

ANÁLISIS JURISPRUDENCIAL SOBRE LA INDEMNIZACIÓN POR CLIENTELA

Por

MARCIAL HERRERO JIMÉNEZ

Profesor del Centro Universitario de Plasencia

SUMARIO: 1. INTRODUCCIÓN.- 2. LA LEY DEL CONTRATO DE AGENCIA.- 3. EL CONTRATO DE AGENCIA.- 4.- EL CONTRATO DE CONCESIÓN MERCANTIL O DE DISTRIBUCIÓN EN EXCLUSIVA.- 4.1. Analogías entre el contrato de agencia y el contrato de distribución. 4.2. Diferencias entre el contrato de agencia y el contrato de distribución en exclusiva.- 5. LA INDEMNIZACIÓN POR CLIENTELA EN LOS SUPUESTOS DE EXTINCIÓN DEL CONTRATO DE DISTRIBUCIÓN O DE CONCESIÓN MERCANTIL.- 5.1. La indemnización por clientela en el contrato de agencia. 5.2. La indemnización por clientela en el contrato de distribución con exclusiva o de concesión mercantil. Aplicación analógica del artículo 28 de la Ley 12/1992.

1. INTRODUCCIÓN

El empresario, en el ejercicio de su comercio, generalmente precisa del auxilio de otras personas. Estas personas, en ocasiones, serán verdaderos dependientes del empresario, que actúan bajo su ámbito de control y dirección; pero, en otras ocasiones, las personas que colaboran con el empresario son personas, físicas o jurídicas, titulares de una empresa distinta, autónoma, que prestan su colaboración al empresario, conservando su independencia respecto a éste. Son los colaboradores independientes.

La regulación jurídica de este tipo de colaboración independiente ha sido siempre escasa; así, el Código de Comercio de 1885, tan sólo regula una figura contractual que sirve a estos fines, el contrato de comisión, configurado como una especie de mandato, pero de naturaleza mercantil. Mediante este contrato el empresario, comitente, busca obtener en el otro empresario, comisionista, una colaboración esporádica, para la realización de un concreto acto o negocio jurídico, dentro del tráfico mercantil.

Siendo esta la única forma contractual de colaboración independiente entre empresarios regulada por el Código de Comercio, en la realidad del tráfico empresarial resultaba a todas luces insuficiente para atender las necesidades del empresario; éste, en algunas ocasiones sí que necesita una colaboración aislada, esporádica o puntual, y acudirá a la figura contractual típica de la comisión, sin embargo, en muchas otras ocasiones, el empresario no busca una colaboración que se agote en un solo acto, sino una relación duradera, estable, que se prolongue en el tiempo. Es el caso del empresario productor de bienes y servicios que persigue extender el ámbito de comercialización de sus productos en el territorio. Para estos casos, no se prevé en nuestro Código de Comercio ninguna figura contractual, y no es hasta el año 1992 cuando en nuestro Derecho positivo se regula, por vez primera, la figura del contrato de agencia.

Así, la Ley 12/1992, de 27 de mayo, sobre Contrato de Agencia, viene a poner un cierto orden y armonía, así como a normativizar unas relaciones contractuales atípicas y de naturaleza claramente mercantil, que, de hecho, se habían venido concertando entre los empresarios.

Sin embargo, como veremos posteriormente, con la promulgación de esta Ley no se solucionaron todos los problemas existentes, toda vez que no se regulan otras figuras atípicas que surgieron del tronco común del contrato de la comisión,

y próximas a lo que sería el contrato de agencia, sin llegar a identificarse plenamente con éste.

2. LA LEY DE CONTRATO DE AGENCIA

La Ley 12/1992, de 27 de mayo, sobre Contrato de Agencia es resultado de la transposición de la Directiva 86/653/CEE, de 18 de diciembre de 1986, relativa a la coordinación de los Estados miembros en lo referente a los agentes comerciales independientes.

En el ámbito de las Comunidades Europeas, se observa la necesidad de armonizar la regulación que en los diferentes Estados miembros se contiene respecto al contrato de agencia, que recibe las más diversas denominaciones, y que en algunos de dichos Estados carece, incluso, de regulación positiva. La Directiva 86/653/CEE se concibe, tal y como se señala en la Exposición de Motivos de la Ley 12/1992, como *«una ocasión propicia para colmar esa laguna de legislación mercantil, dotando al contrato de agencia de una regulación legal acorde con las necesidades de la época y las exigencias comunitarias»*.

Como ya hemos mencionado, la falta de regulación legal específica, y las nuevas necesidades económicas y sociales, motivan que, en la práctica, surjan nuevas figuras contractuales carentes de regulación positiva, que responden a las demandas de los empresarios, y de su necesidad de buscar colaboración independiente, duradera y estable. Mediante la Directiva mencionada se pretende dotar a los Estados miembros de una normativa *«de mínimos»*, sobre el contrato de agencia.

En algunos Estados miembros ya existía legislación sobre el contrato de agencia, y, por ello, la transposición de la Directiva 86/653/CEE exigió la modificación del derecho interno. No fue este el caso español; en nuestro ordenamiento jurídico no se contenía ninguna norma relativa al *«contrato de agencia»*, por lo que el legislador español, al transponer la Directiva mencionada reguló *«ex novo»* esta figura contractual, intentado dotarla de un *«régimen jurídico suficiente»*.

El legislador, en la Exposición de Motivos, justifica también la no inclusión del contrato de agencia en el Código de Comercio de 1885, y su regulación en una Ley especial, como es la Ley 12/1992, por razones de oportunidad y de técnica legislativa.

3. EL CONTRATO DE AGENCIA

El contrato de agencia se define, en el artículo 1 de la Ley 12/1992, como aquél por el cual *«una persona natural o jurídica, denominada agente, se obliga frente a otra de manera continuada o estable a cambio de una remuneración, a promover actos u operaciones por cuenta y en nombre ajenos, como intermediario independiente, sin asumir, salvo pacto en contrario, el riesgo y ventura de tales operaciones»*.

La Ley 12/1992, regula la figura del agente, destacando las siguientes características:

1º. Independencia del agente. Esta es la nota esencial de este contrato que diferencia la figura del agente de otras similares, como son el concesionario o el representante de comercio. El contrato de agencia es un contrato entre empresarios, en los que el agente -persona física o jurídica- no es dependiente de la persona que le contrata, ni mantiene con él una relación laboral, y además, organiza su actividad profesional conforme a sus propios criterios.¹

2º. Relación duradera o estable. A diferencia de otros contratos -como es la comisión- la agencia es la figura contractual a la que recurre el empresario que quiere extender su negocio **en una zona determinada y con carácter estable o duradero**. Tanto el comisionista como el agente se incluirían dentro del grupo que, en términos mercantilistas, se conoce como «colaboradores independientes del empresario», pero mientras que el comisionista realiza uno o varios actos concretos de forma puntual y esporádica, el agente realiza todos aquellos actos, operaciones o negocios jurídicos que se comprendan dentro del objeto del contrato, durante el tiempo de vigencia del mismo.

¹ En este sentido, el Tribunal Supremo se ha pronunciado en numerosas ocasiones, para diferenciar el contrato de agencia de otros contratos similares, como por ejemplo, el contrato de concesión, basándose en la nota de la independencia o autonomía de que debe gozar el agente.

Así, entre otras, la Sentencia 8 noviembre 1995. R.A. 8637:

“2º) En la nota de la dependencia o no, puede radicar la no inclusión de la concesión en el contrato de agencia, pues así como la independencia del agente es básica -artículo 2- cuando exista esa dependencia, que al margen de la laboral, puede darse en la concesión: art. 2.2.: cuando el concesionario “no puede organizar su actividad profesional ... conforme a sus criterios”, pues el concedente se lo ha impuesto, entonces la concesión no es agencia”

3º) De consiguiente, cuando la concesión sea agencia -promoción actos comercio o reventa, relación estable e independencia-, regirá la Ley 12/1992 tanto en la rescisión como en la indemnización: artículos 23 y siguientes...”

La permanencia o estabilidad del contrato no implica que tenga que ser por tiempo indeterminado o indefinido, sino que cabe calificar como duradero el contrato cuando tiene duración determinada, siempre y cuando no se agote en un sólo acto, y tenga por objeto promover y/o concluir contratos por cuenta del empresario principal.²

3º. El agente actúa por cuenta y riesgo del otro empresario.- Esta es otra de las notas que diferencian el contrato de agencia de otras figuras contractuales, como pudiera ser el contrato de concesión o el de distribución en exclusiva.

En el contrato de agencia, tal y como se señala en la propia definición que da la Ley 12/1992, el agente actúa *«sin asumir, salvo pacto en contrario, el riesgo y ventura»* de las operaciones que realiza por cuenta del empresario con el que contrató.

Sin embargo, del propio tenor del artículo se infiere que también cabe pactar que el agente asuma ese *«riesgo y ventura»*, sin que el contrato se desnaturalice, dejando de ser un contrato de agencia.

Esto es, la no asunción de los riesgos es una nota característica del contrato de agencia, definitoria del mismo, pero no esencial, ya que cabe pactar la asunción de los riesgos por parte del agente.³

4º. Contrato oneroso. El contrato de agencia es remunerado; así se señala en la definición que del mismo hace el artículo 1 de la Ley 12/1992. De hecho, si no se pactó remuneración, no por ello podemos concluir que el contrato sea gratuito, sino que, como señala el artículo 11.1º de la Ley, *«percibirá el agente la retribución que fuera razonable teniendo en cuenta las circunstancias que hayan concurrido en la operación»*.

5º. Obligaciones del agente y del empresario. El contenido del contrato aparece regulado en los artículos 5 a 22 de la Ley 12/1992. Destacaremos principalmente, que corresponde al agente promover y/o concluir actos u operaciones de comercio por cuenta ajena, o por cuenta y en nombre ajenos, y que esta actuación la puede realizar por cuenta de uno o de varios empresarios.

² A este respecto, debe significarse que en la Exposición de Motivos de la Ley 12/1992, se señala que *«tan permanente es una agencia por tiempo indeterminado, como una agencia por un año»*.

³ Como ya veremos posteriormente, la posibilidad de que el agente asuma el riesgo y ventura de las operaciones que realiza por cuenta ajena, es otra de las características que justificará la aplicación analógica de la Ley del Contrato de Agencia a otras figuras contractuales similares, como es el contrato de distribución.

El empresario deberá remunerar al agente, y pondrá a su disposición muestrarios, catálogos, tarifas y demás documentos necesarios para el ejercicio de su actividad profesional; así como toda la información que necesite o sea conveniente para el ejercicio de la agencia.⁴

6°. **Cláusula de exclusiva.** Es otro rasgo identificativo del contrato de agencia la cláusula de exclusiva que, de ordinario, se suele incluir en el contrato. Por ella, se concede al agente, en exclusiva, la posibilidad de intervenir en una zona geográfica determinada, por cuenta del empresario, sin que exista la posibilidad de que otro agente actúe en dicha zona por cuenta del mismo empresario.⁵

4.- EL CONTRATO DE CONCESIÓN MERCANTIL O DE DISTRIBUCIÓN EN EXCLUSIVA

Como ya significamos con anterioridad, las necesidades socioeconómicas de los empresarios motivaron el nacimiento de nuevas formas contractuales de colaboración entre empresarios, al amparo de las cuales se pretendía obtener una colaboración similar a la que proporcionaría el contrato de comisión, pero con la cualidad de la estabilidad, o prolongación en el tiempo.

Por ello, con anterioridad a la promulgación de la Ley 12/1992, sobre el Contrato de Agencia, tomando como base la regulación del contrato de comisión fueron surgiendo diferentes contratos que pretendían dar una respuesta, más o menos satisfactoria, a estas necesidades. Así surgen contratos con las más variadas denominaciones: contrato de agencia, contrato de distribución, contrato de exclusiva, contrato de distribución en exclusiva, contrato de concesión, etc. Distintas formas de denominar a lo que, de ordinario, suele perseguir la misma finalidad contractual.

En concreto, centrándonos en el contrato de distribución en exclusiva (aunque también podría denominarse contrato de concesión, o de exclusiva), podríamos definirlo como el contrato por el cual un empresario, concesionario o distribuidor

⁴ En contratos como el de distribución en exclusiva, también nos encontraremos con que el empresario tiene, frente al distribuidor, las mismas obligaciones que las que se regulan en el artículo 10 de la Ley 12/1992, de Contrato de Agencia.

⁵ Esta cláusula también suele incluirse en los contratos de distribución, o contratos de «*distribución en exclusiva*», en los cuales el distribuidor puede comercializar los productos que adquiere del concedente, en exclusiva, en una zona geográfica determinada.

es el comerciante que ostenta el derecho a vender o a distribuir a título exclusivo y en su propio nombre y por su propia cuenta los artículos o productos de un fabricante o productor, concedente. Es un contrato atípico, carente de regulación legal; mediante esta forma contractual las grandes empresas buscan la colaboración de los distribuidores o concesionarios, para que distribuyan sus productos en pequeñas zonas geográficas. El distribuidor adquiere previamente los productos del otro empresario, con descuentos sobre el precio, y asume el riesgo y ventura de su negocio, siendo ésta la principal diferencia entre este contrato y el de agencia, en el cual el agente siempre actúa por cuenta del empresario representado.⁶

El Tribunal Supremo, en su sentencia de 30 de septiembre de 1978, lo considera como un contrato **mixto**, que incorpora ingredientes del suministro con exclusiva de reventa y de la agencia.

4.1. ANALOGÍAS ENTRE EL CONTRATO DE AGENCIA Y EL CONTRATO DE DISTRIBUCIÓN

En realidad, el contrato de concesión mercantil o distribución en exclusiva presenta numerosas concomitancias o analogías con el contrato de agencia, y así, por ejemplo:

a) Independencia.- Al igual que el agente, el concesionario o distribuidor tiene el carácter de empresario y no se encuentra bajo el ámbito de dependencia

⁶ En la Sentencia de la Audiencia Provincia de Ávila de 13 de diciembre de 1995 se significa: «*la agencia ... es un contrato duradero en el que el agente por su propia empresa y a disposición de la colaboración con el principal, asumiendo el encargo de ejecutar todos aquellos negocios integrados en el objeto de la agencia dentro de la zona asignada recibiendo una retribución en función de los resultados de su gestión, pero mientras este contrato de agencia tiene por misión promover o concluir contratos en nombre y por cuenta del empresario representado, de suerte que, en ocasiones, el agente se limita ... en cambio, en el de concesión mercantil el contrato se concierta con una empresa mercantil que compra los productos para revenderlos a su clientela en su propio nombre y por su propia cuenta, monopolio de reventa que le es otorgado el concesionario para un perímetro determinado y que, a veces, se acompaña de una cláusula de exclusiva por la que el concedente se obliga a no celebrar, dentro de la zona atribuida, contratos de la misma naturaleza con personas distintas del concesionario, pacto de exclusiva que, entrañando una restricción a la libertad comercial, debe interpretarse en sentido restrictivo (vid. sentencias de 31 de diciembre de 1970 y 29 octubre 1955)*».

del otro empresario. Actúa de forma independiente, con poder autónomo de organización y dirección de su propia empresa.⁷

En la sentencia del Tribunal Supremo de 17 de mayo de 1999, se define el contrato de concesión o de distribución en exclusiva como *«aquel por el que una entidad, la concesionaria se compromete a adquirir productos a la entidad concedente para, una vez adquiridos, revenderlos y, en su caso, prestar asistencia técnica a sus compradores; el concesionario está inmerso en la red de distribución del concedente, ya que dicho contrato cumple la función de distribución de productos. Puede tener o no un pacto adicional de exclusiva. Lo importante es que el concesionario actúa en nombre y por cuenta propia, lo que lo diferencia del contrato de agencia (así, Sentencia de 8 de noviembre de 1995 {RJ 1995, 8637}), y adquiere por compraventa los productos del concedente. Es asimismo importante el carácter de intuitu personae de este contrato (así, Sentencias de 28 de febrero de 1989 {RJ 1989, 1409} y 21 de diciembre de 1992 {RJ 1992, 10705})»*.

b) Colaboración duradera o estable.- Si el empresario busca una colaboración esporádica, que se limite a un solo acto, acudirá a la figura de la comisión. Sin embargo, cuando pretende que dicha colaboración se prolongue en el tiempo necesitará recurrir a otra figura contractual y, recordemos, que con anterioridad a la Ley 12/1992, no existía ninguna figura típica, por lo que fue al amparo de la práctica y usos mercantiles, como surgió esta figura que permite establecer unas relaciones entre empresarios de carácter estable.

⁷ En la ya citada Sentencia del Tribunal Supremo de 8 de noviembre de 1995, se justifica la aplicación analógica de la Ley 12/1992, al contrato de concesión en función de las analogías entre ambos contratos, haciendo especial hincapié en la nota de la independencia.

La Sentencia del Tribunal Supremo de 12 de junio de 1999 (RJ 1999, 4292) señala: *“El contrato de agencia, conforme al artículo primero de la Ley especial y disposiciones integradoras, viene a ser aquella relación consistente en la promoción o conclusión de operaciones mercantiles a cargo del agente, de forma continuada o estable, pero por cuenta del empresario que contrató sus servicios y que decididamente se proyecten a la captación de clientela para el principal, y si bien el agente conserva su organización empresarial, su actividad la viene a desarrollar como efectivo intermediario independiente, no asumiendo los riesgos de los negocios en los que participa, que los soporta el comitente, salvo pacto expresado en contrario, percibiendo el agente el precio convenido por su actividad de gestión, lo que no impide que pueda estar vinculado a varios empresarios distintos.*

La concesión mercantil, también conocido como contrato de distribución, encuadrable dentro de la categoría jurídica de los contratos de colaboración, presenta la particularidad de que el concesionario actúa en su nombre y por cuenta propia, en la zona geográfica asignada, asumiendo para sí los riesgos de las operaciones comerciales que realiza con los clientes, pues actúa con capital propio e independencia negocial del concedente, sin perjuicio de que las actividades se lleven a cabo en interés de aquél y también en el propio. Su autonomía se manifiesta en la fase final de distribución de los efectos o mercancías a la clientela, ya que se produce una efectiva reventa de los productos que proceden y suministra el principal.”

c) **Intuitu personae.**- El carácter de intuitu personae vigente en el contrato de agencia⁸, también está presente en el contrato de distribución en exclusiva, o de concesión mercantil. Debe existir mutua confianza entre las partes, y, por ende, se podrá rescindir el contrato -con los requisitos establecidos, en su caso- cuando desaparezca.

d) **Remuneración.**- El contrato de distribución no es gratuito. El concesionario o distribuidor obtiene una ganancia entre la diferencia que existe entre el precio de descuento con que el empresario le vende sus productos, y el precio mayor con que los revende en el área geográfica delimitada para el ejercicio de su negocio.

Aparte de ello, será común que el empresario otorgue bonificaciones o «rappel» -al igual que suele hacerse en los contratos de agencia- a los distribuidores cuando alcancen o superen previsiones de ventas.

e) **Obligaciones del empresario.**- Las obligaciones del empresario con respecto al distribuidor o concesionario son muy parecidas a las que existen respecto al agente.

Dejando al lado la remuneración, de la que ya hemos hablado, el empresario, de ordinario, también se obligará -como se establece en el artículo 10.2 de la Ley 12/1992- a entregar al concesionario o distribuidor aquellos materiales que le puedan servir para la reventa de sus productos y su exhibición al público, como son los muestrarios, catálogos, tarifas, etcétera.

f) **Cláusula de exclusiva.**- También es común en estos contratos pactar una cláusula de exclusiva en la cual el concesionario o distribuidor se obligue a no distribuir productos de otros empresarios, al menos en el área geográfica a la que afecte el contrato con otro empresario.

4.2. DIFERENCIAS ENTRE EL CONTRATO DE AGENCIA Y EL CONTRATO DE DISTRIBUCIÓN EN EXCLUSIVA

Hasta ahora hemos visto las principales semejanzas entre ambos contratos, pero, sin embargo, existen diferencias, puesto que son figuras contractuales distintas. Quizá la mayor diferencia entre ellos sea la de la asunción de riesgos.

⁸ Establece el artículo 5 de la Ley 12/1992, sobre Contrato de Agencia, en su apartado 1º que «El agente deberá realizar, por sí mismo o por medio de sus dependientes, la promoción y, en su caso, la conclusión de los actos u operaciones de comercio que se le hubieren encomendado». Se permite la actuación de subagentes, previa autorización del empresario.

A diferencia del contrato de agencia, en el que por general «*las mercancías viajan y se entregan por cuenta y riesgo de la casa representada, respondiendo ésta del saneamiento frente a la clientela y soportando el riesgo de impagos e insolvencias, el concesionario o distribuidor adquiere en firme la mercancía de la casa representada, con lo que todos los riesgos de viaje, cobro y saneamiento de la entrega al cliente, suelen pesar sobre él, que sin embargo se beneficia no sólo de la exclusiva que suele acompañar al contrato dentro de la concreta zona asignada, sino también de descuentos en el precio, remuneraciones por número de ventas, e incluso, por transporte y almacenaje del producto concedido*».⁹

5. LA INDEMNIZACIÓN POR CLIENTELA EN LOS SUPUESTOS DE EXTINCIÓN DEL CONTRATO DE DISTRIBUCIÓN O DE CONCESIÓN MERCANTIL

5.1. LA INDEMNIZACIÓN POR CLIENTELA EN EL CONTRATO DE AGENCIA

El artículo 28 de la Ley 12/1992, del Contrato de Agencia regula el derecho del agente a ser indemnizado por el empresario cuando «*hubiere aportado nuevos clientes al empresario o incrementado sensiblemente las operaciones con la clientela preexistente*»; es lo que se conoce como *indemnización por clientela* (ya prevista en la Directiva 86/653/CEE, de 18 de diciembre de 1986).

Para que pueda aplicarse este artículo y, por ende, conceder al agente dicha indemnización, es preciso que concurren varios requisitos:

1º) Que el contrato sea denunciado unilateralmente por el empresario.

2º) Que el agente haya aportado al empresario nuevos clientes, o bien, haya incrementado notablemente las operaciones comerciales con antiguos clientes del empresario.

3º) Que el empresario esté en situación de continuar aprovechando la clientela aportada por el agente, o el mayor volumen de negocios que proporcionó éste.

4º) Que resulte equitativo en atención a la *existencia de actos de limitación de competencia, por las comisiones que pierda o por las demás circunstancias que concurren*.

La denuncia unilateral del contrato de agencia por el empresario no comporta *per se* la indemnización por clientela al agente, sino que es preciso que concurren los demás requisitos, que suponen la existencia de un enriquecimiento en el patrimonio del empresario, y una disminución en el patrimonio del agente, o al

⁹ Sentencia de la Audiencia Provincial de Oviedo de 13 de noviembre de 1998.

menos una desventaja, que puede estar motivada por la imposibilidad de realizar su actividad profesional de forma totalmente libre durante un cierto tiempo (debido a las cláusulas de limitación de la competencia), o por la falta de recuperación de las inversiones realizadas para el desarrollo del contrato de agencia, o, simplemente, por el *lucrum cesans*, o ganancias dejadas de percibir.¹⁰

El importe de la indemnización que se otorgará al agente por clientela «no podrá exceder 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 expresión «no podrá exceder» apunta a la facultad judicial moderadora de dicha indemnización, y que tendrá como límite el importe señalado en el apartado 3º del artículo 28, de la Ley 12/1992. La moderación de la indemnización podrá obedecer a varios criterios, y, principalmente, a los señalados anteriormente como requisitos para conceder la indemnización al agente, a saber, la clientela aportada, y la posibilidad de que el empresario pueda continuar disfrutando, total o parcialmente de la misma.¹¹

¹⁰ La Sentencia del Tribunal Supremo de 22 de marzo de 1988, R.A. 2224, señala: «... si bien la resolución unilateral, por la sola voluntad de una de las partes, del contrato de agencia en exclusiva, jurídicamente posible y válida, no comporta per se la necesidad de indemnizar los daños causados por la disolución del vínculo, no puede en modo alguno excluirse la consecuencia indemnizatoria, y ello, no sólo en los supuestos en que pactada la necesidad de un preaviso se hubiera prescindido del mismo, ..., sino también en aquellos otros en los que la denuncia unilateral del contrato vaya seguida de un disfrute por parte del empresario representado de la clientela aportada por el agente, supuestos en los que la doctrina científica sostiene la existencia de un enriquecimiento por parte del concedente de la exclusiva que habrá de ser compensado al agente, si no queremos que pueda ser calificado de enriquecimiento sin causa».

¹¹ La sentencia del Tribunal Supremo de 17 de marzo de 1993 (RA 1993, 2289) señala: «... criterio apoyado en la Sentencia de este Tribunal Supremo de 22-3-1988 (RJ 1988, 2224), oportunamente citada por la resolución impugnada, en la que al tiempo que se declara la legalidad de la resolución unilateral del contrato de venta en exclusiva, se subraya la indemnizabilidad del disfrute, en su caso, por el empresario que resolvió el contrato, de la clientela captada por el agente cesado, durante la vigencia de aquel resuelto contrato, pero cuantificando el importe indemnizatorio del disfrute, en términos equitativos al modo usual en la legislación comparada que cita.»

La Sentencia del Tribunal Supremo de 17 de noviembre de 1998 señala: «... la sentencia del Juzgado, en atención a los criterios jurisprudenciales, posteriormente recogidos en el artículo 28 de la Ley 27 de mayo de 1992, fija como base de la indemnización, para determinar en ejecución de sentencia su cuantía, el importe medio anual de las remuneraciones o descuentos percibidos por el agente durante todo el período de duración del contrato ..., pero debe ser matizada en cuanto a su alcance, pues, como alega la apelante, también es de presumir que parte de esa clientela no se mueve por la seguridad y prestigio que ofrece la garantía de la marca, sino por otros motivos, como pueden ser, a título de ejemplo, precios más competitivos, mejores servicios, mejor ubicación de los talleres, ...».

5.2. LA INDEMNIZACIÓN POR CLIENTELA EN EL CONTRATO DE DISTRIBUCIÓN CON EXCLUSIVA O DE CONCESIÓN MERCANTIL. APLICACIÓN ANALÓGICA DEL ARTÍCULO 28 DE LA LEY 12/1992

El contrato de distribución con cláusula de exclusiva o el contrato de concesión mercantil, son figuras contractuales atípicas, para las que no existe ninguna norma positiva de aplicación directa parecida a la regulada por el artículo 28 de la Ley 12/1992, sobre Contrato de Agencia, relativa a la indemnización por clientela.

Sin embargo, las numerosas concomitancias y similitudes entre este tipo de contratos atípicos mixtos y el contrato de agencia, nos llevan a preguntarnos si podrá ser posible la aplicación analógica de la Ley 12/1992, en los supuestos de denuncia unilateral del contrato por parte del empresario.

El contrato de distribución en exclusiva surge por la práctica empresarial, para dar respuesta a las necesidades socioeconómicas de los empresarios. Cuando surge por primera vez este contrato atípico, aún no existía la Ley del Contrato de Agencia. Esta falta de normativa positiva aplicable a aquellos contratos justificarían que, en caso de existencia de lagunas legales, éstas se pudieran suplir mediante la aplicación analógica de las normas previstas para contratos similares.

Consideramos que la indemnización por clientela prevista en el artículo 28 de la Ley 12/1992, también será aplicable, analógicamente, en los casos de extinción del contrato de distribución o de concesión mercantil cuando concurran los siguientes requisitos:

- a) Denuncia unilateral por parte del empresario.
- b) Que el concesionario o distribuidor haya aportado nueva clientela al empresario, o, al igual que se señala para el contrato de agencia, que hayan incrementado sensiblemente las operaciones con clientes preexistentes.
- c) Enriquecimiento injusto por parte del empresario; esto es, que el empresario siga beneficiándose de la clientela aportada por el concesionario o distribuidor.

En estos supuestos, cabe extender las previsiones sobre indemnización por clientela que contienen la Directiva 86/653/CEE de 18 de diciembre de 1986 y el artículo 28 de la Ley del Contrato de Agencia a los supuestos de resolución unilateral de un contrato de distribución, siempre que, como ya hemos dicho, vaya seguida de un disfrute, por el empresario, de la clientela.¹²

Cabe citar al respecto la Sentencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, dictada en el Asunto C-106/1989, conocido como Sentencia Marleasing,

donde se señala que «al aplicar el derecho nacional, ya sean disposiciones anteriores o posteriores a la Directiva, el órgano nacional que debe interpretarla, está obligado a hacer todo lo posible, a la luz de la letra y de la finalidad de la Directiva, para, al efectuar dicha interpretación, alcanzar el resultado a que se refiere la Directiva y de esta forma atenerse al párrafo 3º del artículo 187 del Tratado de Roma (LCEur 1986, 8)».

Precisamente, con esta Directiva se pretende armonizar la legislación de los Estados miembros, tipificando y dando una regulación armónica a una figura contractual que, hasta dicho momento -tal y como se señala en la Exposición de Motivos de la Ley 12/1992- había venido siendo calificada bajo «*variados y, con frecuencia, imprecisos nombres*». Uno de estos contratos previos al contrato típico de agencia, era el de distribución con cláusula de exclusiva o el de concesión mercantil; por ello, y en aplicación de esta normativa, y del criterio inspirador de

¹² Las Sentencias de la Audiencia Provincial de Valencia de 20 de octubre de 1998 y 11 de mayo de 2000, estiman que es precisa la indemnización al distribuidor o concesionario para evitar un enriquecimiento sin causa por parte del concedente.

La Sentencia del Tribunal Supremo de 14 de febrero de 1997, en un supuesto de distribución en exclusiva, hace referencia al aprovechamiento de la clientela y el enriquecimiento injusto que ello podría producirle, al haberse podido producir inversiones, y contratación de personal.

La sentencia de la Audiencia Provincial de Oviedo de 13 de noviembre de 1998, señala al respecto: “De cualquier forma, carente de regulación especial dicho contrato en nuestro Derecho positivo y teniendo igualmente en cuenta la relativa similitud (sustancialmente idéntica a efectos de preaviso e indemnización por clientela) existente entre éste y el de agencia, y tal y como ya lo indicó la sentencia últimamente citada, se habrá de aplicar análogamente lo dispuesto para este último.”

Resulta realmente interesante lo dispuesto en la sentencia del Tribunal Supremo de 27 de mayo de 1993 (R.A. 1993, 3986): “Reconoce la Sala de instancia que el desistimiento unilateral por parte de “Sandeman Copirnar, SA”, tratándose de un contrato de distribución exclusiva sin fijación de plazo o por tiempo indefinido, no supone incumplimiento contractual de aquella sociedad, pero, siguiendo la línea jurisprudencial establecida en la S. 22-3-1988 (RJ 1988, 2224) (“no puede en modo alguno excluirse la consecuencia indemnizatoria, y ello, no sólo en los supuestos en que pactada la necesidad de un preaviso, se hubiera prescindido del mismo, en términos de mayor generalidad, se hubiera deducido abusivamente la resolución del vínculo (S. 11-2-1984 {RJ 1984, 646}, ya citada), sino también en aquellos otros en los que la denuncia unilateral del contrato vaya seguida de un disfrute por parte del empresario representado de la clientela aportada por el agente, supuestos en los que la doctrina científica sostiene la existencia de un enriquecimiento por parte del concedente de la exclusiva que habrá de ser compensado ala gente, sino queremos que pueda ser calificado de enriquecimiento sin causa”) que cita, concluye acertadamente que el señor M., “distribuidor en exclusiva de los productos “Sandeman Hnos y Cía.” en Cataluña desde el 16-11-1964, ha creado sin duda en el largo período de su concesión una clientela de la que se aprovechará la sucesora de la original concedente, que en la actualidad comercializa por sí sus productos en la antigua zona de exclusiva, por lo que procede acordar la indemnización compensatoria”, que ha de distinguirse de la indemnización de perjuicios derivada de incumplimiento cuyo alcance normalmente será más amplio.”

la Sentencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, ya mencionada, debe ser de aplicación al contrato que nos ocupa la Ley 12/1992, y la Directiva 86/653/CEE, en lo que respecta a la indemnización por clientela.

La Sentencia de la Audiencia Provincial de Valencia de 11 de mayo de 2000 señala la necesidad de aplicar esta normativa, no de forma directa, sino en cuanto inspiradora de los criterios interpretativos. Lo mismo viene a sentar la Sentencia del Tribunal Supremo de 14 de febrero de 1997, que reconoce el derecho a la indemnización por clientela en un contrato de distribución y venta en exclusiva, para una determinada zona y con duración indefinida.¹³

¹³ La Sentencia del Tribunal Supremo de 14 de febrero de 1997 (R.A. 1997, 1418), señala: «... la sentencia recurrida no atribuye un nombre específico al contrato celebrado entre las partes, plenamente válido a virtud del principio de autonomía de la voluntad, aunque sí concreta que se concedió la distribución y venta en exclusiva, para un determinada zona, con duración indefinida ... con remuneraciones consistentes no sólo en la diferencia entre el precio de suministro y el de venta, al tomarse en cuenta también las promociones y bonificaciones. Es llano que no nos encontramos ante un contrato de agencia, aunque parcialmente pueda asimilarse a él. Dado el «intuitu personae» y la duración indefinida, cabe la ruptura unilateral del contrato y así lo contempla la sentencia recurrida, pero también toma en consideración que no medió incumplimiento previo por parte de «Bodegas Palafox», que la «SA Letona» puede aprovechar la clientela por aquella creada y ello podría producirle un enriquecimiento injusto, y que se han podido producir inversiones y contratación de personal por parte de «Bodegas Palafox», en contemplación del contrato, por todo lo cual estima la existencia de daños y perjuicios ... y que no puede excluirse la consecuencia indemnizatoria.

Lo resuelto por la Audiencia ... se ajusta a las reglas de la sana crítica, a lo que debe ser el comportamiento de un honrado comerciante y a las máximas de experiencia, constituyendo igualmente una firme garantía el que su interpretación se inspire en la Sentencia de esta Sala de 22 marzo 1988 (RJ 1988, 2224) en la Directiva 86/653/CEE, de 18 diciembre (LCEur 1986/168:97), y en la Ley 12/1992, de 27 mayo (RCL 1992, 1216) sobre contrato de Agencia que, claro es, no se aplica de modo directo, sino, repetimos, en cuanto inspiradora de los criterios interpretativos.»

La sentencia del Tribunal Supremo de 12 de junio de 1999 señala, al referirse al contrato de concesión que «ante la falta de regulación específica de estos contratos mercantiles especiales, si bien la Ley de Contrato de Agencia no es aplicable directamente, cabe ser considerada y atender a dicha normativa, en cuanto inspiradora de los criterios interpretativos (Sentencia de 14 de febrero de 1997) y así sucede en la indemnización a satisfacer, en cuanto a la clientela.

Atención aparte merece la indemnización por clientela, que esta Sala de Casación Civil viene otorgando en los casos de relaciones de concesión en exclusiva, como la que nos ocupa, al corresponder a una indemnización compensatoria con estructura distinta de la indemnización de perjuicios derivada de incumplimiento ... y partiendo de que la clientela obtenida por el concesionario permanece y se integra, al producirse su desplazamiento, en el fondo comercial del concedente (SS. de 15-10-1992 {RJ 1992, 7823}, 27-5-1993 {RJ 1993, 3986}, 16-10-1995, 25-1-1996 y 31-12-1997 {RJ 1997, 9488}), y su disfrute, por el esfuerzo ajeno, actúa a medio de enriquecimiento injusto (Sentencia de 22 de marzo de 1988).»

La jurisprudencia del Tribunal Supremo y numerosas sentencias de las Audiencias Provinciales ha venido a sentar que también procedería la indemnización por clientela a favor del concesionario o distribuidor en virtud de la doctrina del enriquecimiento injusto. Como ya hemos dicho, la posibilidad de que el empresario pueda seguir beneficiándose de la clientela aportada por el distribuidor o agente, implicaría un enriquecimiento sin causa, y correlativamente un perjuicio patrimonial para el distribuidor o concesionario que dejaría de obtener ganancias, o vería limitadas sus posibilidades de obtenerlas.¹⁴

Así, interpretando conforme al espíritu de la normativa comunitaria lo dispuesto en los artículos 1.124, 1.105, 1.106 y concordantes del Código Civil, ante el vacío de una específica regulación en el Código de Comercio y en la legislación especial al tiempo de concertarse el atípico contrato que nos ocupa, no cabe duda que la posibilidad de percibir una indemnización por clientela se subordina a que el agente hubiese incrementado sensiblemente los clientes u operaciones del empresario, pudiendo ello reportar sustanciales ventajas al empresario con posterioridad a la resolución por éste del contrato de agencia, de modo que la indemnización no nace automáticamente de la resolución del contrato de duración ya indefinida, sino del enriquecimiento que ello puede producir al empresario sin contraprestación para el agente que contribuyó a generarlo; esto es, de no existir indemnización a favor del agente, el empresario se seguiría beneficiando de la clientela aportada por aquél, lo que originaría un enriquecimiento injusto.

¹⁴ En la sentencia del Tribunal Supremo de 10 de diciembre de 1996 (R.A. 1996, 9014) se significa: «En cualquier caso, no cabe duda de que en la Directiva de la Comunidad Europea que venimos mencionando, se recogen «usos mercantiles» comunitarios en el ámbito de los contratos de representación comercial o agencia, por lo que encontrándonos inmersos en el ámbito de la Comunidad, las prescripciones en ella contenidas, como constitutiva de auténticos usos de comercio, constituyen fuente del derecho mercantil, conforme al artículo 2 del Código de Comercio.

Tercero. Se entiende infringidos los artículos 17.2.a) de la Directiva que establecen el derecho del agente comercial tras la terminación del contrato, y con independencia de que dicha terminación tenga causa justificada o no, a una indemnización o compensación económica siempre que hubiera aportado nuevos clientes al empresario o hubiere desarrollado sensiblemente las operaciones con los clientes existentes, y cuando dicha actividad pueda reportar todavía ventajas sustanciales al empresario, y que el pago de dicha indemnización fuese equitativo. Tiene por base tal norma el principio de enriquecimiento sin causa, debidamente consagrado en nuestro ordenamiento jurídico, lo que es recogido expresamente en la SS TS 22 marzo 1988... A tenor de la Directiva de la Comunidad Europea citada que fija la cuantía de dicha indemnización en un máximo equivalente a la media anual de comisiones de los últimos cinco años, dicha indemnización solicitada habrá de ser en tal cifra, a determinar en ejecución de sentencia ...»

Es reiterada la doctrina del Tribunal Supremo. Así, cabe citar la Sentencia de 31 marzo 1992. R.J. 2315.: «*La reiterada doctrina jurisprudencial de esta Sala tiene declarado que los requisitos necesarios para la apreciación del enriquecimiento injusto son: a) aumento del patrimonio del enriquecido; b) correlativo empobrecimiento del actor, representado por un «damnus emergens» o por un «lucrum cesans»; c) falta de causa que justifique el enriquecimiento, y d) inexistencia de un precepto legal que excluya la aplicación del principio.»*¹⁵

Cuando concurren estos requisitos será también de aplicación lo dispuesto en la Directiva 86/653/CEE y el artículo 28 de la Ley 12/1992, sobre Contrato de Agencia, sobre la indemnización por clientela.

¹⁵ La sentencia de la Audiencia Provincial de Palencia de 20 de abril de 1995, considera que será de aplicación lo dispuesto en los artículos 1.124, 1.105 y 1.106 y concordantes del Código Civil, y existirá posibilidad de percibir indemnización por la clientela si el agente hubiese incrementado sensiblemente la clientela u operaciones del empresario, pudiendo ello reportar sustanciales ventajas al empresario con posterioridad a la resolución por éste del contrato de agencia. De modo que la indemnización no nace automáticamente de la resolución del contrato de duración ya indefinida, sino del enriquecimiento que ello puede producir al empresario sin contraprestación para el agente que contribuyó a generarlo.