

EL CONTRATO DE AGENCIA Y EL  
CONTRATO DE DISTRIBUCIÓN  
EN EXCLUSIVA.  
LA INDEMNIZACIÓN POR CLIENTELA

Por  
MARCIAL HERRERO JIMÉNEZ  
*Profesor del Centro Universitario de Plasencia.*  
*Abogado*  
VIRGINIA VEGA CLEMENTE  
*Abogada*

*SUMARIO:* 1. INTRODUCCIÓN.- 2. LA LEY 12/1992, DE 27 DE MAYO.- 3. EL CONTRATO DE AGENCIA.- 4.- OBLIGACIONES DEL AGENTE Y DEL EMPRESARIO.- 4.1. Obligaciones del agente. 4.2. Obligaciones del empresario principal. 5.- DELIMITACIÓN FRENTE A LAS FIGURAS AFINES.- 5.1. El contrato de agencia y el contrato de comisión. 5.2. El contrato de agencia y el corretaje. 5.3. El contrato de agencia y el contrato de distribución en exclusiva. 6.- LA INDEMNIZACIÓN POR CLIENTELA.- 6.1. La indemnización por clientela en el contrato de agencia. 6.2. 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.

## RESUMEN

La evolución de la jurisprudencia del Tribunal Supremo en los últimos años, nos obliga a revisar los criterios seguidos por nuestra jurisprudencia en el supuesto concreto de la indemnización por clientela en los supuestos de extinción de contratos similares al contrato de agencia, y en concreto, la doctrina sentada por nuestra jurisprudencia en cuanto al contrato de distribución en exclusiva.

A pesar de que, en principio, pudiera pensarse que existen criterios muy dispares, sobre todo si analizamos jurisprudencia menor, analizando las últimas sentencias de nuestro Tribunal Supremo la cuestión queda resuelta de forma clara, en la forma que expondremos en este artículo.

## ABSTRACT

The evolution of our Supreme Court jurisprudence in the last years, takes us to check the criteria followed by our jurisprudence concerning the indemnification by clientele in the case of contract extinction when the contracts are similar to the contract of agency.

In spite of the fact that, at first, it could be thought that very different criteria exist, especially if we analyze minor jurisprudence, the fact is that in the analysis of the last jurisprudence of our Supreme Court the question remains solved, as we will explain in this article.

## 1. INTRODUCCIÓN

El 27 de mayo de 1992 se promulgó la Ley 12/1992 sobre el Contrato de Agencia que supuso la tipificación de este contrato en el ordenamiento jurídico español, poniendo cierto orden y armonía a la regulación de la colaboración independiente entre empresarios, puesto que el Código de Comercio, en la realidad del tráfico empresarial, resultaba a todas luces insuficiente para atender las necesidades del empresario. Dicho texto legal viene a normativizar unas relaciones contractuales atípicas y de naturaleza claramente mercantil, que, de hecho, se habían venido concertando entre los empresarios.

La agencia había permanecido hasta dicho momento al margen del Código. A la colaboración aislada y esporádica para contratar, característica del comisionista, se opone la colaboración estable o duradera propia del agente, merced a la cual

promueve o promueve y concluye éste en nombre y por cuenta del principal contratos de la más variada naturaleza. En efecto, unas veces se limita el agente a buscar clientes; otras, además, contrata con ellos en nombre del empresario representado.

Sin embargo, con la promulgación de esta Ley no se solucionaron todos los problemas existentes, puesto que existen otras figuras atípicas, surgidas del contrato de comisión, y próximas a lo que sería el contrato de agencia, pero sin llegar a identificarse plenamente con éste.

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».

La incorporación al derecho español del contenido normativo 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, plantea dos problemas fundamentales: el primero, de técnica legislativa, hace referencia a si esa incorporación debe realizarse mediante la reforma del Código de Comercio o, por el contrario, mediante una Ley especial; el segundo, de política legislativa, es el relativo al contenido de la norma de transposición.

La opción entre la reforma del Código de Comercio y la aprobación de una Ley especial debe partir necesariamente del dato de que el contrato de agencia carece de tipificación legal, aunque existan regulaciones parciales de algunas agencias especiales. Al igual que los Códigos de su generación, el español de 1885 no regula más contrato de colaboración que el de comisión, configurado como mandato mercantil. Sin embargo, del tronco común de la comisión han ido surgiendo otros muchos contratos de colaboración, impulsados por nuevas necesidades económicas y sociales resultantes de las transformaciones del sistema de distribución de bienes y servicios. De este modo, los nuevos contratos mercantiles han ido perfilándose

en la realidad social bajo variados y, con frecuencia, imprecisos nombres, correspondiendo a los Tribunales la delicada tarea de precisar los límites tipológicos y el contenido normativo.

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». Es una síntesis de diversas concepciones jurídicas, como la anglosajona, pero con predominio del derecho alemán, que fue el primero en regular este contrato.

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.

## **2. LA LEY 12/1992, DE 27 DE MAYO**

La Ley sobre el contrato de agencia no tiene como único contenido y función la trasposición de meritada Directiva, puesto que en realidad se trata de dotar al contrato de agencia de un régimen jurídico suficiente, no limitando el contenido de la Ley especial a las normas de la Directiva 86/653/CEE.

La ley se divide en tres capítulos. Veamos:

El capítulo I contiene las disposiciones generales, ocupándose de delimitar el objeto de la regulación, mediante la definición de la agencia, el régimen jurídico y su ámbito de aplicación.

El capítulo II, relativo al contenido del contrato, se divide en cinco Secciones. La primera trata de la actuación del agente; la segunda regula las obligaciones

de las partes; la tercera se ocupa específicamente de la remuneración; la cuarta presta atención al pacto accidental sobre limitación de la competencia del agente una vez finalizado el contrato; y la quinta trata de la documentación del contrato.

El Capítulo III se ocupa de la extinción del contrato, distinguiendo los casos en que se hubiera pactado por tiempo determinado o por tiempo indefinido. En el primer caso, se dispone que el contrato se extinguirá por el vencimiento del término. Los contratos de duración determinada que se ejecuten por las partes después de transcurrido el plazo inicialmente previsto, quedan transformados en contratos de duración indefinida.

Para el caso de contratos de agencia concluidos por tiempo indefinido o que, habiéndose pactado por tiempo definido, se hubieran convertido o transformado *ministerio legis* en esta otra modalidad, se ha previsto que la denuncia unilateral de las partes requerirá preaviso.

Materia de singular relieve es la relativa a la indemnización debida al agente en caso de extinción del contrato. A fin de distinguir con claridad los diversos supuestos, se regulan separadamente la indemnización por razón de clientela y la indemnización de daños y perjuicios.

### 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.** El agente es, de acuerdo con el artículo 1 de la LCA, un intermediario independiente<sup>1</sup>. Como consecuencia de este carácter de intermediario independiente, el contrato que une a agente y empresario es mercantil, presumiendo la LCA que el agente persona física es comerciante y si fuese una sociedad, sociedad mercantil.

---

<sup>1</sup> Es, por lo tanto, un sujeto diferente del representante o viajante de comercio, o el concesionario, ya que éste se encuentra vinculado por una relación laboral con el empresario y generalmente no puede organizar su actividad profesional ni el tiempo dedicado a la misma conforme a sus propios criterios.

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.<sup>2</sup>

2°. **Relación duradera o estable.** Es un contrato de duración o de tracto sucesivo en la medida en que las prestaciones comprometidas por las partes sirven causalmente a necesidades de colaboración estable. El principal contratará para que el agente promueva o celebre un número indefinido de los negocios comprendidos en el encargo sin que dicho encargo pueda entenderse agotado mediante la promoción o la celebración de un único negocio. La nota del carácter duradero del vínculo se cumplirá abstracción hecha de celebrarse por tiempo determinado o por tiempo indefinido<sup>3</sup>. La doctrina más autorizada sostuvo que la equidad demandaría la prolongación de la relación contractual durante un tiempo mínimo. Sería injusto que una vez que el agente hubiese superado las dificultades iniciales que siempre supone la apertura de nuevo comercio y la conquista de nuevos clientes, el comerciante decidiese prescindir a su arbitrio de los servicios del agente, encargándose directamente o encomendando a otro las operaciones que han sido posibles gracias a la actividad del agente.

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

---

<sup>2</sup> 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: "2°) *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 los ha impuesto, entonces la concesión no es agencia"* 3°) *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...*".

<sup>3</sup> 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».

comprendan dentro del objeto del contrato, durante el tiempo de vigencia del mismo.

3º. **El agente actúa por cuenta y riesgo del otro empresario.** - 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.

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.

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.<sup>4</sup>

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 11.10 de la Ley, «percibirá el agente la retribución que fuera razonable teniendo en cuenta las circunstancias que hayan concurrido en la operación».

5º **Cláusula de exclusiva.** Entre las estipulaciones del contrato de agencia, las partes podrán incluir una restricción o limitación de las actividades profesionales a desarrollar por parte del agente una vez extinguido el contrato, extendiendo los efectos de éste una vez finalizado.

El pacto de limitación de competencia no podrá tener una duración superior a dos años a contar desde la extinción del contrato de agencia. Si el contrato de agencia se hubiese pactado por un periodo menor, el pacto de limitación de competencia no podrá tener una duración superior a un año.

Para que este pacto se considere válido, el artículo 21 de la LCA establece una serie de requisitos: debe formalizarse por escrito; solamente podrá extenderse a la zona geográfica o a ésta y al grupo de personas confiadas al agente y solo

---

<sup>4</sup> 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.

podrá afectar a la clase de bienes o de servicios objeto de los actos u operaciones promovidas o concluidas por el agente.<sup>5</sup>

#### 4. OBLIGACIONES DEL AGENTE Y DEL EMPRESARIO

El agente será un empresario cuya profesionalidad se caracteriza por hacer de la agencia su actividad económica habitual, poniendo su propia empresa a disposición de la colaboración con el principal.

La independencia empresarial del agente deberá estar sometida a las instrucciones técnicas y comerciales del principal.

Bajo el concepto de agencia mercantil queda englobada una tipología económica muy heterogénea entre dos clases de empresarios mercantiles. Este contrato queda configurado como un negocio jurídico celebrado para la promoción o la celebración de otros negocios.

Debemos distinguir entre el agente meramente promotor de negocios y el agente con poderes de contratación con terceros. El promotor de negocios se ocupará de promocionar activamente en el mercado los bienes y servicios cuya gestión se le haya encomendado, quedando obligado a transmitir al *dominus* los pedidos que obtenga al efecto de que aquél decida rechazar por sí mismo cada uno de los negocios propuestos. Por otra parte, el agente con poderes de contratación, además de encargarse de la tarea anteriormente indicada, tendrá la facultad de celebrar por sí mismo los negocios como representante del principal. En ambos casos el agente actúa en nombre y por cuenta del principal. El apoderamiento y el efecto de representación tendrán en cada caso un alcance correlativo con la clase de encargo encomendado.

##### 4.1. OBLIGACIONES DEL AGENTE

Sus obligaciones se encuentran presididas por el deber genérico de actuar de forma leal y de buena fe, velando en todo momento por los intereses del empresario por cuya cuenta actúa. Además, y en virtud de lo establecido en el artículo 9.2 de la LCA, el agente estará obligado a:

---

<sup>5</sup> 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.



a) Obligación de promoción o de conclusión de negocios en interés del principal.- El agente contrae la obligación de esforzarse en promover o en concluir, según los casos, todos los negocios que sean posibles en nombre y por cuenta del principal. La extensión de esta obligación esencial variará según se trate de un mero agente de promoción de negocios o de un agente de contratación.

El *agente de promoción de negocios* quedará obligado a realizar la actividad preparatoria de captación de clientes y tramitación de pedidos al principal para que éste los rechace o bien los acepte, celebrándose, en este último caso el negocio directamente entre principal y tercero. El agente dirigirá al tercero interesado en la celebración del negocio no ya una oferta contractual sino una mera *invitatio ad offerendum*. En el ámbito limitado de la preparación de los negocios, tendrá la condición de representante del principal, actuando en nombre y por cuenta de éste.

Por su parte, el *agente de contratación*, además de asumir las obligaciones y adquirir las facultades características del agente promotor, recibe el encargo de celebrar por sí mismo el negocio con el tercero, actuando por cuenta y en nombre del principal. Para ello debe quedar apoderado por el *dominus* en la medida adecuada.

b) Obligación de defensa de los intereses del principal.- Esta obligación, orientada a garantizar la prevalencia del interés del principal en el desarrollo de la gestión realizada por el agente, conllevaría varias proyecciones específicas según la doctrina más autorizada.

- Una *obligación positiva* del agente de actuar de tal manera que mejoren los resultados económicos del establecimiento del principal, procurando, por ejemplo, el incremento de la contratación, seleccionando la clientela y controlando su solvencia al efecto de que los negocios lleguen a buen fin, etc.

- Una *obligación negativa* del agente, al abstenerse de conductas que puedan acarrear daños al principal. Debe así, abstenerse de difundir informaciones perniciosas para el establecimiento representado; debe guardar silencio ante preguntas capciosas; desechar negocios que acabarían situando al principal en posición de incumplimiento frente al tercero; y, especialmente, debe abstenerse de competir con el principal, ya sea de modo directo (dedicándose por cuenta propia al mismo género de empresa), ya sea de modo indirecto (aceptando gestionar el interés de un competidor del primer principal). Los pactos existentes entre las partes podrán matizar notablemente esta última cuestión.

c) Obligación de cumplir las instrucciones del principal.- En el cuadro de las

distintas relaciones de colaboración que se establecen entre empresarios orientadas a la difusión masiva de bienes y servicios en el mercado, el tipo negocial que nos ocupa se caracteriza por el otorgamiento al principal de la facultad de dictar al agente las condiciones de las operaciones realizadas con los terceros. Es preciso recordar que el agente actúa por cuenta y en nombre del principal, de manera que mientras éste asume el riesgo de la operación celebrada con el tercero, aquél arriesga a lo sumo su retribución por haber intermediado en la promoción o celebración del negocio. Así, la facultad referida permitirá al principal instruir al agente sobre las condiciones económicas de las operaciones, los criterios de selección de la clientela, las líneas generales de la política comercial, etc. Sin embargo, quedará excluida la litud de las instrucciones que anularían la autonomía empresarial del agente, como pueden ser cuestiones relativas a la distribución del tiempo dedicado a la actividad, los horarios de visitas, cuestiones puramente de detalle, etc. Por lo demás, en la ejecución del encargo el agente no está vinculado únicamente a las instrucciones dictadas específicamente, sino sobre todo al principio general de protección leal de los intereses del principal.

d) Obligación de informar al principal.- Esta obligación, según la doctrina, alcanza varias dimensiones, a saber: Informaciones proporcionadas a requerimiento del principal; Informaciones proporcionadas a iniciativa del mismo agente, cumpliendo así con una obligación propia de quien asume un encargo de gestión basado en la confianza que deposita en él el titular del interés. Así, por ejemplo, información sobre la situación del mercado, las preferencias de la clientela, las variaciones que convenga introducir en la estrategia comercial, etc.

La obligación de información conoce límites, siendo infundada la pretensión del principal de acceder a los datos que, atendiendo a las circunstancias de cada caso, el agente pueda legítimamente mantener reservados en su propia esfera empresarial.

e) Obligación de secreto.- Esta obligación, tal y como defiende la doctrina más acreditada, queda vinculada con su obligación de lealtad hacia el interés empresarial del principal, debiendo abstenerse de utilizar o de comunicar los secretos del establecimiento representado, que hayan sido conocidos con ocasión del ejercicio de la agencia. Como pueden ser cuestiones relacionadas con procedimientos de fabricación y organización, listas de clientes y proveedores, características y calidades de los productos, etc. Por lo demás, la obligación de secreto no sólo resultará exigible durante la vigencia del contrato, sino también una vez extinguido. Uno de los problemas más delicados, sin duda, no resuelto

satisfactoriamente, concierne a la precisión de los límites de esta obligación de reserva.

f) Obligación de desempeño personal de la agencia.- Tratándose de un contrato de confianza, el principal lo celebra en consideración a las condiciones propias del agente. Conviene distinguir, al respecto, varias situaciones de posible conflicto de intereses entre principal y agente, a saber:

- Utilización de auxiliares. La utilización por el agente de auxiliares dependientes en el ejercicio de la agencia no suscita, en principio, cuestión alguna.
- Subagencia. La contratación por el agente de un propio agente (subagente) plantea un supuesto de subcontratación. En este caso, el agente representa al principal, y el subagente al agente, no al principal. Se requerirá el consentimiento del principal para el nombramiento del subagente, ya que esta designación implica siempre un descargo de las propias obligaciones sobre otra persona.
- Segunda agencia. El nombramiento por el agente (agente general o primer agente) de un “segundo agente” para que actúe en nombre del principal exigirá el consentimiento de éste.
- Cesión del contrato de agencia. La cesión o transmisión por el agente de su contrato a favor de tercero, desvinculándose de sus compromisos con el principal, obviamente requerirá también el consentimiento de este último.

g) Obligación de restitución.- Esta obligación, en términos generales, exige al agente, según lo pactado, la entrega al principal de los materiales, muestrarios, etc. Recibidos en razón de su cargo. En el caso de haber asumido la obligación de cooperar a la ejecución de los negocios celebrados con los terceros, la obligación de restituir del agente tendrá un alcance superior. Tratándose de un agente de ventas, deberá entregar al principal el precio recibido de los clientes, así como las mercancías devueltas; tratándose de un agente de compras, deberá hacer lo propio con los géneros y títulos de tradición que se le hayan entregado en virtud de las adquisiciones cumplimentadas.

h) Obligación de cooperar a la ejecución de los negocios celebrados.- En este terreno, el agente únicamente asumirá obligaciones cuando así se estipule, expresa o tácitamente. Centrándonos en el supuesto de la agencia de ventas, podemos señalar varias posibilidades, como entrega de mercancías<sup>6</sup>, cobro periódico de las mercancías<sup>7</sup>, concesión de descuentos o aplazamientos de pago<sup>8</sup>, recepción de reclamaciones de los clientes<sup>9</sup>.

## 4.2. OBLIGACIONES DEL EMPRESARIO PRINCIPAL

El empresario o principal también está obligado a actuar de acuerdo con el deber genérico de lealtad y buena fe. Asimismo, el artículo 10 de la LCA establece un conjunto de obligaciones más concretas:

a) Obligación de pagar la retribución del agente.- Satisfacer la remuneración pactada de acuerdo con el sistema escogido, que podrá consistir en una cantidad fija, en una comisión, normalmente pactada en función del volumen de ventas, o en una combinación de ambos sistemas. La remuneración es un elemento esencial del contrato, por lo que, en defecto de pacto, la retribución se fijará de acuerdo con los usos de la plaza en la que el agente desarrolle su actividad; a falta de éstos, corresponderá al juez establecer la retribución que considere razonable.

b) Obligación de facilitar al agente los elementos necesarios para el desempeño de su gestión.- Esta obligación comportaba la exigibilidad de la entrega al agente de todos los elementos necesarios para el ejercicio eficaz de su actividad empresarial. Dicha entrega debía entenderse, según lo pactado en cada caso, gratuita u onerosa.<sup>10</sup>

---

<sup>6</sup> El agente almacenará stocks y contraerá obligaciones propias de un depositario, encargándose de la custodia de las mercancías y de su entrega a la clientela.

<sup>7</sup> En este caso sería aplicable por analogía el artículo 294 del Código de Comercio, siendo preciso el otorgamiento por el principal de un poder especial habilitando al agente para realizar eficazmente los correspondientes actos de cobro frente a los terceros.

<sup>8</sup> Encontrándose el agente autorizado para el cobro del precio de las mercancías, se duda si podrá además conceder descuentos o aplazamientos de pago a los clientes. La solución se hallaría en la aplicación analógica del artículo 271 del Código de Comercio, exigiéndose autorización del principal para la atribución de dicha facultad.

<sup>9</sup> Según la mayoría de la doctrina, el poder de representación propio del agente permitirá considerarle pasivamente legitimado para la recepción eficaz de reclamaciones y denuncias de los clientes, debiéndolas cursar sin demora al principal. Por el contrario, salvo autorización expresa, no le habilitará para realizar contradecларaciones vinculantes para el *dominus*.

<sup>10</sup> 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. DELIMITACIÓN FRENTE A LAS FIGURAS AFINES

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.

### 5.1. EL CONTRATO DE AGENCIA Y EL CONTRATO DE COMISIÓN

Las diferencias pueden exponerse en los términos siguientes. En cuanto a la dimensión temporal, la comisión permite una colaboración aislada y esporádica para contratar pero la agencia instituye una colaboración estable o duradera para que el empresario desarrolle su actividad por medio de un agente representante en una zona determinada.

Respecto a la naturaleza del encargo, en la comisión el mismo es específico, refiriéndose a “un acto u operación de comercio”, mientras que la agencia es general, refiriéndose a una serie indefinida de actos u operaciones de comercio de una determinada especie.

Por otra parte, el agente celebra contratos en nombre y por cuenta del principal y el comisionista contrata con el tercero por cuenta del comitente pero podrá hacerlo en nombre de éste o en nombre propio.

### 5.2. EL CONTRATO DE AGENCIA Y EL CORRETAJE

Aunque ambos negocios se celebran con el fin de procurar la celebración de otros negocios y el agente y el corredor son empresarios independientes que ponen su organización autónoma al servicio de quienes les contratan, actuando

por cuenta de estos últimos, existen otras cuestiones que diferencian ambas figuras. Así, la agencia es una relación de tracto sucesivo mientras que el corretaje se agota en un acto (tracto instantáneo).

Por otra parte, el agente promueve o celebra negocios como representante de su principal, realizando frente a tercero una actividad dotada directamente de un contenido jurídico, limitada a los tratos preliminares o extendida a la celebración de los negocios, según sea el caso. Contrariamente, el corredor realiza una actividad material, limitándose a aproximar a las partes y a facilitar la celebración de un negocio entre ellas. Así ha podido decirse, bien que refiriéndose en rigor al agente de contratación, que “el agente contrata mientras que el corredor hace que se contrate”.

El agente defiende parcialmente el interés de su principal mientras que la actuación del corredor, según un autorizado sector, “se caracteriza por su imparcialidad frente a los dos futuros contratantes”.

De igual forma, la actividad encomendada al agente suele ser mucho más amplia que la propia del corredor por cuanto no suele reducirse a la tarea de celebración del negocio, extendiéndose a otras como, por ejemplo, la atención de consultas y reclamaciones de la clientela una vez cumplido aquel.

El mediador tiene derecho a su retribución cuando el negocio entre las partes aproximadas se ha celebrado, mientras que el agente adquiere un derecho firme a su remuneración solo cuando el negocio ha llegado a un buen fin.

El agente desempeña habitualmente su actividad conforme a una cierta delimitación territorial, ausente frecuentemente en el corredor.

Por último, destacar que el contrato de agencia determina el nacimiento de obligaciones para el agente y para el principal, mientras que el contrato de corretaje solo las determina unilateralmente

### 5.3. EL CONTRATO DE AGENCIA Y EL CONTRATO DE DISTRIBUCIÓN EN EXCLUSIVA

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, 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<sup>11</sup>. 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.<sup>12</sup>

### 5.3.1. *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 del otro empresario. Actúa de forma independiente, con poder autónomo de organización y dirección de su propia empresa.<sup>13</sup>

---

<sup>11</sup> Mediante esta forma contractual las grandes empresas buscan la colaboración de los distribuidores o concesionarios, para que distribuyan sus productos en pequeñas zonas geográficas.

<sup>12</sup> 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. En la Sentencia de la Audiencia Provincial 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 concierne 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)».

<sup>13</sup> 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

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, 863 7}), 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 {1989, 1409} y 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.

c) *Intuitu personae*.- El carácter de *intuitu personae* vigente en el contrato de agencia<sup>14</sup>, 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.

---

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.”

<sup>14</sup> 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.



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.

### 5.3.2 *Diferencias entre el contrato de agencia y el contrato de distribución en exclusiva:*

Existen numerosas diferencias entre ambos contratos, puesto que son figuras contractuales distintas. Quizá la mayor diferencia entre ellos sea la de la asunción de riesgos.

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 impagados 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»<sup>15</sup>

## 6. LA INDEMNIZACIÓN POR CLIENTELA

### 6.1. LA INDEMNIZACIÓN POR CLIENTELA EN EL CONTRATO DE AGENCIA

Cuando se extingue el contrato de agencia, la Doctrina reconoce la procedencia de compensar patrimonialmente al agente por la captación de una clientela estable en provecho del establecimiento principal. Este beneficio a favor del agente se produce indistintamente tanto en los contratos por tiempo indeterminado como en los de tiempo determinado, sin existir distinción alguna entre una y otra modalidad temporal (art. 28.1 LCA); es lo que se conoce como indemnización por clientela (ya prevista en la Directiva 86/653/CEE, de 18 de diciembre de 1986).

Por tanto, el agente que hubiese aportado nuevos clientes al empresario o incrementado sensiblemente las operaciones con la clientela preexistente, tendrá derecho a una indemnización si su actividad anterior puede continuar produciendo ventajas substanciales al empresario y resulta equitativamente procedente por la existencia de pactos de limitación de competencia, por las comisiones que pierda o por otras circunstancias que concurran.

El derecho a la indemnización por clientela existe también en el caso que el contrato se extinguiese por muerte o declaración de defunción del agente.

El fundamento de esta atribución patrimonial, según los criterios del HGB, es de naturaleza esencialmente retributiva. Es una compensación de los servicios prestados por el agente que seguirán redundando en beneficio al establecimiento principal incluso después de extinguirse el negocio jurídico ya que la actividad del agente se habría materializado en captación de nuevos clientes, aumento del negocio...

Puede ocurrir que tras la extinción del contrato los clientes permanezcan fieles al principal. En este caso resultaría justo conceder al agente una indemnización que le compensase de la pérdida de las operaciones con una clientela adquirida por él. Pero, por el contrario, si los clientes permaneciesen fieles al agente, los presupuestos de la compensación no llegarían a concurrir.

Otro sector de la Doctrina centrándose en la denuncia por el principal de un contrato de tiempo indeterminado, fundamenta esta atribución patrimonial a favor del agente en el enriquecimiento sin causa; ya que la ruptura de la relación

---

<sup>15</sup> Sentencia de la Audiencia Provincial de Oviedo de 13 de noviembre de 1998.

contractual sin otra causa que el interés del denunciante, proporciona a esta último un enriquecimiento en la medida en que se beneficia de una clientela creada por el agente. Por ello, el agente tiene derecho a que se evalúe este enriquecimiento con la deducción de la medida en que esté ya retribuido.

Partiendo de la tesis defendida anteriormente, resultarían exigibles varios requisitos para la procedencia de la compensación por clientela: que, extinguido el contrato de agencia, el principal siguiese obteniendo ventajas importantes de las relaciones entabladas con la clientela merced a la actividad del agente; que el agente, a causa de la terminación del contrato, pierde el derecho de comisiones que, de haber permanecido vigente la relación sí habría obtenido, que el pago de la compensación estuviese en armonía con la equidad, a la vista de las circunstancias del caso concreto.

No tratándose de una indemnización fundada en el incumplimiento de una obligación, no resultan pertinentes los principios del Derecho Civil sobre esta materia.

Un sector de la doctrina postuló entender limitada la cuantía de la indemnización por clientela al premio de un año como máximo por el promedio de los últimos años de actividad del agente. Otro sector entendió que la indemnización debía ser proporcional al importe de las comisiones liquidadas durante todo el curso del contrato, manejando dos criterios de cuantificación: una capitalización de las comisiones anuales, a un bajo tipo de intereses, y una distribución proporcional del valor de la clientela, deduciendo del mismo los dos factores antes reseñados, es decir, la participación que en su creación haya tenido el fabricante y la medida en que éste haya retribuido ya la actividad del agente.

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 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.<sup>16</sup>

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 concederla indemnización al agente, a saber, la clientela aportada, y la posibilidad de que el empresario pueda continuar disfrutando, total o parcialmente de la misma.<sup>17</sup>

## 6.2. 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

---

<sup>16</sup> La Sentencia del Tribunal Supremo de 22 de marzo de 1988, RA. 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».

<sup>17</sup> 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), oportuna mente 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 indemnizatoria 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,..."

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 justificaría que, en caso de existencia de lagunas legales, éstas se pudieran suplir mediante la aplicación analógica<sup>18</sup> 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<sup>19</sup>, en los casos de

---

<sup>18</sup> Así, la Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de fecha de 22 de junio de 2007, Recurso núm. 2943/2000, viene a señalar los requisitos señalados por la Jurisprudencia para la aplicación por analogía de la Ley 12/1992, de Agencia, a saber: "(a) Se trata de un contrato de concesión o distribución en exclusiva, atípico, que ha de regirse por los pactos establecidos entre las partes (artículos. 1091 y 1255 CC y 57 CCom). De los pactos establecidos, especialmente de la cláusula de terminación o no renovación *ad nutum*, se desprende la inequívoca voluntad común de que la finalización del contrato, por causa de expiración del término pactado, no generara ningún tipo de indemnización. No se menciona una obligación de resarcimiento de daños y perjuicios; no se exigió ninguna indemnización cuando se redujo la concesión a los helados, a través de la novación contractual operada en 27 de noviembre de 1991. (b) El artículo 28 LA no tiene carácter expansivo, por su "carácter de norma especial tuitiva relativa a un concreto sector de la actividad económica, tendente a dotar de un nivel de protección de los agentes comerciales" (Preámbulo de la Directiva 86/563 CEE SIC [LCEur 1986\4697] que transpone la LA) y que por ello tiene carácter imperativo (artículo 3.1 LA). Además, el contrato de exclusiva, al suponer una restricción de la libertad comercial de los contratantes, ha de interpretarse en sentido estricto o limitado. (c) No hay semejanza o identidad de razón, como es de ver en las diferencias entre distribución y agencia: en el sistema de retribución (comisión o diferencia de precio); y en la actuación (el agente siempre actúa en nombre de un tercero, el concesionario en nombre propio)."

<sup>19</sup> La regulación de las consecuencias de la extinción, especialmente por denuncia unilateral, de las relaciones de distribución, constituye una cuestión disputada, que la doctrina ha calificado como "cuestión compleja y controvertida" sobre la que, se ha señalado, polemizan los académicos, hasta el punto que cabe afirmar que no hay una respuesta segura. La cuestión de las indemnizaciones procedentes en los supuestos de extinción ha merecido una respuesta legislativa en el caso de los contratos de agencia, después de la Directiva 86/653/CEE del Consejo, de 18 de diciembre de 1986 (LCEur

1986\4697), que ha sido traspuesta al Derecho español por la Ley 12/1992, de 27 de mayo (RCL 1992\1216), del contrato de agencia (LCA). Doctrina y jurisprudencia se han preguntado, con respuestas no siempre coincidentes, si los principios que inspiran y las reglas que, en consecuencia, se formulan para la formación de tales problemas en el contrato de agencia pueden ser proyectados o aplicados a los supuestos de los contratos de distribución. Hay que recordar que la llamada indemnización por clientela aparece formulada en la indicada Directiva [artículo 17.2.a)] con independencia de otras indemnizaciones que, por daños y perjuicios, pudieran ser procedentes. De la Directiva se traspone al Derecho español (artículos 28 y 30 LCA), en el que no se encuentran decisiones anteriores a la repetida Directiva, y respecto del que suele decirse que es pionera en el tratamiento la Sentencia de 22 de marzo de 1988 (RJ 1988\2224). La anteriormente citada Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de fecha de 22 de junio de 2007, Recurso núm. 2943/2000, viene a establecer lo siguiente: “En el sentir mayoritario de la doctrina, con autorizadas excepciones, se admite la aplicación por analogía de las reglas que se manifiestan en los artículos 28 y 30 LCA a las relaciones de distribución. En la jurisprudencia se encuentran, en efecto, decisiones en las que se formula una posición contraria, si bien hay que señalar que, prácticamente en todas ellas, el argumento de la inaplicabilidad por analogía es superfluo, puesto que no se dan los presupuestos fácticos necesarios, o bien se trata de un mero *obiter dictum*. En la Sentencia de 8 de noviembre de 1995 (RJ 1995\8637) no pasa de exponerse un planteamiento general, en un supuesto en que hay una resolución de la relación que se entiende correcta. En la Sentencia de 30 de noviembre de 1999 (RJ 1999\8439) la improcedencia de la aplicación de las normas de la LCA a los contratos de distribución es, realmente, un *obiter dictum*, pues en el caso no se daba el presupuesto fáctico, en una relación de concesión anterior a la Ley del Contrato de Agencia, y había un pacto de exclusión de la indemnización. En la de 20 de enero de 2000 (RJ 2000\112) prospera el motivo, formulado sobre la base de los artículos 1278 CC (LEG 1889\27) y 51.1 CCom. (LEG 1885\21) sobre la existencia de un contrato de distribución, y no una serie sucesiva de ventas, y se condena al concedente a indemnizar daños por denuncia abusiva y de mala fe. La cuestión que ahora nos ocupa aparece marginalmente, como una pretensión del actor por enriquecimiento injusto. En la Sentencia de 5 de febrero de 2004 (RJ 2004\639), no obstante un pronunciamiento general, considera “acertado en criterio de la Audiencia, favorable a la aplicación analógica de las normas legales sobre el contrato de agencia, si bien ha de matizarse, a juicio de esta Sala, en el sentido de que es procedente aquella aplicación pero con respeto a la naturaleza jurídica distinta de la agencia y de la concesión en exclusiva, y en tanto no exista doctrina jurisprudencial o pacto de las partes sobre el último contrato”. En la Sentencia de 16 de marzo de 2005 (RJ 2005\2447) se afirma que la causa de la resolución se encuentra en el incumplimiento del concesionario, supuesto que también privaría al concesionario de la indemnización de acuerdo con el artículo 30 LCA. La Sentencia de 27 de abril de 2005 (RJ 2005\4558) niega la indemnización por clientela en supuesto de contrato de distribución que no establecía la exclusiva y en el que se produce una resolución unilateral por fuerte disminución de las ventas, con lo que no parece darse el presupuesto de incremento de la clientela o del volumen de negocios. La Sentencia de 26 de octubre de 2005 (RJ 2005\8147) declara no aplicable la LCA a un contrato de distribución en exclusiva, sobre cuya calificación discuten las partes si se trata de suministro o distribución, pero subraya que la clientela, para ser indemnizada, debe haber sido captada directamente por el propio agente y beneficiar posteriormente a la demandada, lo que no parece darse en el caso. La Sentencia de 27 de octubre de 2005 (RJ 2005\8043) declara también la inaplicación por analogía de la LCA en la resolución de un contrato de distribución en exclusiva en zona determinada que se resuelve por incumplimiento del distribuidor, pero subraya que ni aún aplicando por analogía la LCA cabría otra solución, en vista del artículo 30 de la mencionada LCA. La Sentencia de 10 de julio de 2006 (RJ

2006\8323) declaró inaplicable la LCA (artículo 25) a un contrato de distribución de prensa periódica, dadas las características específicas de este tipo de contratos, en los que no hay asunción de riesgo ni formación de clientela. Y la de 6 de noviembre de 2006, si bien declaraba que no se pueden aplicar por analogía las normas reguladoras del contrato de agencia, cuestión - dice- “muy discutida en la doctrina de esta Sala y en la científica”, apunta que, ello no obstante, hay que acudir a un tratamiento caso por caso en función de que se pruebe que hay “identidad de razón” en la solución de cada uno de los problemas. Muchas otras Sentencias, en cambio, aceptan la aplicación por analogía de las reglas de la LCA sobre “indemnización por clientela” a los contratos de distribución. Pueden citarse, entre las más recientes, las de 15 de abril de 2001, 28 de enero (RJ 2002\2305), 26 de abril (RJ 2002\5244) y 16 de diciembre de 2002 (RJ 2003\198), 26 de junio de 2003, 21 de noviembre de 2005, 28 de noviembre de 2006, entre otras. En alguna se subraya que tal aplicación se ha de producir en cuanto las normas de la LCA contienen un criterio interpretativo inspirador (STS 14 de febrero de 1997, 20 de mayo de 2004, 21 de marzo de 2007) o se ha de producir “con matices” o atendiendo a las características de los contratos de distribución, en los que la indemnización por clientela no es imperativa (SSTS 27 de enero de 2003 [RJ 2003\1137], 26 de abril de 2004 [RJ 2004\2714]), y puede ser renunciada o regulada con amplia discrecionalidad (29 de septiembre [RJ 2006\6515] y 27 de noviembre de 2006 [RJ 2007\272], 22 de marzo de 2007 [RJ 2007\2816]). La Sentencia de 28 de enero de 2002 señalaba que los preceptos, de la Ley del Contrato de Agencia no constituyen un “derecho excepcional” que tenga vedado el acceso a la aplicación por analogía (artículo 4.2 del Código civil), sino un “derecho especial”. La Sentencia de 21 de noviembre de 2005 (RJ 2005\7677), señala que la distribución exclusiva, que es relación de naturaleza duradera, “es susceptible de crear una clientela que potencialmente puede ser aprovechada por el concedente que extingue tal relación, lo que supone enriquecerse con el esfuerzo ajeno, ya sin ninguna retribución, y apunta que de preceptos como el artículo 28 LCA y el artículo 34 de la Ley 29/1994, de 24 de noviembre (RCL 1992\1216), de Arrendamientos Urbanos, puede extraerse un principio favorable a la indemnización en aquellos supuestos en que se puede producir el mismo resultado (creación de clientela) y no se encuentran regulados en la ley, por lo que la jurisprudencia de esta Sala ha venido concediendo de modo reiterado una indemnización al concesionario en base a una aplicación analógica del artículo 28 LCA (SSTS 28 de enero de 1992, 26 de junio de 2003)”. Del análisis de esta doctrina jurisprudencial puede deducirse que, en el sentir de un amplio número de decisiones, la llamada indemnización por clientela no es exclusiva del contrato de agencia y, pese a las diferencias estructurales con otros instrumentos jurídicos utilizados por los empresarios para la distribución de productos, puede ser apreciada en otros contratos, entre los cuales el de distribución, aún cuando éste último se caracterice por una actuación del concesionario en nombre propio y por cuenta propia (SSTS 17 de mayo de 1999 [RJ 1999\4046], 31 de octubre 2001 [RJ 2002\227], 2 de diciembre de 2005 [RJ 2005\10187], 10 de julio de 2006 [RJ 2006\8323], etc.) de modo que se circunscribe a la reventa de los productos del concedente (SSTS 26 de julio [RJ 2000\6476] y 16 de noviembre de 2000, 2 y 16 de diciembre de 2005 [RJ 2006\155], etc.). La constatación de una proximidad entre la finalidad y el objetivo que se persigue a través de los contratos de agencia y de distribución, que no ha escapado a la jurisprudencia (Sentencia de 2 de diciembre de 2005), ha sido destacada por la doctrina científica, que ha apuntado “la insuficiencia de los planteamientos que ven en el contrato de concesión una simple derivación de la compraventa o del suministro, o un simple contrato de transmisión de mercancías, donde la exclusiva adquiriría una relevancia excepcional” y ha puesto de relieve que en la concesión “el dato de la promoción de la distribución es el elemento que verdaderamente cualifica al contrato: el concesionario o distribuidor compra para promover la distribución de los productos del concedente entre el público”. En un contrato de concesión o distribución, desde esta perspectiva, apunta alguna

extinción del contrato de distribución o de concesión mercantil cuando concurren 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.<sup>20</sup>

---

autorizada opinión que no bastaría para tener por alcanzado el propósito empírico común de las partes que el concesionario verificara las compras como mínimo señaladas en el contrato, si tal compra no fuera seguida de distribución entre el público, pues el concesionario no compra para satisfacer sus propias necesidades, sino para promover la “colocación” de los productos en el mercado. De este modo el elemento compraventa en las relaciones de distribución, que las caracteriza frente a la agencia, tiene una función meramente instrumental y “constituye el medio a través del cual el concesionario procede a cumplir su obligación básica, que es la de promover la distribución de los productos del concedente en el mercado y defender o “representar” económicamente los intereses de éste en la zona asignada”. Esta esencial similitud, desde el punto de vista de la función económico-social, entre las relaciones de agencia y de distribución, permite superar la barrera técnica aparente entre los diversos *modus operandi* de agente y de concesionario y priva de peso al dato de que el concesionario actúe en nombre y por cuenta propia, pues, de una u otra manera, ambos, agente y distribuidor, promueven la presencia de los productos del concedente o empresario en el mercado, integrándose en la red distributiva del concedente. Esta misma apreciación puede encontrarse en la jurisprudencia alemana (notablemente las Sentencias del Bundesgerichtshof, Tribunal Federal, de 11 de diciembre de 1958 y 11 de febrero de 1977) para la aplicación por analogía del parágrafo 89b del HGB (Handelsgesetzbuch, Código de Comercio) en el que se dispone una compensación adecuada a favor del “representante de comercio” (agente) cuando el empresario se aprovecha, incluso después del fin de la relación contractual, de las relaciones de negocios que el agente ha establecido con nuevos clientes, habiendo perdido (el agente) su derecho a comisión por negocios ya concluidos o en trance de terminar si la relación hubiera continuado, y siempre que se considere la compensación como equitativa, en vista de las circunstancias. El Tribunal Federal señalaba, como uno de los requisitos para la aplicación a los concesionarios de la regla prevista para los agentes, que se comprobara un cierto grado de integración de aquéllos en la red de distribución del concedente.

<sup>20</sup> En los contratos de concesión y distribución, que se regulan por el régimen pactado (artículos 1091 y 1255 del Código Civil), la compensación por clientela no opera de modo automático por el simple hecho de la extinción del contrato, sino por lo aportado y dejado en la esfera de desenvolvimiento del concesionario, que da lugar a un aprovechamiento por el empresario de la clientela creada por el distribuidor en su labor de tal, de manera que -como explica la Sentencia de 20 de julio de 2007 (RJ 2007\5071), con cita de otras anteriores- la indemnización se halla supeditada a que efectivamente el concedente se aproveche de una red de clientes creada por el distribuidor. Precisamente, el aprovechamiento de esta realidad económica -que, según puntualiza la misma Sentencia, pasa a integrarse en el fondo de comercio del concedente y tiene un efectivo valor económico-, creada o incrementada por el concesionario, y por lo tanto, por un esfuerzo ajeno, supone para el concedente, bien directamente, bien mediante un nuevo concesionario, un enriquecimiento injustificado que, por ello, debe ser compensado en la medida de lo posible. Debiendo siempre, en cualquier caso, estarse a las



c) Enriquecimiento injusto<sup>21</sup> 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.<sup>22</sup>

---

particularidades del supuesto concreto, que ha de reflejar -en términos de la repetida Sentencia de 20 de julio de 2007- una situación de igualdad jurídica sustancial a la que hace posible la indemnización por clientela mediante la aplicación del artículo 28 de la Ley de Contrato de Agencia (RCL 1992\1216). (Sentencia Tribunal Supremo núm. 342/2008 (Sala de lo Civil, Sección 1), de 30 abril, Recurso de Casación núm. 349/2001.)

<sup>21</sup> Así, por citar sólo algunas entre las más recientes, la sentencia de 21 de noviembre de 2005 (recurso núm. 1186/99 [RJ 2005\7677]) infiere del citado art. 28 y del art. 34 LAU (RCL 1994\3272 y RCL 1995, 1141) un principio de nuestro ordenamiento jurídico favorable a la indemnización por creación de clientela y aplicable a los contratos carentes de regulación legal; la sentencia de 5 de mayo de 2006 (recurso núm. 2972/99 [RJ 2006\4050]), con cita de otras anteriores, se funda en una “equiparación a las situaciones de enriquecimiento injusto”; la sentencia de 22 de marzo de 2007 recurso núm. 5314/99 [RJ 2007\2816] sitúa la base de la compensación por clientela en “la idea subyacente de un enriquecimiento injusto que se produciría en los supuestos de que la clientela creada con el esfuerzo del agente fuera aprovechada por el concedente o principal”, citando asimismo en su apoyo otras muchas sentencias anteriores de esta Sala; la sentencia de 22 de junio de 2007 (recurso núm. 2943/00 [RJ 2007\5427]) profundiza en la materia desde la perspectiva de la más reciente formulación doctrinal de la teoría del enriquecimiento injusto, acudiendo a la idea de que “el pago indebido sin error puede ser remediado por medio de una ‘condictio sine causa generalis’, dando al artículo 1895 del Código civil (LEG 1889\27) un alcance más amplio del que deriva de su literalidad, lo que implicaría tener por ‘cobro’ otros supuestos de adquisición y se aplicaría a desplazamientos patrimoniales de modo que sólo quedarían definitivos y eficaces cuando obedecieran a prestaciones realizadas para la consecución de finalidades lícitas, reales y existentes”, y explícitamente declara que “la Sala no encuentra razones para cambiar su posición sobre la aplicación analógica de los preceptos contenidos en los artículos 28 y 30 de la Ley 12/1992 (RCL 1992\1216), del Contrato de Agencia, al supuesto de contratos de concesión o distribución”; la sentencia de 20 de julio de 2007 (recurso núm. 3457/00 [RJ 2007\5071]) combina la doctrina del enriquecimiento injusto con la aplicación analógica del art. 28 de la Ley del Contrato de Agencia para declarar que “no cabe excluir la posibilidad de la compensación por clientela en los contratos de concesión o distribución”; y en fin, la sentencia de 31 de julio de 2007 (recurso núm. 3235/00), desde la misma perspectiva doctrinal de la sentencia de 22 de junio anterior (RJ 2007\5427) sobre el enriquecimiento injusto, se funda en la condictio o requerimiento de inversión por la realizada en atención a unas expectativas frustradas por la extinción del contrato. (Sentencia Tribunal Supremo núm. 1392/2008 (Sala de lo Civil, Sección 1), de 15 enero, Recurso de Casación núm. 4344/2000.)

<sup>22</sup> 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

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 la Sentencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, ya mencionada,

---

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 5. 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 (5. 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 a la 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.”*

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.<sup>23</sup>

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

---

<sup>23</sup> La Sentencia del Tribunal Supremo de 14 de febrero de 1997 (RA. 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 1986/168197), 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).”

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.<sup>24</sup>

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.

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

---

<sup>24</sup> En la sentencia del Tribunal Supremo de 10 de diciembre de 1996 (RA. 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 ...»

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 de/principio.<sup>25</sup>

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.

La Sentencia del Tribunal Supremo núm. 296/2007 (Sala de lo Civil, Sección 1), de 21 marzo Recurso de Casación núm. 1483/2000. RJ 2007\2620) ha venido a clarificar la posible aplicabilidad de la Ley 12/1992, de 27 de mayo, del Contrato de Agencia, a los supuestos de hecho en los que se soliciten indemnizaciones por la resolución anticipada, y sin justa causa, de un contrato de distribución. En el supuesto de hecho de la sentencia objeto de comentario, la Audiencia Provincial de Álava estimó la demanda interpuesta por la parte actora (distribuidora en exclusiva de una conocida marca de cerveza), aplicando el artículo 28 de la Ley del Contrato de Agencia, y condenando a la parte demandada al pago de una indemnización a la actora de conformidad con el sistema indemnizatorio previsto por dicho artículo, mediante el cuál se regula la indemnización por clientela.

Sin perjuicio de las consideraciones que se contienen en la sentencia al respecto de la acreditación de la existencia de un pacto en exclusiva entre el empresario principal y el distribuidor, así como de la insuficiencia (por inexistente) del plazo de preaviso relativo a la resolución anticipada del contrato, resulta de especial interés el resumen que, acerca de la jurisprudencia aplicable a supuestos como el de autos, se contiene en el Fundamento Jurídico Cuarto de la sentencia. En primer lugar, diferencia el Alto Tribunal entre los dos tipos de indemnización que prevé la Ley del Contrato de Agencia, a saber, por una parte, la indemnización que en concepto de clientela se establece en el artículo 28 de la Ley, y por otra, aquélla que en concepto de daños y perjuicios causados por la resolución anticipada del contrato se regula en el artículo 29 de la citada norma. A continuación, incide la sentencia en la falta de automaticidad en cuanto a la aplicación de la Ley del Contrato de Agencia sobre los contratos de distribución, censurando el actuar de

---

<sup>25</sup> 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 generarlos.

la Audiencia Provincial de Álava, por haber aplicado el artículo 28 de la Ley del Contrato de Agencia –y del régimen de cálculo de indemnización por clientela que en dicho artículo se contiene– de forma automática, y sin previa invocación por la actora.

La sentencia sigue la línea marcada por la jurisprudencia reciente del Tribunal Supremo en cuanto a la aplicación de la Ley del Contrato de Agencia a los contratos de distribución, eso sí, sólo para algunos supuestos. Así, sin perjuicio de que considera que no cabe la aplicación de dicha Ley como norma positiva a los contratos de distribución, sí acepta la aplicación de las bases de cálculo que para las indemnizaciones por clientela facilita la Ley del Contrato de Agencia<sup>26</sup>.

Sin embargo, en la presente sentencia, el Supremo resulta más específico a la hora de apuntar los requisitos formales que deberán concurrir para la aplicación a los contratos de distribución de las mencionadas bases de cálculo contenidas en la Ley del Contrato de Agencia, requiriendo que la solicitud de una indemnización por clientela se realice con total claridad en la demanda, sin confusión ni ambigüedad alguna. Por último, y dentro de la recopilación de la jurisprudencia aplicable a este tipo de supuestos, la sentencia recuerda que en los casos de contratos de distribución de duración indefinida, cualquiera de las partes podrá dar por finalizado el contrato siempre y cuando no se haya privado de modo absoluto a la contraparte de margen de reacción (caso en el que procedería la indemnización por falta de suficiente preaviso); y que a la hora de determinar una indemnización por clientela a favor del distribuidor, no debe olvidarse, en beneficio del concedente, el renombre o reputación de los productos objeto de distribución, así como el coste de las campañas publicitarias que pudiese haber llevado a cabo el principal sobre dichos productos, habida cuenta del beneficio que éstas reportan al distribuidor en forma de mayores ganancias.

---

<sup>26</sup> Recuérdese que en la doctrina jurisprudencial de nuestros tribunales ha sido una constante la discusión sobre si era posible la aplicación a los contratos de distribución de la indemnización de clientela especialmente regulada por el artículo 28 de la Ley del Contrato de Agencia. Así, mientras parte de la jurisprudencia sí ha admitido la posibilidad de aplicar analógicamente esta normativa, otra corriente jurisprudencial, por el contrario, no permite tal aplicación analógica, aunque sí concede al distribuidor la referida indemnización por clientela, eso sí, no por la aplicación analógica de la Ley del Contrato de Agencia, sino por la aplicación de la teoría jurídica del “enriquecimiento injusto”, siempre y cuando se haya podido acreditar en fase probatoria que el esfuerzo realizado por el distribuidor va a seguir generando beneficios para el empresario principal. Como decíamos, lo que sí es cierto, es que ambas tesis jurisprudenciales acuden con cierta habitualidad a los criterios marcados por la Ley del Contrato de Agencia para proceder al cálculo de dicha indemnización, aunque adaptando dichos criterios al ámbito y a la especialidad que presenta el contrato de distribución.