



Abogados

Alicante- Barcelona -Valencia
Tel/Fax (34) 963532553 / 96 351 1220
abogados@hernandez-marti.com

LA TERMINACIÓN DE LOS CONTRATOS DE AGENCIA Y DE CONCESIÓN A TRAVÉS DE LA JURISPRUDENCIA.

Dr. Juan Hernández Martí
Prof. Titular Universidad

SUMARIO: I. Introducción. II. Terminación del contrato de agencia. 1. Causas de terminación del contrato de agencia. 2. Efectos de la extinción del contrato de agencia. A. La indemnización de los daños y perjuicios por incumplimiento. B. La compensación por clientela. a) Requisitos para devengar la compensación. b) Importe de la compensación. C. La compensación por inversiones no amortizadas. D. Prescripción. III. Terminación del contrato de concesión. 1. Causas de terminación del contrato de concesión. 2. Efectos de la terminación del contrato de concesión. A. La indemnización de daños y perjuicios por incumplimiento. B. La compensación por clientela. a) Requisitos para devengar la compensación. b) Importe de la compensación. C. La compensación por inversiones. D. La recompra del stock. E. Prescripción.

I. Introducción.

Hasta la promulgación de la Ley 12/1992, de 27 de mayo sobre contrato de agencia (LCA), el contrato de agencia carecía de un régimen jurídico específico, por lo que la determinación de las normas legales aplicables, extrayéndolas a menudo del contrato de comisión, planteaba numerosos problemas y, de modo particular, en la terminación y liquidación del contrato. La Ley española se promulgó como consecuencia de la Directiva 86/653/CEE del Consejo, de 18 de diciembre de 1.986 «Relativa a la coordinación de los derechos de los Estados miembros en lo referente a los Agentes comerciales independientes». El contrato de concesión mercantil quedó al margen de aquella ley, que transponía a nuestro ordenamiento jurídico la mencionada Directiva y continúa sin contar de un régimen jurídico propio¹. Este contrato, según lo caracteriza la

¹ Recientemente se puesto de manifiesto el interés por la regulación de este contrato. En este sentido cabe recordar que la Disposición Adicional Undécima de la Ley 7/1996 de Ordenación del Comercio

generalidad de la doctrina, constituye una relación de colaboración entre dos empresarios, uno de los cuales (concesionario) se obliga a comercializar por su cuenta y riesgo, como empresario independiente, los productos que normalmente fabrica otro empresario (concedente), dentro de una determinada zona en la que goza de exclusividad de reventa y bajo la supervisión del concedente. El régimen jurídico del contrato, como hemos dicho, no se encuentra en la Ley 12/1992 del contrato de agencia. Tampoco se encuentra en la compraventa, puesto que no es un contrato de cambio, limitándose aquella a proporcionar el régimen jurídico adecuado para asignar al concesionario el riesgo de la comercialización de los productos del fabricante. A pesar de todo ello, es lo cierto que el régimen legal debe extraerse, por analogía de las normas legales que regulan uno y otro contrato², así como de otros contratos de colaboración.

Los contratos de agencia y de concesión tienen en común ser contratos de colaboración, de duración, y funcionalmente tienen por objeto la promoción y distribución de productos en el mercado. Sin embargo entre ambos contratos existen sustanciales diferencias: a) el concesionario adquiere una exclusividad de reventa y aun cuando el Agente también puede tener asignada una zona o un colectivo en exclusividad, ello tiene el carácter de un pacto complementario, mientras que en el contrato de concesión es un elemento caracterizador del

Minorista de 15 de enero de 1996 (cuya DA fue añadida por la Ley 1/2010 de 1 de marzo) contiene el mandato al Gobierno para que proceda a regular el régimen jurídico de los contratos de distribución comercial. Sin embargo, sorprendió que Ley 2/2011, de 4 de marzo, de Economía Sostenible, publicada en el BOE el día 5 y que entró en vigor el día 6 del mes de marzo de 2011 (en su disposición adicional décima sexta) introdujera una Disposición Adicional (Primera) a la Ley de contrato de agencia regulando el contrato de distribución de vehículos automóviles. Dicha Disposición Adicional protegía a los concesionarios de modo inaceptable para la industria automovilística, cuyos lobbies lograron la revocación del non nato régimen legal de la concesión mercantil y el compromiso de una meditada regulación de la materia. La Ley 7/2011 de 11 de abril (por la que se modifican la Ley 41/1999, de 12 de noviembre, sobre sistemas de pagos y de liquidación de valores y el Real Decreto-ley 5/2005, de 11 de marzo, de reformas urgentes para el impulso a la productividad y para la mejora de la contratación pública) contiene una Disposición, según la cual hasta la entrada en vigor de la Ley de contratos de distribución comercial la Disposición Adicional decimosexta de la Ley 2/2011, de 4 de marzo, de Economía Sostenible, por la que se modifica la Ley 12/1992, de 27 de mayo, sobre Contrato de Agencia, no será aplicable y no producirá efectos jurídicos. El Proyecto de ley que posteriormente envió el Gobierno a las Cortes caducó al terminar la legislatura y habrá que esperar nuevas iniciativas.

² En el derecho alemán, por ejemplo, se produce esa aplicación analógica de ciertas normas de la agencia a la concesión, lo cual es suficiente para que el TJUE se declare competente para pronunciarse sobre la interpretación de tales normas, sin que ello suponga una toma de posición de dicho Tribunal sobre la naturaleza del contrato de concesión o sobre la aplicación al mismo de las normas relativas a los Agentes comerciales (STJUE de 28 de octubre de 2010, Asunto C-203/09 Volvo Car Germany GmbH contra Autohof Weidensdorf GmbH.).

contrato; b) el concedente vende los productos al concesionario, quien adquiere su propiedad, lo cual no sucede nunca en el contrato de agencia; c) el concesionario actúa en nombre y por cuenta propia, vendiendo los productos contractuales, a diferencia del Agente, que vende las mercancías ajenas, cuando está autorizado para ello, en nombre del Empresario al que representa; d) y el concesionario asume el riesgo de la comercialización de las mercancías, es decir, se arriesga a sufrir pérdidas en su patrimonio si no vende los productos que ha adquirido o está obligado a adquirir al concedente, a diferencia del Agente, el cual asume el riesgo de sufrir pérdidas en su patrimonio si las retribuciones que devenga por su actividad de promover y concluir contratos, no son suficiente para cubrir sus gastos empresariales.

No forma parte de este trabajo el estudio del contenido de los contratos de agencia y de concesión mercantil, sino únicamente la terminación y liquidación de tales contratos a la vista de la jurisprudencia.

II. Terminación del contrato de agencia.

1. Causas de terminación del contrato de agencia

De los artículos 24 a 27 LCA resulta que la terminación del contrato de agencia puede tener lugar por el transcurso del plazo convenido; en virtud de denuncia unilateral cuando el contrato es de duración indefinida; por declaración de concurso de alguna de las partes; en los casos de incumplimiento de las obligaciones contractuales; y por la muerte del Agente

El contrato por tiempo determinado, finaliza por el transcurso del tiempo estipulado (art. 24.1 LCA), pero si el contrato continúa siendo ejecutado por ambas partes después de transcurrido el plazo inicialmente previsto, se considerará transformado en contrato de duración indefinida (art. 24.2 LCA), el cual se extingue por la denuncia unilateral de cualquiera de las partes mediante preaviso por escrito

(art. 25 LCA)³. La denuncia no necesita de un motivo, sino que exige un preaviso, cuyo plazo establece la ley tomando en consideración la duración del contrato.

La relación contractual puede finalizar también por declaración de concurso respecto de cualquiera de las partes (art. 26 LCA), como excepción a la regla general del art. 61 LC. La Ley asume que la situación de concurso imposibilita una ejecución normal del contrato, aunque no produce automáticamente la extinción de la relación, sino que es causa de extinción del contrato, por lo que la parte que decide hacer valer la causa de extinción debe comunicarlo por escrito a la otra (art. 26.2 LCA), produciendo los efectos desde que se ha efectuado tal comunicación. En este caso, por lo tanto, no es necesario el preaviso.

También puede terminar la relación de agencia por incumplimiento de cualquiera de las partes (art. 26 LCA), pero únicamente si se trata de incumplimientos importantes, sustanciales o esenciales, que hagan injusto que la otra parte tenga que esperar a que transcurra el plazo contractual o bien el momento oportuno para una denuncia unilateral con preaviso. Serán incumplimientos esenciales, entre otros, el del Agente que no “promueve operaciones” o el del empresario que “no retribuye al Agente”⁴.

Por último, la ley ha previsto la extinción del contrato por muerte del Agente o declaración de fallecimiento (art. 27 LCA), pero no por la muerte del Empresario, aunque sus sucesores puedan denunciarlo unilateralmente con el preaviso que proceda.

2. Efectos de la extinción del contrato de agencia.

³ Es problemático decidir si un contrato con duración hasta que el Agente cumpla cierta edad (*dies incertus on*), o hasta su muerte (*dies certus on incertus quando*), es un contrato de duración determinada o indeterminada. Consideramos que se trata de contratos de duración indeterminada, porque más que un plazo contractual, es una condición que hace incierta la duración del contrato (en el primer caso no se sabe si llegará el Agente a dicha edad y en el segundo no se sabe cuando morirá). A más de ello, el art. 1583 C.c. señala que el contrato de servicios por vida es nulo.

⁴ La infracción de la prohibición de competencia (SSAP de Madrid de 1 de febrero y 13 de abril de 2011 AC 2011\349 y AC 2011\1189). La inactividad del Agente (STS de 17 de julio de 1992 RA6429). No alcanzar los objetivos pactados en el contrato constituye un incumplimiento contractual del Agente, que permite al empresario principal la terminación del contrato sin preaviso. En este sentido la SAP de Madrid de 9 de junio de 2009 (AC 2010\1091), aunque cabe discrepar en cuanto a la conclusión de que queda excluida la compensación por clientela. El retraso que suponga de hecho falta de entrega definitiva de una liquidación o la ocultación de operaciones por el Empresario (STS de 17 de julio de 1992 RA 6429).

Los efectos de la extinción del contrato difieren según cual sea la causa. Cuando el contrato se extingue por incumplimiento de una de las partes, aquella a quien no le es imputable el incumplimiento puede exigir la indemnización de los daños y perjuicios. Si el contrato se extingue por cualquier causa distinta del incumplimiento del Agente, el Empresario debe compensar a este último por el aprovechamiento de la clientela, en los términos previstos en el art. 28. En el caso de un contrato es de duración indefinida que extingue en virtud de denuncia del empresario, el Agente tiene derecho a la compensación por inversiones en los términos previstos en el art. 29.

A. La indemnización de los daños y perjuicios por incumplimiento.

Cuando la resolución tiene por causa el incumplimiento sustancial de una de las partes, ésta debe indemnizar a la otra parte los daños y perjuicios causados (art. 1.124 C.c.). La extensión del deber de indemnizar se ajustará a los arts. 1.106 y ss. CC. Normalmente, el Agente podrá reclamar las comisiones que previsiblemente habría devengado hasta el momento en que hubiera podido terminar el contrato, o bien otros perjuicios concretos que pudieran ser probados⁵. El Empresario podrá reclamar los beneficios dejados de obtener, así como también cualquier otro daño concreto que pudiera probar. Sin embargo conviene tener en cuenta que el incumplimiento del contrato por el empresario principal, no tiene como consecuencia necesaria la compensación por clientela, sino la indemnización de los daños y perjuicios causados. La compensación por clientela únicamente procederá si concurren los requisitos del art. 28 LCA, por lo que si no hubo ventas por incumplimiento del empresario, la única consecuencia son los daños y perjuicios⁶.

B. La compensación por clientela.

⁵ La SAP de Madrid de 16 de febrero de 2010 (AC 2010\514). También SAP de Asturias de 4 de diciembre de 2009 (AC 2010\78): la indemnización por falta de preaviso tan sólo compensa el beneficio dejado de percibir por el Agente durante un período durante el cual debió haber permanecido vigente el contrato (artículo 1.106 CC, en relación con el artículo 25 LCA), y que se calcula sobre comisiones ya abonadas en un período inmediatamente anterior, y no sobre una previsión sobre eventuales comisiones futuras.

⁶ SAP de Alicante de 15 de octubre de 2009 (AC 2010\218)

Dispone el art. 28 LCA que cuando se extinga el contrato de agencia, el Agente tendrá derecho a una indemnización si hubiera aportado nuevos clientes al Empresario o incrementado sensiblemente las operaciones con la clientela preexistente y si ello fuera conforme a equidad. Además, el art. 29 LCA establece también una compensación adicional si concurren determinadas circunstancias. Por lo tanto existen dos compensaciones, una por la clientela propiamente dicha y otra por las inversiones no amortizadas⁷.

La cuestión de la naturaleza de la compensación por clientela es común a los contratos de distribución en sentido amplio, comprendiendo la agencia y la distribución propia, y se plantea sobre la premisa de que aquellos contratos crean un vínculo de colaboración mutua de la que pueda resultar un activo común que disfrutan las partes durante toda la duración de la relación. Ahora bien, al finalizar dicha relación, el empresario principal puede aprovechar en exclusiva la clientela generada, razón por la cual la ley considera que debe hacerlo compensado al Agente, pues de otro modo se produciría un enriquecimiento injustificado. Por lo tanto, la compensación por clientela no tiende a reparar un perjuicio causado o que sufre el Agente (no tiene pues naturaleza indemnizatoria) sino compensar un enriquecimiento que se genera en el patrimonio del empresario principal con ocasión de la terminación del contrato. Lo mismo cabe decir de la indemnización que se reconoce al Agente en el art. 29 LCA, que es una compensación vinculada a la denuncia del contrato y no exclusivamente al incumplimiento por el Empresario principal⁸. Tanto el derecho del Agente a la compensación

⁷ La Directiva 86/653/CEE dispone en su artículo 17 que los Estados miembros adoptarán las medidas necesarias que garanticen al Agente comercial, tras la terminación del contrato, una indemnización con arreglo al apartado 2 o la reparación del perjuicio con arreglo al apartado 3. Por lo tanto, la norma nacional de transposición podía optar, bien por una compensación por la clientela ganada en los términos previsto en el apartado 2, bien por la reparación del perjuicio que le ocasione la terminación de sus relaciones con el empresario, en las condiciones establecidas en el apartado 3. Sabido es que la ley española ha optado por reconocer al Agente los dos derechos, si bien uno de modo pleno y el otro más matizado, lo cual no es contrario al derecho comunitario puesto que se trata de normas de protección de los intereses de los Agentes y, en su consecuencia, los ordenamientos nacionales pueden prestar una mayor protección.

⁸ Según la STS de 20 de julio de 2007 "no cabe confundir la indemnización de daños y perjuicios con la compensación de clientela, con independencia de que en algunas sentencias se haya incluido la indemnización de ésta en el global de aquélla. Las dos modalidades de satisfacción pecuniaria responden a fundamentos jurídicos distintos con perspectivas diferentes". "La indemnización por daños

conforme a lo previsto en el art. 28, como a una reparación con arreglo al art. 29, tienen carácter indisponible, debiendo reputarse nulas las cláusulas que impiden al Agente obtener tales compensaciones cuando concurren los presupuestos legales para ello⁹.

a) Requisitos para devengar la compensación.

El derecho a una compensación por clientela no es una consecuencia automática de la terminación del contrato de agencia. Para que pueda reconocerse ese derecho deben concurrir los requisitos previstos en el art. 28 LCA: finalización del contrato; nuevos clientes o incrementado sensiblemente operaciones con clientela preexistente; ventajas sustanciales para el Empresario; y equidad. Estos requisitos tienen carácter cumulativo¹⁰.

i. En principio, toda finalización del contrato supone cumplimiento de la condición para exigir una compensación, tanto si la finalización tiene lugar en virtud de denuncia unilateral o de resolución por incumplimiento. Entre los distintos supuestos de terminación del contrato, hay que comprender también la muerte o declaración de fallecimiento del Agente, que según el art. 28.2 LCA permite a sus herederos exigir la compensación debida por la extinción del contrato. Naturalmente, cuando las partes de mutuo acuerdo deciden finalizar su relación, normalmente se habrán puesto de acuerdo sobre el importe de la compensación¹¹, pero este acuerdo no puede establecerse en el contrato, sino que es un acto de disposición sobre derechos devengados en el momento de la extinción del contrato. Mas si ningún acuerdo ha existido sobre este punto, el Agente (si concurren los demás requisitos) tiene un derecho a la compensación

y perjuicios (arts. 1.101 y 1.124 CC), aparte de la prueba del daño y del nexo causal, requiere un incumplimiento contractual doloso o culposo, o una resolución unilateral del contrato de duración indefinida sin preaviso, o un ejercicio abusivo o de la mala fe de la facultad de disenso unilateral (SS., entre otras, 13 de junio de 2.001, 26 de abril de 2.004, 31 de mayo y 22 de diciembre de 2.006; 22 de marzo de 2.007). “En cambio la compensación por clientela tiene por fundamento el enriquecimiento del cedente por aprovechamiento sin remuneración de la clientela creada o aumentada sensiblemente por el distribuidor”.

⁹ En este sentido STS 27 de enero de 2003.

¹⁰ STS 4 de enero de 2010.

¹¹ SAP de Alava 4 de octubre de 1997 RA 1985.

que determinará el Juez, salvo cuando el empresario hubiese extinguido el contrato por causa de incumplimiento de las obligaciones legal o contractualmente establecidas a cargo del Agente y cuando el Agente hubiese denunciado el contrato. No obstante, en este último caso, el Agente no pierde el derecho a la compensación si la denuncia tiene como causa circunstancias imputables al empresario, o se funda en la edad, la invalidez o la enfermedad del Agente y no pudiera exigírsele razonablemente la continuidad de sus actividades (art. 30 LCA). No es necesario que aquellas circunstancias constituyan incumplimientos del Empresario, bastando que resulte razonable la denuncia unilateral, pues la ley no exige que las circunstancias imputables al Empresario consistan en un incumplimiento¹². En cuanto a la pérdida de una compensación por incumplimiento contractual del propio Agente, también cabe matizar que pueden identificarse supuestos de incumplimiento que puede justificar la resolución contractual, pero no necesariamente la pérdida de la compensación. Así, no haber alcanzado los objetivos contractuales, puede ser una causa de terminación del contrato, pero no necesariamente de pérdida de la compensación, pues bien pudiera suceder que a pesar del esfuerzo del agente, los productos tuvieran escasa aceptación¹³. La pérdida de la compensación requiere un incumplimiento sustancial del Agente¹⁴ y de esta

¹² La SAP de Barcelona 2 de abril de 1.998 (RA 828) contempla el supuesto de la terminación del contrato de agencia como consecuencia de extinción del contrato de distribución existente entre el empresario principal y un fabricante: "En este caso del desistimiento unilateral por el -fabricante- del contrato de distribución suscrito por -distribuidor-, con los datos obrantes en autos, hay base para sostener que existía derecho a indemnización de la distribuidora. Este derecho (continúa la fundamentación de la sentencia) aparece directamente ligado a la labor desarrollada por los "Agentes" de la distribuidora que a estos efectos aparecen en posición similar a los "subAgentes"; concluyendo que "el enriquecimiento del distribuidor no queda desvirtuado por la renuncia a ser indemnizada por el concedente de la distribución, ya que la norma le permite disponer de los propios derechos, pero no de los ajenos. En otras palabras, resulta inexacta la apariencia de que la actuación del Agente no redundó en beneficio de la concedente de la agencia".

¹³ Así parece desprenderse de la STS 27 de enero de 2003 (RJ 2003\1137): "si la terminación del contrato por el empresario con fundamento en el hecho de que el Agente no había alcanzado los objetivos pactados, no existe incumplimiento del empresario, por lo que no ha lugar a indemnizar daños y perjuicios, aunque si la compensación por clientela". En sentido contrario SAP de Madrid de 9 de junio de 2009 (AC 2010\1091) .

¹⁴ La STS 20 de diciembre de 2002 (RJ 2002\10932) reconoce la improcedencia de la compensación por clientela cuando existe resolución del contrato por incumplimiento contractual del Agente, al retener indebidamente cheques y pagarés librados al empresario principal y la de 8 de abril de 2010 (RJ 2010\3529) por incumplimiento de la obligación de exclusiva a cargo del Agente, realizando la actividad competitiva para otro empresario.

naturaleza es, por ejemplo, el desistimiento del Agente en el cumplimiento del contrato sin preaviso¹⁵.

La terminación del contrato por declaración de concurso plantea diversas cuestiones. El artículo 30 LCA dispone que el Agente no tiene derecho a la indemnización por clientela en una serie de supuestos, entre los que no se encuentra la extinción del contrato por la declaración de concurso de una de las partes. Por esta razón, cuando es el Agente quien ha sido declarado en concurso y el empresario principal insta la terminación del contrato, la administración concursal del Agente podrá reclamar del empresario principal una compensación por clientela, siempre que se cumplan los demás requisitos exigidos por la ley. La terminación del contrato por causa de la declaración de concurso del Agente no es un caso de los previstos en el art. 30 LCA de inexistencia del derecho de compensación. En el supuesto de que sea el Empresario principal quien sea declarado en concurso y el Agente quien inste la terminación del contrato, el derecho del Agente a una compensación por clientela plantea, en primer lugar, el problema de determinar si estamos ante una denuncia unilateral del Agente que le impide devengar una compensación. A este efecto debe tenerse en cuenta que la causa de terminación del contrato es la declaración de concurso y no el incumplimiento de obligaciones del Empresario principal, por lo que no estamos ante una resolución por incumplimiento, sino ante una facultad de denuncia unilateral del Agente, lo cual podría hacer pensar que excluye su derecho a una compensación por aplicación de lo previsto en la letra b) del art. 30 LCA. Sin embargo, es lo cierto que la compensación no se pierde cuando la denuncia tiene como causa "circunstancias imputables al Empresario". Tales circunstancias imputables al Empresario no han de ser necesariamente incumplimientos contractuales, sino que bien pueden ser las dificultades que puede introducir la situación de

¹⁵ Así lo entiende la STS 12 de noviembre de 2010 (RJ 2010\8051): "el cese en la ejecución del contrato por el Agente es asimilable a un desistimiento unilateral "de facto" injustificado".

concurso en la labor del Agente para promover los productos o bien en la percepción de sus remuneraciones o la buena ejecución de los contratos con los clientes, así como la alteración que se produce en la base personal del contrato el hecho de que se haya designado un administrador concursal. Consideramos por ello que el Agente no pierde, por este hecho, el derecho a una compensación por la clientela. Ciertamente los problemas que plantea la declaración de concurso no se agotan con la terminación del contrato, que es el primer requisito para tener derecho a una compensación por clientela, sino que además plantea el problema relativo a si puede existir “aprovechamiento” de la clientela por el Empresario declarado en concurso. En efecto, la situación de concurso del Empresario principal puede hacer difícil el aprovechamiento de la clientela del Agente, lo cual es otro de los requisitos para que pueda devengarse la compensación por clientela. No obstante, es cierto que el concurso del Empresario principal no conduce necesariamente a la extinción de la empresa, sino que un convenio puede permitir su continuidad e incluso puede ser objeto de transmisión a un tercero en el seno del procedimiento concursal. Por lo tanto no hay que excluir ab initio que la clientela pueda ser potencialmente aprovechada por el Empresario principal¹⁶.

ii. Nuevos clientes o incrementado sensiblemente operaciones.

Para que exista derecho a una compensación en favor del Agente es necesario que éste haya obtenido nuevos clientes que el Empresario principal no tenía con anterioridad. Nuevos clientes son

¹⁶ Respecto de la naturaleza del crédito del Agente contra el empresario concursado. ¿Es un crédito concursal o es un crédito contra la masa?. La cuestión no tiene una respuesta sencilla, porque si bien es cierto que la clientela ha sido ganada paulatinamente y, en su mayor parte, con anterioridad a la declaración de concurso del empresario principal y, por tal razón, puede pensarse que la compensación del Agente debe ser considerada como un crédito concursal, es lo cierto que el Agente es retribuido por tal concepto mediante las comisiones u otra forma de retribución pactada, sin que pueda afirmarse que durante la vigencia del contrato el Agente tiene un derecho a una compensación por clientela. Puede hablarse de un derecho abstracto, pero no concreto, pues el derecho surge, nace, se devenga, con la extinción del contrato. La extinción del contrato tiene lugar después de la declaración de concurso y tiene por causa el enriquecimiento del concursado, incrementando la masa activa en favor de los acreedores, por lo que no es un crédito concursal, sino un crédito postconcursal contra la masa. Esta solución es coherente con el art. 61.2, párrafo segundo LC, según el cual cuando el Agente no hiciere uso de la facultad de extinguir el contrato, podría hacerlo el juez a instancia de la administrador concursal o el concursado en interés del concurso, en cuyo supuesto el juez fijaría la compensación que procediera, la cual tendría la consideración de crédito contra la masa.

aquellos que comenzaron a realizar pedidos al Empresario como consecuencia de la actividad del Agente. También aquellos clientes que ya tenía el Empresario con anterioridad, pero que únicamente adquirirían artículos pertenecientes a otro ramo de su actividad. Y deben equipararse a los nuevos aquellos clientes del Empresario que, gracias a la actividad del Agente, han aumentado de forma considerable sus relaciones comerciales con el Empresario. No deben considerarse “nuevos”, aquellos clientes captados por un Agente anterior, o bien mediante la actividad conjunta con el mismo. Pero los “nuevos” tendrán tal carácter aun cuando en números absolutos no hubiere variado el volumen de la cartera como consecuencia de bajas de clientes captados por Agentes anteriores¹⁷.

iii. Pueda producir ventajas sustanciales para el Empresario.

La ventaja para el Empresario debe ser sensible, pero no es necesario que la ventaja sea actual, sino que basta que se considere como susceptible de producir aquella ventaja¹⁸. Además, la ventaja no sólo puede consistir en la posibilidad de que el Empresario continúe realizando operaciones con los clientes captados por el Agente, sino también en otras formas de aprovechamiento de la clientela como, por ejemplo, en la transmisión de la empresa, donde la clientela puede ser un componente considerable del precio. Sin embargo es necesaria la prueba de esa probabilidad del aprovechamiento de la clientela, incumbiendo la carga de la prueba al Agente¹⁹.

iv. Equidad.

¹⁷ Por lo tanto discrepamos de la fundamentación de la compensación manejado por la SAP de Asturias de 20 de enero de 1.998 (RA 39), la cual toma en consideración las altas y las bajas para establecer en qué medida la actividad del Agente aportó clientes nuevos: Convendría recordar que la clientela no es cautiva, sino que se renueva y gracias a la acción de los Agentes se compensa la pérdida de clientes con nuevos clientes. Estos nuevos clientes son el resultado del esfuerzo del Agente y cumplen los requisitos para devengar la compensación por clientela.

¹⁸ Así la STS 27 de enero de 2003 (RJ 2003\1137) señala que este requisito “supone un mero pronóstico razonable acerca de cuál será para el futuro el comportamiento probable de dicha clientela”, lo cual es un tema de evidente carácter fáctico.

¹⁹ Las SSAP de Madrid de 16 y 22 de febrero de 2010 (AC 2010\514 y AC 2010\534) dicen que para que pueda prosperar la pretensión indemnizatoria es preciso demostrar que concurre la situación de aprovechamiento, o de pronóstico razonable, es decir, los datos o elementos que permitan sentar el juicio de probabilidad cualificada, pues, como reitera la doctrina de esta Sala, no puede presumirse sin más el aserto, incumbiendo el “onus probandi” al Agente que lo sostiene.

La compensación, además, debe resultar equitativamente procedente por la existencia de pactos de limitación de competencia, por las comisiones que pierda o por las demás circunstancias que concurran (art. 28.1 LCA). La equidad es una valoración judicial de las circunstancias que concurren en el caso. La equidad no es un elemento que juega únicamente en orden al reconocimiento del derecho a la compensación, sino que juega también en orden a la cuantificación de la compensación, es decir, la fijación de su importe. El Juez deberá siempre expresar que circunstancias ha tomado en consideración, porque no tiene discrecionalidad para decidir si existe o no una compensación, o cual sea su importe, sino que el Juez debe adoptar una decisión que sea “equitativa”, es decir, la única posible, que será siempre susceptible de ser revisada por Tribunales superiores. La ley menciona como circunstancias que deben tenerse en cuenta, la existencia de limitaciones de competencia y la pérdida de comisiones, pero deja abierta la posibilidad de que se valoren otras circunstancias, las cuales no deberán ser extrañas a la relación entre el Empresario y el Agente (por ejemplo, no podrá tomar en consideración la situación económica del Agente)²⁰. Conforme a la doctrina sentada por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea “las pérdidas de comisiones sufridas sólo son uno de los varios elementos pertinentes en el examen de equidad” no pudiendo admitirse una práctica jurisdiccional que excluye de oficio que la indemnización pueda incrementarse hasta el límite fijado por el artículo 17, apartado 2, letra a), segundo guion, de la Directiva, en el marco de la aplicación del criterio de equidad, en caso de que las

²⁰ La STS 27 de enero de 2003 (RJ 2003\1137) interpreta la ley del modo indicado: “aunque el legislador español no traspuso literalmente la terminología del art. 17.2.a) de la Directiva (concretamente la referencia a la “en la medida en que” –“wenn und soweit”–) sin embargo parece evidente que la ponderación equitativa hace referencia tanto a la procedencia de la indemnización como a la determinación de la cuantía, sin que resulte dudoso que el juzgador puede valorar otras circunstancias, cuyo carácter alternativo se reconoce en la Sentencia de 1 de abril 2000 (RJ 2000, 2340) , por lo que, como se razona en la misma para un asunto similar al presente, “aunque no existan pactos limitativos de competencia, procederá la indemnización si se produce la pérdida de comisiones o se dan otras circunstancias que, a juicio del juzgador, justifican el reconocimiento del derecho a ser indemnizado, que es lo que ocurre en este caso en que la Sala “a quo” declara probada la pérdida de comisiones por el actor”.

ventajas conservadas por el comitente sean superiores a la valoración de las comisiones perdidas por el Agente comercial²¹.

v. **Que el Agente pruebe los hechos constitutivos de su derecho.**

La concurrencia de los requisitos para la existencia de un derecho a la compensación por clientela es una carga que soporta el propia Agente, por tratarse de hechos constitutivos de su pretensión²².

b) Importe de la compensación.

Aun cuando no hay una línea jurisprudencial clara que ayude a su cuantificación, del análisis de la jurisprudencia y de las sentencias de las Audiencias Provinciales, puede extraerse algunas conclusiones. En primer lugar, el pacto contractual por el que se fija el importe de la compensación que tiene derecho a percibir el Agente en el momento de la extinción del contrato es contrario a la ley²³. El art. 28.3 establece un límite máximo, al que deben estar los Tribunales. Puede ser modificado en beneficio del Agente por voluntad de las partes, pero en defecto de pacto, dados los contundentes términos de la norma ("no podrá exceder, en ningún caso") no puede ser desconocido por los Tribunales con base en criterios subjetivos de "equidad"²⁴. El art. 28 LCA no nos da "la medida", es decir, la cuantía de la compensación, porque el quantum está más en función del "aprovechamiento" de la clientela por el Empresario, que por lo que "deja de ganar" el Agente como consecuencia de la terminación del

²¹ Sentencia de fecha 26 de marzo de 2009 (Asunto C-348/07 Turgay Semen contra Deutsche Tamoil GmbH)

²² STS 26 de junio de 2008; STS 23 de junio de 2005. En este sentido la anteriormente mencionada SAP de Madrid de 22 de febrero de 2010. Sin embargo tal regla general que debe ser matizada por la facilidad de acceso a la prueba, tal como señala la STS 21 de noviembre de 2005: "el actor ha probado la clientela adquirida como distribuidor en exclusiva. Si ha mejorado o no la que tenían ya las cooperativas no le corresponde probarlo a él, sino a ellas, porque les es más fácil al dirigir su empresa con anterioridad a la actuación del exclusivista y poder compararla con el tiempo pasado. En cambio, para el exclusivista le es muy difícil o imposible probar estos datos, por ser totalmente ajeno a la empresa. Las demandadas nada han probado, fuera de las negociaciones genéricas sobre la cuestión".

²³ Señala la STS 8 de octubre de 2010 (RJ 2010\7448) que aun cuando la LCA española no contenga una transposición más o menos literal del art. 19 de la Directiva (las partes no podrán pactar, antes del vencimiento del contrato, condiciones distintas de las establecidas en los artículos 17 y 18 en perjuicio del Agente comercial), sin embargo su contenido esencial de norma prohibitiva sí se ha transpuesto, mediante una fórmula imperativa, en su art. 3.1, de modo que la aplicación del "principio de interpretación conforme" (por todas STJUE 5-10-2004 en asuntos acumulados C-397/2001 a C-403/2001 y SSTS 2-6-00 (RJ 2000, 5092) y 27-3-09 (RJ 2009, 3288)) que impone resolver las dudas interpretativas de una norma nacional del modo más acorde con el Derecho de la Unión, permite superar la polémica sobre el efecto de las Directivas entre particulares, suscitada en las instancias del presente litigio y mantenida ante esta Sala por la parte demandada-recorrida en su escrito de oposición al recurso, y concluir que en el art. 3.1 LCA se encuentra implícita la prohibición de pactos anticipados contenida en el art. 19 de la Directiva.

²⁴ En este sentido, la STS de 10 de enero de 2011 (RJ 2011\152)..

contrato. El legislador no ha contemplado elementos o conceptos reductores de una supuesta compensación “plena”²⁵. Las circunstancias que concurren en cada caso concreto no deben utilizarse como elementos de corrección sino como elementos de equidad que justifican la procedencia de la compensación y el quantum de la misma²⁶.

La base del cálculo debe efectuarse tomando en consideración toda la remuneración del Agente que corresponda a su actividad de promoción, la cual puede consistir en una cantidad fija, variable o una combinación de ambas. Más si no se ha distinguido en el contrato entre comisiones de promoción y otras especiales, la comisión total convenida es la que debe tomarse en consideración²⁷. No deben deducirse las comisiones que un Agente debía de haber pagado a los subagente, porque estas últimas deberán ser tomadas en consideración en la extinción del contrato con el subagente.

C. La compensación por inversiones no amortizadas.

²⁵ Discrepamos por lo tanto de la fundamentación de la SAP de Madrid de 22 de febrero de 2010 que partiendo del límite máximo previsto en el art. 28 LCA considera de aplicación como factores de corrección el corto periodo de duración del contrato de agencia, es decir, la actividad previa; y la evolución de la actividad, es decir, la actividad posterior.

²⁶ La SAP de Madrid de 16 de febrero de 2010 valora la inexistencia de pactos que limiten la competencia del agente con posterioridad a la conclusión del contrato para fijar una indemnización del 70% de la comisiones que percibió durante los cinco últimos años, habida cuenta de que es probable que algunos clientes sigan al Agente y dejen de mantener relación comercial con los empresarios principales. El importe a conceder, según la citada sentencia, no tiene necesariamente que ser proporcional a tal duración, siendo perfectamente posible que un contrato de agencia de menor duración otorgue el derecho a ser indemnizado por el concepto de clientela en una cantidad superior a la concedida en otro contrato que tenga una mayor duración y, en consecuencia, determinada la media anual, la duración del contrato es un parámetro más, entre otras varios, que deben tenerse en cuenta para fijar la cantidad que se considere equitativa a la luz de todas ellas y que garantice la finalidad pretendida por el legislador a que antes hemos hecho referencia, que es lo que establece el artículo referenciado.

La SAP de Madrid de 26 de mayo de 2009 (AC 2010\880) considera relevantes las siguientes circunstancias: existencia de un pacto de exclusividad; los trabajos de promoción y comercialización realizados por la demandante lo han sido sobre un producto nuevo consistente en una marca de tabaco; se han originado como consecuencia de ello unas altas comisiones; la resolución del contrato ha sido de manera unilateral e injustificada por parte de la entidad demandada; por otro lado, hemos de tener en cuenta también que se ha concedido la indemnización total prevista por incumplimiento del período de preaviso de nueve meses e igualmente ha de otorgarse relevancia a las peculiaridades tanto del mercado, con operaciones continuas y repetitivas dirigido principalmente a estancos, así como las del producto, marca de tabaco de las denominadas baratas.

²⁷ En este sentido la STS 18 de junio de 2010 (RJ 2010\4891) establece que “la remuneración que debe tomarse en consideración para determinar la compensación por clientela es la que corresponda a la actividad de promoción de operaciones y no a otras prestaciones que tuviera a su cargo el Agente. La SAP de Madrid de 16 de febrero de 2010 (AC 2010\514) considera que el límite de la compensación viene referido a las remuneraciones del Agente y no únicamente a las comisiones, por lo que si la retribución es un mix de una cantidad fija y una variable, es la suma de ambas cantidades la que deberá considerarse para calcular el límite máximo al que se refiere el art. 28.3 LCA y también la SAP de la misma Audiencia de 13 de febrero de 2009, según la cual si no se ha distinguido una retribución por promoción y otra por servicios añadidos, el cálculo de la compensación debe efectuarse sobre la totalidad de las retribuciones.

Para que el Agente devengue una compensación en base al art. 29 LCA, es necesario que el contrato sea de duración indefinida y haya finalizado como consecuencia de una denuncia unilateral del Empresario; que el Agente haya realizado gastos que tengan el carácter de una inversión, siguiendo instrucciones del Empresario; y que la corta duración del contrato no haya permitido amortizarlos. Como consecuencia de ello el importe de la compensación se calculará tomando en consideración los gastos efectuados por el Agente siguiendo instrucciones del Empresario, deducida la parte que hubiera podido ser amortizada por la duración de la relación contractual²⁸.

D. Prescripción

Según el art. 31 LCA el derecho a la compensación prescribe al año, contado desde la fecha en que finalizó el contrato. No es un plazo que se aplique a todas las obligaciones que dimanen del contrato de agencia, sino únicamente al derecho del Agente a reclamar una compensación.

III. Terminación del contrato de concesión.

1. Causas de terminación del contrato de concesión.

Las causas de terminación del contrato son las generales de los contratos de colaboración y de duración y no las específicas del contrato de agencia. En los contratos por tiempo determinado, el

²⁸ La STS 2 de junio de 2009 (RJ 2009\3366) examina esta cuestión y resume la doctrina previa en los siguientes términos: "el precepto, con una rúbrica que desborda su contenido pues éste solo se refiere a los daños por inversiones o gastos de confianza (S. 28 de septiembre de 2.007 (RJ 2007, 5311)), reconoce al Agente el derecho a ser indemnizado por los gastos causados para poner en marcha o adecuar su empresa, conforme a las instrucciones expresas o implícitas del empresario, siempre que no se hubieran amortizado al extinguirse anticipadamente la relación (SS. 11 de diciembre de 2.007 (RJ 2007, 8917) y 13 de febrero de 2.009 (RJ 2009, 1490)). La doctrina jurisprudencial exige que concurren los requisitos siguientes: "1) Se trate de un contrato de agencia de duración indefinida; 2) Se denuncie unilateralmente por el empresario, salvo que sea por causa de incumplimiento de las obligaciones legal o contractualmente establecidas a cargo del Agente -artículo 30 a-; 3) Existan gastos de inversión o adecuación pendientes de amortización por el Agente , los que deben demostrarse cumplidamente (S. 30 de abril de 2.004 (RJ 2004, 1678)); 4) Que los gastos se hayan realizado en virtud de instrucciones del empresario; aunque dichos gastos deben entenderse - según Sentencia de 19 de noviembre de 2.003 (RJ 2003, 8335) - «no sólo cuando existan órdenes expresas en ese sentido, sino también si la inversión fue para desarrollar convenientemente el encargo conferido»; y, 5) Que la extinción anticipada no permita la amortización". (SS. 9 de febrero (RJ 2006, 671) , 16 de mayo y 27 de junio de 2.006 , 11 de diciembre de 2.007 (RJ 2007, 8917) , entre otras)".

contrato se extinguirá por el cumplimiento del término pactado; en los contratos por duración indefinida, en virtud de denuncia de cualquiera de las partes; y en todo caso en el supuesto de incumplimiento sustancial de algunas de las partes, a instancia de la otra. No obstante, cabe hacer algunas puntualizaciones. La primera viene referida al hecho de que un contrato por tiempo determinado continúa cumpliéndose después de llegado el término. ¿Se considera prorrogado por iguales periodos de tiempo o bien debe considerarse que el contrato se ha convertido en un contrato con duración indefinida?. A nuestro juicio existe una igualdad de razón con el contrato de agencia que justifica que pueda aplicarse por analogía el art. 24.2 LCA, a tenor del cual el contrato deberá ser considerado de duración indefinida. Ciertamente este no es el caso de una sucesión de contratos por tiempo determinado, porque en tal caso siempre nos encontraremos ante contratos por tiempo determinado.

La segunda puntualización se refiere al plazo de preaviso exigible para la denuncia del contrato de duración indefinida. No cabe duda que es posible la denuncia sin necesidad de invocar una causa (nadie puede obligarse por vida), pero esa denuncia debe ajustarse a la buena fe y, en su consecuencia, deberá efectuarse con un preaviso razonable, como exige la Ley de competencia desleal, que ha previsto el plazo de 6 meses con carácter general. El plazo dependerá de las circunstancias concretas que concurran en cada caso, la consideración de si la parte que ha ejercitado esa facultad ha actuado de buena fe. En este sentido puede tener relevancia las inversiones realizadas por el concesionario u otras. Los plazos de preaviso previstos en el contrato de agencia pueden resolver este problema si no concurren otros factores que aconsejen apartarse de ellos. Por lo tanto debe aplicarse por analogía lo previsto en el art. 25 LCA y, en todo caso, el plazo previsto en el art. 16.3 LCD, que considera acto de competencia desleal “la ruptura, aunque sea de forma parcial, de una relación

comercial establecida sin que haya existido preaviso escrito y preciso con una antelación mínima de seis meses, salvo que se deba a incumplimientos graves de las condiciones pactadas o en caso de fuerza mayor.”

La tercera puntualización es que el contrato de distribución no se extingue por la declaración de concurso de alguna de las partes. La declaración de concurso no es causa de extinción de los contratos pendientes de ejecución, aunque si el concursado incumple sus obligaciones, el contrato puede resolverse a instancia de la otra parte. No puede pactarse que el concurso es causa de resolución, pues ello sería contrario a lo dispuesto en el art. 61.3 LC. Tampoco es posible acudir a la Ley Contrato de Agencia para aplicar, por analogía, el art 26 de dicha Ley, porque estamos ante un derecho excepcional (la norma general es que el concurso no es causa de resolución de los contratos) y, en su consecuencia no se puede aplicar dicha norma a supuestos distintos.

2. Efectos de la terminación del contrato de concesión.

La terminación del contrato de concesión plantea una problemática similar a la del contrato de agencia, pero a diferencia de este último no existen, como hemos dicho, unas normas jurídicas directamente aplicables. La LCA no es de aplicación, sin perjuicio de que algunas de sus normas puedan aplicarse por analogía, especialmente en la terminación del contrato de concesión.

A. La indemnización de daños y perjuicios por incumplimiento.

La parte que ha cumplido sus obligaciones y ejercita la facultad de resolución del contrato conforme a lo previsto en el art. 1124 CC, tiene derecho a reclamar los daños y perjuicios que se le han causado, cuya reparación se regirá por las normas generales en materia de responsabilidad civil previstas en los arts. 1101 y ss. CC. La medida de la indemnización es situar el patrimonio del perjudicado por el incumplimiento en la misma situación en la que se encontraría si el incumplimiento no hubiera tenido lugar. Cuando es el Empresario principal quien incumple e introduce la causa de

resolución, normalmente la indemnización comprenderá los beneficios que hubiera obtenido el concesionario en el caso de que el contrato hubiera terminado de forma regular con un preaviso razonable²⁹.

B. La compensación por clientela.

El reconocimiento de una compensación por clientela es compatible con el reconocimiento de un derecho a ser indemnizado por daños y perjuicios derivados del incumplimiento de las obligaciones que incumbían al Empresario concedente³⁰. El reconocimiento al concesionario de un derecho de compensación por clientela es una cuestión ampliamente debatida y la solución dependerá de cada caso concreto, constatando si es pertinente acudir a la analogía para aplicar el art. 28 LCA por existir una situación de igualdad jurídica sustancial³¹. La jurisprudencia, además, ha situado el fundamento del reconocimiento al concesionario de un derecho de compensación por clientela en el enriquecimiento injusto, es decir, el mismo fundamento que en el contrato de agencia³². También ha indicado el Tribunal Supremo que la

²⁹ En la STS 20 de mayo de 2009 (RJ 2009\3184) se utiliza el parámetro del beneficio y no del margen, lo cual es correcto cuando se trata de daños y perjuicios; las inversiones específicas realizadas y pendientes de amortizar; y la recompra de los stocks que razonablemente no pueda continuar comercializando como consecuencia de la extinción del contrato.

³⁰ En este sentido, la STS 20 de julio de 2007 señala que no cabe confundir la indemnización de daños y perjuicios con la compensación de clientela, con independencia de que en algunas sentencias se haya incluido la indemnización de ésta en el global de aquélla. Las dos modalidades de satisfacción pecuniaria responden a fundamentos jurídicos distintos con perspectivas diferentes. La indemnización por daños y perjuicios (arts. 1.101 y 1.124 CC), aparte de la prueba del daño y del nexo causal, requiere un incumplimiento contractual doloso o culposo, o una resolución unilateral del contrato de duración indefinida sin preaviso, o un ejercicio abusivo o de la mala fe de la facultad de disenso unilateral (SS., entre otras, 13 de junio de 2.001, 26 de abril de 2.004, 31 de mayo y 22 de diciembre de 2.006; 22 de marzo de 2.007). En cambio la compensación por clientela tiene por fundamento el enriquecimiento del cedente por aprovechamiento sin remuneración de la clientela creada o aumentada sensiblemente por el distribuidor.

³¹ STS de 6 de noviembre de 2006 (RJ 2006\9425).

³² La STS (Sala Civil Pleno) de 15 de enero de 2008 (RJ 2008\1393) ratifica ese fundamento de la compensación y sintetiza la doctrina jurisprudencial en los siguientes puntos: 1) La jurisprudencia de la Sala ha reafirmado constantemente la posibilidad de que los contratos de concesión o distribución, por tiempo no sólo indefinido sino también determinado, generen por su extinción el derecho del concesionario o distribuidor a una compensación económica a cargo del concedente o fabricante por la clientela ganada gracias al esfuerzo empresarial del primero, y de la que pueda aprovecharse el segundo tras la extinción del contrato; 2) por lo común tal jurisprudencia se funda en lo injustificado del enriquecimiento o ventaja adquirida por el concedente merced a la extinción del contrato, enriquecimiento correlativo no tanto al empobrecimiento del distribuidor como a la creación de un activo empresarial, gracias a su esfuerzo, que a partir de entonces va a aprovechar únicamente a aquél; y 3) este fundamento se combina con la aplicación analógica del art. 28 de la Ley 12/1992, de 27 de mayo (RCL 1992, 1216) por la gran similitud o identidad de razón entre el contrato de agencia y el de distribución en punto a la aportación de nuevos clientes o el incremento de operaciones por el Agente o al concesionario, lo que conforme al art. 4.1 CC permite integrar los contratos de distribución que, como es frecuente en la práctica incluso en casos de indiscutible importancia económica y perdurabilidad de la relación, se hubieran pactado verbalmente o, habiéndose documentado, no

compensación por clientela no solo pueda darse en el contrato de concesión, sino en otros contratos o modalidades de distribución comercial³³.

a) Requisitos para devengar la compensación.

El derecho a una compensación por clientela no surge de forma automática para el concesionario, sino que son necesarios los siguientes requisitos: Inexistencia de un pacto excluyendo la compensación; terminación del contrato; nuevos clientes o incrementado sensiblemente operaciones con clientela preexistente; pueda producir ventajas sustanciales para el Empresario; y equidad.

i. Inexistencia de un pacto excluyendo la compensación.

El pacto contractual excluyendo compensación por clientela es eficaz, por lo que no procede en tal caso que los Tribunales reconozcan el derecho al concesionario³⁴. En su consecuencia no puede extenderse por analogía la prohibición de pactos en contrario prevista en el art. 3 LCA, aun cuando pueda pensarse que existe igualdad de razón.

ii. Terminación del contrato.

La existencia de un derecho de compensación por clientela requiere la finalización del contrato. Es indiferente que el contrato termine de forma natural por haber transcurrido el plazo pactado o en virtud de denuncia unilateral, o que termine en virtud de resolución por incumplimiento. Únicamente cuando la terminación se

contuvieran previsión alguna sobre la liquidación de las relaciones entre las partes al extinguirse el contrato, dada la falta de regulación legal del contrato de distribución.

³³ STS 20 de julio de 2007 (RJ 2007\5071) dice que "pese a las diferencias estructurales con otros instrumentos jurídicos de distribución de productos, puede ser posible su apreciación, cuando se den las circunstancias oportunas, en otros contrato atípicos y, entre ellos los de concesión o distribución, caracterizados por actuar el concesionario o distribuidor en nombre y por cuenta propia, de modo que su objeto se circunscribe a la reventa de los productos del concedente.

³⁴ La STS de 15 de marzo de 2011 (RJ 2011\3321) dice que en los casos de desistimiento unilateral en el contrato de distribución hay que estar a lo pactado, por lo que no ha lugar a indemnización alguna al concesionario cuando así se haya previsto en el contrato, afirmándose en la sentencia 88/2010 de 10 de marzo (RJ 2010, 2337) que " pese al tenor del artículo 3 de la Ley 12/1992 , las partes del contrato de distribución pueden válidamente excluir la compensación por clientela o modularla, como precisó la sentencia de 22 de junio de 2007 (RJ 2007, 5427) ", y en la 215/2010 de 13 abril (RJ 2010, 3532) que "La validez del pacto por el que se atribuye a cualquiera de los contratantes la facultad de extinguir unilateralmente una relación contractual del tipo y con la indeterminada duración de la que vinculaba a las sociedades litigantes, sin necesidad de un incumplimiento previo de las obligaciones convenidas y siempre que su ejercicio no resulte extralimitado a la luz del estándar de comportamiento que sanciona el artículo 7 del Código Civil , está admitida por la jurisprudencia - sentencias de 18 de marzo de 2002 (RJ 2002, 2849) , 18 de marzo de 2004 (RJ 2004, 2147) , 27 de noviembre de 2006 , 20 de julio y 4 de diciembre de 2007 , 9 de julio y 23 de diciembre de 2008 (RJ 2009, 164) y 4 de marzo de 2009 (RJ 2009, 1626).

produce por incumplimiento del concesionario o bien porque desiste unilateralmente del mismo, debe entenderse que no devenga un derecho de compensación por clientela³⁵.

iii. Nuevos clientes o incrementado significativamente operaciones con los preexistentes.

Son clientes nuevos aquellos a quienes el concesionario ha vendido los productos contractuales, asimilándose a ellos los clientes anteriores con quienes el concesionario ha incrementado el número de operaciones. Naturalmente esos clientes, a diferencia de lo que sucede en el contrato de agencia, son del concesionario y no del Empresario principal, por lo que será necesario que concurra una traslación de los clientes, lo cual se logrará al comprobar si concurre otro requisito, cual es el producir para el fabricante una ventaja sustancial.

iv. Ventaja sustancial para el concedente.

El requisito de la “ventaja” o “aprovechamiento” se encuentra en la esencia de la naturaleza de la compensación. Sin “enriquecimiento” no puede existir compensación por clientela. Lo que se compensa, según reiterada jurisprudencia, es un enriquecimiento injustificado. Como ha afirmado el Tribunal Supremo, con relación al contrato de agencia, también con respecto al contrato de distribución, 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)³⁶. La creación de la clientela y el aprovechamiento por el concedente no

³⁵ De la STS de 20 de julio de 2007 (RJ 2007\5071) se extrae la doctrina de que la compensación pecuniaria se excluye cuando la ruptura del vínculo deriva del mutuo disenso, o del disentimiento unilateral del distribuidor o por resolución contractual a instancia del concedente por incumplimiento del concesionario o distribuidor (Sentencias, entre otras, 15 de abril, 16 de mayo y 5 de julio de 2.001; 27 de octubre; 16 y 29 de diciembre de 2.005; 1 de febrero de 2.006; 20 y 22 de marzo de 2.007).

³⁶ Ese enriquecimiento injustificado, como señala la STS de 22 de marzo de 2007 (RJ 2007\2816) debe ser compensado en la medida adecuada. Reitera con ello la doctrina del enriquecimiento injusto, invocada bien directamente (SS., entre otras, 22 de abril, 3 de mayo, 26 de julio, 3 de octubre, 13, 16 y 23 de diciembre de 2.002; 13 de octubre de 2.004; 21 de noviembre de 2.005; 9 de febrero, 29 de septiembre y 27 de noviembre de 2.006), bien como principio inspirador, o idea subyacente (S. 22 de marzo de 2.007).

se presumen, sino que deben ser probados por el concesionario que reclama la compensación. Pero el aprovechamiento no tiene por qué ser actual, sino que basta que sea potencial, es decir, basta probar la susceptibilidad de que el empresario continúe disfrutando de la clientela con aprovechamiento económico³⁷. “Es esencial que exista una posibilidad razonable de que la actividad del distribuidor pueda continuar produciendo ventajas sustanciales para el empresario”³⁸.

v. La equidad.

El reconocimiento de un derecho a compensación por clientela exige la concurrencia de un elemento de equidad, que como sucede en el contrato de agencia y por aplicación analógica de lo previsto en el art. 28 LCA es una valoración judicial de las circunstancias que concurren en el caso. La equidad es un requisito cumulativo a los anteriores, por lo que si el enriquecimiento del empresario principal está justificado porque existe un pacto excluyendo la compensación por clientela, esta compensación no puede reconocerse. Del mismo modo, no transmitir la clientela al empresario principal, manteniéndola el concesionario como un secreto comercial, excluye también el derecho a una compensación por clientela. El elemento de la equidad comprende no solo el eventual derecho a una compensación por clientela, sino también el importe de tal compensación.

b) Importe de la compensación.

La cuestión relativa a la determinación del quantum no está exenta de debate, dado que la norma que se trata de aplicar por analogía, (artículo 28 LCA), toma en consideración una remuneración del

³⁷ . En este sentido la STS de 20 de julio de 2007 (RJ 2007\5071) y sentencias invocadas por la misma. Entre otras, 19 de noviembre de 2.003; 10 de febrero y 20 de mayo de 2.004; 10 de julio, 29 de septiembre y 6 y 27 de noviembre de 2.006; 22 de marzo de 2.007), pues, ni la creación o incremento, ni el aprovechamiento, se presumen (SS. 26 de julio de 2.000; 2 de marzo de 2.007); y aun cuando la doctrina jurisprudencial (SS. 7 de abril de 2.003; 30 de abril y 13 de octubre de 2.004; 23 de junio de 2.005; 9 de febrero, 29 de septiembre y 27 de noviembre de 2.006) sostiene un criterio flexible en cuanto a la prueba del aprovechamiento, porque, dada su perspectiva futura, ha de estarse a "una apreciación meramente potencial", sin embargo la creación o el incremento de la clientela -aumento sensible de compradores o usuarios habituales- hay que acreditarla debidamente (SS. 19 de noviembre de 2.003; 29 de septiembre y 27 de noviembre de 2.006 , entre otras).

³⁸ STS de 15 de marzo de 2011 (RJ 2011\3321)

Agente que por la estructura del negocio de distribución no existe en estos últimos contratos. El Agente es retribuido por el fabricante por razón de su actividad de promoción de los productos contractuales, asumiendo el riesgo de que con tales retribuciones no pueda obtener un beneficio una vez atendida su estructura de costes. En cambio, el distribuidor no obtiene una retribución directa del fabricante, sino un margen por la reventa de los productos, soportando el riesgo de obtener una ganancia después de atender sus gastos. La discusión se ha centrado en saber si para fijar el importe de la compensación por clientela debe tomar en consideración el margen que obtiene el concesionario en la reventa, todos los conceptos retributivos del concesionario, comprendiendo rappels, o bien debe buscarse una alternativa que aproxime más la posición del concesionario a la del Agente, como podría ser tomar en consideración las comisiones usuales de mercado que hubiera devengado un Agente. Sin embargo, a estos efectos, conviene no perder de vista tres cuestiones: a) que la compensación por clientela no tiene por objeto mantener indemne al concesionario que ha sufrido un daño, sino poner a cargo del empresario concedente una prestación que compensa el valor de una clientela ganada por el concesionario; b) que el importe de la compensación debe ser consecuencia de la apreciación de la clientela que se haga caso por caso, tomando en consideración las remuneraciones, la equidad y demás circunstancias que concurren en el caso; y c) que una cuestión distinta de la fijación del importe de la compensación es la aplicación, también por analogía, del límite de la compensación previsto en el art. 28 LCA que es una anualidad media de las remuneraciones devengadas durante los cinco últimos años. Para el cálculo de ese máximo, procede tomar en consideración las remuneraciones del concesionario, es decir, los márgenes que obtiene mediante la reventa de los productos contractuales, porque la compra que ha efectuado al fabricante no es una operación de cambio, sino una operación funcionalmente incardinada en la

distribución de los productos³⁹. Sin embargo, el margen se utiliza únicamente para cuantificar la compensación y no para fijar su máximo.

C. La compensación por inversiones.

Respecto a la compensación por inversiones que el concesionario no ha podido amortizar habrá que estar a lo previsto en el contrato, dado que no estando sometido el contrato de distribución exclusiva a la LCA, las normas legales de esta última susceptibles de aplicación por analogía no tienen carácter de derecho necesario, indisponible. Cuando nada se haya pactado cobra vigencia la aplicación analógica del art. 29 LCA, el cual no limita la indemnización a las inversiones específica, es decir, a aquella que únicamente pueden aprovecharse en la ejecución del contrato (carteles, etc), sino todas las realizadas “instruido por el empresario” para la ejecución del contrato. A nuestro juicio una compensación de esta naturaleza únicamente debe ser reconocida cuando tenga la consideración de un daño o perjuicio, es decir, anudada a un incumplimiento contractual del empresario principal.

D. La recompra del stock.

Si ninguna previsión se ha hecho en el contrato, el concedente no tiene obligación de recompra, porque la venta se hizo en firme. Si en el contrato se ha previsto la facultad del concedente de adquirir el stock a la finalización del contrato, el concedente no tiene la obligación sino el derecho a adquirirlo en las condiciones pactadas⁴⁰. La terminación del contrato por incumplimiento del empresario de respetar un plazo de preaviso razonable, obliga al concedente a la recompra de aquellos stocks que no es previsible que pueda vender.

³⁹ La jurisprudencia del Tribunal Supremo y la doctrina de las Audiencias, en general, toman en consideración el margen bruto obtenido en la reventa de los productos contractuales. En este sentido las SSTs de 26 de abril de 2002 (RJ 2002\5244) y 26 de junio de 2006 (RJ 2006\820). La SAP de Salamanca de 5 de febrero de 1.998 (AC 1998\243) al referirse al cálculo indemnizatorio (en realidad al límite de la compensación) previsto para los Agentes considera “que se sobreentiende aplicable al distribuidor o exclusivista; pues de otro modo existirá un enriquecimiento sin causa por parte del concedente de la exclusiva o agencia que es quien en definitiva rescinde o resuelve el contrato, el cual deberá compensarla mediante la indicada indemnización a la contraparte”.

⁴⁰ STS de 21 de diciembre de 1992 (RA 10705).

Esta obligación se integra en el concepto de daños y perjuicios que debe indemnizar el concedente⁴¹.

E. Prescripción.

No puede extenderse, por analogía, al contrato de distribución exclusiva el plazo anual de prescripción previsto en el art. 31 LCA para reclamar la compensación por clientela o los daños y perjuicios. Es de aplicación el plazo general de 15 años, previsto en el art. 1964 CC⁴².

⁴¹ STS de 12 de diciembre de 1990 (RA 9995).

⁴² Así lo ha reconocido el Tribunal Supremo en su sentencia de 16 de febrero de 2010: no es de aplicación al contrato de distribución el plazo de prescripción previsto en el art. 31 de LCA para el derecho a una compensación por clientela.