



**LA INDEMNIZACIÓN POR CLIENTELA  
EN EL CONTRATO DE AGENCIA Y EN EL  
CONTRATO DE CONCESIÓN**

**Autor: Álvaro Torrego Porro  
Tutor: Carmen Herrero Suárez  
Grado en Derecho  
Facultad de Ciencias Sociales, Jurídicas y de la Comunicación  
Campus de Segovia  
UNIVERSIDAD DE VALLADOLID**

## **ABSTRACT**

La indemnización por clientela es una compensación a la que tiene derecho el agente cuando se extingue la relación contractual con el empresario y siempre que se cumpla una serie de presupuestos. ¿Es extensible analógicamente a los contratos de concesión? ¿Qué requisitos se exigen?

Indemnity for clientele is a compensation every agent has the right to receive when the contractual with the entrepreneur has expired, once provided that some requirements have been previously fulfilled. Is it applicable by analogy to an assignment agreement? Which should be requirements?

## ÍNDICE

<b>1. INTRODUCCIÓN .....</b>	<b>5</b>
<b>2. LA DISTRIBUCIÓN COMERCIAL.....</b>	<b>5</b>
2.1 Concepto de distribución comercial y ventajas y desventajas de los distribuidores .....	5
2.2 Los canales de distribución y sus tipos.....	7
2.3 Tipos de canales.....	8
<b>3. EL CONTRATO DE AGENCIA .....</b>	<b>10</b>
3.1 Introducción .....	10
3.2 Concepto y contenido del contrato de agencia.....	12
3.3 Extinción del contrato.....	14
3.4 Consecuencias patrimoniales derivadas de la extinción del contrato .....	15
<b>4. LA INDEMNIZACIÓN POR CLIENTELA .....</b>	<b>17</b>
4.1 Concepto.....	17
4.2 Presupuestos .....	19
4.2.1 Extinción del contrato.....	20
4.2.2 Aportación de nuevos clientes o incremento sensible de las operaciones con la clientela preexistente.....	24
4.2.3 Susceptibilidad de seguir produciendo ventajas sustanciales al empresario.....	26
4.2.4 Que la indemnización resulte equitativamente procedente .....	28
<b>5. LA CUANTÍA DE LA INDEMNIZACIÓN POR CLIENTELA ....</b>	<b>31</b>
<b>6. SUPUESTOS DE INEXISTENCIA DEL DERECHO A LA INDEMNIZACIÓN .....</b>	<b>33</b>
<b>7. EL CONTRATO DE CONCESIÓN .....</b>	<b>34</b>
7.1 Concepto.....	34
7.2 Similitudes y diferencias entre el contrato de concesión y el contrato de agencia .....	35
7.3 Pacto de exclusiva .....	37

<b>8. EXTENSIÓN ANALÓGICA DE LA INDEMNIZACIÓN POR CLIENTELA DE LOS CONTRATOS AGENCIA A LOS CONTRATOS DE CONCESIÓN .....</b>	<b>37</b>
8.1 Corrientes justificadoras de la aplicación analógica de la indemnización por clientela.....	37
8.2 Carácter imperativo de la indemnización .....	41
8.3 Presupuestos para que se dé la indemnización por clientela en el contrato de concesión .....	43
8.4 Conclusión.....	49
<b>9. VALORACIÓN PERSONAL .....</b>	<b>50</b>

## **1. INTRODUCCIÓN**

El tema a tratar en este trabajo es la indemnización por clientela en los contratos de agencia y de concesión. Esta indemnización viene reconocida por Ley en los contratos de Agencia, concretamente en la Ley 12/1992 de 27 de mayo, sobre Contrato de Agencia.

Por su parte, el contrato de concesión no se encuentra regulado en nuestro ordenamiento jurídico, por tanto, rige aquí el principio de autonomía de la voluntad. No obstante la jurisprudencia a lo largo de los años ha ido extendiendo paulatinamente la aplicación analógica de la indemnización por clientela a los contratos de concesión. Es precisamente esta extensión analógica lo que se analizará y estudiará en el presente trabajo.

El trabajo consta de dos partes. Una primera parte referida al contrato de agencia y una segunda parte en la que se estudia el contrato de concesión. En concreto, en la primera parte nos centramos en el concepto y las características esenciales del contrato de agencia. Posteriormente se pasa a analizar la indemnización por clientela: el concepto y sus presupuestos.

En la segunda parte del trabajo, tras realizar una aproximación breve al concepto de contrato de concesión, se pasa a estudiar de una manera más pormenorizada la aplicación analógica de la indemnización por clientela a este tipo de contratos. Especialmente se estudia en qué casos procede la extensión analógica de la indemnización y cuáles son los presupuestos exigidos. Para ello hemos escogido unas sentencias representativas de la cuestión y tras analizarlas se extraerán los requisitos esenciales exigidos por la jurisprudencia.

## **2. LA DISTRIBUCIÓN COMERCIAL.**

### **2.1 Concepto de distribución comercial y ventajas y desventajas de los distribuidores**

La distribución comercial abarca el conjunto de actividades necesarias para situar los bienes y servicios producidos a disposición del comprador final en las condiciones de lugar, tiempo, forma y cantidad deseadas<sup>1</sup>.

Las principales ventajas que supone acudir a los distribuidores son<sup>2</sup>:

1. Al acudir a distribuidores se disminuye el número de transacciones ya que por ejemplo, supongamos que cuatro consumidores desean comprar un coche y sólo pueden adquirirlo de cinco fabricantes.

Si la distribución fuese directa los distintos consumidores tendrían que acudir a cada uno de los fabricantes, siendo el total de transacciones:  $4 \times 5 = 20$

Sin embargo, si colocamos un distribuidor como intermediario se reduciría significativamente el número de transacciones, ya que los cuatro consumidores sólo tienen que acudir al distribuidor para adquirir cualquier coche de los cinco fabricantes:  $4 + 5 = 9$ .

2. Los intermediarios adaptan mejor los productos a las necesidades del mercado puesto que son un medio para transmitir al fabricante los productos más demandados.
3. Ofertan un surtido de productos adaptado a las necesidades de los clientes.

Por su parte, los distribuidores también producen al fabricante o productor una serie de ventajas:

1. Los riesgos son trasladados al intermediario. Como regla general van a ser los distribuidores los que asuman el riesgo de las operaciones con los clientes.
2. Le permite ahorrar los costes de la distribución física ya que son asumidos por el distribuidor.

---

<sup>1</sup> Vid. RODOLFO VÁZQUEZ CASIELLES Y JUAN ANTONIO TRESPALACIOS GUITIÉRREZ: *"Distribución comercial: estrategias de fabricantes y detallistas"*, Madrid, 1997.

<sup>2</sup> Aquí se ha seguido a DÍEZ DE CASTRO: *"Distribución comercial"*, Madrid, 2004.

3. Permiten al fabricante o productor introducirse en nuevos mercados porque son los distribuidores los que generalmente van a tener mayor cobertura de mercado.

No obstante, acudir a distribuidores supone unos inconvenientes o desventajas que son principalmente:

1. La actuación de estos intermediarios no es altruista, y por tanto encarecen el precio final del producto ya que habitualmente su remuneración o ganancia es el margen establecido sobre los productos que compran y venden.
2. La intervención de los distribuidores va a suponer la pérdida del control de la comercialización por parte del fabricante.

## **2.2 Los canales de distribución y sus tipos**

Por canal de distribución entendemos la concreta vía o medio por el que transcurren los bienes o servicios desde el fabricante hasta el cliente<sup>3</sup>.

Por otra parte, en el canal de distribución intervienen distintas organizaciones y todas ellas llevan a cabo su función con el objetivo de conseguir entregar los bienes y servicios al consumidor final. Así suelen aparecer en el canal de distribución el fabricante, el mayorista, el minorista y por último el consumidor final.

No obstante, pese a que este es el esquema habitual, no tiene por qué aparecer todas las empresas mencionadas anteriormente, pudiendo faltar el minorista o el mayorista. Pero en estos casos no significa que la función que éstos desempeñan se elimine sino que es asumida por otro integrante del canal de distribución. De este modo, si falta el mayorista, las funciones que éste desempeña deben ser asumidas por el fabricante o por el minorista. Por lo tanto, la eliminación o sustitución de los miembros del canal es plenamente factible, pero sus funciones no pueden ser eliminadas y deben ser asumidas por otros miembros del canal, bien hacia arriba o hacia abajo.

---

<sup>3</sup> Vid. RODOLFO VÁZQUEZ CASIELLES Y JUAN ANTONIO TRESPALACIOS GUTIÉRREZ: *"Distribución comercial: estrategias de fabricantes y detallistas"*, Madrid, 1997

Antes de analizar los diferentes tipos de canales de distribución conviene explicar que el productor o fabricante puede realizar la distribución de sus productos de forma directa o de forma indirecta.

La distribución directa implica que el fabricante acerca los productos desde su producción hasta los clientes con sus propios medios, es decir, sin intermediarios. Esta distribución tiene la ventaja de que el productor nunca pierde el control de la comercialización de sus productos. Sin embargo, son pocas las empresas que utilizan la distribución directa ya que la creación de canales de distribución propios implica unos enormes costes fijos. Por esta razón, la mayoría de las empresas acuden a la distribución indirecta, la cual supone que el fabricante comercializa sus productos con ayuda de los intermediarios, y éstos son los que ponen los productos a disposición de los consumidores o a disposición de otros vendedores.

### **2.3 Tipos de canales**

Existen múltiples criterios clasificatorios de los canales de distribución, pero el más importante es aquél que atiende al grado de cohesión vertical existente entre todas las organizaciones que integran e intervienen en el canal de distribución.

Este sistema vertical de distribución surge como alternativa a los sistemas tradicionales de distribución en los cuales las empresas que intervienen en el canal son plenamente independientes unas de otras, de tal manera que no cooperan entre sí para conseguir unos fines comunes sino que cada uno de los integrantes busca el interés propio.

Por el contrario en los sistemas verticales de distribución, las organizaciones que lo integran actúan coordinadas, es decir, las actuaciones de las organizaciones situadas a distinto nivel (mayorista y minorista) son dirigidas. Aquí las empresas también buscan el beneficio pero a diferencia de los canales tradicionales en los que los integrantes buscan el beneficio individual, en las estructuras verticales se busca conseguir los mejores resultados para la totalidad de los integrantes del canal<sup>4</sup>.

---

<sup>4</sup> Conviene advertir que al igual que hablamos de los sistemas verticales de distribución, también existen estos sistemas pero de forma horizontal. No nos detendremos a analizar estos sistemas puesto que no son objeto de este trabajo, pero baste advertir que dicho sistema se produce cuando la cooperación se da entre los integrantes de un mismo nivel del canal de distribución. Las operaciones que se producen entre estos integrantes más relevantes son las fusiones y absorciones, los acuerdos de cooperación para compartir instalaciones y actividades de distribución, para la promoción conjunta de productos etc.



En los sistemas verticales de distribución, las empresas que intervienen en el canal de distribución desean la interdependencia, y la relación que se va a establecer entre los integrantes va a tener carácter duradero y estable.

Dentro de los sistemas verticales se distinguen tres tipos: sistemas verticales controlados, contractuales e integrados:

- En los sistemas verticales controlados la labor de los integrantes del canal es dirigida y controlada por uno de ellos.
- En los sistemas verticales contractuales, las relaciones de cooperación están plasmadas en un contrato. Las empresas permanecen independientes y los trabajos coordinados vienen plenamente definidos en la relación contractual. Las figuras más significativas son la franquicia, la distribución selectiva y también las dos figuras objeto de este trabajo: el agente y el concesionario.
- Por último, nos encontramos con los sistemas verticales integrados o corporativos. Este tipo de sistemas constituyen una forma extrema de control y suponen que las distintas empresas que intervienen en el canal se integran dentro de la misma empresa. Esto se hace a través de la fusión o absorción y también cuando una empresa crea su propio canal de distribución. Por tanto, el control aquí se hace a través de la propiedad total o mayoritaria de las empresas integradas.

Hasta aquí nos hemos referidos a los tipos de estructura de los canales de distribución, nos queda referirnos al tipo de distribución concreta que puede realizar una empresa y ésta puede ser intensiva, exclusiva y selectiva, de tal manera que, dependiendo de la clase de distribución que quiera llevar a cabo, la empresa escogerá entre un tipo de canal de distribución u otro.

Si lo que quiere el empresario es alcanzar el mayor número de ventas posibles, entonces tendrá que utilizar como estrategia la distribución intensiva la cual supone llegar al mayor número de puntos de venta, y para ello precisa de un elevado número de intermediarios. Por tanto, la ventaja principal de este tipo de distribución es la maximización de las ventas, pero presenta como inconvenientes la total ausencia de

control por parte del productor o fabricantes de sus productos. Tampoco sería recomendable si lo que se quiere es lograr una buena imagen de marca del producto.

La distribución exclusiva consiste en fraccionar el mercado en zonas geográficas y asignar cada una de ellas a un concesionario o a un distribuidor exclusivo. Por tanto, en cada una de las zonas geográficas sólo va existir un punto de venta. A diferencia de la distribución intensiva, este tipo de distribución sí que permite lograr una buena imagen de marca y también posibilita al fabricante controlar mejor la comercialización de sus productos a través de las relaciones contractuales que unen a los intermediarios con el fabricante o productor.

La distribución selectiva puede considerarse que se encuentra a medio camino entre la distribución exclusiva y de la distribución intensiva. Aquí, al igual que en la distribución exclusiva también se fracciona el mercado en pequeñas zonas geográficas y cada una de ellas pueden tener uno o varios puntos de venta. Lo característico de este tipo de distribución es que se selecciona a los revendedores en base a criterios específicos que tienden a salvaguardar la imagen de marca y la atención al cliente. Este tipo de distribución es muy frecuente en sectores de artículos de lujo, joyería, alta tecnología etc. Al igual que la distribución exclusiva, la distribución selectiva permite al fabricante o productor controlar la comercialización así como conseguir una buena imagen del producto.

### **3. EL CONTRATO DE AGENCIA**

#### **3.1 Introducción**

Tradicionalmente el contrato de agencia en nuestro ordenamiento jurídico ha sido un contrato atípico y los problemas que se generaban en la práctica eran solventados, en primer lugar, por lo que hubiesen dispuesto las partes en el contrato y si nada se decía, se acudía analógicamente a las normas de la comisión mercantil<sup>5</sup>.

No obstante, la aplicación de las normas de la comisión mercantil al contrato de agencia no era muy deseable ya que la relación que se establece entre comisionista y comitente es de carácter esporádico; una vez llevado a cabo la orden o el encargo el contrato se extingue. Esto no ocurre en el contrato de agencia puesto que la relación

---

<sup>5</sup> Artículos 244 y siguientes del Código de Comercio.

que se establece entre el principal y el agente posee un carácter estable y duradero: Es una forma de colaboración entre empresarios estable y duradera.

Debido a estos problemas se hacía cada vez más necesario la promulgación de una ley especial que regulase el contrato de agencia. Pues bien, esto no ocurrirá hasta 1992 que es cuando se promulga la Ley 12/1992 de 27 de mayo, sobre Contrato de Agencia (En adelante LCA). Esta Ley vino impuesta por la Directiva 86/653/CEE de 18 de diciembre de 1986, relativa a los agentes independientes aunque conviene precisar que la Ley no se limita a trasponer el contenido de la Directiva sino que dota al contrato de agencia de un amplio régimen jurídico ya que como bien explica Sánchez Calero la Ley no se aplica “simplemente a los agentes dedicados a negociar la venta o la compra de mercancías, sino que en general a los dedicados a la promoción y realización por cuenta ajena de cualquier contrato mercantil que afecte a bienes o servicios”<sup>6</sup>.

La principal característica de la LCA es que sus preceptos son de carácter imperativo salvo que en ellos se disponga otra cosa (artículo 3). La razón fundamental es que aunque las partes de la relación contractual son generalmente empresarios, se considera al agente como la parte contractual más débil y por tanto merecedora de protección jurídica.

Generalmente, el contrato de agencia se enmarca dentro de los contratos de colaboración o de gestión de intereses ajenos. Sin embargo para otros autores se podría englobarse dentro del Derecho de la distribución comercial. Así, Martínez Sanz, que considera que este Derecho “vendría constituido por aquel conjunto de relaciones a través de las cuales los intermediarios profesionales colaboran de manera estable con el productor en orden a la difusión de sus bienes, constituyendo el eslabón entre aquél y los consumidores”<sup>7</sup>.

En cuanto a su función económica, el agente se revela idóneo para que el empresario principal pueda introducir sus productos en áreas geográficas o mercados nuevos y ello en base a una razón principal: el ahorro de los costes que implica la distribución directa de los productos del principal a través de sucursales o filiales (alquiler o compra de las instalaciones, salarios de los trabajadores, cotizaciones a la Seguridad Social etc.)

---

<sup>6</sup> SANCHEZ CALERO Y SÁNCHEZ CALERO GUILARTE: *“Instituciones de Derecho Mercantil. Volumen II”*, Cizur Menor (Navarra), 2013, pág. 234.

<sup>7</sup> Vid. MARTÍNEZ SANZ: *“La indemnización por clientela en los contratos de agencia y concesión”*, Madrid, 1998, pág. 29.

trasladándolos al agente a cambio de una remuneración fija o una comisión o una combinación de ambas<sup>8</sup>.

No obstante, una vez que se ha conseguido introducir los productos en el mercado o área geográfica nueva y siempre que se haya alcanzado un nivel de ventas considerables, acudir a esta figura ya no sería lo más aconsejable puesto que a más ventas mayor será la remuneración del agente ya que lo más habitual es que la remuneración sea en forma de comisión, y por tanto, el empresario principal vería reducidos de una forma considerable sus ingresos.

### **3.2 Concepto y contenido del contrato de agencia**

No entra dentro del objeto de este trabajo analizar el contenido del contrato de agencia pero consideramos importante esbozar de manera muy sucinta el concepto y las características del contrato y, además, analizar de manera superficial las obligaciones de las partes y ello con la finalidad de tener, aunque sea de forma muy general, una visión del contrato de agencia.

El concepto de contrato de agencia aparece en el artículo 1 de la LCA, que dice “por el contrato de agencia 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 de comercio por cuenta ajena, o a promoverlos y concluirlos por cuenta y en nombre ajenos, como intermediario independiente, sin asumir, salvo pacto en contrario, el riesgo y ventura de tales operaciones”.

De este concepto podemos extraer las principales características del contrato de agencia:

1. Es una relación de carácter estable y duradero: esta nota permite diferenciar al contrato de agencia de otro contrato afín como es el contrato de comisión mercantil, el cual posee un carácter esporádico.
2. El agente puede ser una persona natural o jurídica pero lo importante es que se configura como un intermediario independiente. La independencia existe cuando el agente pueda organizar su actividad profesional y el tiempo dedicado a la misma conforme a sus propios criterios (artículo 2 LCA) o dicho de otra

---

<sup>8</sup> De acuerdo con el artículo 11 de la LCA.

forma cuando pueda organizar como estime oportuno sus medios personales y materiales.

Esta independencia sirve para distinguir al agente de otras figuras como los viajantes o los representantes de comercio, los cuales están unidos al empresario principal mediante de una relación laboral. En muchos casos la distinción no será fácil ya que el empresario tiende a camuflar bajo el contrato de agencia verdaderas relaciones laborales.

3. La obligación principal del agente es la promoción de “actos u operaciones de comercio por cuenta ajena, o a promoverlos y concluirlos por cuenta y en nombre ajenos”.
4. Salvo pacto en contrario, el agente no asume el riesgo y ventura de las operaciones. Esto nos permite diferenciar el contrato de agencia del otro contrato objeto de este trabajo que es el contrato de concesión en el que el concesionario o distribuidor adquiere en firme las mercancías y por tanto opera bajo su propio riesgo.

No obstante se puede pactar que el agente garantice el cumplimiento de los terceros. En este caso estaríamos ante una figura análoga a la comisión de garantía.

5. Es un contrato consensual y oneroso, en el sentido que la actividad desarrollada por el agente es remunerada y según el artículo 11, "la remuneración del agente consistirá en una cantidad fija, en una comisión o en una combinación de los dos sistemas anteriores”.

En cuanto a las obligaciones de las partes; tanto el empresario principal como el agente tienen un deber general de actuar con la diligencia de un ordenado comerciante y también tienen un deber de lealtad recíproca.

Por lo que se refiere a las principales obligaciones del agente, éstas aparecen en el artículo 9 de la LCA y algunas de las más importantes son:

1. El agente tiene la obligación de promoción y de conclusión de actos u operaciones de comercio por cuenta y en nombre ajeno.
2. Debe comunicar al empresario principal toda la información relevante para la promoción y conclusión de las operaciones pero especialmente aquella sobre la solvencia de los terceros “con los que existan operaciones pendientes de conclusión o ejecución”. El fundamento de este deber de información radica en que en caso de insolvencia de los terceros el que asume el riesgo es el principal.
3. Otra obligación destacable sería la prohibición de competencia con respecto al empresario con quien contrata, es decir y en palabras de la Ley, existe competencia cuando el agente “ejerce por su propia cuenta o por cuenta de otro empresario una actividad profesional relacionada con bienes o servicios que sean de igual o análoga naturaleza y concurrentes o competitivos” con aquellos empresarios con los que se hubiera obligado (artículo 7 LCA).

Por su parte, en el artículo 10 LCA aparecen las obligaciones del empresario principal y entre ellas destaca el deber de proporcionar con antelación suficiente y en cantidad apropiada los muestrarios, catálogos, tarifas y demás documentos idóneos y necesarios para el ejercicio de la actividad del agente.

Pero sin duda la obligación más importante del principal es el pago de la remuneración al agente. Como se ha dicho anteriormente la remuneración puede consistir en una cantidad fija, en una comisión o en una combinación de los dos sistemas anteriores (art. 11 LCA). Lo más frecuente es que la remuneración del agente sea la de la comisión que se calcula según el volumen de ventas o el valor de las operaciones promovidas o, en su caso, concluidas por la intervención del agente.

### **3.3 Extinción del contrato**

Es conveniente establecer, aunque sea sólo de forma superficial, qué causas extinguen el contrato de agencia y ello porque uno de los presupuestos para que se dé la indemnización por clientela es la extinción del contrato, pero como veremos más adelante, no todas las causas de extinción dan derecho a la indemnización.

Por tanto, las causas de extinción del contrato de agencia son:

1. Si el contrato de agencia ha sido pactado por tiempo determinado será causa de extinción el trascurso del tiempo convenido. No obstante, si una vez terminado el contrato de duración determinada se sigue ejecutando se considerará que el contrato se ha transformado en indefinido (artículo 24 LCA).
2. Por denuncia unilateral de alguna de las partes. Esta denuncia unilateral sólo cabe en los contratos de duración indefinida y siempre que se observe el plazo de preaviso que será de un mes por cada año de vigencia, con un máximo de seis meses (art. 25 LCA).
3. El incumplimiento de las obligaciones legales o contractuales faculta a la parte cumplidora a dar por finalizado el contrato sin necesidad de preaviso. Aquí da igual si nos encontramos ante un contrato de duración determinada o indefinida (artículo 26 LCA)
4. La insolvencia de una de las partes faculta a la otra a extinguir el contrato de agencia (artículo 26 LCA)
5. En el caso de personas físicas, se extingue el contrato con la muerte del agente pero no en el caso de la muerte del principal (artículo 27 LCA).

### **3.4 Consecuencias patrimoniales derivadas de la extinción del contrato**

Con la extinción del contrato, la LCA prevé dos tipos de indemnizaciones específicas: la indemnización por clientela y la denominada indemnización por inversiones o gastos de confianza (artículo 30 LCA). A estas indemnizaciones hay que sumar aquellas previstas en el Derecho común.

Aquí solamente vamos a hacer referencia a la indemnización por inversiones o gastos de confianza ya que de la indemnización por clientela nos ocuparemos en el siguiente capítulo del trabajo de forma más detallada.

De esta indemnización baste de decir que sólo surgirá si es el empresario quien denuncia unilateralmente el contrato de agencia de duración indefinida y además si esa

denuncia anticipada no ha permitido al agente la amortización de los gastos que por instrucción del empresario haya realizado para la ejecución del contrato.

La STS núm. 1071/2003 de 19 de noviembre establece que indemnización “se trata de daños y perjuicios cuya existencia y cuantía depende de su acreditación en cada caso, y se refiere a los gastos realizados a instancia del empresario, aunque éstos deben entenderse no sólo cuando existan órdenes expresas en ese sentido, sino también si la inversión fuera para desarrollar convenientemente el encargo conferido”<sup>9</sup>.

El artículo 30 LCA establece una serie de supuestos en los que declara la inexistencia del derecho a la indemnización. Estos supuestos de inexistencia afectan tanto al derecho a la indemnización por clientela como a la de daños y perjuicios y son:

1. Cuando el empresario hubiese extinguido el contrato por causa de incumplimiento de las obligaciones legal o contractualmente establecidas a cargo del agente.
2. Cuando el agente hubiese denunciado el contrato, salvo que la denuncia tuviera como causa circunstancias imputables al empresario, o se fundara en la edad, la invalidez o la enfermedad del agente y no pudiera exigírsele razonablemente la continuidad de sus actividades.
3. Cuando, con el consentimiento del empresario, el agente hubiese cedido a un tercero los derechos y las obligaciones de que era titular en virtud del contrato de agencia.

---

<sup>9</sup> Ver STS 1071/2003 de 19 de noviembre, en concreto su fundamento jurídico cuarto. En este caso concreto el demandante, que es el agente de una empresa dedicada a la venta de vehículos de su marca, reclama al empresario principal que le indemnice en concepto de daños y perjuicios múltiples variadas partidas tales como “el importe de los servicios de teléfono, agua y electricidad, las rentas mensuales del local, el coste de diverso mobiliario, y hasta pagos por adquisición de flores, heterogénea mezcla de gastos de los que, en unos, no demuestra su relación con el contrato de agencia, y, en otros, fue compensado durante la vigencia del mismo”, por lo que el tribunal acaba rechazando tal reclamación.



## 4. LA INDEMNIZACIÓN POR CLIENTELA

### 4.1 Concepto

No es nada fácil definir la naturaleza jurídica de la indemnización por clientela puesto que no es una cuestión pacífica, ni en la doctrina ni en la jurisprudencia.

En este capítulo no se pretende dar un concepto de la indemnización de clientela ni atajar el debate sobre su naturaleza jurídica. Lo que pretendemos es mucho más humilde: reflejar, de la manera más simple posible, las diferentes corrientes que explican la indemnización por clientela.

Las tres corrientes mayoritarias a la hora de intentar definir esta figura son:

- La que intenta explicarla a través de la teoría del enriquecimiento sin causa o injusto.
- Aquella que tiene como fundamento el carácter social o tuitivo.
- Y por último, la que afirma que la indemnización posee carácter retributivo.

Por lo que respecta a aquella teoría que dice que la indemnización posee un fundamento de carácter social, esta teoría se basa en que el agente se considera la parte más débil de la relación contractual y, por tanto, hay que proteger al agente de la rescisión del contrato por parte del empresario, y el modo de protegerle sería la pago de la indemnización.

La explicación de la indemnización desde esta teoría no parece lo más acertado ya que como explica FONTCUBERTA LLANES, como la exclusión de la indemnización no sería posible en el caso de que el agente no fuese la parte más débil del contrato, “no cabe en modo alguno concluir que se trata de una partida que tenga carácter tuitivo o social”<sup>10</sup>.

En esta línea también se manifiesta MARTÍNEZ SANZ: “no cabría ver en ella (la indemnización) una simple norma de índole social, dirigida a proteger al agente contra la

---

<sup>10</sup> Vid. FONTCUBERTA LLANES: *“el contrato de distribución de bienes de consumo y la llamada indemnización por clientela”*, Madrid, 2009, pág. 225.

rescisión injustificada de su contrato o tendente a sustituir lo que en el ámbito laboral vendría a ser la pensión por jubilación”<sup>11</sup>

Según la teoría del enriquecimiento injusto, al agente se le concedería la indemnización por clientela porque el empresario una vez extinguido el contrato se va a beneficiar de la actividad desarrollada por el agente, y de no existir la indemnización no habría ninguna contraprestación a ese beneficio.

MARTÍNEZ SANZ rechaza también esta postura ya que según él, el enriquecimiento del empresario sí está justificado, y dicha justificación se hallaría en la finalidad del contrato de agencia que sería el desarrollo y fortalecimiento de las relaciones comerciales del empresario con los clientes<sup>12</sup>.

También rechaza esta teoría FONTCUBERTA LLANES al decir que “el fundamento jurídico de esta compensación no reside en la ausencia de causa, puesto que la causa de la generación de clientela y su asignación a la esfera patrimonial del principal concurre en todas sus acepciones”<sup>13</sup>.

De forma tradicional la jurisprudencia ha se ha apoyado en esta teoría a la hora de explicar la indemnización. En la importante Sentencia del Tribunal Supremo de 22 de marzo de 1988 se afirma que en los supuestos en los que la terminación del contrato vaya seguido del “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>14</sup>.

También podemos citar otras sentencias más recientes como la Sentencia del Tribunal Supremo núm. 965/2004 de 13 de octubre, la cual afirma que “la clientela incrementada va a integrarse en el fondo comercial del concedente y tiene efectivo

---

<sup>11</sup> Vid. MARTÍNEZ SANZ: *“La indemnización por clientela en los contratos de agencia y concesión”*, Madrid, 1998, pág. 99 y 100.

<sup>12</sup> Vid. MARTÍNEZ SANZ: *“La indemnización por clientela en los contratos de agencia y concesión”*, Madrid, 1998, pág. 102.

<sup>13</sup> Vid. FONTCUBERTA LLANES: *“el contrato de distribución de bienes de consumo y la llamada indemnización por clientela”*, Madrid, 2009, pág. 205.

<sup>14</sup> Ver su fundamento jurídico cuarto.

valor económico, con lo que su disfrute, por el esfuerzo ajeno, actúa a medio de enriquecimiento injusto”<sup>15</sup>.

La última teoría es la que se basa en el carácter retributivo de la indemnización. Dentro de esta teoría existen varios posicionamientos. Todas ellas parten del mismo argumento que sería el siguiente: la actividad del agente es el establecimiento de relaciones comerciales duraderas y estables para el empresario, de tal manera que el principal se pueda seguir aprovechando en el futuro de dichas relaciones. Pues bien el fundamento de la indemnización sería este aprovechamiento futuro de la clientela, el cual no es retribuido en la vigencia del contrato y, por tanto, una vez extinguido el contrato habría que compensarlo o retribuirlo a través de la indemnización por clientela.

Las distintas posiciones de esta teoría surgen a la hora de concretarla. Para MARTÍNEZ SANZ se concreta a través del activo común, es decir, las relaciones entre el principal y el agente van a crear un activo común “constituido por las relaciones comerciales de carácter duradero establecidas con la clientela”. Estas relaciones van a ser susceptibles de crear una ventaja futura y una vez extinguida la relación contractual ese activo común se va a romper y como es el empresario el que se va a aprovechar de dicho activo va a tener que compensar al agente. “La compensación por clientela estaría retribuyendo esa actividad desarrollada por el agente durante el contrato, tendente a la creación y/o consolidación de relaciones comerciales estables (labor que no habría sido remunerada o, al menos, no en medida suficiente durante el contrato)”<sup>16</sup>

No opina lo mismo FONTCUBERTA LLANES ya que para él “la compensación por clientela no encuentra su fundamento ni en el enriquecimiento sin causa, ni tiene carácter tuitivo, ni por supuesto remuneración, sino que constituye simple y llanamente una atribución patrimonial de carácter legal”<sup>17</sup>.

## 4.2 Presupuestos

---

<sup>15</sup> Fundamento jurídico segundo. En esta misma línea también se pronuncian las sentencias del Tribunal Supremo de 27 mayo 1993, 3 de mayo y 23 de diciembre 2002 y 5 de mayo 2003.

<sup>16</sup> Vid. MARTÍNEZ SANZ: “*La indemnización por clientela en los contratos de agencia y concesión*”, Madrid, 1998, pág. 115.

<sup>17</sup> Vid. FONTCUBERTA LLANES: “*el contrato de distribución de bienes de consumo y la llamada indemnización por clientela*”, Madrid, 2009, pág. 225.

Los presupuestos para que el agente tenga derecho a la indemnización por clientela aparecen en el artículo 28.1 de la Ley 12/1992 de 27 de mayo, sobre el Contrato de Agencia que dice que: “cuando se extinga el contrato de agencia, sea por tiempo determinado o indefinido, el agente que hubiese aportado nuevos clientes al empresario o incrementado sensiblemente las operaciones con la clientela preexistente, tendrá derecho a una indemnización si su actividad anterior puede continuar produciendo ventajas sustanciales al empresario y resulta equitativamente procedente por la existencia de pactos de limitación de competencia, por las comisiones que pierda o por las demás circunstancias que concurran”.

De este artículo podemos extraer los principales requisitos para que se dé la indemnización por clientela en el contrato de agencia, que son:

1. Extinción del contrato de agencia.
2. Aportación de nuevos clientes o incremento sensible de las operaciones con la clientela preexistente.
3. Susceptibilidad de seguir produciendo ventajas sustanciales al empresario.
4. Que resulte equitativamente procedente.

Estos requisitos se muestran coincidentes con la jurisprudencia del Tribunal Supremo (Sala 1): “Así, el derecho a la indemnización por clientela que el artículo 28 LAg reconoce al agente presupone, además de la extinción de la relación contractual que le une al empresario - aunque la misma se haya producido por vencimiento del plazo pactado en el contrato: artículo 23 -, que con su actividad profesional aquel hubiera aportado nuevos clientes a este o incrementado sensiblemente las operaciones con la clientela preexistente; que se considere razonablemente posible que la actividad desarrollada por él continúe produciendo en el futuro sustanciales ventajas al empresario; y que sea equitativo el abono de la indemnización a la vista de las circunstancias”<sup>18</sup>.

Pasemos a analizar cada uno de los presupuestos.

#### *4.2.1 Extinción del contrato*

La extinción del contrato de agencia, junto a lo demás presupuestos, da lugar a la indemnización por clientela (art. 28.1 LCA).

---

<sup>18</sup> Sentencia núm. 149/2011 de 3 de marzo. Fundamento jurídico tercero.

Por su parte el propio artículo 28.1 LCA establece que es indiferente que el contrato de agencia sea de duración determinada o indefinido ya que en todo caso procede la indemnización.

En cuanto a las causas de extinción del contrato de agencia, la muerte del agente provoca el nacimiento de la indemnización (art. 28.2 LCA). No obstante, la muerte del empresario no provoca la extinción del contrato de agencia, en este caso sus sucesores podrán denunciar el contrato con el preaviso correspondiente (art. 27 LCA).

Por otra parte, la denuncia del contrato efectuada por el agente, por regla general no da derecho a la indemnización por clientela, a menos que esta denuncia tuviera como causa circunstancias imputables al empresario o se funde en la edad, invalidez o la enfermedad del agente y no se le pueda exigir de una manera razonable que siga con sus actividades (art. 30 b).

Desde la otra cara de la moneda, es decir, las causas de extinción que no dan derecho a la indemnización las encontramos en el artículo 30 LCA y son:

- Extinción del contrato por incumplimiento del agente.
- Denuncia del contrato hecho por el agente a excepción de los dispuesto en el párrafo anterior.
- Cuando se haya producido por parte del agente una cesión del contrato a un tercero con el consentimiento del empresario.

Por su parte, el artículo 26 LCA dispone que cada una de las partes podrá extinguir el contrato sin preaviso cuando la otra parte se hubiera declarado en concurso. La cuestión aquí es determinar si la extinción del contrato de agencia por el estado de insolvencia de alguna de las partes daría derecho a la indemnización por clientela.

La declaración en concurso del agente no parece (con la lectura de la LCA) ser una de las situaciones que excluye la indemnización, siempre y cuando se cumplan los demás requisitos. No obstante el artículo 30. a) LCA establece que el agente no tendrá derecho a la indemnización “cuando el empresario hubiese extinguido el contrato por causa de incumplimiento de las obligaciones legal o contractualmente establecidas a cargo del agente”. Cabría considerar la situación de insolvencia como un incumplimiento de las obligaciones del agente y por tanto, entender que no hay derecho a indemnización.

Pues bien, si la situación de insolvencia tiene su origen en el incumplimiento de las obligaciones contractuales del agente, la respuesta ha de ser afirmativa, es decir, no tendría derecho a la indemnización por clientela.<sup>19</sup> Pero en las demás situaciones sí que cabría la indemnización del agente, así por ejemplo cuando la insolvencia del agente sea calificada de fortuita.

Más difícil se presenta la solución desde la otra perspectiva, es decir, desde la perspectiva de la situación de concurso del empresario principal.

No es extraño, ni de difícil encaje interpretativo, considerar la situación de insolvencia del empresario principal como una circunstancia imputable al empresario principal, lo que faculta al agente a extinguir el contrato, surgiendo así el derecho a la indemnización por clientela (Art. 30.b)

No obstante, en este caso, difícilmente la labor del agente durante la vigencia del contrato podrá seguir produciendo ventajas sustanciales al empresario<sup>20</sup> ya que éste se encuentra en una situación de concurso.

Por tanto, y como bien dice MARTÍNEZ SANZ “ciertamente, el hecho de que entre los presupuestos ineludibles de la indemnización por clientela figure la susceptibilidad de producir ventajas al empresario en el futuro conduce a que en determinados casos (como en la quiebra del empresario, si bien no es la única hipótesis), la concesión de la indemnización pueda resultar discutible. Y ello pese a que desde un punto de vista de justicia material, su atribución se revele muy equitativa”<sup>21</sup>.

Hasta aquí hemos analizado el derecho a la indemnización por clientela cuando previamente se ha extinguido el contrato de agencia (y siempre que se cumplan los demás presupuestos del artículo 28 LCA). No obstante cabría determinar si existen casos en los que no extinguiéndose el contrato, exista la indemnización. Nos referimos a los supuestos de modificación de las condiciones del contrato. Pensemos, por ejemplo, en aquellos casos en que el empresario decide cambiar la gama de productos del catálogo, modificar o reducir la zona geográfica en la que opera el agente, o retirarle

---

<sup>19</sup> Esta línea es defendida por MARTÍNEZ SANZ en “*La indemnización por clientela en los contrato de agencia y concesión*”, Madrid, 1998, página 129.

<sup>20</sup> Tercer presupuesto necesario para que proceda la indemnización por clientela (artículo 28.1 LCA).

<sup>21</sup> Vid. MARTÍNEZ SANZ: “*La indemnización por clientela en los contratos de agencia y concesión*”, Madrid, 1998, pág. 134.

el beneficio de exclusiva que venía disfrutando. Son las llamadas extinciones o terminaciones parciales del contrato de agencia<sup>22</sup>.

Al tratarse de modificaciones del contrato, éstas tienen que ser aceptadas por ambas partes y si son impuestas por el empresario principal, el agente está facultado para rescindir el contrato sin el preaviso o mantener el contrato primitivo. En el primero de los casos, además de la indemnización por daños y perjuicios, surgiría la indemnización por clientela a favor del agente<sup>23</sup>. En el segundo caso, no surgiría la indemnización porque no se ha extinguido ni modificado el contrato.

Pero ¿qué pasaría si el contrato es modificado por ambas partes o si es modificado por el empresario pero es el propio contrato el que le faculta para ello? ¿Darían lugar estos casos a la indemnización por clientela?

Pues bien, es lógico pensar que el simple cambio del catálogo de productos no sería un supuesto que hiciese surgir la indemnización puesto que el empresario tiene la facultad de adaptar su política comercial a las necesidades del mercado. Por el contrario son supuestos distintos aquellos en los que se reduce o cambia la zona geográfica en la que venía operando el agente, o se le retira el beneficio de exclusiva que venía teniendo en una zona concreta. Estos casos sí que darían lugar a la indemnización ya que afectan a las condiciones esenciales del contrato y tienen como característica común que privan al agente de sus clientes.

Otra cosa distinta y que se muestra más dificultosa es calcular el *quantum* de la indemnización ya que, como regla general la reducción de la zona de geográfica o la retirada de la exclusividad no suponen una pérdida total de los clientes del agente por lo que el cálculo habrá que hacerlo sobre los clientes realmente perdidos y siempre que resulte equitativamente procedente<sup>24</sup>.

---

<sup>22</sup> Así se refieren, a estos supuestos, FONTCUBERTA LLANES: “El contrato de distribución de bienes de consumo y la llamada indemnización por clientela, Madrid, 2009, pág. 173 y MARTÍNEZ SANZ “La indemnización por clientela en los contratos de agencia y de concesión, Madrid, 1998, pág. 135).

<sup>23</sup> En este sentido ver la Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid (Sección 12ª) núm. 831/2011 de 30 de noviembre, en la que se reconoce el derecho a la indemnización a un agente que se opuso a que el empresario principal hiciese un cambio unilateral de la zona geográfica. El principal rescinde el contrato lo que genera la indemnización por clientela y también la indemnización por daños y perjuicios por no observar el plazo de preaviso, si bien el quantum de las dos indemnizaciones reducido por el principio de equidad.

<sup>24</sup> Cuarto presupuesto de la indemnización por clientela contemplado en el artículo 28.1 LCA.

#### *4.2.2 Aportación de nuevos clientes o incremento sensible de las operaciones con la clientela preexistente*

En cuanto a la aportación de nuevos clientes, lo primero es analizar qué se entiende por clientela.

La RAE define la clientela como el conjunto de clientes de una persona o de un establecimiento y por cliente a la persona que utiliza con asiduidad los servicios de un profesional o empresa.

Por su parte MARTÍNEZ SANZ entiende por clientela “aquel círculo de personas que se sirven de un determinado empresario para satisfacer sus necesidades de un cierto producto o servicio con una asiduidad tal, que permite suponer que en el futuro seguirá sucediendo así”<sup>25</sup>.

Por lo que se refiere a la jurisprudencia, la Sentencia del Tribunal Supremo número 107/2003 de 19 de noviembre se refiere a la clientela como los “compradores o usuarios habituales”<sup>26</sup>.

De todo lo anterior se puede concluir que lo esencial para saber si nos encontramos con un cliente es la nota de asiduidad o de habitualidad, es decir, que la persona contrate los productos o los servicios de forma habitual o con asiduidad.

La nota de asiduidad o habitualidad será distinta según nos encontremos con un producto u otro, ya que por ejemplo, la frecuencia con la que se compra un champú para el pelo no es la misma que con la que se adquiere un automóvil nuevo. Como acertadamente afirma la sentencia anteriormente citada “no empece al razonamiento precedente (se refiere a la nota de habitualidad) el hecho de que, en los casos de los concesionarios o distribuidores de automóviles, o de otros objetos de gran duración, los pedidos sean distantes en el tiempo, pues no por ello deja de existir la fidelización de los clientes a aquellos, mantenida por las compras de esos productos con los habituales intervalos, según su propia naturaleza y las posibilidades económicas del adquirente”<sup>27</sup>.

---

<sup>25</sup> Vid. MARTÍNEZ SANZ: *“La indemnización por clientela en los contratos de agencia y concesión”*, Madrid, 1998, pág. 149 y 150.

<sup>26</sup> Ver su fundamento jurídico tercero.

<sup>27</sup> STS núm. 107/2003 de 19 de noviembre que resuelve el recurso de casación cuyo supuesto de hecho es la demanda efectuada por el agente de una empresa de automóviles contra ésta, en la que le reclama la indemnización por clientela tras la rescisión del contrato por la empresa automovilística.



Por otra parte, de acuerdo con el artículo 28.1 LCA, los clientes han de ser nuevos. Esto quiero decir que sólo computan para la indemnización por clientela aquellos clientes hechos por el agente un vez vigente el contrato de agencia. El calificativo de nuevo sólo se exige con respecto al empresario principal y no con respecto al agente, es decir, el agente puede perfectamente (y es habitual) aportar antiguos clientes suyos al empresario, lo cual no sería óbice para entender cumplido dicho presupuesto.

También es perfectamente válido que el agente aporte antiguos clientes del empresario principal pero que dejaron de serlo y que gracias a su intervención vuelvan a ser clientes del principal<sup>28</sup>.

En cuanto al aumento sensible de las operaciones con la clientela preexistente caben dos interrogantes. El primero de ellos se refiere al aumento de las operaciones el cual puede ser cuantitativo (aumento en el volumen de pedidos) o cualitativo (además del producto que venía adquiriendo el cliente, pasa a adquirir también otros productos pero del mismo género).

El segundo interrogante se plantea entorno al adverbio “sensiblemente”. Para MARTÍNEZ SANZ se refiere a que el aumento de las operaciones sea “esencial, es decir, de tal magnitud que pueda equipararse a la adquisición de un nuevo cliente”<sup>29</sup>.

Por su parte, la Sentencia del Tribunal Supremo núm. 560/2007 de 25 de mayo, equipara el incremento sensible de las operaciones a un incremento significativo de las mismas<sup>30</sup>.

En todo caso, habrá que estar al caso concreto para determinar si concurre el incremento sensible de las operaciones, ya que como expone TAPIA SÁNCHEZ, en una situación de crecimiento económico un incremento leve de las operaciones con la clientela preexistente no cumpliría dicho presupuesto y, por tanto, no daría lugar a la

---

<sup>28</sup> Vid. TAPIA SÁNCHEZ: “Aportación de nuevos clientes o incremento sensible de las operaciones como presupuesto para la indemnización por clientela en los contratos de distribución”, en AA.VV: *“Distribución comercial y Derecho de la competencia”*, España, 2001, pág.4 y también Vid. MARTÍNEZ SANZ: *“La indemnización por clientela en los contratos de agencia y concesión”*, Madrid, 1998, pág. 152.

<sup>29</sup> Vid. MARTÍNEZ SANZ: *“La indemnización por clientela en los contratos de agencia y concesión”*, Madrid, 1998, Pág. 164.

<sup>30</sup> Ver fundamento jurídico segundo de la STS núm. 560/2007 de 25 de mayo.

indemnización; pero este mismo supuesto en una coyuntura económica de recesión sí que podría calificarse como sensible y darse por cumplido dicho requisito<sup>31</sup>.

Por su parte, quien tiene que probar la existencia de estos presupuestos es el agente pues es quien lo alega. Así, por ejemplo, el Tribunal Supremo, en su sentencia núm. 358/2009 de 29 de mayo, entiende probado, tanto la aportación de nuevos clientes como la probabilidad de que la empresa siga obteniendo ventajas de la actuación del agente, en base “a la especial efectividad de la actuación profesional del agente, la larga duración de la relación contractual, el interés de la ahora recurrente en operar de modo directo en la zona de actividad atribuida a aquélla”<sup>32</sup>.

Por el contrario, la STS núm. 560/2007 de 25 de mayo, deniega la concesión de la indemnización por clientela porque considera que el agente no ha probado los presupuestos del artículo 28.1 LCA: “La sentencia recurrida observa que no se ha probado, al final de la relación de agencia, un incremento de clientes o de operaciones, que es lo que prevé la norma, en relación con la clientela anterior”<sup>33</sup>. Más adelante, la misma sentencia advierte que el incremento de clientes o de operaciones “se ha de determinar a través de una comparación entre la clientela en el momento inicial de la relación y en el momento final, y no comprende la situación anterior a la constitución de la relación de agencia, sin perjuicio de las situaciones específicas o de los pactos que puedan haberse alcanzado entre agente y empresario, cuya definición o contemplación en general es imposible en abstracto”<sup>34</sup>.

#### *4.2.3 Susceptibilidad de seguir produciendo ventajas sustanciales al empresario*

El siguiente presupuesto necesario para que se surja la indemnización por clientela es que la actividad desarrollada por el agente durante la vigencia del contrato sea susceptible de seguir produciendo ventajas sustanciales al empresario una vez extinguida la relación contractual.

Este presupuesto es una consecuencia directa del fin último del agente que es la promoción y en su caso la conclusión de relaciones comerciales de carácter estable y duradero que permitan producir ventajas al empresario incluso tras la salida del agente

---

<sup>31</sup> Vid. TAPIA SÁNCHEZ: “Aportación de nuevos clientes o incremento sensible de las operaciones como presupuesto para la indemnización por clientela en los contratos de distribución”, en AA.VV: “*Distribución comercial y Derecho de la competencia*”, España, 2001, pág.5.

<sup>32</sup> Ver fundamento jurídico segundo de la STS núm. 358/2009 de 29 de mayo

<sup>33</sup> Ver su fundamento jurídico segundo.

<sup>34</sup> Fundamento jurídico tercero.

de la relación contractual.

Lo primero que hay que ver es qué se entiende por el adjetivo sustancial. Algunos autores entienden que el adjetivo sustancial debe equipararse a beneficio, es decir, lo esencial es que la “clientela aporte beneficios al principal tras la finalización de las relaciones”<sup>35</sup>. Para otros autores lo sustancial se deriva de la “evolución experimentada por el volumen de cifra de negocios durante la vigencia del contrato”<sup>36</sup>.

Pero donde sí que se muestran de acuerdo es en que el adjetivo sustancial es indeterminado y su concurrencia habrá que determinarse caso por caso.

Lo particular de este presupuesto es que se está pidiendo al agente que pruebe una circunstancia que ocurrirá en el futuro con los problemas que ello supone, y junto con lo exiguo de los plazos de prescripción<sup>37</sup> para reclamar la indemnización, lo que hace prácticamente imposible su prueba.

Si los tribunales fueran estrictos a la hora de probar dicho presupuesto llevaría a la agente a una *probatio diabólica*. Por ello, la jurisprudencia establece que el presupuesto consistente en que la actividad del agente siga produciendo ventajas sustanciales al empresario "requiere una apreciación meramente potencial sobre la susceptibilidad de que el empresario continúe disfrutando de la clientela con aprovechamiento económico, lo que se traduce en un pronóstico razonable acerca de un comportamiento que no deja de ser probable por parte de dicha clientela”<sup>38</sup>. Además, los tribunales han ido perfilando una serie de presunciones que razonablemente hacen pensar que las relaciones comerciales seguirán una vez extinguido el contrato de agencia. Algunos de esos parámetros son, como se ha dicho en el presupuesto anterior, la larga duración de las relaciones contractuales, la efectividad del agente, el interés del principal en operar directamente en la zona atribuida al agente<sup>39</sup>, la evolución de las relaciones comerciales con otros clientes tras la terminación de relaciones similares en el pasado y demás circunstancias que se hayan de apreciar en el caso concreto.

---

<sup>35</sup>Vid. FONTCUBERTA LLANES: “El contrato de distribución de bienes de consumo y la llamada indemnización por clientela, Madrid, 2009, pág. 181.

<sup>36</sup> Vid. MARTÍNEZ SANZ: “La indemnización por clientela en los contratos de agencia y concesión”, Madrid, 1998, Pág. 168.

<sup>37</sup> Artículo 31 LCA: “La acción para reclamar la indemnización por clientela o la indemnización de daños y perjuicios prescribirán al año a contar desde la extinción del contrato”

<sup>38</sup> Sentencia del Tribunal Supremo de 21 de noviembre de 2005, de 7 de abril de 2003, de 30 de abril y 13 de octubre de 2004 y 23 de junio de 2005.

<sup>39</sup> Dichos parámetros aparecen en el fundamento jurídico segundo de la STS núm. 358/2009 de 29 de mayo.

A lo anterior hay que sumar, por ejemplo, que no es lo mismo una empresa que comercializa automóviles que otra que comercializa bebida ya que, en el segundo caso, será mucho más fácil probar este presupuesto puesto que el producto que comercializa, por su propia naturaleza, precisa de un suministro reiterado. O dicho de otra manera cuanto menor sea el tiempo que transcurre en la petición de pedidos mucho más fácil será la prueba de este presupuesto.

#### *4.2.4 Que la indemnización resulte equitativamente procedente*

El último requisito que se ha de cumplir es que la indemnización sea equitativamente procedente.

Dice el artículo 3.2 del Código Civil que “la equidad habrá de ponderarse en la aplicación de las normas, si bien las resoluciones de los Tribunales sólo podrán descansar de manera exclusiva en ella cuando la ley expresamente lo permita”. Pues bien este es uno de los pocos supuestos en los que Ley permite al juez acudir a la equidad para ver si procede la indemnización por clientela.

No es fácil analizar este presupuesto y ello debido a que la equidad es un concepto jurídico indeterminado. “La equidad ha sido considerada como el criterio de justicia que toma en consideración no sólo las ideas generales del Derecho y del sistema jurídico, sino también y especialmente las particularidad del caso concreto, siendo su función la de darle la solución más correcta desde el punto de vista moral y humano. Se trata, pues, de introducir una idea de flexibilidad en la aplicación de la norma para adaptarla realmente a todas las circunstancias concurrentes”<sup>40</sup>.

De acuerdo con lo anterior la equidad habrá de observarla en atención a las circunstancias que concurran en cada caso, y en concreto la Ley establece como circunstancias a valorar “la existencia de pactos de limitación de la competencia, por las comisiones que pierda o por las demás circunstancias que concurran” (artículo 28.1 LCA).

Por tanto las dos circunstancias recogidas por la ley son la existencia de pactos limitativos de la competencia y la pérdida de las comisiones.

En cuanto a la primera circunstancia, ésta se refiere a la existencia de pactos postcontractuales que impidan al agente realizar la misma actividad que venía haciendo

---

<sup>40</sup> Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid núm. 831/2011 de 30 de noviembre.

con el empresario principal tanto por su propia cuenta como por cuenta de un nuevo empresario.

Cabe destacar que la existencia o la inexistencia de pactos limitativos no es requisito esencial para que se dé la indemnización, utilizándose en la práctica para aumentar (en caso de que exista pacto postcontractual) o reducir (en el caso de que no exista tal pacto) el importe de la indemnización.

En el primer caso, es decir, cuando existen pactos limitativos de la competencia parece obvio el aumento de la cuantía ya que la concesión de la indemnización resulta más justa aún. Más problemático resulta el supuesto en que no exista tal pacto, ya que el simple hecho de que el agente entre en competencia con el empresario principal, bien por su cuenta o por cuenta ajena, no excluye de forma automática la concesión de la indemnización sino más bien sirve para apreciar una reducción en la cuantía pues como afirma la jurisprudencia: “el riesgo de que el agente aproveche los contactos entablados en el desarrollo del contrato de agencia que unió a las partes para el desenvolvimiento de las actuaciones a favor de otra empresa de la competencia es serio y evidente, de manera que, en el cálculo de probabilidades que siempre implica la concreción de la indemnización por clientela, bien pudiera ocurrir que quien se aproveche de la misma tras la extinción del contrato no sea por completo la empresaria anterior sino el propio agente. En todo caso, lo importante es que, no habiendo pacto de prohibición de competencia para después de concluido el contrato, la merma que, por la clientela, puede sufrir el agente es menor, pues nada le impide seguir aprovechándola”<sup>41</sup>.

Recordemos que la otra circunstancia a la que hace referencia la LCA es la pérdida de las comisiones. Lo primero que hay que averiguar es qué se entiende aquí por comisiones. Para MARTÍNEZ SANZ dichas comisiones se encuentran íntimamente vinculadas a la noción de pedido ulterior y “se refiere a aquellas operaciones futuras, que se

---

<sup>41</sup> Ver fundamento jurídico sexto de la sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid núm. 831/2011 de 30 de noviembre. Aquí el Juez de Primera Instancia utiliza dos criterios para la reducción de la cuantía indemnizatoria el primero, la realización paralela por el agente de otras actividades de agencia para otras marcas, que, en todo caso, no eran competitivas o concurrenciales con la de la demandada, aprovechando la misma infraestructura comercial y los mismos recursos humanos; la segunda, la infracción del pacto de no concurrencia, por cuanto, prácticamente sin solución de continuidad, cuando acabó el agente las relaciones con la empresaria demandada, comenzó a prestar los mismos servicios para otra entidad que realiza, -ésta sí-, una actividad de competencia directa con la demandada.

concluyan entre el empresario y los clientes aportados por el agente, y por las cuales el agente tendría derecho a percibir comisión en caso de prolongarse el contrato”<sup>42</sup>.

En la misma línea lo entiende FONTCUBIERTA LLANES que dice que lo que se valora con estas comisiones es que “los negocios formalizados en el pasado puedan revertir en beneficios o transacciones firmes de futuro de las cuales el agente ya no va a disfrutar”<sup>43</sup>.

Ambos llegan a la misma conclusión partiendo del artículo 13 LCA que regula la comisión del agente por los actos u operaciones concluidos con posterioridad a la extinción del contrato de agencia y siempre que haya intervenido el agente cuando todavía estaba vigente el contrato. Por tanto si este supuesto ya está regulado en dicho artículo parece lógico que el artículo 28.1 se refiera a otro tipo de comisiones.

En cuanto a la valoración de las comisiones pérdidas, nada dice la Ley al respecto pero parece lógico afirmar que habrán de ser valoradas aquellas comisiones hechas sobre las operaciones llevadas a cabo por el agente con los clientes nuevos que haya aportado y también cuando haya aumentado sensiblemente las operaciones con los clientes preexistentes, todo ello en relación con los demás requisitos del artículo 28 LCA.

Hasta aquí las dos circunstancias concretas previstas en el Ley, no obstante el artículo 28.1 LCA hace referencia “a las demás circunstancias que concurran”, por tanto establece una cláusula general en la que tienen cabida otras circunstancias que afectan a la equidad. Muy difícil resulta establecer una lista taxativa de todas las circunstancias que influyen en la valoración de la equidad puesto que habría que analizar el caso concreto.

No obstante, esto no es óbice para formular algunas circunstancias que sí que influyen en la determinación de la equidad y que son: la fuerza atractiva de la marca, la existencia o no de exclusividad territorial o de clientes, que el agente haya o no actuado con lealtad etc.

Otra circunstancia que influye en la equidad es la duración del contrato. La duración del contrato. Como hemos visto en los presupuestos anteriores, es importante a la hora de analizar la aportación de nuevos clientes, el aumento sensible de las operaciones con

---

<sup>42</sup> Vid. MARTÍNEZ SANZ: “La indemnización por clientela en los contratos de agencia y concesión”, Madrid, 1998, Pág. 204 y 205.

<sup>43</sup> Vid. FONTCUBERTA LLANES: “El contrato de distribución de bienes de consumo y la llamada indemnización por clientela, Madrid, 2009, pág. 188 y 189.

los clientes preexistentes y también para este presupuesto puesto que, una larga duración del contrato presupone que la relación entre empresario principal y agente ha sido una relación estable y fluida, y que el agente ha actuado diligentemente.

En esta línea anterior se mantiene la postura de FONTCUBIERTA LLANES al afirmar que: “no concurren idénticas circunstancias en un escenario en el que el agente ha mantenido una vinculación de décadas con el principal, y por tanto con la clientela, que en un supuesto en el que la relación de agencia ha sido esporádica puesto que en este caso la probabilidad de general clientela o mantener la existente parece a priori muy limitada”<sup>44</sup>.

En cambio la postura de MARTÍNEZ SANZ es mucho más matizada ya que este autor entiende que “dada la imposibilidad de prescindir de las concretas circunstancias que rodean cada caso concreto, parece más correcto entender que la duración del contrato, *per se*, es irrelevante a los fines de determinar si la compensación resulta o no equitativa. Sería, si se quiere, un dato neutro a estos efectos”<sup>45</sup>.

## 5. LA CUANTÍA DE LA INDEMNIZACIÓN POR CLIENTELA

No se trata en este capítulo de analizar todo el procedimiento para concretar la cuantía indemnizatoria. En primer lugar, porque no forma parte del objeto y del fin de este trabajo y, en segundo lugar, porque son a los tribunales los competentes para fijar la cuantía en atención a las circunstancias particulares de cada caso.

Además existen dos circunstancias que dificultan notablemente esta tarea. La primera se refiere a los presupuestos materiales de la indemnización por clientela, ya que resulta muy difícil probar dichos presupuestos así como su alcance. Y la segunda dificultad reside en que la Ley no dice nada al respecto, solamente dedica un punto de un artículo a este tema en el cual fija un máximo de la cuantía, en concreto reza el artículo 28.3 LCA que: “La indemnización no podrá exceder, en ningún caso, del importe medio anual de las remuneraciones percibidas por el agente durante los últimos cinco años o, durante todo el período de duración del contrato, si éste fuese anterior”.

Con todo este panorama resultaría muy atrevido intentar fijar un procedimiento. Lo

---

<sup>44</sup> Vid. FONTCUBIERTA LLANES: “El contrato de distribución de bienes de consumo y la llamada indemnización por clientela, Madrid, 2009, pág. 189.

<sup>45</sup> Vid. MARTÍNEZ SANZ: “La indemnización por clientela en los contratos de agencia y concesión”, Madrid, 1998, Pág. 225.

que pretendemos en este capítulo es solamente exponer unas notas generales sobre el *quantum* de la indemnización.

El primer tema a tratar es si existe posibilidad alguna de excluir la indemnización o aminorar la cuantía. En cuanto a la exclusión de la indemnización la respuesta es taxativa. No se puede excluir contractualmente la indemnización por clientela, por tanto cualquier cláusula que contravenga el artículo 28 de la LCA es nula y esto debido a que el artículo 3 del mixto texto legal declara el carácter imperativo de los preceptos de la Ley a no ser que en ellos se disponga otra cosa, que no ocurre en este caso.

Tampoco sería válida la renuncia anticipada por parte del agente a la indemnización contemplada en el artículo 28 LCA: “la renuncia a la indemnización por clientela recogida en una de las estipulaciones contractuales incide en nulidad absoluta por ser contraria a norma imperativa”<sup>46</sup>.

Por su parte, la importante Sentencia del Tribunal Supremo núm. 582/2010 de 8 de octubre declara que “la fijación de la suma indemnizatoria por clientela sólo es posible una vez finalizada la relación contractual de agencia, pues cualquier pacto anterior limita o puede limitar el acceso del agente al máximo legalmente previsto, que a su vez sólo es posible conocer al finalizar la relación” y sigue diciendo que “cualquier pacto anterior a la finalización de la relación comercial enmascara una renuncia parcial al derecho que la Ley le reconoce al Agente Comercial” y todo ello en base a “que el legislador español dio carácter imperativo a todo el articulado de aquélla”<sup>47</sup>.

La segunda cuestión es si es posible la graduación del importe de la indemnización en la relación contractual. Para resolver esta cuestión vamos a utilizar esta última Sentencia en la que se discute sobre la validez de una cláusula que impedía al agente llegar al máximo legal previsto en el artículo 28.3 LCA. Dicha sentencia declara nula la cláusula y además casa en su totalidad la sentencia recurrida ya que tanto ésta como la de primera instancia establecieron que la cláusula litigiosa que impedía al agente llegar al límite máximo establecido por la Ley, “no se opone a ninguna norma imperativa porque de los preceptos a considerar únicamente resultaba, de un lado, la imposibilidad de renunciar de manera anticipada a la indemnización por clientela, mas no a graduarla, y de otro, un límite

---

<sup>46</sup> Ver fundamento jurídico de la sentencia del Tribunal Supremo núm. 19/2003 de 27 de enero. En ella se discute la concurrencia o no de la indemnización al caso puesto que el agente había renunciado anticipadamente a ella en una cláusula contractual. La Sentencia falla que dicha cláusula es contraria a Derecho.

<sup>47</sup> Fundamento jurídico tercero.



máximo a esa indemnización”<sup>48</sup>.

En conclusión serían nulas aquellas cláusulas contractuales que excluyesen la indemnización y además aquellas que graduasen el *quantum* indemnizatorio impidiendo al agente llegar al máximo legal establecido en el artículo 28.1 LCA.

La última cuestión a la que nos vamos a referir en este sucinto capítulo es si la equidad contemplada en el artículo 28.1 LCA es extensible a la cuantía indemnizatoria, es decir, si es posible usar la equidad para fijar la cuantía indemnizatoria. La respuesta es afirmativa y podemos poner como ejemplo la Sentencia del Tribunal Supremo núm. 341/2012 de 31 de mayo que dice: “el juicio de equidad en la determinación de la procedencia de la indemnización por clientela previsto en el apartado 1 del artículo 28 LCA debe alcanzar también a la fijación de su importe, sin perjuicio de que en todo caso deba respetar del límite legal contenido en el apartado 3”<sup>49</sup>.

## **6. SUPUESTOS DE INEXISTENCIA DEL DERECHO A LA INDEMNIZACIÓN**

Los supuestos en los que no existe la indemnización por clientela se encuentran contemplados en el artículo 30 LCA y son:

1. Cuando el empresario extinga el contrato de agencia porque el agente no cumpla con las obligaciones legales y contractuales que le son exigibles.

El incumplimiento ha de ser interpretado en el sentido de que tiene que ser grave o reiterado<sup>50</sup>.

2. Cuando el agente, con carácter general denuncie unilateralmente el contrato, salvo que la denuncia tenga como causa el incumplimiento de las obligaciones del empresario, o se funde en la edad, la invalidez o la enfermedad del agente y no pueda exigírsele razonablemente la continuidad de sus actividades.
3. Cuando, con el consentimiento del empresario, el agente hubiese cedido a un

---

<sup>48</sup> Ver fundamento jurídico segundo.

<sup>49</sup> Fundamento jurídico quinto.

<sup>50</sup> Vid. MARTÍNEZ SANZ: “La indemnización por clientela en los contratos de agencia y concesión”, Madrid, 1998, Pág. 245.

tercero los derechos y las obligaciones de que era titular en virtud del contrato de agencia.

Este supuesto se refiere al caso en que el agente ceda onerosamente el contrato a un tercero, ya que si no se excluyese la indemnización en este caso, el agente podría cobrar dos veces por el mismo concepto; se trata en definitiva de “evitar duplicar el pago por un mismo concepto”<sup>51</sup>.

## 7. EL CONTRATO DE CONCESIÓN

### 7.1 Concepto

El contrato de concesión, también llamado contrato de venta en exclusiva, contrato de distribución de productos con pacto de exclusiva<sup>52</sup> o de distribución en exclusiva<sup>53</sup>, carece de tipicidad legal en nuestro ordenamiento jurídico. Sin embargo, de la doctrina y jurisprudencia, se puede extraer que el contrato de concesión es aquel contrato en virtud del cual, un empresario (concedente o distribuidor) se compromete, a cambio de contrapartida, a promover en nombre y por cuenta propia, la reventa de los productos de otro empresario (fabricante o concedente) en un territorio determinado, integrándose el concesionario en la red distributiva del concedente.

En virtud del contrato de concesión, los concedentes fraccionan el mercado en zonas geográficas y éstas son asignadas a sus concesionarios o distribuidores en exclusiva.

Por tanto, las dos partes del contrato de concesión son el concedente y el concesionario.

El concedente es el empresario que vende sus productos a la empresa que integra en su red de distribución (concesionario) para que ésta comercialice los productos de manera exclusiva. Además, a través de la dirección y coordinación de la red de distribución, se asegura que los productos se comercialicen de manera uniforme y atendiendo a las directrices dictadas por él.

---

<sup>51</sup> Vid. MARTÍNEZ SANZ: *“La indemnización por clientela en los contratos de agencia y concesión”*, Madrid, 1998, Pág. 265.

<sup>52</sup> Así aparece designado en la Sentencia del Tribunal Supremo de 22 de marzo de 1988.

<sup>53</sup> Sentencia del Tribunal Supremo núm. 547/2013 de 2 de octubre.

El concesionario es el que pone a disposición sus medios materiales y personales para la correcta comercialización de los productos del concedente. Una característica esencial del concesionario es que actúa en nombre propio y por su cuenta, quedando su patrimonio afecto a la actividad comercial que desarrolla.

Es habitual que se ponga acento al carácter *intuitu personae* que poseen los contratos de distribución. Así queda plasmado en muchas ocasiones por la jurisprudencia: “Dado el *intuitu personae* que juega en los contratos de distribución de productos con pacto de exclusividad, por la repercusión que en el patrimonio de cada contratante puede ocasionar la inactividad o falta de diligencia del otro...”<sup>54</sup>. De ahí que la selección de los concesionarios se haga sobre criterios de diversa índole como pueden ser las circunstancias patrimoniales, financieras etc.

## 7.2 Similitudes y diferencias entre el contrato de concesión y el contrato de agencia

En primer lugar vamos a analizar las similitudes entre ambos contratos.

La primera clara similitud es que ambos contratos se enmarcan dentro de los contratos de colaboración entre empresarios o de gestión de intereses ajenos. Siendo esta premisa cierta también lo es que el grado de colaboración es distinto puesto que el agente se obliga a la promoción y en su caso conclusión de operaciones de comercio por cuenta ajena y en nombre ajeno, pero nunca en nombre propio<sup>55</sup>.

En cambio el concesionario adquiere en firme las mercancías y posteriormente las vende por cuenta y en nombre propio.

Otra similitud es que ambos contratos son de carácter duradero y estable. El fin último de los dos contratos es la creación de relaciones comerciales duraderas y estables. Además tanto el agente como concesionario llevan a cabo una actividad de promoción de los productos del concedente (en caso del contrato de concesión) o del empresario principal (en caso del contrato de agencia). Consecuencia de esto es que en ambos contratos los distribuidores actúan en interés del concedente.

Como hemos advertido antes, el contrato de concesión es un contrato que se basa en

---

<sup>54</sup> Sentencia del Tribunal Supremo de 22 de marzo de 1988.

<sup>55</sup> Para Martínez Sanz, tanto el contrato de concesión como el de agencia e incluso el de franquicia se enmarcan dentro “de un Derecho de la distribución comercial, como categoría con sustantividad propia”. Vid. MARTÍNEZ SANZ: “La indemnización por clientela en los contratos de agencia y concesión”, Madrid, 1998, pág. 28, 29 y 322.

el *intuitu personae* y también lo es el contrato de agencia. Una muestra de ello es que la muerte del agente provoca la extinción (artículo 29 LCA).

En cuanto a las diferencias entre ambos contratos son:

1. La principal diferencia entre el agente y el concesionario, es que el agente representa al empresario principal y su labor consiste en la promoción, y en su caso la conclusión, pero siempre por cuenta y en nombre ajeno. De tal manera que las relaciones contractuales se producen directamente entre el tercero y el principal.

En el contrato de concesión no ocurre así. Como reiteradamente ha dicho la jurisprudencia “el concesionario o distribuidor actúa en nombre y por cuenta propia, de modo que su objeto se circunscribe a la reventa de los productos del concedente”<sup>56</sup>. Por tanto el concesionario actúa siempre en nombre propio y por cuenta propia, es decir, adquiere en firme las mercancías del concedente para su posterior reventa. De tal manera que el negocio se entabla directamente entre el distribuidor y sus clientes, sin que el concedente sea parte de la relación obligatoria. Sin embargo no puede obviarse que el distribuidor, además de actuar en nombre propio, actúa en interés del concedente.

2. En cuanto al sistema de remuneración es distinto según nos encontremos ante un agente o ante un concesionario. El agente es remunerado por el principal a través de una cantidad fija, de una comisión o una combinación de ambos sistemas (art. 11 LCA).

En cambio la remuneración del concesionario consiste en el margen de reventa, es decir, la diferencia entre el precio por el que compra el producto y el precio por el que lo vende (precio de reventa).

3. El agente, salvo pacto en contrario, no asume el riesgo y ventura de las operaciones en la que interviene. Sin embargo, los concesionarios asumen siempre el riesgo y ventura de estas operaciones ya que actúan en nombre propio.

---

<sup>56</sup>Sentencia del Tribunal Supremo núm. 920/2007 de 20 de julio y en las que en ésta se citan.

### **7.3 Pacto de exclusiva**

El pacto de exclusiva es una cláusula muy frecuente en el contrato de concesión. Por su parte este pacto puede ser unilateral o recíproco y cuando ocurre esto último, el concesionario sólo podrá comprar y revender los productos del concedente y a su vez, el concedente se compromete a transferir al concesionario la exclusividad sobre una zona determinada, es decir, el concedente no podrá nombrar más distribuidores que el concesionario en la zona geográfica en cuestión.

Al ser tan frecuente la inclusión de esta cláusula de exclusividad en los contratos de concesión, se plantea la duda de si dicha cláusula es un elemento esencial del contrato o accidental. Pues bien la respuesta es que solamente es un elemento natural de este tipo de contratos porque su fin es la distribución de bienes o servicios y esto se puede llevar a cabo con o sin pacto de exclusividad<sup>57</sup>.

## **8. EXTENSIÓN ANALÓGICA DE LA INDEMNIZACIÓN POR CLIENTELA DE LOS CONTRATOS AGENCIA A LOS CONTRATOS DE CONCESIÓN**

### **8.1 Corrientes justificadoras de la aplicación analógica de la indemnización por clientela**

Como el contrato de concesión es atípico en nuestro ordenamiento jurídico, se plantea una cuestión que ha sido objeto de un debate intenso, tanto en la jurisprudencia como en la doctrina, y es si es posible extender analógicamente la regulación del contrato de agencia al contrato de concesión.

En este trabajo únicamente nos vamos a referir a la posible aplicación analógica de la indemnización por clientela prevista en el artículo 28 LCA a los contratos de concesión y no, por tanto, a la posible aplicación analógica de otros preceptos de la LCA al contrato de concesión.

Antes de nada, conviene hacer una pequeña referencia al instituto de la analogía. Es frecuente que en los ordenamientos jurídicos existan lagunas o supuestos que no han sido objeto de regulación. Cuando se plantea un problema en relación a estos supuestos no regulados, el juez debe dar una solución y para ello posee diferentes

---

<sup>57</sup> Vid. MORALEJO MENÉNDEZ. *“El contrato mercantil de concesión”*, Cizur Menor (Navarra), 2007, pág. 119.

mecanismos siendo uno de ellos la analogía. Por tanto, la analogía se concibe como un método de integración del ordenamiento jurídico consistente en aplicar la solución prevista para un supuesto contemplado a otro supuesto similar o análogo no previsto.

Ésta puede ser de dos tipos: analogía *iuris* o analogía *legis*.

- La analogía *iuris* consiste en resolver un supuesto de la realidad, no contemplado o insuficientemente regulado, acudiendo a los principios generales del Derecho.
- Por su parte, la analogía *legis* opera de la misma forma que la anterior pero aquí el juzgador no aplica principios generales sino una ley vigente que regula una realidad distinta pero análoga, similar, o semejante al supuesto de hecho no contemplado.

En nuestro Derecho la analogía aparece en el artículo 4 CC, el cual establece que: “1. Procederá la aplicación analógica de las normas cuando éstas no contemplen un supuesto específico, pero regulen otro semejante entre los que se aprecie identidad de razón. 2. Las leyes penales, las excepcionales y de ámbito temporal no se aplicarán a supuestos ni en momentos distintos de los comprendidos expresamente en ellas. 3. Las disposiciones en este Código se aplicarán como supletorias en las materias regidas por otras leyes”.

De aquí se extraen los requisitos que exige el artículo 4 CC:

1. Que un supuesto de hecho no esté contemplado en nuestro ordenamiento jurídico.
2. Que sí esté regulado otro supuesto semejante.
3. Que entre ambos supuesto exista identidad de razón.
4. Que no se trate de leyes penales, excepcionales o de ámbito temporal.

El principal escollo a la hora de la extensión analógica de la indemnización por clientela ha sido el requisito de la semejanza y el de la identidad de razón. Sobre todo éste último ya que, como hemos visto anteriormente en el concepto de la indemnización por clientela, la naturaleza jurídica de esta indemnización no era una cuestión pacífica.

Recordemos que había tres corrientes principales: aquella que se basaba en el carácter tuitivo o social de la indemnización, los que defendían que tenía un carácter remuneratorio o compensatorio, y la teoría de la indemnización sin causa o injusto.

La cuestión de la naturaleza jurídica de la indemnización es importante ya que para poderla extender al contrato de concesión será necesario que tengan una misma naturaleza.

En primer lugar, como vimos anteriormente, existe un mayor consenso a la hora de rechazar el carácter social o tuitivo de la indemnización por clientela<sup>58</sup> por lo que no nos detendremos en esta teoría.

Donde nos detendremos de una forma más pormenorizada es en las otras dos teorías o corrientes.

En primer lugar haremos referencia a la teoría remuneratoria o compensatoria. Recordemos de manera sucinta que para quienes defendían esta teoría, la clientela era una suerte de activo común del empresario y del agente, y que tras la marcha del agente, la clientela iba a ser aprovechada por el empresario principal por lo que éste debía compensar al agente. Pues bien algunos autores defienden que en el contrato de concesión ocurre lo mismo.

Para MARTÍNEZ SANZ: “el concesionario, a lo largo de la vigencia del contrato, y a través de esa labor de promoción, habrá generado sin duda una clientela que, si desde un punto de vista jurídico puede considerarse suya (en definitiva revende en nombre propio), económicamente beneficia también al concedente. En consecuencia, podría afirmarse que durante la vigencia del contrato existe una suerte de activo común que se ve roto al producirse la extinción del vínculo contractual”<sup>59</sup>.

Otros autores defienden esta misma postura: “En estos negocios se lleva a cabo una actuación de ambas partes para la realización de un interés común que pueda llegar a cristalizar en la constitución de un activo de titularidad compartida cuya liquidación procede una vez extinguido el contrato. Este activo común que es la clientela asociada a la marca del concedente (cuando su creación, consolidación, o aumento hubiera contribuido el concesionario) llegado el

---

<sup>58</sup> Ver en este sentido FONTCUBERTA LLANES: *“el contrato de distribución de bienes de consumo y la llamada indemnización por clientela”*, Madrid, 2009, pág. 225; y MARTÍNEZ SANZ: *“La indemnización por clientela en los contratos de agencia y concesión”*, Madrid, 1998, pág. 99 y 100).

<sup>59</sup> MARTÍNEZ SANZ: *“La indemnización por clientela en los contratos de agencia y concesión”*, Madrid, 1998, pág. 301 y 302.

momento de la extinción del vínculo contractual, queda, sin embargo, para el disfrute exclusivo del fabricante bien sea directamente o indirectamente a través de la actuación de otro distribuidor<sup>60</sup>.

Esta teoría también ha sido asumida por alguna Sentencia del Tribunal Supremo, como puede ser la Sentencia núm. 547/2013 de 2 de octubre que afirma: “No en vano, la referida medida (Indemnización por clientela), más que indemnizatoria, es retributiva o compensatoria en cuanto dirigida a compensar una labor de generación de clientela para el productor o mayorista, de la que este pueda seguir disfrutando una vez extinguido el contrato<sup>61</sup>”.

No obstante, una crítica que se ha hecho a estos planteamientos es que la clientela no es común a ambos empresarios sino que, como el concesionario revende los productos en nombre propio, la clientela generada pertenecería sólo a él por lo que no produciría ventajas sustanciales al concedente una vez finalizado el contrato. Conviene recordar que el concesionario o distribuidor no sólo actúa en interés suyo sino también en el del concedente y, por tanto, concurre también la nota de gestión de intereses ajenos aunque no tan marcadamente como en el caso de la agencia. Además el elemento verdaderamente importante no es que el distribuidor adquiere en nombre propio sino que el distribuidor compra para promover la distribución de los productos del concedente entre el público<sup>62</sup>. Por tanto es esta nota de promoción la que se asemeja al contrato de agencia por la que muchos autores defienden la aplicación analógica de la indemnización al distribuidor en exclusiva o concesionario<sup>63</sup>.

En cuanto a la teoría del enriquecimiento sin causa, ésta justifica la aplicación analógica de la indemnización por clientela por el injustificado enriquecimiento o ventaja adquirida por el concedente, una vez extinguido el contrato, enriquecimiento que no es correlativo con el empobrecimiento del distribuidor, ya que el activo empresarial creado por el distribuidor va a ser aprovechado únicamente por el concedente.

La mayoría de la jurisprudencia ha recurrido a la figura del enriquecimiento injusto para

---

<sup>60</sup> Vid. MORALES MENÉNDEZ. “*El contrato mercantil de concesión*”, Cizur Menor (Navarra), 2007, pág. 119.

<sup>61</sup> Ver su fundamento de Derecho tercero.

<sup>62</sup> Esta nota permite diferenciar al contrato de concesión del contrato de suministro ya que aquí se adquiere los productos para satisfacer sus necesidades.

<sup>63</sup> Entre ellos se encuentran MARTÍNEZ SANZ: “*La indemnización por clientela en los contratos de agencia y concesión*”, Madrid, 1998, y MORALES MENÉNDEZ. “*El contrato mercantil de concesión*”, Cizur Menor (Navarra), 2007, pág. 11



extender analógicamente la indemnización por clientela como más adelante veremos.

También hay autores que se oponen a la aplicación analógica de la indemnización al contrato de concesión. Es el caso de FONTCUBERTA LLANES que afirma que “las diferencias entre ambos negocios hacen imposible la identificación de un contrato con otro, ni siquiera por vía de la semejanza, ni la apreciación de identidad de razón, lo que nos lleva inequívocamente, en la línea con la doctrina del Tribunal Constitucional, a rechazar la analogía como medio para solucionar la cuestión que nos ocupa”. Además sostiene que cuando el distribuidor accede a obligarse con el proveedor asume el riesgo de la “terminación y sus consecuencias” y de no ser aceptado el riesgo, éste se trasladaría al proveedor la que según este autor “carece de lógica y justificación”<sup>64</sup>.

En conclusión podemos decir que tanto los que fundamentan la indemnización en el carácter retribuido o compensatorio de la misma, como aquellos que defienden que el fundamento se encuentra en el principio general del Derecho del enriquecimiento injusto o sin causa, defienden la aplicación analógica de la indemnización. Por tanto, vamos a dejar a un lado los debates en torno a la naturaleza jurídica de la indemnización y del contrato de concesión para centrarnos en los requisitos que exige la jurisprudencia para poder aplicar a los contratos de concesión las consecuencias de la indemnización por clientela.

## **8.2 Carácter imperativo de la indemnización**

Antes de estudiar los presupuestos para la aplicación analógica de la indemnización conviene responder a una cuestión importante y es a la referida al carácter imperativo del artículo 28 LCA. Los tribunales han aplicado analógicamente la indemnización por clientela a los contrato de concesión, pero no podemos olvidar que el artículo 28 LCA es imperativo por mandato del artículo tercero de la misma. Por tanto, la cuestión a responder aquí es si resulta trasladable esa imperatividad a los casos de concesión.

La relevancia de esta cuestión es muy importante pues de considerarse que también se aplica analógicamente el carácter imperativo de la norma, supondría declarar nulo cualquier pacto que excluyese la indemnización por clientela en los contratos de concesión.

---

<sup>64</sup> Ver en este sentido FONTCUBERTA LLANES: *“el contrato de distribución de bienes de consumo y la llamada indemnización por clientela”*, Madrid, 2009, pág. 258, 259 y 281.

No podemos olvidar que el contrato de concesión es un contrato atípico, que por lo tanto son las partes las que libremente pactan el contenido del contrato y ello en base al artículo 1255 del Código Civil que establece que: “los contratantes pueden establecer los pactos, cláusulas y condiciones que tengan por conveniente, siempre que no sean contrarios a las leyes, a la moral, ni al orden público”.

Por tanto parece que en un primer momento, el establecimiento de cláusulas que excluyan la indemnización debería considerarse válidas en base a la autonomía de la voluntad. Lo mismo sostiene MARTÍNEZ SANZ: “cuando se alude a que el contrato de concesión es atípico, se está afirmando implícitamente que viene regido, en primera instancia, por la regulación negocial establecida por las partes. Por tanto, sólo subsidiariamente, en defecto de pacto, o cuando esta regulación resulte insuficiente y presente lagunas, está justificada la búsqueda y aplicación de la normativa propia de un contrato típico”<sup>65</sup>

Por lo que se refiere a la jurisprudencia, ha habido múltiples pronunciamientos sobre esta cuestión. Podemos poner como ejemplo la Sentencia del Tribunal Supremo núm. 237/2002 de 18 de marzo. En esta sentencia los hechos giran en torno a la existencia de una cláusula contractual que faculta a las partes a desistir unilateralmente del contrato y además dicha resolución no generaría derecho a ningún tipo de indemnización. Pues bien señala el Tribunal que “tal cláusula se califica de clarísima, careciendo en absoluto de ambigüedad, por lo que ha de ser cumplida por las partes, que la han pactado dentro del marco de la autonomía de la voluntad, por cuanto la misma no vulnera ni la ley, ni la moral, ni el orden público”<sup>66</sup>.

Más clara es aún la Sentencia núm. 920/2007 de 20 de julio que dice literalmente que: “La aplicación analógica expresada se circunscribe a la perspectiva del art. 28 LCA, pero no a la Ley en su integridad, que, como norma especial, concreta su ámbito al contrato de agencia. Por ello, aún cuando la indemnización por clientela es de aplicación imperativa para dicho contrato (art. 3.1 LCA), y, por consiguiente, no es renunciable en el contrato, sin embargo tal imperatividad no es extensible a otros contratos distintos del de agencia. Los contratos de concesión y distribución se regulan por el régimen pactado (arts. 1.091 y 1.255 CC), siendo perfectamente válido el pacto contractual de exclusión de cualquier tipo de indemnización, porque no vulnera la ley, la moral, ni el orden público”<sup>67</sup>.

---

<sup>65</sup> Entre ellos se encuentran MARTÍNEZ SANZ: “*La indemnización por clientela en los contratos de agencia y concesión*”, Madrid, 1998, pág. 329 y ss.

<sup>66</sup> Fundamento jurídico tercero.

<sup>67</sup> Vid. Fundamento jurídico segundo.

Como conclusión a esta cuestión podemos asegurar que sólo en los casos en que no se excluya la indemnización podemos acudir analógicamente a la indemnización por clientela.

Surge aquí una cuestión añadida y es la de si todas las causas de extinción del contrato de concesión (siempre que no se excluya contractualmente la indemnización) originan el derecho a la indemnización por clientela.

Por lo que respecta a la jurisprudencia, la ya citada STS de 22 de marzo de 1988 afirma que: “la revocabilidad de los contratos de concesión en exclusiva establecidos sin límite temporal por la sola voluntad de uno de los contratantes debe entenderse sin perjuicio de las consecuencias de todo orden, singularmente indemnizatorias, que podrán acompañar a la actuación de la parte que decidiere abusivamente la resolución del vínculo”<sup>68</sup>.

Por su parte, la STS núm. 204/2004 de 18 de marzo sostiene que “lo cierto y verdad es que el hilo conductor de la jurisprudencia, cuando se trata de indemnizar al distribuidor por extinción del contrato debida a la voluntad unilateral del concedente debidamente comunicada con la antelación pactada, está en supeditar esa indemnización a que la decisión del concedente haya sido abusiva o de mala fe”<sup>69</sup>.

Y por último, la STS núm. 920/2007 de 20 de julio sostiene que “El enriquecimiento es injustificado, cuando la extinción del contrato no es atribuible a la voluntad o conducta del concesionario, por lo que se excluye la compensación pecuniaria cuando la ruptura del vínculo deriva del mutuo disenso, o del disentimiento unilateral del distribuidor por terminación de su actividad empresarial u otra circunstancia no imputable al concedente, o por resolución contractual a instancia del concedente por incumplimiento del concesionario o distribuidor”<sup>70</sup>.

Como conclusión podemos afirmar que la indemnización surgirá en aquellos contratos de concesión en los que no se haya excluido la indemnización expresamente o que no se haya pactado nada y, además, siempre y cuando la extinción se deba a una conducta abusiva o maliciosa del concedente o haya sido el concesionario quien extinga el contrato pero por una causa imputable al concedente.

### **8.3 Presupuestos para que se dé la indemnización por clientela en el contrato de concesión**

Al ser el de concesión un contrato atípico, los presupuestos que dan origen a esta

---

<sup>68</sup> Fundamento jurídico tercero.

<sup>69</sup> Fundamento jurídico cuarto.

<sup>70</sup> Vid. Fundamento jurídico segundo.

indemnización han sido perfilados jurisprudencialmente. Por lo que consideramos oportuno analizar alguna de las sentencias más representativas para extraer, de todas ellas, dichos presupuestos.

Las primeras sentencias que reconocieron al concesionario la indemnización por clientela lo hacen en base a la analogía *iuris*, y en concreto aplicaron analógicamente la figura del enriquecimiento injusto, como principio general del Derecho, para conceder dicha indemnización al distribuidor. Una de las sentencias más representativas de esto es la STS de 22 de marzo de 1988.

En este caso el concedente resolvió unilateralmente el contrato con su distribuidor en exclusiva y éste último presenta demanda contra él. La cuestión aquí es si en el contrato de concesión en exclusiva, que como sabemos es un contrato atípico, se puede dar la indemnización por clientela. En este sentido el Tribunal Supremo establece lo siguiente: "...que como consecuencia de la doctrina jurisprudencial anteriormente anotada debe concluirse que, 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 sé 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, en términos de mayor generalidad, se hubiera deducido abusivamente la resolución del vínculo, 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. Tercera: Que en el supuesto que nos ocupa no puede entenderse que la resolución recurrida, aceptando la doctrina jurisprudencial anteriormente reseñada, en orden a la posibilidad de resolución del contrato de agencia en exclusiva, y tras de anotar que por no existir un deber contractual infringido no puede hablarse de responsabilidades indemnizatorias por la falta de concesión de preaviso, y haciendo constar la carencia de justa causa en la resolución unilateral llevada a cabo por «Solac, S. A.» (la distribuidora), así como «el aprovechamiento subsiguiente por este de las ventajas comerciales conseguidas por «Representaciones Alfredo Antón, S. L.» y entre ellas la captación de la clientela alcanzada a lo largo de seis años y de un año, respectivamente, de exclusiva» acuerda la concesión de sendas indemnizaciones por valor de 1.394.016 y 450.000 pesetas, sin que tal declaración suponga ni la infracción de la doctrina jurisprudencial, ya que la concesión de la indemnización no se basa, como ya se apuntó, en la responsabilidad por resolución unilateral

del contrato, sino en el aprovechamiento subsiguiente por parte de la demandada, de la captación de clientela realizada por la actora”<sup>71</sup>

En esta pionera e importante sentencia el Tribunal fundamenta su decisión en el enriquecimiento sin causa. Como notas esenciales en esta Sentencia podemos recalcar:

- El tribunal establece que en la resolución del contrato unilateralmente observándose los plazos de preaviso o no, “no puede en modo alguno excluirse la consecuencia indemnizatoria”, pues como señala el tribunal esta indemnización no se basa en la resolución unilateral sino en el posterior disfrute del concedente de la captación de la clientela realizada por el concesionario.
- Que lo realmente importante es que la resolución vaya seguida de un disfrute por parte del empresario de la clientela aportada por el concesionario, supuestos en los que la doctrina sostiene la existencia de un enriquecimiento por parte del concedente de la exclusiva que habrá de ser compensado al concedente, si no queremos que pueda ser calificado de enriquecimiento injusto o sin causa.

Tras la promulgación de La Ley 12/1992, de 27 de mayo, sobre Contrato de Agencia, la jurisprudencia se basó en la analogía *legis* para reconocer al concesionario la indemnización o compensación por clientela.

Por tanto, es a partir de esta Ley cuando los tribunales paulatinamente fueron reconociendo cada vez más la indemnización a favor de los concesionarios. Un ejemplo que recoge muy bien esta jurisprudencia lo constituye la STS de 6 de noviembre de 2006. En su fundamento jurídico séptimo explica las diferencias entre el contrato de agencia y el de concesión: “el contrato de agencia tiene por objeto la promoción de actos u operaciones de comercio y es básica la independencia del agente, mientras que en el de distribución, el concesionario o distribuidor actúa en su nombre y por cuenta propia”.

Posteriormente se señala que “no procede en términos generales la aplicación analógica del artículo 28 de la Ley sobre el Contrato de Agencia a ningún otro supuesto ni puede resultar automática su aplicación a contratos como el de distribución y similares. Lo cual no excluye que cuando exista identidad de razón, es decir, cuando se pruebe que se ha creado una clientela

---

<sup>71</sup> Fundamento jurídico cuarto.

que resulte de aprovechamiento para el principal, sea aplicable esta disposición, aunque deba examinarse en todo caso de quién resulta cliente, puesto que en los supuestos de fidelidad a la marca distribuida, esta clientela no podrá ser imputada al distribuidor”.

Esto último es importante porque pone el acento a que sólo en los casos en que exista identidad de razón será posible la aplicación analógica de la Ley de Agencia. Esta sentencia aprecia identidad de razón cuando se prueba que el distribuidor ha creado una clientela susceptible de producir ventajas al concedente.

Esta sentencia viene a asumir lo proclamado en la Sentencia del Tribunal Supremo núm. 204/2004 de 18 de marzo que en su fundamento jurídico quinto afirma que: “en definitiva, sostener que el concesionario tiene derecho a indemnización por clientela en todo caso y a todo trance, es decir incluso cuando no ha habido abuso ni mala fe del concedente y en el contrato se han convenido un plazo de preaviso más que razonable y la exclusión de cualquier tipo de indemnización, equivale a desconocer que la captación de clientes durante la vigencia del contrato no es sino una de las prestaciones propias, en realidad la más característica, del concesionario, quien al asumir la obligación de promover las ventas de los productos del concedente debe una prestación de la que no sólo resulta beneficiado este último, por una posible fidelidad futura del comprador a su marca, sino también el propio concesionario porque a mayor volumen de ventas mayor es su ganancia, beneficiándose ambas partes del mismo modo que a las dos beneficia también el prestigio de la marca, normalmente debido al esfuerzo empresarial del concedente”.

La STS núm. 920/2007 de 20 de julio versa sobre un contrato de concesión de venta de automóviles. En este caso, y tras extinguirse el contrato por el vencimiento del plazo convenido, el concesionario demanda al concedente reclamándole la indemnización por clientela además de otras cosas.

El primer motivo de casación es la vulneración por el tribunal de apelación de la doctrina jurisprudencial sobre el derecho del concesionario a percibir una indemnización por clientela en los supuestos de extinción de los contratos de distribución o concesión selectiva. En concreto tanto el tribunal de primera instancia como el de apelación rechazan la concesión de la indemnización puesto que según ellos, sólo es exigible cuando el concedente “actúa de manera maliciosa, abusiva o contraria a la buena fe”.

Pues bien, el Tribunal al igual que en los anteriores casos afirma que “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. Por consiguiente, la indemnización se haya supeditada a que efectivamente el concedente se aproveche de una red de clientes creada por el distribuidor”.

Además, como hemos visto ya en muchas otras sentencias, se justifica la indemnización por clientela por la existencia de un enriquecimiento injusto del concedente en los siguientes términos: “Precisamente el aprovechamiento de esa realidad económica -que pasa a integrarse en el fondo comercial 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, o bien mediante un nuevo concesionario) un enriquecimiento injustificado, que por ello debe ser compensado en la medida adecuada”.

Sigue esta sentencia explicando la analogía: “la aplicación analógica, aparte de la existencia de laguna legal respecto del supuesto concreto y de que no haya prohibición del legislador, requiere la identidad de razón, que es el elemento ontológico por excelencia de la analogía, y que supone, por un lado, no olvidar, como señala la doctrina, que cuando se aplica el método analógico no se está extrayendo una norma de otra norma o subnorma, porque no es la disposición legal tenida en cuenta la que regula el nuevo caso, sino el principio que se revela o puede ser reconocido a través de la ley, y, por otro lado, tener en cuenta que para estimar la indemnización compensatoria por clientela habrá de estarse a caso por caso y tiene que darse una situación de igualdad jurídica sustancial a la que la hace posible según el art. 28 LCA, y ello implica exigir la concurrencia de los requisitos o circunstancias previstos en el precepto, y ponderar los diversos factores concurrentes dadas las distintas peculiaridades que pueden presentar los contratos de distribución”.

De acuerdo con lo anterior se afirma que “Aplicando la doctrina anterior al recurso que se enjuicia resulta que no cabe excluir la posibilidad de la compensación por clientela en los contratos de concesión o distribución, cuando se dé la situación jurídica que la justifica, de conformidad con la doctrina del enriquecimiento injusto y aplicación analógica del art. 28 LCA”.

Finalmente, el Tribunal acaba desestimando el motivo del recurso y ello en base a dos argumentos: En primer lugar, porque en el contrato se había pactado la exclusión de la indemnización por clientela que, como vimos en su momento, era perfectamente lícito por tratarse el de concesión un contrato atípico y por tanto, regir el principio de autonomía de la voluntad. Y en segundo lugar porque el concesionario no probó la creación o incremento de la clientela: “... pues, ni la creación o incremento, ni el

aprovechamiento, se presumen; y aun cuando la doctrina sostiene un criterio flexible en cuanto a la prueba del aprovechamiento, porque, dada su perspectiva futura, ha de estarse a "una apreciación meramente potencial sobre la susceptibilidad de que el empresario continúe disfrutando de la clientela con aprovechamiento económico, lo que se traduce en un pronóstico razonable acerca de un comportamiento que no deja de ser probable por parte de dicha clientela", sin embargo la creación o el incremento de la clientela -aumento sensible de compradores o usuarios habituales- hay que acreditarla debidamente".

Para terminar vamos a hacer referencia a una Sentencia más reciente que la STS núm. 547/2013 de 2 de octubre. Los hechos versan sobre un contrato de distribución no escrito. Se declara probado que tal contrato existió y ello en base a que la demandante actuó durante años como su distribuidora que incluso, y pese a no existir un pacto en exclusiva por escrito, como si fuese su distribuidor en exclusiva y que además ella respondía del buen fin de las operaciones de venta.

En base a esto el Tribunal declara probado que sí existía un contrato de distribución en exclusiva entre las partes diciendo: "Son conocidas las diferencias existentes en las relaciones nacidas entre el mayorista o fabricante y quienes venden sus productos al público, según que aquel hubiera recurrido a meros distribuidores que garanticen la salida al mercado de los mismos o creado una red directa de ventas. El distribuidor, a diferencia del agente (artículo 1 de la Ley Del Contrato de Agencia), compra para revender y lo hace en su propio nombre y por su cuenta, asumiendo el riesgo de la reventa, sin obtener más ganancia que la diferencia entre el precio por el que compró y el que obtenga al vender".

Prosigue la Sentencia advirtiendo que estas son las diferencias por las que es difícil de aplicar a la distribución, por analogía, las normas de la Ley 12/1992, sobre régimen jurídico del contrato de agencia y, en particular, la del artículo 28 de la misma al extinguirse la relación.

De ahí se advierte "la improcedencia, en términos generales de una aplicación analógica, en todo caso o de un modo general, de dicho artículo a la liquidación de la relación de distribución y similares". Sigue diciendo que "sin embargo, cuando el distribuidor hubiera estado integrado en la red del productor o mayorista, las diferencias del mismo con el agente no son tan acusadas, especialmente si la integración adquiere un cierto grado de intensidad".

"En tales casos, si el distribuidor hubiera generado una clientela para el productor o mayorista de la que éste siga disfrutando terminado el contrato, puede estar justificado, ante la falta de regulación específica, el recurso a la analogía para liquidar la relación contractual, extinguida



por voluntad del productor o mayorista sin causa objetiva”.

Finalmente conviene traer a colación el acuerdo adoptado por los Magistrados de la Sala Primera del Tribunal Supremo, en Junta General celebrada el día 20 de Diciembre de 2005, que textualmente establece que: “No procede en términos generales la aplicación analógica del art. 28 de la Ley del Contrato de Agencia a ningún otro supuesto ni puede resultar automática su aplicación a contratos tales como concesión, distribución y similares. No obstante los criterios que dicho artículo establece resultaran aplicables cuando exista identidad de razón, esto es, la creación de clientela y su existencia, generada por quien solicita la indemnización, que resulte de aprovechamiento para el principal, examinándose en todo caso de quién resulta ser el cliente”.

Como podemos observar, el acuerdo se limita a recoger los aspectos esenciales postulados por la jurisprudencia, pero a nuestro juicio no es suficiente por lo que creemos necesario concluir con el estudio más detallado de los requisitos de la aplicación analógica de la indemnización.

#### **8.4 Conclusión**

Como hemos visto la jurisprudencia ha ido manteniendo a lo largo del tiempo un criterio mayoritario favorable a la concesión de la indemnización por clientela a los contratos de concesión a través, inicialmente, de la analogía *iuris* y tras la aprobación de la Ley Sobre el Contrato de Agencia, de la analogía *legis*.

De todo lo anterior podemos extraer los requisitos para que se pueda extender la indemnización a los contratos de concesión y que son:

1. En primer lugar, al aplicar la analogía se exige que ésta no se aplique de una forma automática o generalizada sino que se tiene que apreciar identidad de razón entre la figura del agente y la del concesionario.
2. Que dicha identidad de razón existe cuando el distribuidor hubiera estado integrado en la red del concedente ya que en estos casos las deferencias entre el agente y el concesionario no son tan acusadas<sup>72</sup>. Y que como se observa en todas las sentencias, esa integración será más evidente si entre el concedente y

---

<sup>72</sup> Sentencia del Tribunal Supremo núm. 547/2013 de 2 de octubre.

el concesionario existe un pacto de exclusiva<sup>73</sup>.

3. Es necesario que el concesionario haya creado una clientela que sea susceptible de aprovechamiento futuro por el concedente, lo que se traduce en una apreciación potencial sobre que el empresario siga disfrutando de la clientela creada con la intervención o el esfuerzo del concesionario<sup>74</sup>.
4. El último requisito hace referencia al grado de influencia de la marca en la creación de la clientela, es decir, nos referimos a los casos en que existe notoriedad de la marca. En tales casos se establece que dicha clientela, en ningún caso, puede ser imputada al distribuidor o concesionario<sup>75</sup>.

## 9. VALORACIÓN PERSONAL

En cuanto a la naturaleza jurídica de la indemnización pienso que lo más acertado sería considerar que tiene naturaleza compensatoria puesto que durante la vigencia del contrato se crea una suerte de activo común entre el concesionario o agente y concedente o empresario principal que es la clientela.

Tras la terminación del contrato esta suerte de activo común pasa al empresario principal o concedente por lo que éstos deben compensar a la otra parte.

Sabiendo lo complicado de la cuestión, de lege ferenda sería conveniente regular jurídicamente al menos este aspecto de los contratos de concesión para dotar de una mayor seguridad jurídica al asunto, aunque como digo es una cuestión difícil por los intereses que hay en juego.

Mi postura es el reconocimiento de la indemnización al concesionario en los mismos términos que en el contrato de agencia, aunque adaptado a sus especialidades, ya que tanto para los que piensan que se trata de una indemnización basada en el enriquecimiento injusto como para los que piensan que posee una naturaleza

---

<sup>73</sup> Así la Sentencia del Tribunal Supremo núm. 547/2013 de 2 de octubre reza literalmente "... la circunstancia de que el contrato de distribución hubiera funcionado durante años como si existiera una exclusiva, dando por cierta, al fin, una integración intensa de la demandante en la red de ventas creada por la demandada".

<sup>74</sup> Entre otras: Sentencia del Tribunal Supremo de 21 de noviembre de 2005, de 7 de abril de 2003, de 30 de abril y 13 de octubre de 2004 y 23 de junio de 2005 y Sentencia del Tribunal Supremo núm. 547/2013 de 2 de octubre.

<sup>75</sup> Ver, entre otras, Sentencia del Tribunal Supremo de 6 de noviembre de 2006.

compensatoria, una vez que el contrato se extingue se produce el mismo perjuicio para el distribuidor pero siendo la diferencia que en el contrato de concesión la exclusión del derecho a la indemnización es lícita y en el contrato de agencia no lo es, produciendo, en muchas ocasiones, situaciones injustas.

## BIBLIOGRAFÍA.

- DIEZ DE CASTRO, Enrique Carlos. *Distribución comercial*. Madrid, 2004
- FONTCUBERTA LLANES, Javier. *El contrato de distribución de bienes de consumo y la llamada indemnización por clientela*. Madrid, 2009.
- MARTÍNEZ SANZ, Fernando. *La indemnización por clientela en los contratos de agencia y concesión*. Madrid, 1998.
- MORALEJO MENÉNDEZ, Ignacio. *El contrato mercantil de concesión*. Cizur Menor (Navarra), 2007.
- VÁZQUEZ CASIELLES, Rodolfo y TRESPALACIOS GUTIÉRREZ, Juan Antonio. *Distribución comercial: estrategias de fabricantes y detallistas*. Madrid, 1997.
- SÁNCHEZ CALERO, Fernando y SÁNCHEZ CALERO GUILARTE, Juan. *Instituciones de Derecho Mercantil. Volumen II*. Cizur Menor (Navarra), 2013.
- TAPIA SÁNCHEZ, María Rosa. “Aportación de nuevos clientes o incremento sensible de las operaciones como presupuesto para la indemnización por clientela en los contratos de distribución”, en AA.VV: “*Distribución comercial y Derecho de la competencia*”, España, 2001.
- PÉREZ-PUJAZÓN, Encarnación y TRIGO SIERRA, Eduardo. “La última posición de la jurisprudencia sobre la indemnización por clientela en los contratos de distribución”. *Revista actualidad jurídica Uría Menéndez*, nº 21, Madrid, 2008, pp. 60-67.