

## LA ÚLTIMA POSICIÓN DE LA JURISPRUDENCIA SOBRE LA INDEMNIZACIÓN POR CLIENTELA EN LOS CONTRATOS DE DISTRIBUCIÓN

### Introducción: el Acuerdo del Tribunal Supremo de 20 de diciembre de 2005.

El 20 de diciembre de 2005 los Magistrados de la Sala Primera del Tribunal Supremo reunidos en Junta General adoptaron un acuerdo con relación a los contratos de distribución y la tan discutida aplicación analógica del artículo 28 de la Ley 12/1992, de 27 de mayo, sobre el Contrato de Agencia (en adelante la «Ley del Contrato de Agencia») regulador de la comúnmente denominada indemnización por clientela.

Como es sabido, el artículo 28 de la Ley del Contrato de Agencia regula el derecho del agente a ser indemnizado por la clientela creada y que resulte de aprovechamiento para su principal a la extinción del contrato de agencia. Dispone literalmente este artículo: «1. 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 la competencia, por las comisiones que pierda o por demás circunstancias que concurran. 2. El derecho a la indemnización por clientela existe también en el caso de que el contrato se extinga por muerte o declaración de fallecimiento del agente. 3. 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 inferior.»

Los términos del acuerdo alcanzado por los Magistrados de la Sala Primera del Tribunal Supremo (en adelante el «Acuerdo de 20 de diciembre de 2005» o el «Acuerdo») son: «no procede en términos generales la aplicación analógica del artículo 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 resultarán 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.»

Aunque la primera impresión es que los Magistrados del Tribunal Supremo rechazaron la aplicación del artículo 28 de la Ley del Contrato de Agencia a los contratos de distribución, las líneas siguientes del Acuerdo sostienen la aplicación analógica del referido precepto cuando exista, dicen los Magistrados, «*identidad de razón*», apreciándose ésta cuando (i) el distribuidor haya creado clientela y (ii) la clientela creada resulte de aprovechamiento para el fabricante o principal. Se anuda el reconocimiento del derecho indemnizatorio a la concurrencia de los requisitos que el propio artículo 28 de la Ley del Contrato de Agencia establece. En consecuencia, lo que el Acuerdo de 20 de diciembre de 2005 no admite es la automática aplicación del referido artículo 28 por la mera extinción del contrato de distribución, para exigir al distribuidor una contundente prueba de los requisitos legales.

Desde entonces, aun sin mencionarlo expresamente, la jurisprudencia viene aplicando sin fisuras el Acuerdo de 20 de diciembre de 2005 reconociendo el derecho a la indemnización por clientela cuando el distribuidor pruebe que se ha producido un aumento de ésta, merced a su actividad, y que esa nueva clientela es aprovechada por el fabricante. La jurisprudencia se muestra tajante en la exigencia de una prueba estricta de estos presupuestos, según vamos a tener ocasión de analizar.

### El problema que plantea la extinción de los contratos de distribución

Dentro del término distribución se engloban una variada gama de relaciones comerciales que presentan como rasgo común definitorio la finalidad de hacer llegar un producto o servicio del fabricante al consumidor final. Precisamente por la atipicidad que preside estas relaciones comerciales —salvo en el caso del contrato de agencia, desde la promulgación de su Ley reguladora— los efectos de su extinción son muy discutidos en la doctrina y la jurisprudencia. La actividad del distribuidor puede generar una clientela que a la extinción del contrato pasa a ser disfrutada por el fabricante.

El debate gira sobre si este desplazamiento de clientela que se produce a la extinción de la relación contractual debe ser retribuido o indemnizado de alguna forma o, por contra, es el efecto propio de la actividad del distribuidor que ya resulta suficientemente retribuido durante la vida del contrato con las contraprestaciones pactadas a su favor.

### **La evolución de la jurisprudencia: de una primitiva postura que niega protección especial al distribuidor a la posición que reconoce el derecho a ser indemnizado por la clientela creada a la extinción del contrato**

Como resume la doctrina (por todos, R. ALONSO soto en *CURSO DE DERECHO MERCANTIL II* dirigido POR R. URÍA Y A. MENÉNDEZ, Ed. Civitas, Madrid 2001, pág. 200 y 201) después de una primera jurisprudencia que, en la década de los años sesenta y setenta, entendió que el distribuidor no merecía una especial protección al margen del derecho común, se abrió paso una tendencia que reconoció al distribuidor el derecho a ser indemnizado por la clientela creada con fundamento en el principio general del derecho que prohíbe el enriquecimiento sin causa (analogía *iuris*). Exponente de esta posición fue la sentencia de 22 de marzo de 1988 (RJ 1988, 2224) en la que el Tribunal Supremo reconoció al concesionario, con pacto de exclusiva, el derecho a ser indemnizado cuando a la extinción del vínculo el empresario disfruta de la clientela creada por aquél ya que, en esos casos, según se dice, existe un enriquecimiento injusto que debe ser reparado. La indemnización se concede independientemente de que el contrato sea de duración determinada o indeterminada y de que el concedente o fabricante resuelva el vínculo abusivamente o no, ya que se entiende que esta indemnización presenta una estructura distinta a la indemnización de daños y perjuicios y que, por tanto, opera al margen del artículo 1.101 del Código Civil.

La sentencia del Tribunal Supremo de 22 de marzo de 1988 (RJ 1988, 2224) dice literalmente: «Séptimo: 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 decidiera abusivamente la resolución del vínculo —SS. 14 de febrero y 17 de diciembre de 1973 (RJ 1973, 472 y RJ 1973, 4788) y 11 de febrero de 1984 (RJ 1984, 646)-. Segunda: 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 se la necesidad de indemnizar los daños causados por la disolución del vínculo, no puede en modo alguno excluirse la consecuencia indemnizatoria, y ello, no sólo en los supuestos en que pactada la necesidad de un preaviso, se hubiera prescindido del mismo, en términos de mayor generalidad, «se

hubiera deducido abusivamente la resolución del vínculo (S. de 11 de febrero de 1984, ya citada)», sino también en aquellos otros en los que la denuncia unilateral del contrato vaya seguida de un disfrute por parte del empresario representado de la clientela aportada por el agente, supuestos en los que la doctrina científica sostiene la existencia de un enriquecimiento por parte del concedente de la exclusiva que habrá de ser compensado al agente, si no queremos que pueda ser calificado de enriquecimiento sin causa, y en los que la legislación comparada de los países europeos ofrece diversas soluciones para cuantificar el importe de la indemnización compensatoria, por la continuación en el disfrute de la clientela aportada por el agente, que van, desde la libertad que al Juez, según normas de equidad, concede la legislación italiana, a falta de acuerdos colectivos y usos, a la compensación con un tope máximo de un año que conceden los sistemas alemán y austriaco, o de dos años que prevé el francés, siempre calculado sobre la base de las comisiones medias de los últimos años.»

Una vez publicada la Ley del Contrato de Agencia, en el año 1992, la jurisprudencia acudió al criterio de la aplicación analógica del artículo 28 para justificar el derecho del distribuidor a la indemnización (analogía *legis*) sin perjuicio de invocar también la doctrina del enriquecimiento sin causa. En esta línea causaron especial impacto las Sentencias de 12 de junio de 1999 (RJ 1999, 4292) y de 26 de abril de 2002 (RJ 2002, 5244) ambas dictadas con relación a sendos contratos de concesión del sector del automóvil y que reconocieron indemnizaciones millonarias a favor del concesionario.

La primera resolución reconoció al concesionario, entre otros conceptos, una indemnización por clientela de 60.000.000 Ptas. (360.607,26 euros) con fundamento en la aplicación analógica de la Ley del Contrato de Agencia. La resolución diferencia nítidamente los contratos de agencia y los de distribución —en este caso, concesión— y, aunque dice que la Ley del Contrato de Agencia no es aplicable directamente, sí resulta «inspiradora de los criterios interpretativos».

La sentencia del Tribunal Supremo de 12 de junio de 1999 (RJ 1999, 4292) dice literalmente: «Ante la falta de regulación específica de estos contratos mercantiles especiales, si bien la Ley de Contrato de Agencia no es aplicable directamente, cabe ser considerada y atender a dicha normativa en cuanto resulte inspiradora de los criterios interpretativos (sentencia de 14 de febrero de 1997), y así sucede en la indemnización a satisfacer, en cuanto a la clientela. (...) Atención aparte merece la indemnización por clientela que esta Sala de Casación

Civil viene otorgando en los casos de relaciones de concesión en exclusiva, como la que nos ocupa, al corresponder a una indemnización compensatoria con estructura distinta de la indemnización de perjuicios derivada de incumplimiento (SS. de 17-3-1993 [RJ 1993, 2289], 27-5-1993 [RJ 1993, 3986], 16-10-1995, 25-1-1996 y 31-12-1997 [RJ 1997, 9488]) y partiendo de que la clientela obtenida por el concesionario permanece y se integra, al producirse su desplazamiento, en el fondo comercial del concedente (SS. de 15-10-1992 [RJ 1992, 7823], 17-3-1993 y 17-10-1998 [RJ 1998, 8071]), y su disfrute, por el esfuerzo ajeno, actúa a medio de enriquecimiento injusto (sentencia de 22-3-1988). Aunque no resulta aplicable a este supuesto la Ley sobre Contrato de Agencia, como ya queda dicho, sí se justifica por el artículo 4 del Código Civil, en cuanto sirva de referencia orientativa para resolver la problemática de la clientela desplazada.»

Si bien, en esta resolución, el Tribunal Supremo ya reconoció el papel que la marca —«la atracción comercial de la marca prestigiada»— y la publicidad desplegada por el fabricante podían tener en la captación de clientela.

Por su parte, la sentencia de 26 de abril de 2002 (RJ 2002, 5244) reconoció al concesionario una indemnización por clientela por importe de ¡1.468.807.950 Ptas. (8.827.713,56 Euros)! La resolución, tras resumir algunos de los pronunciamientos principales del Tribunal Supremo en la materia, invoca nuevamente la aplicación analógica del artículo 28 de la Ley del Contrato de Agencia. Se dice que existe una identidad de razón entre uno y otro supuesto que justifica esta aplicación.

La sentencia del Tribunal Supremo de 26 de abril de 2002 (RJ 2002, 5244) dice: «*Clientela por ptas. 1.468.807.950, concepto económico que para su cuantificación, y aunque en la concesión —se insiste— no sea aplicable, en rigor, lo dispuesto para el contrato de agencia —art. 28 Ley 27 de mayo de 1992, sí sirve su sanción para determinar el mismo, en una traducción analógica aceptada por la jurisprudencia expuesta.*»

### Las voces discrepantes en la doctrina y la jurisprudencia

Frente a esta posición del Tribunal Supremo se alzaron algunas voces en la doctrina y algunas resoluciones aisladas. Destacó la opinión de C. PAZ-ARES («LA INDEMNIZACIÓN POR CLIENTELA EN EL CONTRATO DE CONCESIÓN» en SISTEMA CONTRATOS MERCANTILES número especial, páginas 59 y siguientes) que discrepó abiertamente de las construcciones que sustentan el derecho indemnizatorio del distribuidor

sobre la base de la analogía *iuris* por aplicación del principio que veda el enriquecimiento sin causa y de la analogía *legis* por aplicación del artículo 28 de la Ley del Contrato de Agencia.

Con relación a la posición que sustenta el derecho a la indemnización con fundamento en la doctrina del enriquecimiento injusto, C. PAZ-ARES se refirió a la ausencia de los requisitos necesarios para la aplicación de esta doctrina. Y es que, tratándose de un contrato de distribución, el pretendido enriquecimiento —el desplazamiento de la clientela— a favor del fabricante sí tiene causa: el propio contrato de distribución que obliga al distribuidor a buscar y crear esa clientela para el fabricante.

Dice C. PAZ-ARES (ob. cit. página 61): «*La adquisición [de la clientela por el fabricante o principal] está plenamente justificada, toda vez que se funda en la prestación contractual debida por el agente o el concesionario, que justamente consiste en promover las ventas del fabricante durante la vigencia del contrato y aumentar la clientela. Es manifiesto por ello que la atribución no carece de causa, sino que la tiene en el propio contrato, que autoriza la denuncia ad nutum.*»

Idéntica opinión mantuvieron otros autores como E. QUIÑONERO CERVANTES («COMENTARIO A LA SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO DE 22 DE MARZO DE 1988» en cuadernos CIVITAS DE JURISPRUDENCIA CIVIL, 1988, páginas 237 y siguientes), J. GÓMEZ SEGADÉ Y A. TATO PLAZA («LA EXTINCIÓN DEL CONTRATO DE AGENCIA» en CIENCIAS HUMANAS Y SOCIEDAD, LIBRO MISCELÁNEA DE LA FUNCIACIÓN ORIOL Y URQUIJO EN HOMENAJE A J. ORIOL, Madrid 1993, páginas 361 y siguientes) entre otros. Algunas resoluciones aisladas del Tribunal Supremo también se hicieron eco de esta posición, como la sentencia de 18 de marzo de 2004 (RJ 2004, 2147) que señaló que la causa del eventual enriquecimiento del fabricante se encuentra en el propio contrato.

Dice literalmente la sentencia de 18 de marzo de 2004 (RJ 2004, 2147): «*...el posible enriquecimiento de la concedente por la extinción del contrato tenía una causa tan perfectamente identificada como indiscutiblemente lícita y que no sería otra que el propio contrato, lo expresamente pactado en él, siendo entonces jurisprudencia verdaderamente aplicable al caso la que rechaza la aplicación de aquella doctrina cuando el beneficio y correlativo perjuicio denunciados tengan su fuente en un convenio o en una causa contractual justa.*»

Por lo que se refiere a la posición que mantiene la aplicación del artículo 28 de la Ley del Contrato de Agencia por analogía *legis*, C. PAZ-ARES señaló la

ausencia de falta del presupuesto que justificaría esta aplicación analógica: la identidad de razón, la *eadem ratio*. Así, si bien, el contrato de agencia y el contrato de distribución —y dentro de esta categoría más genérica, el contrato de concesión— presentan en común la finalidad económica de promover las ventas del principal, existen diferencias sustanciales entre uno y otro contrato. En el primer caso, el agente actúa por cuenta ajena y no asume el riesgo de sus operaciones, frente al distribuidor que actúa por cuenta propia y, por tanto, asume el riesgo de las operaciones que contrae. Por ello, la retribución del agente es la comisión, mientras que la del distribuidor es el margen de la reventa.

Señala C. PAZ ARES que la indemnización por clientela trae causa de la necesidad de protección social del agente —necesidad que se demuestra por el carácter imperativo de las normas que disciplinan esta modalidad contractual— y de la distinta estructura de su retribución formada por comisiones que dejan de devengarse a la extinción del contrato y que no retribuyen en su integridad la creación de clientela. Según el aquel la razón de ser de la indemnización por clientela se encuentra en «*el carácter diferido de la íntegra retribución del agente*» como lo demuestra la circunstancia de que se tome como base para su cálculo las comisiones devengadas en los últimos meses. Estas razones que justifican la indemnización por clientela en el contrato de agencia, no concurren en el contrato de concesión. El concesionario no es acreedor de la especial protección que se otorga al agente ya que, en definitiva, es un empresario con una organización de capital suficiente para mantener una actividad por cuenta propia. Por otro lado, el distribuidor se retribuye mediante el margen de reventa del producto de forma que la clientela que pueda quedar después para el fabricante ya está suficientemente retribuida.

Dice C. PAZ-ARES (*ob. cit.* pág. 75): «A la vista de esta conclusión, es obvio que la segunda cuestión —la cuestión de la analogía— ha de resolverse valorando si el sistema de retribución del concesionario tiene una parte diferida, pues sólo en este caso podría concurrir la *aedem ratio* propia de la analogía. La respuesta según creemos percibir, es resueltamente negativa. El concesionario se retribuye sólo mediante el margen de reventa del producto; en ningún caso tiene derecho a percibir una compensación adicional durante la vida del contrato por las operaciones directas que eventualmente puedan realizar sus clientes con el fabricante. Y siendo así, la cuestión de la analogía en el planto de la integración se zanja de raíz con la simple apelación a la idea de la integridad en la retribución.»

En esta posición se situó también F. SÁNCHEZ-CALERO («*INSTITUCIONES DE DERECHO MERCANTIL*» II, Ed. McGraw-Hill, Madrid 2002, página 181) que advirtió de la dificultad que supone encontrar la identidad de razón, necesaria para una aplicación analógica de la norma, ya que «*no puede olvidarse que el concesionario es un empresario que actúa en nombre propio y a su propio riesgo*». Además, se refirió F. SÁNCHEZ CALERO al distinto carácter de las normas que regulan uno y otro contrato: las normas reguladoras del contrato de agencia son de carácter imperativo, mientras que los contratos de distribución son relaciones atípicas que se rigen por las normas reguladoras generales de las obligaciones y contratos.

Algunas sentencias aisladas se inspiraron en esta posición doctrinal, señalando las diferencias entre uno y otro contrato, y postulándose igualmente en contra de una aplicación analógica de las normas reguladoras de la Ley de Agencia. En este sentido destacan algunas resoluciones de la jurisprudencia menor, entre ellas, la sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona de 23 de mayo de 2000 (JUR 2000, 264381) o la sentencia de la Audiencia Provincial de La Rioja de 3 de abril de 1998 (AC 1998, 838).

Dice la sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona de 23 de mayo de 2000 (JUR 2000, 264381): «*En nuestro ordenamiento jurídico sólo se regulan determinados contratos de distribución, entre ellos y por su importancia el contrato de agencia. Como ha puesto de relieve un sector doctrinal, la Ley del contrato de Agencia no puede, sin embargo, ser íntegramente aplicada de forma automática y por analogía a los restantes contratos de distribución no regulados en nuestro ordenamiento jurídico. En especial, no ha de serlo el artículo 28 que establece la indemnización por clientela ya que la finalidad que persigue el legislador con no se aprecia otros contratos de distribución. El distribuidor no agente es un empresario que se compromete a adquirir, durante un tiempo, determinados productos en determinadas condiciones al concedente, en régimen de exclusividad, revendiéndolo a terceros, asumiendo el riesgo de su propio negocio. Como admite la propia distribuidora en su escrito de reconvencción era ella la que asumía el riesgo de su actividad, retribuyéndose con el margen de reventa del producto distribuido. Por contra la actividad del agente consiste en la promoción de negocios por cuenta y/o nombre ajeno, sin asunción del riesgo, de tal modo que los clientes captados son siempre por cuenta del empresario y no del agente. La indemnización prevista en el artículo 28 de la Ley 12/ 92, en términos análogos al derecho austriaco, tiene por finalidad no sólo proteger al agente frente al empresario*

—*así se deduce, de los términos proteccionistas de la ley— sino remunerarle por el incremento de la clientela que ha obtenido el empresario a consecuencia o debido a la actividad del agente, situación que no se aprecia en el contrato de distribución examinado, lo que ha de impedir poder apreciar la identidad de razón que exige el artículo 4.1 CC para la aplicación analógica de las normas, como asimismo acontece en el derecho austriaco según el informe emitido.*»

Incluso en algunas resoluciones del Tribunal Supremo podemos apreciar ciertas matizaciones con relación a la aplicación analógica de las normas reguladoras del contrato de agencia. Así las Sentencias del Tribunal Supremo de 28 de enero de 2002 (RJ 2002, 2305) y 5 de febrero de 2004 (RJ 2004, 639) dicen que la aplicación analógica de las normas legales sobre el contrato de agencia ha de hacerse «*con respeto a la naturaleza jurídica distinta de la agencia y de la concesión en exclusiva y en tanto no exista doctrina jurisprudencial o pacto de las partes sobre el último contrato*». Asimismo se abre una línea jurisprudencial que niega la analogía en aquellos casos en que no existe exclusividad (entre otras, sentencias del Tribunal Supremo de 15 de febrero de 2001 [RJ 2001, 2583], 16 de mayo de 2001 [RJ 2001, 6215] y 29 de diciembre de 2005 [RJ 2006, 178]).

### **El panorama en la jurisprudencia tras el Acuerdo de 20 de diciembre de 2005**

En este contexto nace el Acuerdo de 20 de diciembre de 2005. Según hemos visto, el Acuerdo rechaza la aplicación automática del artículo 28 de la Ley del Contrato de Agencia pero, a pesar de las importantes razones de peso apuntadas por la doctrina y por algunas resoluciones, insiste en la posibilidad de aplicarlo analógicamente cuando concurren los presupuestos que el precepto legal establece.

En esta línea, resulta particularmente interesante la sentencia del Tribunal Supremo de 22 de junio de 2007 (RJ 2007, 5427) que contesta a aquellas opiniones doctrinales que se han mostrado discrepantes con relación a esta aplicación analógica. La resolución, con apoyo en la jurisprudencia alemana, comienza resaltando la idéntica función económico social que agencia y distribución están llamadas a cumplir: en ambos casos se busca la promoción de la presencia de los productos del principal en el mercado. Para a continuación sostener que sí concurren los presupuestos que permiten la aplicación analógica de la norma o, al menos, del principio que inspira la norma: (i) existencia de una laguna legal, (ii) carácter potencialmente expansivo de la norma e (iii) identidad de razón.

Sostiene la sentencia analizada que sí existe una laguna legal —que no contractual— que afecta a la extinción de los contratos de distribución en aquellos casos en los que, efectivamente, a la extinción se ha creado una clientela por el distribuidor que pasa a ser disfrutada por el fabricante, real o potencialmente. Se apoya para ello en el concepto de laguna legal que resulta de la Exposición de Motivos del Real Decreto Legislativo de 31 de mayo de 1974 que modificó el Título Preliminar del Código Civil según la cual la analogía «*no presupone la falta absoluta de una norma, sino la no previsión por la misma de un supuesto determinado, defecto o insuficiencia que se salva si la razón derivada del fundamento de la norma y de los supuestos expresamente configurados es extensible por consideraciones de identidad o similitud al supuesto no prevista*».

Asimismo se dice que el artículo 28 de la Ley del Contrato de Agencia es una disposición de derecho especial, que sustrae esta modalidad contractual de la regulación general de las obligaciones y contratos, pero no de derecho excepcional, penal o temporal, únicos supuestos en los que el artículo 4.2 del Código Civil veda la aplicación analógica de la norma. Por lo que se refiere a la identidad de razón, sostiene la resolución que agencia y distribución buscan no sólo realizar la actividad de promoción de los productos, sino también crear relaciones de clientela estable, labor que no queda íntegramente retribuida ni con las comisiones del agente, ni con el margen de reventa del distribuidor.

La resolución llega a justificar, incluso, la doctrina del enriquecimiento injusto como fundamento de la indemnización por clientela. Se dice que, a la extinción del contrato, el empresario recibe un valor, la clientela creada por la actividad del agente o del distribuidor, no retribuida con las comisiones, ni con el margen de la reventa ya percibidos. Existe, por tanto, un valor no remunerado, que se va a atribuir al principal o fabricante y que, debe ser compensado. Desde esta perspectiva, la Sala encuadra la reclamación de este valor en el principio de interdicción del enriquecimiento injustificado en su manifestación como *condictio* por expensas en cuya virtud el beneficiado debe restituir el valor de lo incorporado, trabajo o gastos, a una cosa ajena. Si bien con matices ya que en este caso el trabajo se produce en el marco de una relación contractual y sobre un bien inmateral que no es exactamente ajeno: la clientela.

Dice con relación a este particular, la sentencia de 22 de junio de 2007 (RJ 2007, 5427): «*Explicar la*

regla del artículo 28.1 LCA, en ausencia de una regla semejante a la del parágrafo 354 del C.Com. alemán (HGB) es, todo caso, tarea de enorme dificultad, ya se tome como punto de partida la tesis remuneratoria, ya la posición que entiende tratarse de un supuesto de enriquecimiento injusto. Si lo primero, que no ha escapado a la jurisprudencia (STS 27 de enero de 2003 [RJ 2003, 1137]), no se ve la razón de no aplicar al supuesto de la distribución la misma explicación: el margen (la comisión, en la agencia) no remunera una ventaja que deriva de la prestación pero no queda absorbida por ella y que, bajo ciertas condiciones presididas por la idea de equidad, conducen a la compensación por el valor generado, pero no remunerado, que se ha de atribuir al empresario o concedente. Pero, en un análisis del conflicto que tome como punto de partida que la relación ya se ha extinguido, cabe ver la aplicación del principio de interdicción del enriquecimiento injustificado, ya en su versión de *condictio de inversión* (a la que acude claramente la STS de 16 de mayo de 2007 [RJ 2007, 4616]) ya en su manifestación como *condictio de prestación*. Se trata, en ambos casos, de restituir el aumento del patrimonio, que en un caso se ha producido con fundamento en un proyecto jurídico obligatorio, y en el otro por transferencia patrimonial que no debe calificarse como prestación. Pero la dificultad de la construcción en este último caso, pues no estamos ni ante un regreso, que es el más típico de los supuestos, nos habría de llevar al supuesto descrito por la más autorizada doctrina como «*condictio por expensas*», en virtud de cuya institución el beneficiado ha de restituir el valor derivado de la incorporación de trabajo o de la realización de gastos en una cosa ajena. En ausencia de preceptos como los contenidos en los parágrafos 812 y 951 BGB, la construcción de esta acción de recuperación, aunque sea extremadamente compleja, se ha de intentar en el Derecho español, por la vía de la *condictio*, sobre todo cuando, como ocurre en los casos que venimos tratando, la incorporación de trabajo o la realización de los gastos se producen en el marco de una relación contractual, y en el seno de un bien inmaterial que no es, exactamente, ajeno a quien realiza la incorporación de trabajo o las expensas. Por razones históricas, que la doctrina científica ha puesto de relieve, la ubicación de las reglas sobre la *condictio indebiti* se halla dispersa en el articulado del Código civil, fundamentalmente situadas en las reglas de restitución por ineficacia contractual (artículos 1303-1306, 1295, 1121, etc. del Código civil) y sólo ha llegado al llamado «cuasicontrato» de cobro de lo indebido el supuesto de pago por error que, por más que se fuerce la idea de un error presunto (cuando se pagó cosa que nunca se debió o que ya estaba pagada, artículo 1901 CC) no puede cubrir el conflicto que nos ocupa. El pago indebido por error, cuando no hay título de libe-

ralidad ni justa causa que determine la adquisición de la propiedad, es, como se ha dicho en la doctrina, una laguna legal. Cabe entonces acudir a la idea de que el pago indebido sin error puede ser remediado por medio de una *condictio sine causa generalis*, dando al artículo 1895 del Código civil un alcance más amplio del que deriva de su literalidad, lo que implicaría tener por «cobro» otros supuestos de adquisición y se aplicaría a los desplazamientos patrimoniales de modo que sólo quedarían definitivos y eficaces cuando obedecieran a prestaciones realizadas para la consecución de finalidades lícitas, reales y existentes.

En definitiva, hay que tener en cuenta que, de un modo u otro, la regla que impone la indemnización se justifica en un momento de liquidación de la relación y para que el agente o el concesionario obtenga la compensación por un valor que, propio en todo o en parte, se ha transferido al empresario o concedente.»

También refleja esta resolución aquellas posiciones que han defendido el derecho del distribuidor a ser indemnizado por la clientela creada a la extinción del contrato sobre la base del artículo 1.258 del Código Civil, según el cual los contratos obligan no sólo a lo expresamente previsto, sino también a todas las consecuencias que según su naturaleza sean conformes a la buena fe, al uso y a la ley. En esta línea destacan las Sentencias del Tribunal Supremo de 15 de enero de 2008 (RJ 2008, 1393), y de 26 de marzo de 2008 (dictada en el recurso de casación núm. 293/2001 todavía sin referencia en el repertorio de jurisprudencia Westlaw) que justifican la indemnización por clientela sobre la base de un desequilibrio sobrevenido en la situación patrimonial de las partes a la extinción del Contrato.

Dice expresamente la sentencia de 15 de enero de 2008 (RJ 2008, 1393): «No obstante, cabe hallar también en el propio art. 1258 CC, que en este motivo se cita como infringido, el fundamento de la compensación por clientela, del mismo modo que tal precepto, al integrar lo expresamente pactado por las partes con todas las consecuencias que según la naturaleza del contrato fueran conformes a la buena fe, al uso y a la ley, sirvió de base en su día a la construcción doctrinal y jurisprudencial, hoy pacífica, de la cláusula *rebus sic stantibus* como remedio equitativo al desequilibrio de las prestaciones por causas sobrevenidas en los contratos de tracto sucesivo. Tratándose de contratos de distribución, tal desequilibrio sobrevenido no se daría en las prestaciones de las partes durante la vida del contrato sino en la situación patrimonial de cada una al extinguirse la relación contractual y tener ésta que liquidarse, liquidación con causa desde luego en el contrato mismo; y tampoco

*se debería a circunstancias extraordinarias, sino a la propia ejecución normal u ordinaria del contrato. Pero aquella misma consideración de la equidad, explícitamente presente tanto en el art. 28.1 de la Ley del Contrato de Agencia como en el art. 17.2 a) de la Directiva 86/653/CEE del Consejo, de 18 de diciembre de 1986, relativa a la coordinación de los derechos de los Estados miembros en lo referente a los agentes comerciales, permite tomar el art. 1258 CC como fundamento de la compensación por clientela al ser una consecuencia acorde con la naturaleza de dicho contrato y, además, conforme a la buena fe.»*

En cualquier caso, la sentencia analizada, en línea con otras muchas dictadas tras el Acuerdo de 20 de diciembre de 2005 (vid. entre otras, sentencias del Tribunal Supremo de 20 de julio de 2007 [RJ 2007, 5071], de 3 de marzo de 2008 [RJ 2008, 2935], de 30 de abril de 2008 [RJ 2008, 2687]) insiste en que, en cualquier caso, el reconocimiento del derecho a esta indemnización (o compensación, según la tesis que se adopte) requiere necesariamente que concurren y, por tanto, se acrediten los requisitos legales establecidos en el artículo 28 de la Ley de Agencia, esto es, que la clientela haya sido creada como consecuencia del trabajo del distribuidor y que a la extinción del contrato ésta continúe siendo disfrutada por el empresario. La falta de prueba de estos requisitos conlleva la desestimación de toda indemnización que por clientela pueda pretender el distribuidor (así, entre otras, sentencias del Tribunal Supremo de 19 de mayo de 2006 [RJ 2006, 3046] y 5 de diciembre de 2007 [RJ 2007/8906] que para el supuesto contemplado rechazan las indemnizaciones pretendidas por falta de prueba de estos requisitos).

En efecto, desde el Acuerdo examinado la jurisprudencia se muestra tajante en la exigencia de concurrencia de estos requisitos cuya prueba incumbe al distribuidor. Son muchas las resoluciones que dicen que el reconocimiento del derecho a ser indemnizado por la clientela creada no opera de forma automática por la mera extinción del contrato, sino que es necesaria la acreditación del incremento de compradores o consumidores habituales, o de las operaciones con la clientela preexistente (entre otras, las sentencias de 29 de septiembre de 2006 [RJ 2006, 6515], de 22 de marzo de 2007 [RJ 2007, 2816], de 29 de diciembre de 2005 [RJ 2006, 178] que inciden especialmente en la prueba del incremento de clientela) y que este incremento sea consecuencia de la actividad del distribuidor. Así por ejemplo, en caso de fidelidad a la marca la clientela no podrá ser imputada a la labor del distribuidor (vid. la sentencia de 6 de noviembre de 2006 [RJ 2006, 9425] que

expresamente rechaza que exista incremento de clientela cuando éste es debida a la fidelidad a la marca). A su vez, es necesaria la prueba de que este incremento de clientela es aprovechado por el empresario o puede serlo, porque existe un pronóstico favorable —se requieren datos o elementos que permiten sostener un juicio de probabilidad cualificada— de que así será. Se refieren a esta potencialidad en el disfrute de la clientela por parte del principal las Sentencias de 5 de mayo de 2006 (RJ 2006, 4050), de 29 de septiembre de 2006 (RJ 2006, 6515) y de 22 de marzo de 2007 (RJ 2007, 2816).

Dice en este sentido la sentencia de 5 de mayo de 2006 (RJ 2006, 4050): *«Pero 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 (sentencias, entre otras, de 26 de julio de 2000; 31 de octubre de 2001, 28 de enero, 18 de marzo y 3 de octubre de 2002 [RJ 2002, 9789] ; 19 de noviembre de 2003; 10 de febrero, 26 de abril, 20 de mayo y 30 de noviembre de 2004 [RJ 2004, 7901]).»*

Además, señalan otras resoluciones, han de concurrir circunstancias que hagan equitativamente procedente la indemnización, requisito expresamente recogido en el artículo 28 de la Ley de Agencia, que la jurisprudencia última también aplica a los contratos de distribución (entre otras la sentencia del Tribunal Supremo de 3 de marzo de 2008 [RJ 2008, 2935] que expresamente señala que la prueba de la concurrencia de estas circunstancias también incumbe al concesionario). Así se declara que no concurren estas circunstancias y que, en consecuencia, ha de rechazarse la indemnización en los supuestos en que la extinción es consecuencia del incumplimiento del distribuidor o cuando no concurre la nota de exclusividad (vid. la sentencia de 29 de diciembre de 2005 [RJ 2006, 178]).

Finalmente, no podemos dejar de apuntar que, a pesar de las vacilaciones de otro momento, hoy en día está claro que en sede de distribución son perfectamente válidos los pactos de renuncia a esta indemnización o que modulan su contenido. En sede de contrato de agencia, la imperatividad de las normas que regulan el contrato impiden los pactos de renuncia a estas indemnizaciones, sin embargo, tratándose de contrato de distribución y al no encontrarnos afectados por normas de carácter imperativo, la jurisprudencia ha sancionado ya la

admisibilidad de este tipo de cláusulas (así entre otras la sentencia del Tribunal Supremo de 20 de julio de 2007 [RJ 2007, 5071]).

Dice en este sentido la sentencia del Tribunal Supremo de 20 de julio de 2007 (RJ 2007, 5071): «*Los contratos de concesión y distribución se regulan por el régimen pactado (arts. 1091 y 1.255 CC; s. 2 de diciembre de 2005 [RJ 2005, 10187]) siendo perfectamente válido el pacto contractual de exclusión de cualquier tipo de indemnización (ss., entre otras, 28 de enero 2002 [RJ 2002, 2305], 5 de febrero [RJ 2004, 215], 18 de marzo [RJ 2004, 2147] y 26 de abril de 2004 [RJ 2004, 2714], porque no vulnera la ley, la moral, ni el orden público (s. 18 de marzo de 2002).*»

### Conclusión

A la luz de lo expuesto podemos concluir que el panorama se despeja. Existe una doctrina jurisprudencial uniforme —acertada o no— sobre la indemnización de clientela en los contratos de distribución. Y, según esta doctrina, esta indemnización (o compensación) procederá a la extinción de los contratos de distribución, ya sean éstos de duración determinada o indeterminada, cuando el distribuidor acredite que, con su actividad, ha aumentado el número de clientes del principal; clientes que a partir de la extinción pasan o pasarán, porque existe un pronóstico favorable de que así será, a ser disfrutados por el principal. Entendiéndose que en aquellos casos en que la distribución no es con pacto de exclusiva o la extinción es debida al incumplimiento del distribuidor, existen circunstancias que no hacen procedente equitativamente la indemnización.

Desde luego, como puede deducirse de la sentencia de 22 de junio de 2007 (RJ 2007, 5427) analizada, las razones que se aducen para fundamentar la indemnización son todavía endebles. Si, como resulta de esta resolución, el fundamento se encuentra en la necesidad de compensar al distribuidor una clientela creada durante de la vida del contrato y no suficientemente retribuida en vida de éste, en principio —y hasta donde proceda por el juego de la excepción de contrato no cumplido— no habría motivo para excluir la indemnización en aquellos casos en que la ruptura del vínculo es debida al incumplimiento del distribuidor.

El recurso a la analogía tampoco acaba de convenir, sobre todo, a la vista de algunas resoluciones como las que indican que el plazo de prescripción de un año que establece el artículo 31 de la Ley de Agencia para las reclamaciones que por el concepto analizado entablen los agentes no es aplicable ana-

lógicamente al contrato de distribución. En este caso, el plazo de prescripción es el genérico de quince años que establece el artículo 1964 del Código Civil (entre las más recientes la sentencia del Tribunal Supremo de 22 de julio de 2008 [en el recurso núm. 3868/2001 todavía sin referencia en el repertorio de jurisprudencia Westlaw]).

Y ya la cita del artículo 1.258 del Código Civil revela, aun más si cabe, los problemas con que se encuentra la jurisprudencia a la hora de sostener la procedencia de la indemnización por clientela. La idea que subyace en las resoluciones que invocan el referido precepto es que estamos en presencia de una laguna contractual, si bien no siempre el silencio de las partes sobre determinado particular puede interpretarse como una laguna contractual. Por otro lado, el artículo 1.258 del Código Civil puede servir para integrar el contrato y determinar el alcance de las obligaciones de las partes, pero no parece que pueda servir de sustento a nuevas obligaciones o consecuencias indemnizatorias no previstas.

En definitiva, a la vista del actual panorama jurisprudencial y al margen de la teoría que se invoque para justificar la pretensión indemnizatoria, cuando las partes no han regulado en el contrato de distribución los efectos de su extinción, el éxito de la reclamación que pueda entablar el distribuidor va a depender, en gran medida, de la actividad probatoria que éste despliegue sobre los presupuestos que justifican esta indemnización. Debiendo tener presente que, en la mayor parte de los casos, serán los tribunales de instancia los que juzguen la procedencia o no de la indemnización ya que apreciación de la prueba les compete a ellos, siendo excepcional su revisión, no ya en sede de casación, sino de recurso extraordinario por infracción procesal.

De ahí la importancia de una cuidada regulación en el contrato de distribución de las consecuencias de su extinción y, particularmente, las consecuencias indemnizatorias, siendo especialmente recomendable la fijación de objetivos de venta (entre otras, la sentencia del Tribunal Supremo de 4 de julio de 2006 [RJ 2006, 5389] con cita de otras resoluciones del Tribunal Supremo) a fin de poder controlar si el incremento de clientela o de operaciones responde a las expectativas del principal.

ENCARNACIÓN PÉREZ-PUJAZÓN Y EDUARDO TRIGO SIERRA (\*)

(\*) Del Área de Derecho Público y Procesal de Uría Menéndez (Madrid).