agente devenga responsable, que el principal haya ejecutado ya sus obligaciones frente a las cuales aparezca una conducta rebelde del tercero, sino que la inexecución de éste es el supuesto de hecho de la garantía¹¹. De todos modos, el agente solo responde en aquellos casos en que la inexecución del tercero no sea debida a la negligencia del principal: si el tercero justifica su rebeldía en la falta de cumplimiento de las obligaciones del comitente, el comisionista podrá liberarse en su garantía.

Por lo que se refiere a los concretos negocios sobre los que puede recaer esta actividad, el art. 19 L.C.A. dispone que la obligación de garantía puede alcanzar a uno, a varios o a la totalidad de los actos u operaciones promovidos o concluidos por cuenta del empresario¹². El único límite legal a una traslación absoluta de los riesgos de la ejecución sobre el agente se encuentra en la exigencia de que los actos u operaciones garantizados hayan sido promovidos o concluidos por el agente; en definitiva, que el agente haya “*intervenido profesionalmente*” e inmediatamente, en los mismos (art. 12.1.a L.C.A.).

Por tanto, no podrán ser objeto de garantía aquellas operaciones en las que si bien el agente tiene derecho a recibir la comisión ordinaria, no ha intervenido directamente en su promoción o conclusión. Este es el caso, por ejemplo, de aquellos supuestos en que el agente reciba retribución por operaciones que el principal concluya con clientes con los que el agente ha realizado con anterioridad operaciones análogas (art. 12.1.b), o cuando los actos u operaciones se concluyan sin su intervención con clientes pertenecientes a la zona o al grupo de personas que le han sido atribuidos en exclusiva (art.12.2)¹³.

Quizá nuestra Ley debió haber seguido una línea menos permisiva a la hora de regular esta cláusula, pues el art. 19 permite incluir la cláusula de garantía desde el inicio de una relación contractual y para la totalidad de las operaciones promovidas o concluidas, con cualquier cliente futuro; de tal modo que este carácter tan genérico e indeterminado hace realmente difícil que el agente pueda evaluar el riesgo asumido¹⁴.

¹⁰ Vid. LLOBREGAT HURTADO, M.L., *El contrato de agencia mercantil*, pág. 185 y PEINADO GRACIA, J.I., *El contrato de comisión*, pág. 132.

¹¹ A este respecto, merece la pena tener presente la peculiaridad que sobre este punto se aprecia en el sistema alemán donde si bien por un lado, reconocen que el agente -cuando tiene carácter de *Vollkaufmann*- no goza del recurso al beneficio de excusión (§ 349 HGB). Por otro lado, sostienen que el empresario debe, antes de dirigirse contra el agente, intentar obtener del tercero la satisfacción de su crédito, y este argumento tiene su apoyo en el principio de la buena fe que debe inspirar la relación entre agente y empresario. Si bien ésto puede producir un efecto parejo al que se produce invocando la vigencia del principio de buena fe que debe presidir las relaciones entre una y otra parte, en todo caso hemos de tener presente que el cumplimiento de este “deber” se entiende satisfecho con un simple apercibimiento a éste del vencimiento de su obligación, a lo que habrá de unirse el requerimiento de cumplimiento de la misma (vid. KÜSTNER, W. y MANTEUFFEL, K., *Das Recht del Handelsvertreter*, págs. 214 y 215 y ABRAHAMCZIK, J., *Der Handelsvertretervertrag*, pág. 43).

¹² En contra, se manifiesta sorprendentemente ORTEGA PRIETO, *El contrato de agencia*, pág. 143, quien considera que la cláusula de garantía podrá justificarse cuando se asuma para la generalidad de los actos u operaciones en que intervenga el agente, pero no cuando la asunción de la garantía tenga por objeto un solo negocio.

¹³ En este sentido, vid. BOTANA AGRA, M., *D.N.*, nº 30, 1993, pág. 9 y MONTEAGUDO, M., *La remuneración del agente*, pág. 257.

¹⁴ Contrasta, sin embargo, la permisibilidad de nuestra L.C.A., con el criterio mucho más restrictivo de sistemas como el alemán, que en definitiva tratan de conseguir una asunción de riesgos ponderada a la hora de pactar este tipo de cláusulas. En efecto, el § 86 b), apartado 1 protege al agente adicionalmente a través de determinadas limitaciones de contenido, que disponen que la responsabilidad por garantía solo puede ser aceptada para un determinado negocio o para negocios con determinados terceros, y negocios que el agente promueve o concluye. De este modo, se persigue una determinación inequívoca, es decir, una concreción y delimitación del negocio afectado (vid. CANARIS, C., *Handelsrecht*, págs. 250 y 251; HOPT, K.J.,

Sin embargo, aunque hubiera sido deseable otra regulación para la agencia de garantía, ésta es perfectamente lícita y acorde con nuestro ordenamiento, donde no plantea inconveniente alguno la posibilidad de garantizar el cumplimiento de obligaciones futuras (art. 1825 C.c.)¹⁵, ni tampoco la validez de la garantía de un conjunto más o menos amplio de operaciones que pueden realizarse entre acreedor y deudor¹⁶. De todos modos, la propia doctrina civilista reconoce que este último tipo de fianza presenta problemas, sobre todo cuando se trata de contratos de adhesión -supuesto este normal en la agencia, como vimos-.

Sea como fuere la posibilidad de que el agente asuma la garantía de “todas” o “casi todas” las operaciones que promueva o concluya, genera un grado tal de indeterminación del objeto del contrato, que además de poner en peligro la validez de este último por inexistencia de un objeto determinado, podría afectar a la licitud del consentimiento del agente ya que no se encontraría en condiciones de valorar el alcance de la garantía prestada. Por todas estas razones, aunque la mayor parte de la doctrina se inclina por admitir la validez de una garantía de tal alcance, se hace preciso limitar sus efectos por aplicación del principio general de buena fe. Entre estas limitaciones se encuentran por ejemplo, por lo que a nuestro caso interesa, la relativa al objetivo de la obligación, que destaca la idea de que las operaciones económicas aseguradas deben poder situarse entre las que presentan unas características profesionales dentro de las actividades del acreedor garantizado y por consiguiente, se desarrollarán dentro de criterios de normalidad¹⁷. Además, por lo que se refiere al desarrollo de la relación de agencia, también es importante la idea de que aun tratándose de un contrato con obligaciones recíprocas, no se caiga en una “excesiva onerosidad”¹⁸.

Handelsvertreterrecht, págs. 56 y 57; ANKELE, J., *Handelsvertreterrecht. Kommentar*, Comentario al § 86 b), pág. 1; WESTPHAL, B., *Neues Handelsvertreterrecht*, pág. 49 y KÜSTNER, W. y MANTEUFFEL, K., *Das Recht del Handelsvertreters*, pág. 216). De todos modos, la protección que legislaciones como la alemana ofrecen al agente cuando asume la responsabilidad por garantía no es absoluta. En efecto, las disposiciones protectoras del apartado 1 del § 86 b) del H.G.B. no son válidas cuando el principal o el tercero tengan establecimiento o domicilio en el extranjero o el agente esté autorizado ilimitadamente para concluir y realizar los correspondientes negocios (§ 86 b) 3). Sobre la razón de ser de estos supuestos *vid.* CANARIS, C., *Handelsrecht*, pág. 251; HOPT, K.J., *Handelsvertreterrecht*, págs 58 y 59; ANKELE, J., *Handelsvertreterrecht. Kommentar*, Comentario al § 86 b), pág. 3 y KÜSTNER, W. y MANTEUFFEL, K., *Das Recht del Handelsvertreters*, págs. 217 y 218. También el Proyecto de Directiva Comunitaria de 1979 ofrecía una regulación mucho menos permisiva y por ende más protectora para el agente. En efecto, el art. 21, apartado 2 de este Proyecto limitaba la responsabilidad de garantía del agente a una operación comercial determinada o a una serie de operaciones con terceros determinados designados en una convención. Además, consideraba nula toda convención de garantía que: a) se hubiese realizado para operaciones que no son negociadas, ni concluidas por el agente comercial b) que comporte una garantía ilimitada del agente comercial para todas las operaciones negociadas o concluidas por él (*cf.* art. 21. 2. del Proyecto de Directiva de 1979).

¹⁵ Si bien debemos señalar que el profesor DIEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN (*Fundamentos*, t. II, pág. 422) interpreta el art. 1825 en el sentido de que la garantía a que se refiere es aquella que se presta cuando aún no se encuentra constituida la obligación principal, aun cuando, como es lógico aparezca prevista, proyectada o posible.

¹⁶ Es la llamada fianza *omnibus* (*vid.* DIEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, L., *Fundamentos*, t. II, pág. 422 y GALGANO, F., *Estudios de Derecho bancario y bursátil en homenaje a Evelio Verdera y Tuells*, t. II, págs. 901 y sigs.).

¹⁷ *Cfr.* DIEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, L., *Fundamentos*, t. II, pág. 423.

¹⁸ *Cfr.* DIEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, L., *Fundamentos*, t. II, pág. 423. Sin embargo, en opinión de MONTEAGUDO (*La remuneración del agente*, pág. 258, nota 474) ambas limitaciones serán de dudosa aplicación al agente, toda vez que en todo caso se tratará de operaciones promovidas o concluidas por él mismo y por las que además percibe siempre una retribución específica.

Tampoco establece nuestra L.C.A. ningún tipo de límite cuantitativo respecto a la cantidad que el agente se compromete a garantizar¹⁹. En nuestro derecho, salvo pacto expreso en contrario, el agente garantiza el total de la obligación asumida por el tercero. De todos modos, consideramos perfectamente lícito que -mediante pacto- el agente asuma una garantía parcial, esto es, que garantice sólo un determinado porcentaje del total del negocio a garantizar²⁰.

III. NATURALEZA JURÍDICA

La naturaleza jurídica del pacto de garantía ha sido, y sigue siendo, una cuestión controvertida, de hecho, podemos trasladar al ámbito de la agencia toda la polémica que se planteó respecto a este pacto en el contrato de comisión. De este modo, el problema se encuentra en determinar ante qué tipo de garantía nos encontramos. Para algunos autores, el pacto de *star del credere* constituye realmente una cláusula penal o, en todo caso, un seguro de caución. De tal modo que este pacto constituye realmente un instrumento indemnizatorio a cargo del agente de los daños que la conducta del tercero cause al principal²¹.

A la identificación de la cláusula de garantía con el seguro se han opuesto dos críticas fundadas. En primer lugar, que esta posición configura el pacto de garantía como un contrato principal, ya que el seguro es un contrato principal, mientras que la garantía es una obligación accesoria²². La segunda objeción se basa en la ausencia de un elemento esencial de esta clase de seguro: la demostración del daño efectivamente sufrido, su prueba y valoración. Es, en efecto, posible que el incumplimiento del contrato por el tercero no acarree ningún daño al comitente y, sin embargo, el agente sigue viéndose obligado a responder del buen fin de la obligación como consecuencia de esta cláusula, lo cual es contrario a los presupuestos del seguro de daños²³.

También se han alzado justificadas voces contrarias a la configuración del pacto de garantía como cláusula penal, pues si bien esta última es, efectivamente, un pacto accesorio, y además supone una cuantificación previa y convencional, sin embargo, pese a las concomitancias entre ambas, nos encontramos con el inconveniente de que el incumplimiento o cumplimiento defectuoso que activa la cláusula penal ha de ser debido a dolo, culpa o cualquier otra causa imputable a la parte que asumió la obligación²⁴.

Así las cosas, no cabe duda de que el pacto de garantía en la agencia -lo mismo que en la comisión- es una garantía personal, de carácter accesorio, introducida con-

¹⁹ Por el contrario, en el Derecho italiano los Acuerdos Económicos Colectivos establecen como límite el 15% o el 20% de la pérdida sufrida por el empresario como consecuencia del incumplimiento del tercero (vid. BALDI, R., *Il contratto di agenzia*, pág. 169; SARACINI, E. y TOFFOLETTO, F., *Il contratto d'agenzia*, págs. 315 y sigs.; CHIOMENTI, F., *Riv. Dir. Comm.*, 1989, II, págs. 79 y sigs.; ALIBRANDI, A., *Arch. civ.*, 1987, pág. 993; *idem.*, *Mon. Trib.*, 1966, II, pág. 719 y GHEZZI, G., *Del contratto di agenzia*, pág. 118).

²⁰ Vid. ABRAHAMCZIK, J., *Der Handelsvertretervertrag*, pág. 44.

²¹ Vid. PEINADO GRACIA, J.I., *El contrato de comisión*, págs. 169 y sigs., quien describe con detalle los argumentos de quienes defienden esta posición.

²² Vid. VICENT CHULIÁ, F., *Compendio*, t. II, pág. 307.

²³ Vid. GARRIGUES DÍEZ-CAÑABATE, J., *Tratado*, págs. 499 y 500 y URÍA, R., *Derecho Mercantil*, págs. 742 y 743.

²⁴ Vid. GHEZZI, G., *Del contratto di agenzia*, pág. 115.

vencialmente por las partes²⁵. Llegados a este punto el problema estribará en determinar ante que tipo de garantía personal nos encontramos, a saber: a) el agente asume, sin más, la posición del tercero; b) una fianza ordinaria; c) una garantía *sui generis*, ocasionalmente denominada aval o incluso equiparada al aval cambiario.

Respecto a la primera posibilidad no parece factible porque no existe una declaración de voluntad de asunción de la obligación del tercero, además ésta sería una ficción inútil porque no aporta nada y contraproducente, porque muchos de los efectos de la cláusula de garantía no se producirían aquí.

La consideración de este pacto como fianza puede ser, cuando menos, cuestionada, ya que difiere del régimen de esta figura en determinados e importantes aspectos²⁶. Así, cabe considerar que la agencia de garantía no es en realidad una fianza, ya que de acuerdo con los principios que rigen esta última el agente no podría obligarse a más, ni en condiciones más rigurosas que el tercero, mientras que por el contrario el pacto de garantía genera una obligación propia del agente y diferente de la del tercero, cuyo régimen resulta comparativamente agravado respecto a la fianza. Así, por ejemplo, si se produce un hecho fortuito o una situación de fuerza mayor, el tercero no respondería, pero el comisionista sí²⁷. Por tanto, coincidimos con aquella parte de la doctrina que considera que esta cláusula de garantía se parece más a la garantía que asume el avalista en una letra de cambio²⁸.

A esta interpretación parecen llevar tanto la L.C.A. como el Código de comercio, al regular el contrato de comisión. En efecto, el art. 272 del C. de c. parece conducirnos a esta última interpretación, pues especifica que en los casos de comisión de garantía correrán de cuenta del comitente “*los riesgos de la cobranza, quedando obligado a satisfacer al comitente el producto de la venta en los mismos plazos pactados por el comprador*”. Aún más explícitos que este precepto son los artículos 1 y 19 de la L.C.A., que se refieren a la asunción del “*riesgo y ventura*” por el agente, lo cual demuestra que este riesgo va más allá del mero incumplimiento culpable.

Además, a diferencia de lo que ocurre en la fianza, el agente que asume la responsabilidad de garantía no puede oponer frente al principal los beneficios de división y excusión, aunque sí podrá oponer las excepciones personales que tuviere el tercero.

²⁵ Vid. PEINADO GARCÍA, J.I., *El contrato de comisión*, pág. 104, *idem.*, C.D.C., n° 18, 1995, págs. 171 y 173. El carácter accesorio de este contrato es evidente ya que el pacto de garantía es un convenio que se adhiere a otro principal que es el contrato de agencia. Sobre la nota de accesoriedad vid. GUILARTE ZAPATERO, V., *Comentarios al Código civil y compilaciones forales*, t. XXIII, págs. 16 y sigs.

²⁶ Contraria a esta opinión se manifiesta una gran parte de la doctrina que identifica este pacto con la fianza. Son de esta opinión, entre otros: LANGLE Y RUBIO, E., *Manual*, t. III, pág. 305; VICENT CHULIÁ, F., *Compendio*, t. II, pág. 307; BOTANA AGRA, M., *D.N.*, n° 30, 1993, pág. 10; PEINADO GRACIA, J.I., *El contrato de comisión*, pág. 181, nota 225 bis LLOBREGAT HURTADO, M.L., *El contrato de agencia mercantil*, pág. 191 y MONTEAGUDO, M., *La remuneración del agente*, págs. 251 y sigs.

²⁷ En contra, se manifiestan claramente VICENT CHULIÁ, F., *Compendio*, t. II, pág. 307; ALONSO DE ESPINOSA, F., *Cuadernos de Derecho Judicial*, pág. 148 y MONTEAGUDO, M., *La remuneración del agente*, pág. 253.

²⁸ En la doctrina comparan la posición del comisionista a la del avalista en la letra de cambio: GARRIGUES DÍAZ-CAÑABATE, J., *Tratado*, págs. 499 y sigs.; SÁNCHEZ CALERO, F., *Instituciones*, t. II, pág. 146 y URÍA, R., *Derecho Mercantil*, pág. 742. En efecto, el avalista en una letra de cambio responde del mismo modo que el avalado, pero no puede oponer las excepciones personales de éste y además el aval será válido aunque la obligación garantizada fuese nula por cualquier causa que no sea la de vicio de forma (cfr. art. 37 de la Ley 19/1985, de 16 de julio, cambiaria y del cheque, B.O.E., n° 172, de 19 de julio). Sobre el aval cambiario, entre otros, vid. ROJO, A., *Estudios sobre la Ley cambiaria y del cheque*, págs. 549 y sigs.; SÁNCHEZ-CALERO GUILARTE, J., *R.D.B.B.*, n1 46, 1992, págs. 331 y sigs.; FERNANDEZ-ALBOR BALTAR, A., *El aval cambiario*, págs. 72 y sigs.; ALVENTOSA DEL RÍO, J., *Estudios Derecho Mercantil en Homenaje al profesor Manuel Broseta Pont*, t. I, pág. 107 y ANGULO RODRÍGUEZ, L., *Estudios de Derecho mercantil en homenaje al Profesor Manuel Broseta Pont*, t. I, págs. 135 y sigs.

En efecto, en opinión de la doctrina mayoritaria cuando sea exigible la obligación del tercero, el empresario puede dirigirse indistintamente contra el tercero o el agente, sin venir obligado a dirigir su acción en primer término contra el tercero, ni menos aun a ejecutar los bienes de éste²⁹.

Así pues, en nuestra opinión lo más razonable es considerar que este pacto es una forma de garantía autónoma y atípica³⁰, en muchos aspectos similar al aval cambiario, mientras que en otros puede quedar sometida a aquellos preceptos referidos a la fianza y a los afianzamientos mercantiles, cuya aplicación no vulnere la particular naturaleza de este pacto en los contratos de colaboración³¹.

IV. REQUISITOS DE FORMA

El pacto de garantía, como ya señalamos, tiene carácter convencional, debe introducirse en las relaciones entre principal y agente en virtud de convenio. Pero esto no obsta para que, una vez que las partes han acordado llevar a cabo una agencia de garantía, éste pacto haya de reunir determinados requisitos con carácter *ad constitutionem*. En efecto, la L.C.A castiga con la nulidad aquel pacto de garantía que no cumpla, cumulativamente, las siguientes condiciones: a) pactarse expresamente y por escrito y b) incluya mención determinada de la contraprestación. Precisamente, ambos requisitos se cumplen en el contrato que juzga la AP de Granada, la cual en el Fundamento 2º, pone de manifiesto que la entidad principal y el agente recogieron por escrito en el propio contrato de agencia (cláusula 2º) el pacto de garantía, especificando, además, la comisión a percibir (cláusula 3º).

²⁹ Vid. GARRIGUES DÍAZ-CAÑABATE, J., *Tratado*, pág. 501; URÍA, R., *Derecho Mercantil*, pág. 742; DOMÍNGUEZ GARCÍA, M.A., *Contratos internacionales*, pág. 1304 y ANGULO RODRÍGUEZ, L., "El contrato de comisión", pág. 257. Esta es también la opinión de PEINADO GRACIA (*El contrato de comisión*, pág. 189) y SARACINI y TOFFOLETTO (*Il contratto d'agenzia*, pág. 308) pese a que asimilan este pacto a la fianza. En contra, se manifiestan MONTEAGUDO (*La remuneración del agente*, pág. 254) y BOTANA AGRA (*D.N.*, nº 30, 1993, pág. 10) al señalar que el agente puede acogerse a los beneficios de excusión (art. 1830 C.c.) y, en su caso, de división (art. 1837 C.c.). Ambos autores consideran por tanto que estos beneficios solo dejaran de surtir efecto cuando se pacte que el agente preste la garantía con carácter solidario.

³⁰ Esta es la opinión de GHEZZI, G., *Del contratto di agenzia*, págs. 123 y 124. Sobre el concepto garantía autónoma vid. VICENT CHULIA, F., *Compendio*, t. II, pág. 282; *idem.*, *Tratado de garantías en la contratación mercantil*, t. I, págs. 387 y sigs.; DIEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, L., *Fundamentos*, t. II, pág. 464; SÁNCHEZ-CALERO GUILARTE, J., *Contratos bancarios*, págs. 717 y sigs.; *idem.* *R.D.B.B.*, nº 50, 1993, págs. 550 y sigs. y ANGULO RODRÍGUEZ, L., *Estudios de Derecho mercantil en homenaje al Profesor Manuel Broseta Pont*, t. I, pág. 136, quien aclara que ha quedado superada la vieja polémica sobre si podrían existir otras formas de garantía personal diferentes de la fianza, de tal modo que la doctrina y la jurisprudencia admiten claramente muchas y heterogéneas formas de garantía personal diferentes de las legalmente tipificadas, incluso algunas de ellas nominadas legalmente. En esta línea, también vid. FONT GALÁN, J.I., "Los contratos mercantiles de garantía", pág. 387; VALENZUELA GARACH, F., *Tratado de garantías en la contratación mercantil*, t. I, págs. 428 y sigs.; COCA PAYARES, M. y FLAQUER RIUTORT, J., *Estudios de Derecho bancario y bursátil en homenaje a Evelio Verdura y Tuells*, t. I, págs. 473 y sigs. y DÍAZ MORENO, A., *Estudios de Derecho bancario y bursátil en homenaje a Evelio Verdura y Tuells*, t. I, págs. 632 y sigs.

³¹ Vid. SÁNCHEZ-CALERO GUILARTE, J., *R.D.B.B.*, nº 46, 1992, pág. 337, quien sostiene una opinión similar para el caso del aval cambiario; VALENZUELA GARACH, F., *Tratado de garantías en la contratación mercantil*, t. I, pág. 433 y ANGULO RODRÍGUEZ, L., *Estudios de Derecho mercantil en homenaje al Profesor Manuel Broseta Pont*, t. I, pág. 137, quien al referirse a las formas atípicas de garantía señala que aun cuando el vacío sobre buena parte de estas modalidades de garantía deba colmarse con las disposiciones de las partes en uso de la autonomía de la voluntad, también cabe recurrir a las normas y principios generales del Ordenamiento jurídico y el recurso a la aplicación analógica de preceptos sobre la fianza o sobre otras formas típicas de garantía personal, cuando sea posible sin desnaturalizar la propia figura de que se trate.

Respecto a la exigencia legal de la forma escrita -similar a lo dispuesto en el art. 440 C. de c. para la fianza mercantil-, tiene por finalidad poner de relieve la gravedad de la obligación asumida por el agente y ofrecer seguridad sobre el contenido de la misma³².

Más problemática es la cuestión de a qué se refiere la ley con la necesidad de determinar la comisión a percibir. En primer lugar, es de suponer que la ley se refiere a la determinación por escrito de la comisión. Y en segundo lugar, parece querer indicar que la asunción del riesgo y ventura de las operaciones promovidas o concluidas por el agente, no pertenece al ámbito de sus obligaciones típicas, porque es lógico suponer que la obligación de garantía debe llevar aparejada la percepción de una retribución específica, distinta de la ordinaria³³. En nuestra opinión, la L.C.A. adolece de otro nuevo error, pues tal y como está redactado este art. 19 (“...será nulo si no consta... con expresión de la comisión a percibir”) podría llegarse a la conclusión de que sino figura una cantidad o porcentaje el pacto sería nulo, sin que, por el contrario, nuestro legislador le preste la menor atención a un dato más importante, como el de la “justicia o suficiencia” de esa comisión³⁴.

Así pues, si no se cumplen cualquiera de los requisitos hasta aquí apuntados el pacto de garantía será nulo, si bien, esta nulidad no afecta a la validez del contrato de agencia, ni a los concretos actos u operaciones que el agente haya promovido o, en su caso, concluido³⁵.

Sin embargo, el incumplimiento de este pacto puede dar lugar a una denuncia del contrato de agencia en virtud de lo dispuesto en el art. 26.1º de la L.C.A., denuncia que como bien señala la AP, en la sentencia al hilo de la cual se realizan estas reflexiones, exime de la obligación de preaviso. En el caso tratado en esta sentencia, el agente incumple el pacto de garantía al no pagar en lugar de los terceros las mercaderías objeto de los contratos concluidos entre principal y clientes. Precisamente por este incumplimiento del agente, la AP concluye acertadamente que éste no tiene derecho a las indemnizaciones de clientela y de daños y perjuicios (art. 30 L.C.A.).

³² Más permisivo era el Proyecto de Directiva de 1979, cuyo art. 21 otorgaba validez a todo pacto de garantía que se constatare “por escrito o en forma de cable, de telex o de telegrama”. Sin embargo, el H.G.B., en parecidos términos al art. 19 de nuestra L.C.A., exige forma escrita (§ 86 b) 1). En esta línea HOPT (*Handelsvertreterrecht*, pág. 57) señala que la forma escrita ha de estar confirmada por el agente, no vale la aceptación a través del principal (§ 766 S 1 BGB). Por su parte KÜSTNER y MANTEUFFEL, (*Das Recht der Handelsvertreter*, pág. 214) señalan que la necesidad de la forma escrita a la hora de aceptar la responsabilidad de garantía, permite advertir al cliente acerca de una aceptación imprudente de las obligaciones que esta responsabilidad conlleva. Por el contrario, en el Derecho italiano, la forma escrita no es unánimemente considerada como un requisito *ad substantiam*; así, mientras lo es para FRANCESCHELLI (*Riv. Dir. Comm.*, 1966, I, pág. 343), para SARACINI y TOFFOLETTO (*Il contratto d'agenzia*, pág. 304, nota 54) es un requisito *ad probationem*.

³³ Vid. MONTEAGUDO, M., *La remuneración del agente*, pág. 255.

³⁴ A este respecto el Anteproyecto de L.C.A. de 11 de mayo de 1989, era coherente a la hora de determinar la comisión a percibir por el agente, de tal modo que consideraba válido el pacto de garantía si en lugar de comisión a percibir figuraba, al menos, “el sistema para calcularla” (art. 17.2). Esta es precisamente la línea que se sigue en el sistema alemán, donde lo obligatorio es que se retribuya al agente, pero si la comisión no figura de forma expresa se puede acudir para determinarla al sistema de cálculo que el H.G.B. fija para la comisión ordinaria (§ 87 b), evitándose, de este modo, la nulidad del pacto de garantía basada en la simple ausencia de la comisión a percibir.

³⁵ En este sentido, vid. BOTANA AGRA, M., *D.N.*, nº 30, 1993, pág. 10.

V. DERECHO A RETRIBUCIÓN: LA COMISIÓN DE GARANTÍA

Como se puede ver en la sentencia de la AP de Granada, la asunción del pacto se retribuye con una comisión distinta a la ordinaria -en este caso un 2%, la cual constituye una lógica contrapartida al mayor riesgo que asume el agente³⁶. Sin embargo, mientras el art. 272 del C. de c. prevé para estos supuestos -aunque ello no sea imprescindible- una comisión distinta de la ordinaria, a la que denomina “**comisión de garantía**”³⁷, la L.C.A. (art. 19) sólo exige a los efectos de considerar válido este pacto, que “*conste por escrito y con expresión de la comisión a percibir*”, sin que de este tenor quepa deducir -al menos en principio- que esta comisión no sea la ordinaria³⁸. Hubiera sido más adecuado que se manifestase expresamente en la propia Ley la existencia de una comisión distinta de la ordinaria, para, de esta forma, además, ser congruente con su línea de tutela del agente como parte débil del contrato³⁹.

De todos modos, en nuestra opinión la comisión a la que se refiere el art. 19 de la L.C.A., no puede ser otra que la comisión de garantía. Pues, por un lado, el art. 1 de la L.C.A. establece el carácter remunerado de este contrato, por lo que, si la agencia normal es remunerada, con mayor motivo lo será una agencia de garantía -*a minore, ad maius*-. Por otro lado, si el art. 1 de esta norma ya recoge expresamente la remuneración por la prestación de servicios de agencia en general, lo lógico será entender que esta comisión expresa a la que se refiere el art. 19, es la de garantía y no la comisión ordinaria⁴⁰. Además, en último término debemos tener presente que la comisión de garantía es realmente la contraprestación debida por la asunción del riesgo por el agente⁴¹. En todo caso, cuando no se especifique en el contrato esta comisión diferente a la ordinaria, habrá que tener en cuenta que los usos comerciales de cada zona suelen preverla, como lógica contrapartida al mayor riesgo que asume el agente. Asimismo, aunque no se prevé explícitamente, parece lo más lógico considerar que la comisión debida al agente *ex garantía*, es irrenunciable *a priori*⁴². Pero esto no es obstáculo para que

³⁶ En parecidos términos también *vid.* SSTS de 14-1-1982 (R.J. 74) y de 26-4-1988 (R.J. 3026).

³⁷ *Vid.* GARRIGUES DÍAZ-CAÑABATE, J., *Tratado*, pág. 499 y LANGLE Y RUBIO, E., *Manual*, t. III, pág. 305. El art. 272 del C. de c. parece establecer una presunción *ius et de iure* de que el comisionista que, además de la comisión ordinaria, cobra otra diferente, asume la garantía de la cobranza o del negocio de realización de la comisión. En este sentido, URÍA (*Derecho mercantil*, pág. 723) considera que el art. 272 ofrece una amplia base para admitir que aunque no se pacte expresamente la garantía, se puede admitir que su existencia resulta de un uso en relación con el importe asignado a la comisión, esto es **del hecho de que se estipule un premio suplementario sobre el ordinario, se infiere la existencia de una comisión de garantía**.

³⁸ En la doctrina italiana es opinión prácticamente unánime que el pacto de garantía es gratuito sino se pacta lo contrario, con lo cual no consideran aplicable por analogía el art. 1736 del Cod. civ. ita., que regula la comisión de garantía para el contrato de comisión. En este sentido, *vid.* SARACINI, E. y TOFFOLETTO, F., *Il contratto d'agenzia*, pág. 315; FRANCESCHELLI, R., *Riv. Dir. Comm.*, 1966, I, pág. 344; GHEZZI, G., *Del contratto di agenzia*, pág. 120; TRIOLA, R., *Giust. civ.*, 1996, pág. 2612; CHIOMENTI, F., *Riv. Dir. Comm.*, 1992, II, pág. 373 y LANDOLFI, G., *Dir. Giur.*, 1977, pág. 430. En contra, sin embargo, se manifiesta BORSELLI, E., *Nuovo dir.*, 1971, pág. 642. De todos modos, hemos de tener presente la diferente concepción que este pacto tiene en el Ordenamiento italiano, con relación al nuestro.

³⁹ Por ello, mucho más claro era, a nuestro modo de ver, el Anteproyecto de L.C.A. de 11 de mayo de 1989, en cuyo art. 17.1 se disponía expresamente que el agente “*tendrá derecho a una comisión especial*” por la asunción de la responsabilidad de garantía. Precisamente la Directiva seguía la regulación alemana, en la cual se dispone expresamente el derecho del agente a una “especial compensación”: la comisión de garantía (*Delkredereprovision*) (§ 86 b) 1).

⁴⁰ Esta es, también, la opinión de BOTANA AGRA, M., *D.N.*, n° 30, 1993, pág. 10.

⁴¹ *Vid.* UMBRICH, R.P. y GREETHER, F., “*Handelsvertreterrecht in der Schweiz*”, pág. 1060.

⁴² *Vid.* BOTANA AGRA, M., *D.N.*, n° 30, 1993, pág. 10, nota 26. A este respecto nos puede servir nuevamente de orientación del § 86 b) 1 que dispone expresamente que “*tal derecho no puede ser excluido a priori*” (*vid.* ANKELE, J., *Handelsvertreterrecht. Kommentar*, Comentario al § 86 b), pág. 2).

el agente, posteriormente, con la creación o vencimiento de la comisión de garantía, pueda renunciar a su pago⁴³.

El nacimiento del derecho a esta comisión depende directamente de la propia validez de la cláusula de garantía y del negocio celebrado entre el empresario y el tercero. Por tanto, han de cumplirse en primer lugar los requisitos de forma fijados legalmente para que este pacto sea válido y además, el negocio garantizado por el agente, esto es, el concluido entre principal y tercero ha de ser válido. Nuestra L.C.A. no especifica cuándo debe entenderse que nace el derecho a la comisión de garantía. Pero, pese a esto, parece lógico pensar que el nacimiento de la comisión de garantía se produce con la conclusión de los negocios que se garantizan⁴⁴. De tal forma que si el agente asume la responsabilidad de garantía para varios negocios, el derecho a la comisión se producirá con la conclusión de cada negocio por separado.

Sin embargo, es intrascendente a efectos de percepción de la comisión de garantía por el agente, si el negocio concluido se ejecuta finalmente o no. Del mismo modo, no influirá en la percepción de la comisión el hecho de que el agente se vea obligado a responder efectivamente en lugar del tercero o no, pues su retribución adicional tiene lugar por el riesgo asumido y por la realización de la prestación en lugar del tercero.

Por lo que se refiere al tipo de retribución, pese a la utilización legal del término "comisión", creemos que son también válidas otras formas de pago -por ejemplo una cantidad fija, etc.-. La utilización del término "comisión" obedece simplemente a una utilización mimética de la expresión "comisión de garantía" empleada para el contrato de comisión, pero no a una fórmula de pago en el sentido descrito en el art. 11.2 de la L.C.A.. Además, sostener lo contrario, podría tener consecuencias no deseadas desde un punto de vista práctico, como sería el tener que considerar nulo el pacto de garantía en que la fórmula de pago pactada por las partes fuese una cantidad fija, o una combinación de dos sistemas: una parte fija y otra variable en función del volumen o el valor de los actos u operaciones promovidos o, en su caso, concluidos por el agente.

Finalmente, por lo que se refiere a la cuantía concreta de esta comisión, la L.C.A. no contiene ninguna especificación sobre la misma; sin embargo, en virtud del principio de justo equilibrio de las prestaciones, es necesario que en la determinación de la comisión de garantía se tenga presente el ámbito de riesgo asumido por el agente. En este sentido, se atenderá al volumen de negocios garantizados, así como, en su caso, al límite de responsabilidad asumido en cada negocio jurídico⁴⁵.

⁴³ Vid. **UMBRICHT, R.P. y GREETHER, F.**, "Handelsvertreterrecht in der Schweiz", pág. 1060; **KÜSTNER, W. y MANTEUFFEL, K.**, *Das Recht der Handelsvertreter*, pág. 220 y **ABRAHAMCZIK, J.**, *Der Handelsvertretervertrag*, pág. 45.

⁴⁴ Precisamente el H.G.B. prevé expresamente que "el derecho a la comisión por prima de garantía surge con la conclusión del negocio" (§ 86 b).2.). En parecidos términos la Propuesta de Directiva de 1979 señalaba en el art. 21, apartado 3 que la comisión de garantía "es exigible en el momento de la conclusión de dichas operaciones".

⁴⁵ Vid. **MONTEAGUDO, M.**, *La remuneración del agente*, pág. 259 y **ABRAHAMCZIK, J.**, *Der Handelsvertretervertrag*, pág. 44.

BIBLIOGRAFÍA

ABRAHAMCZIK, Jürgen, *Der Handelsvertretervertrag*, ed. C.H. Beck, München, 1995.

ALIBRANDI, Alfonso, “Sulla limitazione dello star del credere nel contratto di agenzia”, *Mon. Trib.*, 1966, II, págs. 717 y 720.

- “Contratto di agenzia e clausola dello star del credere”, en *Arch. civ.*, 1987, págs. 993 a 995.

ALONSO DE ESPINOSA, Francisco José, “Algunas cuestiones sobre el contrato de comisión mercantil”, en *Cuadernos de Derecho Judicial*, nº monográfico sobre *Contratos de Gestión*, edita Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 1995, págs. 135 a 155 (cit. *Cuadernos de Derecho Judicial*).

ALVENTOSA DEL RÍO, Josefina, “Fianza mercantil y responsabilidad del fiador”, *Estudios Derecho Mercantil en Homenaje al profesor Manuel Broseta Pont*, t. I, págs. 107 a 133 (cit. *Estudios Derecho Mercantil en Homenaje al profesor Manuel Broseta Pont*, t. I).

ANGULO RODRÍGUEZ, Luis de, “Panorama de encuadre de las garantías personales atípicas”, en *Estudios de Derecho mercantil en homenaje al Profesor Manuel Broseta Pont*, t. I, ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 1995, págs. 135 a 154 (cit. *Estudios de Derecho mercantil en homenaje al Profesor Manuel Broseta Pont*, t. I).

- “El contrato de comisión”, en AA.VV.: *Derecho mercantil*, t. II: *Títulos-valores. Obligaciones y contratos mercantiles. Derecho concursal mercantil. Derecho de la Navegación*, coord. Guillermo J. Jiménez Sánchez, 4ª edición, ed. Ariel, Barcelona, 1997, págs. 247 a 260 (cit. “El contrato de comisión”)

ANKELE, Jörg, *Handelsvertreterrecht. Kommentar*, ed. Luchterhand, Berlín, 1997.

BALDI, Roberto, *Il contratto di agenzia. La concessione di vendita. Il franchising*, 6ª edición, Giuffrè Editore, Milán, 1997 (cit. *Il contratto di agenzia*).

BORSELLI, Edgardo, Sul diritto dell’agente di commercio al compenso supplementare per lo star del credere”, *Nuovo dir.*, 1971, págs. 641 a 643.

BOTANA AGRA, Manuel, “El contrato de agenzia en el Derecho español”, *D.N.*, nº 30, 1993, págs. 1 a 14.

CANARIS, Claus-wilhelm, *Handelsrecht*, 22ª edición, ed. C.H.Beck, München, 1995.

CHIOMENTI, Filippo, “La speciale fattispecie dello «star del credere» degli Accordi economici collettivi per i rapporti di agenzia”, *Riv. Dir. Comm.*, 1989, II, págs. 85 a 101.

- “Le confusioni della Cassazione sullo «star del credere» nel rapporto di agenzia: la derivazione dall’art. 1736 c.c. di un diritto dell’agente a una speciale provvigione per lo «star del credere»”, *Riv. Dir. Comm.*, 1992, II, págs. 373 a 379.

COCA PAYARES, Miguel y FLAQUER RIUTORT, Juan, “Notas sobre el aval a primer requerimiento (Jurisprudencia y praxis), en *Estudios de Derecho bancario y bursátil en homenaje a Evelio Verdera y Tuells*, t. I, ed. La Ley, Madrid, 1994, págs. 473 a 483 (cit. *Estudios de Derecho bancario y bursátil en homenaje a Evelio Verdera y Tuells*, t. I).

DIAZ MORENO, Alberto, “Las garantías a primer requerimiento en la jurisprudencia del Tribunal Supremo”, en *Estudios de Derecho bancario y bursátil en homenaje a Evelio Verdera y Tuells*, t. I, ed. La Ley, Madrid, 1994, págs. 627 a 650 (cit. *Estudios de Derecho bancario y bursátil en homenaje a Evelio Verdera y Tuells*, t. I).

DIEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, Luis, *Fundamentos de Derecho Civil Patrimonial*, t. II: *Las relaciones obligatorias*, 4^a edición, ed. Civitas, 1993 (cit. *Fundamentos*, t. II).

DOMÍNGUEZ GARCÍA, Manuel Antonio, “Los contratos de distribución: agencia mercantil y concesión comercial”, en AA.VV., *Contratos internacionales*, directores: Alfonso L. Calvo Caravaca y Luis Fernández de la Gándara, Coordinadora: Pilar Blanco-Morales Limones, ed. Tecnos, Madrid, 1997, págs. 1275 a 1384 (cit. *Contratos internacionales*).

FERNÁNDEZ-ALBOR BALTAR, Ángel, *El aval cambiario*, ed. Civitas, Madrid, 1992.

FONT GALÁN, Juan I., “Los contratos mercantiles de garantía”, en AA.VV.: *Derecho mercantil*, t. II: *Títulos-valores. Obligaciones y contratos mercantiles. Derecho concursal mercantil. Derecho de la Navegación*, coord. Guillermo J. Jiménez Sánchez, 4^a edición, ed. Ariel, Barcelona, 1997, págs. 385 a 408 (cit. “Los contratos mercantiles de garantía”).

FRANCESCHELLI, Remo, “«Star del credere» e rapporto d’agenzia”, *Riv. Dir. Comm.*, 1966, I, págs. 335 a 346 (también en *Studi in memoria di Tullio Ascarelli*, t. II, ed. Giuffrè, Milán, 1969, págs. 755 a 772).

GARRIGUES DÍAZ-CAÑABATE, Joaquín, *Tratado de Derecho mercantil*, t. III, vol. I: *Obligaciones y contratos mercantiles*, ed. Revista de Derecho Privado, Madrid, 1964 (cit. *Tratado*).

GHEZZI, Giorgio, *Del contratto di agenzia*, en *Commentario del Codice Civile*, a cargo de ANTONIO SCIOLOJA e GIUSEPPE BRANCA, Nicola Zanichelli Editore, Bologna, 1970.

GUILARTE ZAPATERO, Vicente, *De la fianza*, en *Comentarios al Código civil y compilaciones forales*, dirigidos por Manuel Alvaladejo, t. XXIII (arts. 1822 a 1886 C.c.), 2^a edición, ed. EDERSA, Madrid, 1990 (cit. *Comentarios al Código civil y compilaciones forales*, t. XXIII).

HOPT, Klaus J., *Handelsvertreterrecht*, C.H. Beck’sche Verlagsbuchhandlung, München, 1992.

KÜSTNER, Wolfram y MANTEUFFEL, Kurt, *Handbuch des gesamten Außendienstrechts*, vol. I: *Das Recht del Handelsvertreter*, 2^a edición, ed. Recht und Wirtschaft, Heidelberg, 1992 (cit. *Das Recht del Handelsvertreter*).

LANGLE Y RUBIO, Emilio, *Manual de Derecho mercantil español*, t. III: *Obligaciones comerciales. Doctrina general de las obligaciones mercantiles y de sus fuentes, especialmente del contrato. Contratos de comercio en particular*, ed. Bosch, Barcelona, 1959 (cit. *Manual*, t. III).

LANDOLFI, Guglielmo, “Brevi considerazioni sullo «star del credere» nel contratto d’agenzia”, *Dir. Giur.*, 1977, págs. 425 a 435

LLOBREGAT HURTADO, M^a Luisa, *El contrato de agencia mercantil*, ed. Bosch, Barcelona, 1994.

MONTEAGUDO, Montiano, *La remuneración del agente*, ed. Civitas, Madrid, 1997.

ORTEGA PRIETO, Eduardo, *El contrato de agencia. La nueva normativa aplicable a los agentes comerciales y representantes de comercio*, ed. Deusto, Bilbao, 1993 (*El contrato de agencia*).

PEINADO GRACIA, José Ignacio, *El contrato de comisión: cooperación y conflicto (la comisión de garantía)*, ed. Civitas, Madrid, 1996 (cit. *El contrato de comisión*) (también AA.VV., *Tratado de garantías en la contratación mercantil*, t. I, *Parte General y Garantías Personales* (coordinación: Ubaldo Nieto Carol y José Ignacio Bonet Sánchez), Consejo General de los Colegios Oficiales de Corredores de Comercio, ed. Civitas, Madrid, 1996, págs. 975 a 1091).

- "Pactos de garantía en contratos de colaboración", *C.D.C.*, nº 18, 1995, págs. 167 a 211.

ROJO, Ángel, "El aval", en *Derecho cambiario. Estudios sobre la Ley cambiaria y del cheque*, dirección Aurelio Menéndez Menéndez, Ed. Civitas, Madrid, 1986, págs. 549 a 608 (cit. *Estudios sobre la Ley cambiaria y del cheque*).

SÁNCHEZ CALERO, Fernando, *Instituciones de Derecho Mercantil*, t. II: *Títulos y valores, contratos mercantiles, Derecho concursal y marítimo*, 20ª edición, ed. EDESA, Madrid, 1997 (cit. *Instituciones*, t. II).

SÁNCHEZ-CALERO GUILARTE, Juan, *Garantías bancarias: las cartas de «patrocinio» y las garantías «a primera demanda»*, en *Contratos bancarios*, dirigido por GARCÍA VILLAVARDE, ed. Civitas, Madrid, 1992, págs. 711 a 807 (cit. *Contratos bancarios*).

- "El aval de la letra de cambio", *R.D.B.B.*, nº 46, 1992, págs. 331 a 372.

SARACINI, Eugenio y TOFFOLETTO, Franco, *Il contratto d'agenzia*, 20 edición, ed. Guiffré, Milano, 1996.

TRIOLA, Roberto, "Osservazioni in tema di «star del credere» e contratto di agenzia", *Giust. civ.*, 1996, págs. 2609 a 2612.

UMBRICHT, Robert P. y GREETHER, Felix, "Handelsvertreterrecht in der Schweiz", en Friedrich Graf von Westpahlen, *Handbuch des Handelsvertreterrechts in EU-Staaten und der Schweiz*, ed. Dr. Otto Schmidt, Köln, 1995, págs. 1015 a 1100 (cit. "Handelsvertreterrecht in der Schweiz").

URÍA, Rodrigo, *Derecho mercantil*, 22ª edición, ed. Marcial Pons, Madrid, 1995.

VALENZUELA GARACH, Fernando, "El contrato de fianza: una síntesis de sus problemas actuales", en AA.VV., *Tratado de garantías en la contratación mercantil*, t. I, *Parte General y Garantías Personales* (coordinación: Ubaldo Nieto Carol y José Ignacio Bonet Sánchez), Consejo General de los Colegios Oficiales de Corredores de Comercio, ed. Civitas, Madrid, 1996, págs. 421 a 465 (cit. *Tratado de garantías en la contratación mercantil*, t. I).

VICENT CHULIÁ, Francisco, *Compendio crítico de Derecho mercantil*, t. II: *Contratos. Títulos valores. Derecho concursal*, 3ª edición, José Mª Bosch Editor, Barcelona, 1990 (cit. *Compendio*, t. II).

WESTPHAL, Bernd, *Neues Handelsvertreterrecht*, ed. Forkel, Wiesbaden, 1991.