

### 3.

## SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO DE 15 DE ENERO DE 2008

### Procedencia o no de la indemnización por clientela en los contratos de distribución

Comentario a cargo de:

JAVIER MENDIETA GRANDE

*Abogado. Asociado Principal de CMS Albiñana & Suárez de Lezo*

JESÚS ALFARO ÁGUILA-REAL

*Catedrático de Derecho Mercantil. Socio de CMS Albiñana & Suárez de Lezo*

#### SENTENCIA DE 15 DE ENERO DE 2008

*Ponente: Excmo. Sr. Don Francisco Marín Castán*

**Asunto:** La sentencia versa sobre la polémica cuestión de la aplicación de la indemnización o compensación por clientela en caso de extinción de los contratos de distribución. En la jurisprudencia del Tribunal Supremo coexisten sentencias a favor y en contra de esa aplicación, en las que se han alegado, o rechazado, como fundamentos jurídicos, la figura del enriquecimiento injusto y la extensión analógica del artículo 28 de la Ley del Contrato de Agencia. En la sentencia de 15 de enero de 2008 se recuerda la existencia y argumentos de ambas posturas y, con ánimo de unificación, se presenta como doctrina jurisprudencial la “posible procedencia” de la compensación por clientela, añadiendo explícitamente, como fundamento de la indemnización, el artículo 1.258 del Código Civil.

# Comentario de la Sentencia del Tribunal Supremo de 15 de enero de 2008

## Procedencia o no de la indemnización por clientela en los contratos de distribución

JAVIER MENDIETA GRANDE

*Abogado. Asociado Principal de CMS Albiñana & Suárez de Lezo*

JESÚS ALFARO ÁGUILA-REAL

*Catedrático de Derecho Mercantil. Socio de CMS Albiñana & Suárez de Lezo*

### Resumen de los hechos

En el caso enjuiciado por la sentencia, muy habitual en la práctica, la actora, sociedad distribuidora, interpuso demanda contra la sociedad fabricante o concedente, reclamando: i) una indemnización por la resolución unilateral y sin preaviso del contrato verbal de distribución en exclusiva que había vinculado a las partes desde el año 1988 hasta junio de 1997; y ii) una indemnización por la clientela generada por la demandante, de la que, según ésta, la demandada se había continuado aprovechando, circunstancia que daba lugar a un “enriquecimiento sin causa”.

La sentencia de primera instancia estimó parcialmente la demanda y, considerando que la actora había sido la distribuidora única de los productos de la demandada y que la decisión resolutoria de la fabricante en el mes de junio de 1997 determinaba un trasvase de la clientela generada por la actora, condenó a la demandada a abonar una indemnización por clientela. El Juzgado estimó la analogía del caso enjuiciado con el contemplado en el artículo 28 de la Ley del Contrato de Agencia y cuantificó la indemnización de conformidad con su apartado 3, esto es, la diferencia o margen entre el coste del producto y el precio de venta, y no el beneficio neto descontados los gastos. Ahora bien, ante la falta de colaboración de la demandada para la determinación de sus beneficios, y a fin de evitar problemas en ejecución de sentencia, el Juzgado fijó la indemnización por clientela en siete millones de pesetas. Por otro lado, la reclamación de indemnización de daños y perjuicios fue íntegramente desestimada.

Ambas partes recurrieron en apelación y la Audiencia Provincial de Barcelona confirmó la sentencia dictada por el Juez *a quo*, excepto en lo que se refería a la cuantificación de la indemnización por clientela, que la Sala remitió a la

fase de ejecución de sentencia, de conformidad con las bases establecidas en la resolución. La Audiencia Provincial sí declaró expresamente la existencia del pacto de exclusividad y apreció que la resolución del contrato por la concedente fue abusiva o contraria a la buena fe, al no haber efectuado el correspondiente preaviso que hubiera permitido a la actora adecuar su actividad a la nueva situación.

Según la Sala, la indemnización por clientela tendría su fundamento en el entendimiento de que la clientela es patrimonio del concesionario o distribuidor, de forma que, al producirse la extinción del contrato, el aprovechamiento de la clientela por parte del concedente o fabricante exige el abono de una compensación al distribuidor, que reequilibre las posiciones de las partes, evitando un perjuicio de una a costa del enriquecimiento de la otra. En cuanto a la cuantificación de la indemnización, la Audiencia Provincial confirmó la corrección del recurso al artículo 28 de la Ley del Contrato de Agencia.

La sociedad fabricante interpuso recurso de casación contra la sentencia de apelación, formulando al efecto siete motivos. Los seis primeros estaban dirigidos esencialmente a cuestionar la valoración de la prueba realizada por la Audiencia Provincial. En el séptimo, el relevante a los efectos que interesan en este comentario, la recurrente pretendía, alegando la infracción del artículo 1.258 del Código Civil, que el Tribunal Supremo estableciera la improcedencia de la indemnización por clientela en los casos de extinción del contrato de distribución por decisión unilateral del fabricante o concedente no fundada en un incumplimiento del distribuidor. A tal efecto, la recurrente negaba que el fundamento de la indemnización por clientela pudiera hallarse en el enriquecimiento sin causa o injusto del concedente y sostenía que la pérdida de la clientela por el distribuidor, y su aprovechamiento por el fabricante, serían consecuencias normales y previsibles de la ejecución y extinción del contrato, integrables en el contenido negocial implícito contemplado por el artículo 1.258 del Código Civil.

## COMENTARIO

**Sumario:** **1. Las posiciones jurisprudenciales sobre la concesión de una indemnización por clientela al distribuidor tras la extinción del contrato de distribución.** 1.1. La posición favorable a la concesión de la indemnización por clientela. 1.2. La posición restrictiva con la concesión de la indemnización o crítica con la aplicación de la figura del enriquecimiento injusto y la extensión analógica del artículo 28 de la Ley del Contrato de Agencia. **2. La sentencia del Tribunal Supremo de 15 de enero de 2008.** 2.1. El enriquecimiento injusto como fundamento de la indemnización por clientela. 2.2. La aplicación analógica del artículo 28 de la Ley del Contrato de Agencia como fundamento de la indemnización por clientela. 2.3. El artículo 1.258 del Código Civil como fundamento de la indemnización por clientela. 2.4. Conclusión de la sentencia del Tribunal Supremo de 15 de enero de 2008. **3. Conclusiones.** **4. Bibliografía.**

## **1. Las posiciones jurisprudenciales sobre la concesión de una indemnización por clientela al distribuidor tras la extinción del contrato de distribución**

El pago de una compensación o indemnización por clientela al distribuidor, tras la extinción del contrato de distribución, ha sido, y sigue siendo, una cuestión sumamente polémica en las sentencias del Tribunal Supremo y de tribunales inferiores, así como en la doctrina científica. A lo largo de, prácticamente, las dos últimas décadas se ha discutido vigorosamente sobre la procedencia y fundamento jurídico de la aplicación de la indemnización por clientela en los contratos de distribución.

Como se puede anticipar, la jurisprudencia no ha sido ajena a ese intenso debate y, como incluso reconoce la sentencia objeto de comentario, se han sucedido, e incluso convivido en el tiempo, distintas posiciones jurisprudenciales sobre el reconocimiento al distribuidor de ese derecho a la indemnización por clientela. Esa diversidad de criterios no ha ayudado a disminuir la conflictividad en el ámbito de los contratos de distribución, cuando se produce el difícil trance de la extinción de la relación contractual. Es más, algunos de los fundamentos jurídicos empleados para justificar la concesión de la indemnización por clientela al distribuidor (señaladamente, el recurso a la figura del “enriquecimiento injusto”) sin duda han fomentado la promoción de procesos judiciales por infinidad de distribuidores. Buena prueba de lo anterior lo constituye el hecho de que, con posterioridad a su sentencia de 15 de enero de 2008, el Tribunal Supremo haya dictado, a lo largo del año 2008, más de diez sentencias relativas a contratos de distribución y, en particular, a la aplicación de la indemnización por clientela en esta clase de relaciones contractuales (en concreto, las SSTS 3-3-2008 [RJ 2008/2935], 26-3-2008 [RJ 2008/4128], 28-4-2008 [RJ 2008/1556], 30-4-2008 [RJ 2008/2687], 8-5-2008 [RJ 2008/2960], 12-5-2008 [RJ 2008/3057], 26-6-2008 [RJ 2008/3303], 26-6-2008 [RJ 2008/3305], 2-7-2008 [RJ 2008/3320], 9-7-2008 [RJ 2008/4369], 22-7-2008 [RJ 2008/4610], 15-10-2008 [JUR 2008/351317], 24-10-2008 [JUR 2008/351108], 3-11-2008 [JUR 2008/358731] y 10-11-2008 [JUR 2008/375058]).

En una primera etapa, la jurisprudencia y la doctrina mayoritaria entendieron que el concesionario o distribuidor tenía derecho a una compensación o indemnización por clientela (al igual que el agente), bien mediante la aplicación analógica de la Ley 12/1992, de 27 de mayo, sobre contrato de agencia (en lo sucesivo, la “Ley del Contrato de Agencia”), bien mediante la aplicación de la figura o doctrina del enriquecimiento injusto, bien mediante la combinación de ambos fundamentos jurídicos. Esa primera etapa abarcaría aproximadamente hasta el año 2002, si bien esta posición jurisprudencial ha sido también sostenida posteriormente, en sentencias dictadas entre los años 2005 y 2007.

La segunda posición o corriente jurisprudencial se encuentra representada por la STS 18-3-2004 (RJ 2004/2147), cuya doctrina es reiterada en posteriori-

res resoluciones del Tribunal Supremo y a la que se hace expresa referencia en la sentencia objeto de comentario. Según la STS 18-3-2004, la resolución *ad nutum* o desistimiento de un contrato de distribución sólo otorga derecho a una indemnización por clientela cuando la decisión resolutoria es considerada abusiva o ha sido adoptada de mala fe por el fabricante o concedente. En este sentido, se entiende que no concurre mala fe cuando la resolución es notificada al distribuidor con un preaviso realizado en el plazo pactado o con una antelación razonable. Asimismo, el Tribunal Supremo mantiene que la indemnización por clientela no resulta de aplicación cuando ha sido expresamente excluida por las partes mediante pacto, al que se reconoce plena validez. Por otro lado, algunas resoluciones del Tribunal Supremo han cuestionado la posibilidad de aplicación analógica del artículo 28 de la Ley del Contrato de Agencia a los contratos de distribución, destacando las diferencias existentes entre el contrato de agencia y el de concesión o distribución.

Conforme será objeto de comentario y análisis, la STS 15-1-2008 constituye un intento de fijar un criterio o norma de mínimos en la materia, en el que se tratan de cohesionar esas distintas posiciones habidas hasta la fecha. Para ello, el Tribunal Supremo reitera los fundamentos jurídicos en los que ha venido justificando la concesión de la indemnización por clientela (enriquecimiento injusto y aplicación analógica de la Ley del Contrato de Agencia), incorporando uno adicional: el artículo 1.258 del Código Civil.

Sin embargo, y a pesar de que de la STS 15-1-2008 se pueden extraer varias conclusiones más o menos seguras, los razonamientos jurídicos del Tribunal Supremo no terminan de convencer (de hecho, son en gran medida contradictorios) y la sentencia resulta “poco unificadora”, precisamente por el sentido de la doctrina que, como norma de mínimos, trata de establecer. Según la Sala, la procedencia de la indemnización por clientela, en los casos en que las partes no hayan pactado nada al respecto, habrá de determinarse *ad casum*, en función de las específicas circunstancias del contrato y supuesto de hecho concreto.

### *1.1. La posición favorable a la concesión de la indemnización por clientela.*

1. Con anterioridad a la promulgación de la Ley del Contrato de Agencia, la jurisprudencia del Tribunal Supremo había reconocido el derecho del agente a una indemnización por clientela en los casos de desistimiento o resolución *ad nutum* del contrato por parte del fabricante. La concesión de esa indemnización se fundaba en el principio o doctrina del enriquecimiento injusto, siempre que a la resolución del contrato siguiera un disfrute de la clientela generada por el agente.

La resolución que inicia esa corriente, que rápidamente se traslada a los contratos de distribución y concesión, es la STS 22-3-1988 (RJ 1988/2224). Esta resolución, que es calificada como “*pionera*” por la STS 22-6-2007 (RJ 2007/5427), re-

conoce, remitiéndose a resoluciones anteriores, la facultad de desistimiento o resolución *ad nutum*, con exención de resarcimiento de daños y perjuicios, por cualquiera de las partes, en los contratos de distribución en exclusiva pactados por plazo indefinido o indeterminado (facultad o cláusula que se califica como “*válvula de seguridad*” que compensa a los contratantes “*del riesgo que mutuamente corren*”). Ahora bien, inmediatamente a continuación el Tribunal Supremo sostiene 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 (...)*”.

En cuanto a la cuantificación de la indemnización por clientela, el Tribunal Supremo efectúa un análisis de Derecho comparado, remitiéndose a “*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 austríaco*”, o a la compensación de “*dos años que prevé el francés, siempre calculado sobre la base de las comisiones medias de los últimos años*”.

En el mismo sentido que la STS 22-3-1988 se pronunciará la posterior STS 16-2-1990 (RJ 1990/2754) (comentada por Quiñonero Cervantes, E., CCJC, número 18, 1988, páginas 241 y siguientes). Ya en relación con un contrato de concesión, la STS 27-5-1993 (citada ulteriormente en muy distintos recursos y sentencias) afirma que el concesionario “*ha creado sin duda en el largo periodo de su concesión una clientela de la que se aprovechará la sucesora de la original concedente, que en la actualidad comercializa por sí sus productos en la antigua zona de exclusiva (...), por lo que procede acordar la indemnización compensatoria, que ha de distinguirse de la indemnización de perjuicios derivada del incumplimiento (que no procede por haber sido correctamente ejercitada la facultad de denuncia ad nutum)*”.

2. Con posterioridad a las indicadas sentencias, se han sucedido múltiples resoluciones del Tribunal Supremo en las que se ha empleado el principio del enriquecimiento injusto como fundamento de la concesión de una indemnización por clientela en caso de resolución *ad nutum* o desistimiento del contrato de distribución. La gran mayoría de esas resoluciones recurren a la teoría general o más simple del enriquecimiento injusto (enriquecimiento sin causa). La STS 21-11-2005 (RJ 2005/7677), citada por la STS 15-1-2008, sostiene la existencia, en nuestro ordenamiento jurídico, de un “*un principio favorable*” a la indemnización en aquellos contratos que pueden dar lugar a una creación de clientela y que no poseen una regulación legal. Asimismo, mantiene que el

aprovechamiento de la clientela por el concedente, tras la extinción de la relación contractual, supone un “enriquecimiento a cuenta del esfuerzo ajeno, ya sin ninguna retribución”. Sin embargo, esta sentencia emplea más bien el argumento de la aplicación analógica del artículo 28 de la Ley del Contrato de Agencia, y no el del principio del enriquecimiento injusto, al afirmar que “la jurisprudencia de esta Sala ha venido concediendo de modo reiterado una indemnización al concesionario en base a una aplicación analógica del artículo 28 de la Ley 12/1992 (sentencias de 28 de enero de 1992 y 26 de junio de 2003 [RJ 2003/4308], y las que en ella se citan). Por tanto, el concesionario tendrá derecho a una indemnización en función de la concurrencia de las circunstancias que señala el citado precepto”.

La STS 5-5-2006 (RJ 2006/4050) mantiene que “la labor de creación de clientela en los supuestos en que la resolución unilateral va seguida del disfrute por parte del mismo de la clientela aportada por el agente, o bien, cuando en contemplación del momento inmediato posterior a la ruptura del vínculo contractual es posible un pronóstico razonable acerca del cual será el futuro comportamiento probable de dicha clientela y existe, por lo tanto, la susceptibilidad de que el empresario continúe disfrutando y favoreciéndose de ella” constituyen situaciones equiparables “a las situaciones de enriquecimiento injusto”.

La STS 22-3-2007 (RJ 2007/2816) se refiere, no ya a un principio, sino a “la idea subyacente de un enriquecimiento injusto que se produciría en los supuestos de que la clientela creada con el esfuerzo del agente fuera aprovechada por el concedente o principal” y cita al respecto las previas sentencias del Tribunal Supremo 22-3-1988, 27-5-1993 (RJ 1993/3986), 3 de mayo (RJ 2002/5702) y 23 de diciembre de 2002 (RJ 2003/126), 5 de mayo de 2003, 13 de octubre de 2004 (RJ 2004/6823) y 23 de junio de 2005 (RJ 2005/4930).

Como resoluciones especialmente favorables al concesionario o distribuidor se consideran, en la STS 18-3-2004 (RJ 2004/2147), las sentencias del Tribunal Supremo de 22-3-2002 (RJ 2002/3311), 16-12-2002 (RJ 2003/198) y 23-12-2002 (RJ 2003/126), por contemplar, se dice, un “derecho incondicionado del concesionario a la indemnización por clientela aunque la extinción del contrato por denuncia unilateral del concedente no resulte abusiva”. Estas tres sentencias estiman la procedencia de la indemnización, fundada en el principio de enriquecimiento injusto, sobre la base de la doctrina contenida en las SSTs 22-3-1988 (RJ 1988/2224) y 27-5-1993 (RJ 1993/3986).

Por su parte, la STS 26-4-2002 (RJ 2002/5244) mantiene que la indemnización por clientela “se desprende del sinalagma y del equilibrio prestacional, ya que, de lo contrario, al extinguirse el contrato ese incremento o “aviamento” o plusvalía, si no se resarce a su autor—el concesionario— produciría un enriquecimiento injusto en el concedente”. Para la cuantificación de la indemnización, la sentencia recurre a la “extensión analógica” del artículo 28.3 de la Ley del Contrato de Agencia.

La STS 20-7-2007 (RJ 2007/5071) combina el principio del enriquecimiento injusto y la aplicación analógica del artículo 28 de la Ley del Contrato de

Agencia como fundamentos de la indemnización por clientela en los contratos de distribución.

Algunas resoluciones más recientes del Tribunal Supremo han recurrido a doctrinas más elaboradas sobre el principio del enriquecimiento injusto para justificar la concesión de la indemnización por clientela. Así, la STS 22-6-2007 (RJ 2007/5427), además de reiterar la posibilidad de aplicación analógica de los artículos 28 y 30 de la Ley del Contrato de Agencia a los contratos de distribución, mantiene que el conflicto generado por la transmisión de la clientela constituye un supuesto de enriquecimiento injusto, “*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 –según esta sentencia– 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*”. Ahora bien, el Tribunal Supremo parece decantarse por la “*condictio de inversión*” y, más concretamente, por la “*condictio por expensas*”, en virtud de la cual “*el beneficiado ha de restituir el valor derivado de la incorporación de trabajo o de la realización de gastos en una cosa ajena*”. No obstante, en último término se afirma la posibilidad de “*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*”. Por su parte, la STS 31-7-2007 (RJ 2007/5093) funda la obligación “*de indemnizar por aprovechamiento de la clientela, especialmente cuando (...) no es objeto de una expresa previsión legal*” en el ejercicio “*de una acción derivada de la existencia de una inversión realizada en atención a unas expectativas frustradas por la extinción del contrato (condictio [requerimiento] de inversión)*”.*

En todo caso, la jurisprudencia ha excluido la indemnización por clientela (esto es, ha mantenido que no existe un “enriquecimiento injustificado”) cuando la extinción del contrato o ruptura del vínculo contractual resulta del mutuo disenso, del desistimiento unilateral del distribuidor por terminación de su actividad empresarial u otra circunstancia no imputable al fabricante o concedente, o en los casos de resolución contractual a instancia de este último por incumplimiento del concesionario o distribuidor. Así lo establecen, entre otras, las SSTs 16-5-2001 (RJ 2001/6215), 5-7-2001 (RJ 2001/4990), 27-10-2005 (RJ 2005/8043), 16-12-2005 (RJ 2005/155), 29-12-2005 (RJ 2006/178), 1-2-2006 (RJ 2006/434), 20-3-2007 (RJ 2007/2622) y la anteriormente comentada STS 22-3-2007 (RJ 2007/2816).

3. Tras la promulgación de la Ley del Contrato de Agencia, las sentencias del Tribunal Supremo comenzarán a invocar la aplicación analógica del artículo 28 de aquella Ley, o su utilización como “*referencia normativa*”, para justificar la concesión de la indemnización por clientela. La STS 12-6-1999 (RJ 1999/4292), en

su Fundamento de Derecho Tercero, reitera la idea de que el desplazamiento de la clientela a favor del concedente determina un “*enriquecimiento injusto*”, si bien añade que “*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*”.

Algunas sentencias subrayan que las normas de la Ley del Contrato de Agencia contienen un “*criterio interpretativo inspirador*”, que es el que permite el recurso a la aplicación analógica. En este sentido se pronuncian las SSTs 14-2-1997 (RJ 1997/1418), 20-5-2004 (RJ 2004/2786) y 21-3-2007 (RJ 2007/2620).

La STS 28-1-2002 (RJ 2002/2305) considera acertada la aplicación analógica de las normas legales sobre el contrato de agencia”, si bien matiza que aquélla habrá de efectuarse “*con respeto a la naturaleza jurídica distinta de la agencia y de la concesión en exclusiva, y en tanto no exista doctrina jurisprudencial o pacto de las partes sobre el último contrato*” (en idénticos en idénticos términos se pronuncia la STS 5-2-2004 [RJ 2004/639]). En el caso analizado por la STS 28-1-2002 se casó la sentencia de instancia, al estimar el Tribunal Supremo que no se habían probado ninguno de los requisitos que al efecto exige el artículo 28 de la Ley del Contrato de Agencia, respecto de los cuales se afirmaba que no había “*razón para obviarlos cuando se utiliza el procedimiento analógico («analogía legis»)*”. En concreto, la Sala entendió que la mera consolidación o mantenimiento de la clientela preexistente, y mucho más la simple presunción de esa consolidación, no permite la aplicación analógica del citado artículo 28.

La analogía se funda por el Tribunal Supremo en la función económico-social del contrato de distribución, afirmando que “*tanto el agente como el concesionario son distribuidores de productos del principal o concedente, actúan en interés del mismo, promoviendo ventas, si bien a través de instrumentos jurídicos distintos*” (STS 28-1-2002 [RJ 2002/2305]). Según la STS 20-6-2007 (RJ 2007/5427), esa función sería la de “*promover la distribución de los productos del concedente en el mercado y defender o ‘representar’ económicamente los intereses de éste en la zona asignada*”. La identidad o proximidad de misión determina, a su vez, la semejanza de sus obligaciones principales y de la configuración jurídica de las funciones del agente y del distribuidor.

La STS 20-6-2007 (RJ 2007/5427) parte de la descrita proximidad de funciones económico-sociales para concluir que “*la llamada ‘indemnización por clientela’ constituye una verdadera laguna en la regulación de la extinción de las relaciones de concesión mercantil*”. Según esta última sentencia, la falta de pacto sobre esa indemnización no representa una auténtica regulación negativa, sino que constituye un “*problema de integración de la regulación pacticia*”. Y concluye que, en defecto de convenio, “*y si se dan los supuestos y circunstancias que en el caso de la agencia determinan la compensación por clientela, el operador jurídico carece de una respuesta explícita, que se ha de buscar, en último término, por medio de la analogía*”. Por otro lado, esta resolución añade que “*el carácter potencialmente expansivo de la norma que se*

*trata de aplicar no puede ser negado en base a la finalidad tuitiva o de protección social de la norma que impone, en el caso de los agentes, la ‘indemnización’ por clientela” y que, en la analogía “no se aplica la misma norma, sino el principio que la norma revela o que es reconocido a través de ella, y tiene que darse una situación de igualdad jurídica sustancial, lo que supone la apreciación de que en el caso concurren los requisitos previstos en el precepto” (el artículo 28 de la Ley del Contrato de Agencia).*

Otras sentencias favorables a la analogía son las SSTs 26-4-2002 (RJ 2002/5244), 16-11-2002 (RJ 2003/198), 26-6-2003 (RJ 2003/4308) y 21-11-2005 (RJ 2005/7677), entre otras. La STS 21-11-2005 (RJ 2005/7677) formula al respecto una serie de consideraciones que son reiteradas parcialmente en la STS 15-1-2008: *“el establecimiento de una relación jurídica de naturaleza duradera, como es la de distribución en exclusiva, es susceptible de crear una clientela que potencialmente pueda ser aprovechada por el concedente que extingue aquella relación, lo que supone el enriquecerse a cuenta del esfuerzo ajeno, ya sin ninguna retribución. Es cierto que todo ello es meramente potencial, pues la clientela puede disminuir en mayor o menor medida según se actúe sobre ella para conservarla, pero lo que corrientemente enseña la realidad es que sigue adquiriendo los productos pese a que ha desaparecido el distribuidor exclusista. El ordenamiento jurídico no ha sido insensible a esta situación, y preceptúa en determinadas relaciones jurídicas una indemnización por clientela, calculada de forma variable, al extinguirse aquéllas. Así el artículo 34 de la Ley 29/1994, de 24 de noviembre, de Arrendamientos Urbanos, respecto a la extinción del contrato de arrendamiento de finca en que se haya ejercido una actividad comercial abierta al público, y el artículo 28 de la Ley 12/1992, de 27 de mayo, de Régimen Jurídico del Contrato de Agencia. Puede extraerse de ello un principio favorable a la indemnización en aquellos supuestos en que se pueda producir el mismo resultado (creación de clientela) y no se encuentren regulados por la Ley. La jurisprudencia de esta Sala ha venido concediendo de modo reiterado una indemnización al concesionario en base a una aplicación analógica del artículo 28 de la Ley 12/1992 (sentencias de 28 de enero de 1992 y 26 de junio de 2003 [RJ 2003/4308], y las que en ella se citan). Por tanto, el concesionario tendrá derecho a una indemnización en función de la concurrencia de las circunstancias que señala el citado precepto”.*

Atendiendo al carácter imperativo de los preceptos de la Ley del Contrato de Agencia, en diversos recursos de casación se ha tratado de presentar su artículo 28 como una norma de derecho excepcional, a fin de impedir el recurso a la analogía. Sin embargo, la STS 28-1-2002 niega que las normas de la Ley del Contrato de Agencia constituyan “derecho excepcional”, sino que las califica como “derecho especial”, en el que no se encuentra vedada la analogía (artículo 4.2 del Código Civil).

4. Con independencia de su fundamento jurídico, la jurisprudencia del Tribunal Supremo viene manteniendo que la compensación por clientela no opera de modo automático por el simple hecho de la extinción del contrato. Así lo declaran, entre otras, las SSTs 20-5-2004 (RJ 2004/2786), 29-9-2006 (RJ 2006/6515), 22-3-2007 (RJ 2007/2816). La concesión de la indemnización se halla supeditada a que efectivamente el concedente se aproveche de una red de

clientes creada por el distribuidor, según declaran, por ejemplo, las SSTS 18-7-2000 (RJ 2000/6809), 5-7-2001 (RJ 2001/4990) y 20-7-2007 (RJ 2007/5071).

El “*onus probandi*” de la concurrencia de los requisitos previstos en el artículo 28 de la Ley del Contrato de Agencia incumbe al concesionario o distribuidor, según sostienen, entre otras muchas, las SSTS 19-11-2003 (RJ 2003/8335), 10-2-2004 (RJ 2004/748), 2-5-2004 (RJ 2004/2786), 10-7-2006, 29-9-2006 (RJ 2006/6515), 6-11-2006 (RJ 2006/9425), 27-11-2006 (RJ 2007/272) y 22-3-2007 (RJ 2007/2816). Ni la generación o el incremento de la clientela por el distribuidor, ni su posterior aprovechamiento por el fabricante o concedente, se presumen (SSTS 26-7-2000 [RJ 2000/6476] y 22-3-2007). En todo caso, las resoluciones del Tribunal Supremo vienen manteniendo un criterio flexible respecto de la acreditación del aprovechamiento, atendiendo a su carácter de hecho futuro. En este sentido, se requiere “*una apreciación meramente potencial sobre la susceptibilidad de que el empresario continúe disfrutando de la clientela con aprovechamiento económico, lo que se traduce en un pronóstico razonable acerca de un comportamiento que no deja de ser probable por parte de dicha clientela*” (SSTS 7-4-2003 [RJ 2003/2951], 30-4-2004 [RJ 2004/1678], 13-10-2004 [RJ 2004/6823], 23-6-2005 [RJ 2005/4930], 9-2-2006 [RJ 2006/671], 29-9-2006 [RJ 2006/6515] y 27-11-2006 [RJ 2006/272]). Ahora bien, la creación o el incremento de la clientela deben ser probados debidamente (SSTS 19-11-2003 [RJ 2003/8335], 29-9-2006 y 27-11-2006).

5. Finalmente, cabe reseñar que la doctrina jurisprudencial no ha excluido la aplicación de la indemnización por clientela en los contratos de duración determinada. En este sentido pueden citarse las SSTS 23-12-2002 (RJ 2003/126) y 22-3-2007 (RJ 2007/2816). Así lo confirma la propia STS 15-1-2008, en su Fundamento de Derecho cuarto.

### *1.2. La posición restrictiva con la concesión de la indemnización o crítica con la aplicación de la figura del enriquecimiento injusto y la extensión analógica del artículo 28 de la Ley del Contrato de Agencia.*

Frente a la doctrina expuesta en las resoluciones comentadas en el apartado precedente, otras sentencias del Tribunal Supremo han rechazado la aplicabilidad de la indemnización o compensación por clientela a los contratos de concesión o distribución. En este sentido, algunas sentencias han mantenido la improcedencia de conceder una indemnización por clientela en aquellos casos en los que la facultad de desistimiento unilateral se había ejercitado sin abuso o de buena fe. Otras resoluciones han negado la posibilidad de aplicar el principio del enriquecimiento injusto para fundar la indemnización por clientela, o han afirmado la procedencia de extender analógicamente el artículo 28 de la Ley del Contrato de Agencia al contrato de distribución o concesión. Estos tres argumentos se han ido entremezclando en diversas resoluciones del Tribunal Supremo.

1. En primer lugar, puede citarse la STS 18-7-2000 (RJ 2000/6809), en la que se denegó el derecho a la indemnización a un distribuidor de prensa al que una revista resolvió el contrato de distribución con dos días de antelación y después de una relación de casi cuarenta años. En esta resolución, el Tribunal Supremo sostuvo que no procedía indemnización por no respetar un plazo de preaviso razonable porque “*no se había pactado contractualmente plazo para ello*” y porque “*el que se hubiese (avisado) con una mayor anticipación (unos días antes), si bien habría dado una superior razonabilidad a la conducta de la actora, sin embargo no había creado una situación distinta en la perspectiva del daño, el cual no sería diferente del que per se produce la propia rescisión unilateral y que no es indemnizable*”. Por otro lado, y a mayor abundamiento, El Tribunal Supremo tampoco concedió indemnización por clientela –en contra de las sentencias citadas por el recurrente– porque no se probó que el editor de la revista se hubiera aprovechado de clientela creada por el distribuidor, añadiendo que en los contratos de distribución de prensa concurren dos circunstancias relevantes que no existen en otros contratos de distribución y que justificarían la negativa a conceder la indemnización. A saber, “*la ausencia de riesgo* (el distribuidor no adquiere el dominio de los bienes que distribuye y reintegra a la editorial los ejemplares devueltos por los vendedores) *y de clientela*”. El primer argumento no es válido, puesto que en la agencia hay indemnización por clientela y el agente tampoco asume riesgo alguno respecto de las mercancías vendidas.

La posterior STS 31-10-2002 (RJ 2002/227) rechazó la concesión de una indemnización al distribuidor, si bien en el caso analizado por esta sentencia el recurrente pretendió la aplicación “directa” del artículo 28 de la Ley del Contrato de Agencia, sobre la base de que el contrato verbal celebrado por las partes no era de distribución (según lo habían calificado ambas instancias), sino de agencia. El Tribunal Supremo, tras confirmar la calificación jurídica del contrato mantenida por el Juzgado y la Audiencia Provincial, sostuvo que, pese a la resolución unilateral del contrato de distribución (que se había mantenido en vigor menos de un año), “*no hubo conducta abusiva y maliciosa por parte de la entidad demandada, no se había pactado preaviso y no se han acreditado daños y perjuicios*”. Y añadió que “*tal como dice la sentencia de 17 de mayo de 1999 (RJ 1999/4046) y reitera la de 13 de julio de 2001 (RJ 2001/5221), la resolución unilateral del contrato de distribución, a falta de plazo de duración y de plazo de preaviso, sólo da lugar a indemnización si se realiza sin justa causa o con abuso de derecho y si se prueban los daños y perjuicios*” (véase en el mismo sentido la STS 10-7-2006 [RJ 2006/8323], que, no obstante, matiza que “*la naturaleza del contrato de agencia difiere sustancialmente de la del de distribución, por lo que sólo cuando existan razones de semejanza, podrá aplicarse el procedimiento analógico*”). A la vista de las consideraciones trascritas, no puede descartarse que la falta de concesión de la indemnización por clientela (que era lo que, en definitiva, se pedía, al reclamarse la aplicación directa del artículo 28 de la Ley del Contrato de Agencia), respondiera principalmente a los concretos motivos por los que se formuló el recurso de casación.

Por su parte, la STS 31-12-2003 (RJ 2003/9227) confirmó las sentencias de primera instancia y de apelación, al entender que “*la resolución unilateral del contrato*” se justificó “*por el cumplimiento del plazo y ejercicio adecuado por la entidad resolvente de la facultad pactada en la cláusula de preaviso*” y que no existía “*base fáctica para poder sustentar la existencia de fraude, abuso o mala fe en el ejercicio de la facultad resolutoria*”.

Las consideraciones jurídicas contenidas en la posterior STS 5-2-2004 (RJ 2004/639) adolecen de cierta falta de claridad. Esta resolución mantuvo como “acertado” el criterio de la Audiencia, favorable a la aplicación analógica de las normas legales sobre el contrato de agencia. No obstante, matizó que aquella era procedente “*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*”. Por lo que se refiere al ejercicio de la facultad de resolución *ad nutum*, el Tribunal Supremo afirmó que “*cuando no se ha estipulado un plazo concreto de duración del contrato de distribución en exclusiva está autorizada la resolución por voluntad unilateral en cualquier momento, sin que esta nunca pueda tener la calificación de abusiva, como ha declarado la jurisprudencia*”. La Sala añadió que “*los artículos 1101 y 1107 del Código Civil*” eran inaplicables “*en tanto que la resolución del contrato es legítima y acorde a derecho sin que se deriven consecuencias económicas contra la demandada, que precisamente, ejercita la resolución*”. Y finalizó apuntando la “*imposibilidad de aplicar la normativa de la Ley de Contrato de Agencia respecto a la indemnización por clientela, pues, al margen de las consideraciones definitorias aceptadas, para tal indemnización es preciso que dicha clientela sea captada directamente por el propio agente y que posteriormente a la resolución se beneficie de ella la demandada; y no consta ni la primera circunstancia, pues los clientes eran con anterioridad de la propia demandada; ni tampoco la segunda, pues no consta qué clientes captados por iniciativa autónoma de la actora son clientes de la demandada después de la resolución*”. En fin, la improcedencia de la extensión analógica no se negó con claridad, sin perjuicio de que, por las circunstancias concurrentes, la pretensión compensatoria no pudiera ser estimada.

Llegados a este punto, cobra especial importancia la STS 18-3-2004 (RJ 2004/2147). En esta resolución, y tras efectuar un repaso de los pronunciamientos anteriores en la materia, el Tribunal Supremo afirmó que “*el hilo conductor de la jurisprudencia, cuando se trata de indemnizar al distribuidor por extinción del contrato debida a la voluntad unilateral del concedente debidamente comunicada con la antelación pactada, está en supeditar esa indemnización a que la decisión del concedente haya sido abusiva o de mala fe (sentencias de 18 de diciembre de 1995 en recurso núm. 2792/1992 [RJ 1995/9149], 28 de enero de 2002 en recurso núm. 2767/1996 [RJ 2002/2305] y 5 de febrero de 2004 en recurso núm. 858/1998), y si bien alguna de estas sentencias, como también la de 30 de octubre de 2000 (recurso núm. 2729/1995 [sic]), parece distinguir la indemnización por daños y perjuicios, excluible si no hubo abuso ni mala fe, de la indemnización por clientela, debida a pesar de ello si el distribuidor prueba que captó clientes y de ello se va a beneficiar la concedente, no es menos cierto*

*que otras sentencias excluyen también la indemnización por clientela cuando no fuera apreciable abuso ni mala fe de la concedente*". Así, el Tribunal Supremo se mostró contrario a la indemnización o compensación por clientela en aquellos casos en los que la facultad de desistimiento unilateral se hubiera ejercitado sin abuso o de buena fe. La Sala mantuvo la plena validez de las cláusulas en las que se acuerda la exclusión de toda indemnización o compensación al distribuidor o concesionario tras el desistimiento o resolución *ad nutum* por parte del fabricante o concedente. Puede advertirse que en esta resolución el Tribunal Supremo no contempló la reclamación de la indemnización por clientela como un "derecho" del distribuidor, sino más bien como una pretensión que, de hecho, suele normalmente producirse tras la extinción del contrato.

Entre los motivos por los que se estimó el recurso de casación figura la infracción del principio o "doctrina" del enriquecimiento injusto, al rechazar el Tribunal Supremo la aplicación de ese principio para fundar la concesión de la indemnización por clientela, sobre la base de que *"prevista contractualmente la extinción del contrato por denuncia unilateral mediante preaviso de un año y pactado igualmente que la concedente no quedaría obligada a indemnización ni resarcimiento por cualquier título o causa, resulta así que el posible enriquecimiento de la concedente debido a la extinción del contrato tendría una causa tan perfectamente identificada como indiscutiblemente lícita, y que no sería otra que el propio contrato, de suerte que la jurisprudencia verdaderamente aplicable a esta cuestión es la que rechaza la aplicabilidad del principio prohibitivo del enriquecimiento injusto cuando el beneficio y el correlativo perjuicio denunciados tengan su fuente en un convenio o en una causa contractual justa"*. A este respecto, el Tribunal Supremo califica la obligación de promoción, esto es, de *"captación de clientes durante la vigencia del contrato"* no sólo como una de las prestaciones propias del concesionario o distribuidor, sino como *"la más característica"* (lo cual supone integrarla en la esencia del sinalagma del contrato), afirmando que de la ejecución de esa prestación *"no sólo resulta beneficiado"* el concedente o fabricante, sino también el propio concesionario, *"porque a mayor volumen de ventas mayor es su ganancia, beneficiándose ambas partes del mismo modo que a las dos beneficia también el prestigio de la marca, normalmente debido al esfuerzo empresarial del concedente"*.

La estimación de varios de los motivos de casación determinó que el Tribunal Supremo no examinara los restantes y, entre ellos, aquellos que planteaban la posible aplicación analógica de la Ley del Contrato de Agencia. En todo caso, la Sala sí recordó que *"la jurisprudencia favorable a tomar en consideración la Ley de 1992, sobre Régimen Jurídica del Contrato de Agencia a modo de criterio orientativo para la indemnización por clientela cuando se extingue un contrato de concesión o distribución en exclusiva no autoriza a aplicar sin más e indiscriminadamente el artículo 28 de dicha Ley a este último tipo de contratos, pues (...) 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'"*.

La doctrina contenida en la STS 18-3-2004 fue reiterada por la posterior STS 26-4-2004 (RJ 2004/2714), que versaba sobre un proceso sustancialmente idéntico, con el mismo contrato y cláusula de desistimiento con exención de pago de toda indemnización en caso de ejercicio de la facultad de resolución *ad nutum*. No obstante la motivación “por remisión” de esta última sentencia, el Tribunal Supremo “para agotar la respuesta casacional y de ese modo satisfacer al máximo el derecho de la recurrente a la tutela judicial efectiva”, entró a analizar, si bien someramente, las razones que debían determinar el perecimiento de los motivos de casación aducidos. Y por lo que se refiere al relativo a la aplicación analógica de los artículos 3, 28 y 29 de la Ley del Contrato de Agencia, en cuanto “*inspiradora de criterios interpretativos*”, el Tribunal Supremo arguyó que “*ni la jurisprudencia más reciente es favorable a tal aplicación cuando exista pacto expreso de las partes sobre el particular (...), en este caso excluyente de indemnización, ni es en sí mismo coherente que las normas imperativas por Ley para un contrato típico hayan de serlo también para otro distinto*”. En consecuencia, la improcedencia de la aplicación analógica se fundó en las diferencias entre el contrato de agencia y el contrato de concesión o distribución (a las que se aludía en sentencias anteriores, analizadas *supra*).

2. Además de las ya comentadas, otras sentencias que han rechazado la aplicación analógica del artículo 28 de la Ley del Contrato de Agencia (si bien algunas de ellas con ciertos matices) son las siguientes:

a) En un caso en el que, de cualquier modo, no se había producido una transmisión de clientela al concedente (o su pérdida por el concesionario), la STS 30-11-1999 (RJ 1999/8439) argumentó la improcedencia de la extensión analógica sobre la base de las diferencias entre el contrato de agencia y el contrato de distribución. El Tribunal Supremo mantuvo que “*ni siquiera analógicamente puede aducirse este Texto Legal «el agente comercial no actúa por cuenta propia, sino ajena –sea por cuenta de uno o varios empresarios–» lo que proclama la exposición de motivos de la Ley (2.3), mientras que en el contrato de concesión determinante de este recurso en su cláusula 3.2, el concesionario actúa por cuenta propia. Prescindiendo de tal interpretación, ajena al Texto Legal, el artículo 1 recoge que «por el contrato de agencia una persona natural o jurídica, denominada agente, se obliga frente a otra de manera continuada o estable a cambio de una remuneración, a promover actos u operaciones de comercio por cuenta ajena, o a promoverlos y concluirlos por cuenta y en nombre ajenos, como intermediario independiente, sin asumir, salvo pacto en contrario, el riesgo y ventura de tales operaciones»; mientras que en el contrato de concesión, ni el concesionario ni sus colaboradores pueden ser estimados mandatarios o apoderados de la compañía concedente*”.

b) En la STS 20-1-2000 (RJ 2000/112) se vuelven a marcar las diferencias entre el contrato de distribución (que es como se califica al de autos) y el contrato de agencia, y se mantiene, con remisión a la STS 8-11-1995 (RJ 1995/8637), que “*cuando la concesión sea agencia (...) regirá la Ley 12/1992 tanto en la rescisión como en la indemnización: artículos 23 y ss.; en otro caso, y a falta de norma especial, regirá el Código Civil: artículos 1.101 y ss. y 1.124*”.

- c) La STS 16-3-2005 (RJ 2005/2447) parece negar la posibilidad de extensión analógica de la ley de agencia a un contrato de distribución, al considerar esa aplicación como una “hipótesis” (en que, según esta resolución, igualmente habrían de rechazarse las pretensiones indemnizatorias formuladas por la recurrente).
- d) La STS 26-10-2005 (RJ 2005/8147) afirma la aplicación del Código Civil a la resolución del contrato de distribución, si bien añade, con manifiesta falta de claridad, que *“de ahí se desprende la imposibilidad de aplicar la normativa de la Ley de Contrato de Agencia respecto a la indemnización por clientela, pues para tal indemnización es preciso que dicha clientela sea captada directamente por el propio agente y que posteriormente a la resolución se beneficie de ella la demandada”*.
- e) En el caso de la STS 27-10-2005 (RJ 2005/8043), se ratificó el criterio de la Audiencia, que había rechazado la aplicación analógica de la Ley del Contrato de Agencia, por ser el contrato de autos uno de distribución. Y agotando la argumentación, el Tribunal Supremo refirió que *“ni en el supuesto de una forzada analogía”* (nótese el adjetivo), el distribuidor habría sido acreedor a la indemnización por clientela, al haberse resuelto el contrato por la entidad concedente, por un incumplimiento del distribuidor.
- f) La posibilidad de aplicación analógica del artículo 28 de la Ley del Contrato de Agencia es presentada como una *“cuestión muy discutida tanto en la doctrina de esta Sala, como en la doctrina científica”* en la STS 6-11-2006 (RJ 2006/9425). A la vista de la STS 18-3-2004, la Sala sostiene que *“la cuestión se ha resuelto caso por caso”*, si bien remarca que *“dadas las diferencias entre ambos contratos, no pueden resolverse todos los problemas que plantea la falta de regulación del de distribución por medio de la aplicación analógica de la Ley 12/1992”*.

En esta resolución, el Tribunal Supremo declara la improcedencia, *“en términos generales”* de la aplicación analógica del artículo 28 de la Ley de Contrato de Agencia *“a ningún otro supuesto ni puede resultar automática su aplicación a contratos como el de distribución y similares”*. Sin embargo, se advierte de que ello *“no excluye que cuando exista identidad de razón, es decir, cuando se pruebe que se ha creado una clientela que resulte de aprovechamiento para el principal, sea aplicable esta disposición, aunque deba examinarse en todo caso de quién resulta cliente, puesto que en los supuestos de fidelidad a la marca distribuida, esta clientela no podrá ser imputada al distribuidor”*. La conclusión final de esta sentencia es que *“el contrato de distribución no conlleva por sí mismo la creación de clientela y por ello no puede aplicarse analógicamente el artículo 28 de la Ley 12/1992 en todo caso, salvo que el distribuidor pruebe que la clientela existente se deba a su actuación como tal distribuidor/agente”*. Semejante conclusión resulta criticable, pues el contrato de agencia tampoco conlleva, *per se*, la creación de clientela (pues sólo se concede la indemnización cuando se ha incrementado el número de clientes de que ya disponía el principal o el número de las operaciones con los preexistentes). En definitiva, esta conclusión devuelve la discusión al plano fáctico, esto es, a la comprobación de si se ha generado o no clientela en el caso concreto, a pesar de que, desde el punto de vista

teórico, parezca negar la aplicación, *ab initio*, de la indemnización por clientela en los contratos de distribución.

3. Finalmente, como se ha ido avanzando a lo largo de esta exposición, la jurisprudencia ha declarado la plena validez de la cláusula contractual que dispone la inexistencia de indemnización, o la renuncia a ella por parte del distribuidor, en caso de ejercicio de la facultad de desistimiento o resolución *ad nutum* por parte del fabricante o concedente, con el pertinente preaviso. En la STS 18-3-2002 (RJ 2002/2849) el Tribunal Supremo calificó semejante estipulación como “*clarísima, careciendo en absoluto de ambigüedad, por lo que ha de ser cumplida por las partes, que la han pactado dentro del marco de la autonomía de la voluntad, por cuanto la misma no vulnera ni la ley, ni la moral, ni el orden público*”. En el mismo sentido se pronuncian, por ejemplo, las SSTS 18-3-2004 (RJ 2004/2147), 26-4-2004 (RJ 2004/2714), 22-6-2007 (RJ 2007/5427) y 20-7-2007 (RJ 2007/5071).

## 2. La sentencia del Tribunal Supremo de 15 de enero de 2008

1. El pronunciamiento de la STS 15-1-2008 como sentencia de unificación de doctrina mercantil, por parte del Pleno de la Sala de lo Civil, se justifica en la sentencia por el hecho de que el recurso de casación pretendiera “*un cambio de jurisprudencia*” sobre “*el derecho del distribuidor a una compensación por clientela al extinguirse el contrato por decisión unilateral del concedente no fundada en un incumplimiento del distribuidor*”. Y es que la sola circunstancia de que el motivo de casación se hubiera fundado en la infracción del artículo 1.258 del Código Civil hubiera bastado para que el Tribunal Supremo lo hubiera desestimado, dado su carácter genérico, que, conforme consolidada jurisprudencia, lo convierte en idóneo para fundar un recurso.

El recurso de casación cuestionaba el fundamento de la indemnización o compensación por clientela, manteniendo que aquél no se podría hallar en el “*enriquecimiento injusto del concedente*”. Según el recurrente, “*ese enriquecimiento no carecería de causa, sino que sería una consecuencia de la normal ejecución del contrato y del cumplimiento de su principal obligación contractual por el distribuidor*”. Correlativamente, la “*pérdida de clientela*” por el distribuidor sería, según el recurrente, “*un resultado previsible y originariamente asumido que se integra sin dificultad dentro del contenido negocial implícito al que hace referencia el artículo 1.258 del Código Civil*”. Atendiendo a la síntesis realizada por la Sala, el recurrente habría alegado, como sustento de su motivo, el análisis y consideraciones de PAZ-ARES, C., en su artículo *La indemnización por clientela en el contrato de concesión*, así como, probablemente, el examen del principio del enriquecimiento sin causa elaborado por DÍEZ-PICAZO PONCE DE LEÓN, L. (en *Dos estudios sobre el enriquecimiento sin causa*, DE LA CÁMARA, M. Y DÍEZ-PICAZO, L., 1988).

Considerando la finalidad que preside el pronunciamiento de la sentencia, quizás hubiera sido deseable que el Tribunal Supremo hubiera analizado y desa-

rrollado las razones por las que deben rechazarse los fundamentos jurídicos en que se apoyan las opiniones críticas con la concesión de una indemnización por clientela en los contratos de distribución. Sin embargo, la Sala más bien se limita a realizar una síntesis de la doctrina y pronunciamientos jurisprudenciales sobre la indemnización por clientela en los contratos de concesión o distribución, sin entrar a rebatir los argumentos que sustentarían la tesis discrepante.

En su examen de las razones que deben conducir a la desestimación del motivo, el Tribunal Supremo parte de la premisa de que la concesión al distribuidor de una indemnización por clientela, tras la extinción del contrato (bien sea de duración indefinida o determinada), constituye una “*posibilidad*” que habría sido “*reafirmada*” por la jurisprudencia en distintas ocasiones “*después de dictarse la sentencia recurrida*”. A continuación, la Sala expone los dos fundamentos en que se habría venido basando esa jurisprudencia: el principio del enriquecimiento injusto y la aplicación analógica del artículo 28 de la Ley del Contrato de Agencia.

La principal aportación de la sentencia consiste en la adición de un tercer fundamento, cual es el artículo 1.258 del Código Civil. Para el Tribunal Supremo, “*aquella misma consideración de la equidad, explícitamente presente tanto en el artículo 28.1 de la Ley del Contrato de Agencia como en el artículo 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 artículo 1.258 del Código Civil como fundamento de la compensación por clientela*”, ya que ésta es “*una consecuencia acorde con la naturaleza de dicho contrato y, además, conforme con la buena fe*”.

Sin embargo, ninguno de los descritos fundamentos resulta definitivo, en nuestra opinión, para justificar la indemnización o compensación por clientela en los contratos de distribución o concesión. Sin ánimo de reproducir un análisis teórico sobre la procedencia, o improcedencia, de la indemnización por clientela en los contratos de distribución (que ya ha sido abordado, *in extenso* y brillantemente, por la doctrina), el presente comentario se centrará fundamentalmente en el examen de la solidez o debilidad de los argumentos empleados por el Tribunal Supremo en su sentencia de 15 de enero de 2008 (bien sea expresamente o por remisión a otras sentencias). Y ello porque, entendemos, esos argumentos no terminan de convencer y son, más bien, razonamientos elaborados *ex post litem* para explicar la concesión de la indemnización por clientela en el caso concreto.

### *2.1. El enriquecimiento injusto como fundamento de la indemnización por clientela*

Según la sentencia objeto de comentario, para el Tribunal Supremo el enriquecimiento injusto se encontraría en la “*ventaja adquirida por el concedente merced a la extinción del contrato*”, siendo así que, frente a ese enriquecimiento, se en-

contraría no tanto el “empobrecimiento del distribuidor” como “la creación de un activo empresarial, gracias a su esfuerzo, que a partir de entonces va a aprovechar únicamente a él”.

Entre las sentencias que fundarían esta tesis, el Tribunal Supremo destaca algunas de las examinadas en el apartado 1.1 anterior. En concreto, se citan: (i) aquellas que, con base en el artículo 28 de la Ley del Contrato de Agencia y el artículo 34 de la Ley de Arrendamientos Urbanos, mantienen la existencia de un principio de nuestro ordenamiento jurídico favorable a la indemnización por clientela y aplicable a los contratos carentes de regulación; (ii) aquellas en las que se aplica la doctrina general del enriquecimiento injusto; y finalmente (iii) aquellas que, en combinación con el argumento de la aplicación analógica del artículo 28 de la Ley del Contrato de Agencia, profundizan en la doctrina del enriquecimiento injusto y consideran que la indemnización por clientela puede fundarse en una *condictio sine causa generalis* o en una *condictio por inversión*.

Los descritos argumentos no son convincentes, por las siguientes razones:

a) Ninguna norma de Derecho civil o mercantil establece una obligación de indemnizar la clientela. El hecho de que el Tribunal Supremo extraiga ese “principio” del artículo 28 de la Ley del Contrato de Agencia y del artículo 34 de la Ley de Arrendamientos Urbanos ya resulta ciertamente elocuente. Y es que el artículo 28 de la Ley del Contrato de Agencia constituye una norma especial, de carácter tuitivo y dictada en trasposición de una norma comunitaria (la Directiva 86/653/CEE), que pretende coordinar las legislaciones de los Estados miembros, estableciendo unos mínimos legales, en beneficio del buen funcionamiento del mercado común.

Por su parte, el artículo 34 de la Ley de Arrendamientos Urbanos es también una norma especial, de carácter dispositivo (según el artículo 4.3 de la misma Ley) y que constituyó una “novedad” introducida por el legislador en el año 1994 (así se dice expresamente en el apartado 3 de la Exposición de Motivos de la Ley), tanto para los nuevos contratos como para los contratos de local de negocio celebrados con anterioridad al 9 de mayo de 1985. Estas circunstancias no cuadran bien con un pretendido “principio” general “de nuestro ordenamiento jurídico”. Por otro lado, en contra de lo sostenido por el Tribunal Supremo, el contrato de arrendamiento de local de negocio no produce “el resultado” de “crear clientela”. La clientela será generada, o no, por el negocio desarrollado en el local arrendado. Pero desde el punto de vista de la creación de clientela, será perfectamente irrelevante que el titular del negocio ocupe el local en arrendamiento o en precario.

Sobre la base de las precedentes consideraciones, la existencia, en nuestro Derecho, del referido principio “favorable a la indemnización por clientela y aplicable a los contratos carentes de regulación” puede ser negada o, cuando menos, resulta sumamente cuestionable.

b) En segundo lugar, la aplicación del principio o acción general de enriquecimiento injusto debe ser rechazada, pues el posible o efectivo aprovechamiento de la clientela por parte del fabricante o concedente encuentra su causa en el propio contrato de distribución o concesión. No hay, por tanto, un enriquecimiento “sin causa”.

En este punto, entendemos acertadas las consideraciones de la STS 18-3-2004 (RJ 2004/2147), en la que se afirma que *“sostener que el concesionario tiene derecho a indemnización por clientela en todo caso y a todo trance, es decir incluso cuando no ha habido abuso ni mala fe del concedente y en el contrato se han convenido un plazo de preaviso más que razonable y la exclusión de cualquier tipo de indemnización, equivale a desconocer que la captación de clientes durante la vigencia del contrato no es sino una de las prestaciones propias, en realidad la más característica, del concesionario, quien al asumir la obligación de promover las ventas de los productos del concedente debe una prestación de la que no sólo resulta beneficiado este último, por una posible fidelidad futura del comprador a su marca, sino también el propio concesionario porque a mayor volumen de ventas mayor es su ganancia, beneficiándose ambas partes del mismo modo que a las dos beneficia también el prestigio de la marca, normalmente debido al esfuerzo empresarial del concedente”*. Para esta sentencia, así como para la STS 26-4-2004 (RJ 2004/2714), la atribución de la clientela al fabricante o concedente tienen su fuente *“en un convenio o causa contractual justa”*. En los casos resueltos por estas dos sentencias, las partes habían incluido en el contrato un pacto de exclusión de indemnización en caso de resolución del contrato. Sin embargo, conforme se desprende de la STS 15-1-2008 (redactada por el mismo ponente que las STS 18-3-2004 y 26-4-2004), si ese pacto no hubiera existido igualmente se habría concluido la inaplicabilidad del principio de enriquecimiento injusto.

El recurso a la doctrina del enriquecimiento injusto fue calificado por PAZ-ARES, C. (*La indemnización...*) como *“descabellado”*, razonando que *“si del contrato debidamente interpretado e integrado se deriva que hay una obligación de compensar la clientela, entonces la indemnización no se debe por enriquecimiento, sino por el contrato; y si del contrato debidamente interpretado e integrado no se deriva la existencia de dicha obligación, entonces no hay más remedio que aceptar que el enriquecimiento se produce con causa. La inconsistencia de la doctrina que examinamos se revela finalmente examinando sus resultados, ya que si propiamente debiera entenderse que la extinción del contrato de concesión genera un enriquecimiento sin causa del fabricante, no se entendería por qué no se concede la indemnización por clientela: (a) cuando el contrato finaliza por no ser renovado a su término de vencimiento (auto del Tribunal Supremo de 28 de enero de 1997); (b) cuando es denunciado por el concedente ante una petición de elevación del *rappel* cursada por el concesionario [sentencia del Tribunal Supremo de 17 de octubre de 1995 (Ar. 7543)]; o incluso (c) cuando es resuelto por incumplimiento del concesionario [sentencia del Tribunal Supremo de 2 de abril de 1994 (Ar. 2929)], pues si fuera cierto que la clientela le pertenece, el incumplimiento no sería causa bastante para privarle de su derecho salvo en la remota hipótesis de que esa privación hubiese sido configurada como*

*cláusula penal, sujeta a interpretación restrictiva y moderación judicial (artículos 1152 a 1154 del Código Civil)*”.

Resulta destacable que, en su sentencia el Tribunal Supremo no explique las razones por las que la tesis contraria a la aplicación del principio prohibitivo del enriquecimiento injusto no habría de prevalecer sobre la tesis favorable (que parece que es la que se mantiene, pues se dice que el artículo 1.258 del Código Civil es un precepto en el que “*también*” se puede hallar el fundamento de la compensación por clientela).

c) En tercer lugar, los recursos a una *condictio sine causa generalis* o una *condictio* por inversión tampoco resultan convincentes (no se ha recurrido a la hipótesis de la *condictio* por intromisión). Según refiere la sentencia que comentamos, son las SSTS 22-6-2007 (RJ 2007/5427) y 31-7-2007 (RJ 2007/5093) las que han profundizado en el principio o doctrina del enriquecimiento injusto y han aducido las mencionadas *condictiones* como base jurídica de la indemnización por clientela.

La *condictio sine causa generalis* se deriva de una interpretación amplia del artículo 1.895 del Código Civil, considerando como “cobro” otros supuestos de adquisición distintos a la prestación realizada *solutionis causa* o con *animus solvendi*. Esta interpretación fue planteada por DÍEZ-PICAZO, L. al analizar la denominada *condictio* de prestación (*Dos estudios...*, páginas 115 y 116), afirmando que “*la idea del indebitum alude primeramente a la falta de obligación, de relación obligatoria en sentido estricto, pero puede entenderse referida a todo aquello que es contra derecho, sin título o sin razón*”, lo que “*permitiría encuadrar en el cobro de lo indebido los casos de condictio de prestación más allá de la estricta condictio indebiti (v. gr. las prestaciones realizadas credendi causa, en vista de un contrato que se espera concertar o de una prestación que se espera recibir)*”.

La interpretación descrita permitiría, según el Tribunal Supremo, aplicar el artículo 1.895 del Código Civil a “*desplazamientos patrimoniales de modo que sólo quedarían definitivos y eficaces cuando obedecieran a prestaciones realizadas para la consecución de finalidades lícitas, reales y existentes*”. A la vista de la STS 22-6-2007, el Tribunal Supremo considera que la creación de clientela por el distribuidor se realiza en contemplación del mantenimiento de la vigencia del contrato (esto es, *credendi causa*) y que, tras la extinción de este último, el desplazamiento de la clientela no obedece a una prestación enderezada a la consecución de una finalidad lícita, real y existente. Dicho de otra forma, según el Tribunal Supremo, en tanto en cuanto el contrato se mantiene en vigor, la creación de la clientela y su aprovechamiento por el fabricante poseen una contraprestación, o están remuneradas. Pero esa remuneración desaparece sobrevenidamente cuando el contrato se extingue.

Ahora bien, este planteamiento del Tribunal Supremo equivale a sostener que la creación de clientela por el distribuidor no está contratada o que únicamente lo está en la medida en que el contrato permanece en vigor. La facultad

del distribuidor de resolver en cualquier momento, con el pertinente preaviso, la relación contractual pone en cuestión que la generación de la clientela se realice “*en contemplación*” del mantenimiento del contrato. Pero, además, la creación de clientela (y su eventual transmisión tras la extinción del contrato) sí está contratada, pues la hipótesis normal en el momento de la celebración del contrato es que ambas partes contemplen la posibilidad o riesgo de que, al extinguirse la relación, la clientela generada aproveche al fabricante. Asimismo, la generación de clientela es “remunerada” por el margen percibido por el distribuidor con cada una de las operaciones que realiza durante la vigencia del contrato. La extinción del contrato no determina que la actividad de promoción desarrollada por el distribuidor resulte sobrevenidamente “*contraria a derecho, sin título o sin razón*”, sino que su causa fue y sigue siendo la misma: la posibilidad de obtener una ganancia durante la vigencia del contrato (mediante la percepción del margen), y no con posterioridad a su extinción.

Por otro lado, la eventual transmisión de la clientela al fabricante no constituye un supuesto de *condictio* por inversión ni, como modalidad dentro de ella, una hipótesis de *condictio por expensas*. Concurrirá una *condictio* por inversión cuando se produzca una transferencia patrimonial que no pueda calificarse como prestación. La *condictio* por expensas existe, según la doctrina (DÍEZ-PICAZO, L., *Dos estudios...*, página 130), en aquellos casos en que se realizan gastos o se incorpora trabajo en una cosa ajena.

Ahora bien, según esa misma doctrina, la existencia de una relación contractual entre el propietario de la cosa y el autor de las expensas excluye la posibilidad de aplicación de la *condictio*, pues la solución de la cuestión debe buscarse en las normas del Derecho de los contratos. En el caso del contrato de distribución, la actividad de promoción y los eventuales gastos que pueda realizar el distribuidor se realizan en cumplimiento del contrato. Y, si se realizan por iniciativa y en interés del propio distribuidor, no habrá derecho a compensación o indemnización, pues se realizan con plena conciencia de que podrán revertir a favor del fabricante (vid. PAZ-ARES, *La indemnización...*). A mayor abundamiento, según advierte DÍEZ-PICAZO, L. (*Dos estudios...*, página 132), “*nuestro Código Civil, además, es restrictivo en punto a que abona exclusivamente el gasto realizado, sin otorgar valor alguno al trabajo que se hubiere invertido*”.

## 2.2. *La aplicación analógica del artículo 28 de la Ley del Contrato de Agencia como fundamento de la indemnización por clientela*

1. El segundo fundamento empleado para justificar la concesión al distribuidor de la indemnización por clientela consiste en la aplicación analógica del artículo 28 de la Ley del Contrato de Agencia. Según la sentencia objeto de comentario, la analogía se funda en “*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 in-*

*cremento de operaciones por el agente o el concesionario, lo que conforme al artículo 4.1 del Código Civil 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 hubiera pactado verbalmente o, habiéndose documentado, no 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”.*

2. En la STS 15-1-2008 se hace simple remisión a otras sentencias anteriores que habían mantenido la procedencia de la aplicación analógica del artículo 28 de la Ley del Contrato de Agencia, sin realizar un desarrollo de esta doctrina. Asimismo, y al igual que sucede con el argumento fundado en el principio o teoría del enriquecimiento injusto, la sentencia comentada no expone las razones por las que la tesis favorable a la analogía debe prevalecer sobre la doctrina sentada en aquellas otras sentencias del Tribunal Supremo que han rechazado, con carácter general, la aplicación analógica de la compensación por clientela al contrato de distribución. Ese análisis sí se encuentra, sin embargo, en una de las resoluciones citadas por la STS 15-1-2008, la STS 22-6-2007 (RJ 2007/5427), en la que los argumentos expuestos por PAZ-ARES, C. (*La indemnización...*), que, al parecer, habrían sido el fundamento del recurso de casación resuelto por esa sentencia, son rechazados por el Tribunal Supremo, al no considerarlos “*decisivos*” y entender que “*además revelan un tratamiento técnico que cabría calificar como formalista*”. Sin embargo, como será objeto de análisis, las razones alegadas por el Tribunal Supremo para tratar de desvirtuar los argumentos contrarios a la analogía se encuentran desviados o se fundan en aseveraciones apodícticas, que quedan inexplicadas.

La STS 22-6-2007 sostiene que “*en la jurisprudencia se encuentran, en efecto, decisiones en las que se formula una posición contraria, si bien hay que señalar que, prácticamente en todas ellas, el argumento de la inaplicabilidad por analogía es superfluo, puesto que no se dan los presupuestos fácticos necesarios, o bien se trata de un mero obiter dictum*”. Asimismo, se efectúa una síntesis de las sentencias que habrían mantenido la tesis contraria a la analogía. Entendemos que esa síntesis no resulta correcta, por cuanto en ella se mezcla el análisis teórico de la pertinencia de la aplicación analógica de la Ley del Contrato de Agencia con el de la procedencia de la concesión de la indemnización en el caso concreto (que debería presuponer haber resuelto la primera cuestión en sentido afirmativo). Por otro lado, esta sentencia no cita, por ejemplo, las SSTS 18-3-2004 (RJ 2004/2147) y 26-4-2004 (RJ 2004/2714), en la que, además de remitirse a la STS 18-3-2004, y “*agotando la respuesta casacional*”, se rechazó la analogía sobre la base de que “*ni la jurisprudencia más reciente es favorable a tal aplicación cuando exista pacto expreso de las partes sobre el particular (SSTS 28-1-2002 [RJ 2002/2305] y 5-2-2004 [RJ 2004/639]), en este caso excluyente de indemnización, ni es en sí mismo coherente que las normas imperativas por Ley para un contrato típico hayan de serlo también para otro distinto (...)*”.

3. En nuestra opinión, el motivo principal que debe impedir la aplicación analógica de la indemnización por clientela al contrato de distribución consis-

te en que si la finalidad de las normas imperativas –incluyendo la indemnización por clientela– es la especial necesidad de protección del agente que deriva del predominio, en su actividad, del factor del trabajo personal sobre el factor de capital, esta situación no es, en absoluto, la del distribuidor. El distribuidor emplea importantes recursos de capital en la organización y actividad de su empresa, lo que elimina cualquier parecido con la posición del agente. A este respecto, PAZ-ARES, C. sostuvo (*La indemnización...*) que “*en última instancia, sería la ausencia de una verdadera infraestructura capitalista en su organización la circunstancia determinante de que el legislador haya considerado al agente especialmente necesitado de protección. Y siendo todo ello así, la conclusión que se obtiene de cara a nuestro asunto es bastante clara. En efecto, considerando que lo específico de la concesión es el empleo de capitales propios –y en definitiva, la preponderancia del factor capital sobre el factor trabajo–, enseguida se advierte que la extensión analógica de la imperatividad al concesionario queda desprovista de base*”.

Ahora bien, la STS 20-6-2007 mantiene que “*el carácter potencialmente expansivo de la norma que se trata de aplicar no puede ser negado en base a la finalidad tuitiva o de protección social de la norma que impone, en el caso de los agentes, la indemnización por clientela*”. Sin embargo, la argumentación del Tribunal Supremo se encuentra desenfocada: de un lado, centra la atención en el artículo 4.2 del Código Civil, afirmando que, no siendo la Ley del Contrato de Agencia una norma “*excepcional, penal o temporal*”, la analogía no está vetada o limitada; de otro lado, la sentencia sostiene que “*no se trata de aplicar la Ley en su integridad*”, sino “*la perspectiva del artículo 28 de la Ley del Contrato de Agencia*” o “*el principio que la norma revela o que es reconocido a través de ella*”. En definitiva, el Tribunal Supremo no examina si efectivamente el distribuidor se encuentra en la misma situación de necesidad de protección que el agente (que es donde, desde nuestro punto de vista, radicaría la base de la analogía).

4. Por otro lado, y sin perjuicio de la improcedencia, en nuestra opinión, de extender analógicamente al distribuidor el artículo 28 de la Ley del Contrato de Agencia como norma imperativa, la falta de previsión de un pacto sobre la indemnización por clientela en los contratos de distribución no constituye una laguna en la regulación de estos contratos que permita recurrir al mencionado artículo como norma de integración, que complete la regulación contractual en relación con el momento de la extinción de la relación. En este sentido, cabe sostener que, atendiendo a la forma en que normalmente se negocian y desarrollan los contratos de distribución, no existe un auténtico consentimiento concurrente de los contratantes sobre la futura aplicación de la indemnización por clientela. De hecho, los casos en que la regulación contractual prevé o contempla esa indemnización por clientela son extraordinariamente excepcionales en la práctica. La situación normal es precisamente la contraria: la inclusión de un pacto por el que las partes excluyen toda indemnización o compensación a la extinción del contrato de distribución. Sin embargo, las partes son plenamente conscientes, desde un principio, que un trasvase de la clientela ge-

nerada por el distribuidor durante la vigencia del contrato puede producirse tras su extinción. Sostener que la falta de exclusión expresa de la indemnización por clientela autoriza para recurrir por analogía al artículo 28 de la Ley del Contrato de Agencia para integrar la relación contractual supone partir, como premisa, de la proposición que pretende probarse: la existencia de una voluntad favorable de las partes a la indemnización por clientela. La falta de pacto constituye un silencio relevante, una auténtica “*regulación negativa*”, según apuntaba PAZ-ARES, C. (*La indemnización...*).

La cuestión expuesta en el párrafo anterior es abordada en la ya tantas veces citada STS 22-6-2007. Sin embargo, se resuelve en sentido contrario sin una auténtica argumentación. Según esta resolución, “*partiendo de la apuntada proximidad, en su función económico-social, de las relaciones de agencia y de distribución, que también desde este punto de vista avvicina la configuración jurídica de las funciones del agente y del concesionario, como reconocen incluso los autores que sostienen la inaplicabilidad por analogía de las reglas de la LCA a la distribución, la llamada ‘indemnización por clientela’ constituye una verdadera laguna en la regulación de la extinción de las relaciones de concesión mercantil. No es que sea relevante el silencio, sino que es un problema de integración de la regulación pacticia. Las partes pueden, en los contratos de distribución, excluir la compensación por clientela, o modularla. No hay cuestión, puesto que no se predica en estas relaciones la imperatividad (artículo 3.1 LCA, en cambio). Pero si no se ha tratado en la formación contractual, y se dan los supuestos y circunstancias que en el caso de la agencia determinan la compensación por clientela, el operador jurídico carece de una respuesta explícita, que se ha de buscar, en último término, por medio de la analogía. (...) La laguna no se produce en la regulación contractual, que este caso, como en todos, es perfecta y completa en cuanto las partes quieran, debiendo en lo no previsto aplicarse los mecanismos de integración, sino en las normas que son llamadas a la regulación del supuesto*”.

Así, según el Tribunal Supremo, el silencio de las partes no es relevante, pero no se dice por qué. Tampoco se argumentan las razones por las cuales no hay que indagar si existe una respuesta “implícita” en la regulación contractual, que excusaría buscar la respuesta “*en último término*”, en las operaciones de integración.

En nuestra opinión, de la inclusión en el contrato de una cláusula que establece la facultad de resolución *ad nutum* (si la duración del contrato es indefinida) o la posibilidad de no renovarlo, una vez ha transcurrido el plazo de duración pactado, resulta la voluntad de las partes (implícita, si se quiere) de poder terminar el contrato sin coste. Lo mismo ocurre en aquellos casos en que ese pacto no se ha incluido expresamente, pues la posibilidad de desistimiento o resolución *ad nutum* igualmente existe, según constante jurisprudencia. Y si la parte que resuelve el contrato ha de abonar una indemnización, difícilmente puede mantenerse que el contrato sea verdaderamente denunciabile *ad nutum* o que el contrato concluya porque ha transcurrido el tiempo pactado de duración. En otros términos, cláusula o facultad de terminación *ad nutum* e indem-

nización por clientela son contradictorias, por lo que no pueden atribuirse simultáneamente a la voluntad de las partes.

5. En todo caso, la extensión analógica del artículo 28 de la Ley del Contrato de Agencia no procedería ni siquiera atribuyendo a la indemnización por clientela una función de retribución diferida de la actividad de promoción del distribuidor o concesionario. En efecto, el distribuidor no recibe comisiones, sino que desarrolla su actividad para tratar de conseguir un margen con la reventa del producto. Si la razón de la indemnización por clientela en la agencia se encuentra en estos negocios (órdenes posteriores) no retribuidos, tal razón no es extensible a un contrato en el que el distribuidor no tiene derecho alguno respecto de tales negocios posteriores, sino que percibe íntegramente su remuneración durante la vigencia del contrato (en este sentido, PAZ-ARES, C., *La indemnización...*). A los anteriores efectos, el margen que el distribuidor puede obtener es superior o muy superior a la remuneración o comisión percibida por el agente. Asimismo, aquél soporta una serie de riesgos que el agente no ha de asumir.

En contra de nuestro argumento podría aducirse, como hace MARTÍNEZ SANZ, F. (1998, página 343) [con cita de Heikel, H.J., *Der Ausgleichsanspruch der Handelsvertreter und des Vertrahändlers*, Frankfurt am Main, 1985], que “*difícilmente puede entenderse incluida en el margen de reventa la consolidación de la clientela, cuando de ordinario, no se discrimina entre las ventas hechas a clientes ‘antiguos’ y de ‘nueva adquisición’*”. Y añade que “*sin desconocer en modo alguno el peso de esta objeción y las dificultades que, en general, derivan del diverso modo de remuneración del agente y del concesionario, creemos que cabe avanzar una postura superadora de las mismas. Y ello en base a la siguiente evidencia: cada operación promovida o concluida por el agente –incluyendo los pedidos supletorios y las operaciones ‘directas’– da derecho a comisión; cada producto distribuido por el concesionario le reporta un margen de ganancia. En ambos supuestos, sin embargo, se produce –o puede producirse, según las circunstancias del caso concreto– una labor de creación o consolidación de clientela que podría ser susceptible de retribuirse con cargo a la compensación por clientela. En un caso, por expresa disposición legal –artículo 28 LCA–; en el otro, por aplicación analógica del precepto de referencia*”.

Ahora bien, sin perjuicio de la autoridad del citado autor, y desde nuestro punto de vista, el margen de reventa en todas las operaciones “retribuye”, global y conjuntamente, desde un principio, la labor de promoción que el distribuidor desarrolla (y que debe desarrollar, por estar integrada en su prestación principal), que se refiere tanto a los clientes antiguos como nuevos (pues también puede contribuir a incrementar el número de operaciones anteriormente realizadas con aquéllos). La ausencia de discriminación entre operaciones con clientes “antiguos” y de “nueva adquisición” confirma la tesis de que el distribuidor recibe toda su remuneración durante la vigencia del contrato, como consecuencia de la estructura económica y sinalagma de la relación contractual (que es, como apuntó PAZ-ARES, C., en *La indemnización...*, “*actividad de*

*promoción a cambio de una oportunidad de ganancia*”). Precisamente por ello (y no porque exista una actividad no “retribuida”), el margen que obtiene el distribuidor con la reventa a los antiguos clientes es, en ejecución del contrato, el mismo que con la reventa a clientes nuevos, cuando, hay que suponer, el coste para el distribuidor de vender al antiguo cliente debió de ser muy inferior al de vender a un nuevo cliente. Sólo prescindiendo de la distinta estructura de la remuneración del agente (que posee una parte diferida) y la del distribuidor se puede mantener la extensión analógica del artículo 28 de la Ley del Contrato de Agencia al distribuidor.

La integridad de la remuneración del distribuidor es negada por la STS 22-6-2007, que sostiene que *“visto desde el plano económico, el sistema operativo de un concesionario no difiere esencialmente, en este punto. El margen entre el precio de compra y el de reventa retribuye la concreta operación, pero el concesionario busca también, como antes se ha puesto de relieve, la promoción de relaciones mercantiles estables o duraderas. No hay razón de fondo que permita sostener que en el caso del concesionario el margen le ofrece una remuneración total que la comisión ordinaria”*. Sin embargo, y nuevamente, el Tribunal Supremo no explica por qué esa actividad de promoción desplegada por el distribuidor durante la vigencia del contrato no está “remunerada” por el margen que obtiene con las sucesivas operaciones. Es más, en un párrafo posterior de la indicada sentencia, se llega a afirmar que *“el empresario, al final de la relación, recibe un valor, fruto de la actividad del agente o del distribuidor, que no ha retribuido mediante las comisiones o que no ha sido compensado por el margen en las relaciones de distribución, y que, en puridad, no era exigible, salvo que, en las relaciones de distribución, se haya establecido mediante pactos explícitos su exigibilidad y su remuneración, o la modulación que convenga, incluida la renuncia”*. Sin embargo, como se ha dicho anteriormente, la actividad de promoción del distribuidor es, en todo caso, exigible, pues está integrada en el sinalagma del contrato y en la prestación principal a cargo del distribuidor.

### *2.3. El artículo 1.258 del Código Civil como fundamento de la indemnización por clientela*

La principal novedad introducida por la sentencia del Tribunal Supremo objeto de comentario está representada por el recurso explícito al artículo 1.258 del Código Civil como fundamento de la compensación por clientela.

Después de recordar que el mencionado precepto sirvió como base para la construcción de la doctrina sobre la cláusula *rebus sic stantibus* “*como remedio equitativo al desequilibrio de las prestaciones por causas sobrevenidas en los contratos de tracto sucesivo*”, el Tribunal Supremo mantiene que, en el caso de los contratos de distribución, se produciría una situación de desequilibrio sobrevenido entre las partes en el momento de extinguirse la relación y “*tener ésta que liquidarse*”. Se reconoce que esa liquidación tiene su causa en el propio contrato y se niega

que el “*desequilibrio*” se deba a circunstancias extraordinarias, sino “*a la propia ejecución normal u ordinaria del contrato*”. Y a continuación, la Sala sostiene que “*aquella misma consideración de la equidad, explícitamente presente tanto en el artículo 28.1 de la Ley del Contrato de Agencia como en el artículo 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 artículo 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 nuestra opinión, los razonamientos del Tribunal Supremo no convencen, por las siguientes razones:

a) En primer lugar, la sentencia da por supuesta la existencia de un desequilibrio generado durante la ejecución de la relación contractual. Ello supone reiterar, desde otro punto de vista, que una parte de la actividad del distribuidor, la labor de promoción (que, paradójicamente, está integrada en su prestación principal), no estaría siendo “remunerada” por el margen comercial que haya podido obtener en las sucesivas operaciones de reventa. O, dicho de otra forma, que una parte de la prestación ejecutada por el distribuidor carece de una contraprestación a cargo del fabricante o concedente. En consecuencia, la argumentación incurre en petición de principio, pues presupone la existencia de una situación que ha de ser objeto de “*liquidación*”.

b) En segundo lugar, la Sala afirma que la compensación por clientela es “*acorde con la naturaleza*” del contrato de distribución y “*además, conforme a la buena fe*”.

Ahora bien, el recurso al artículo 1.258 del Código Civil para fundar la indemnización por clientela supone, no ya entender que en la regulación contractual pueda existir una laguna que el intérprete haya de completar, sino, directamente, mantener que en la regulación legal “*imaginada*” de los contratos de distribución existe una norma que confiere al distribuidor un derecho a exigir aquella indemnización o compensación. Y, como hemos visto hasta aquí, eso es una auténtica *petitio principii*, porque el Tribunal Supremo no justifica por qué un legislador imaginario que regulase los contratos de distribución incluiría una norma ordenando el pago de indemnización por clientela a su terminación.

En este sentido, el Tribunal Supremo no explica las razones de la derivación de la indemnización por clientela de la “*naturaleza*” del contrato de distribución y de “*la buena fe*”. Se trata de aseveraciones que quedan huérfanas de la necesaria demostración, a pesar de que deberían haber sido las ideas objeto de principal justificación.

Y resulta cuando menos discutible fundar en la “*naturaleza*” del contrato de distribución o en la “*buena fe*” la existencia de una norma que obligue, en abstracto o *ex ante*, a abonar una indemnización por clientela. Más bien todo lo

contrario: la lealtad en el desenvolvimiento de la relación de distribución exige, de un lado, que el distribuidor haga todo lo posible por promover la venta de los bienes del fabricante o concedente. De otro lado, requiere que el distribuidor, desde un primer momento, proporcione al fabricante la información necesaria y le entregue los productos, a fin de permitir su reventa y la consiguiente percepción del margen. Ahora bien, atendida la finalidad del contrato de distribución, el sentido de la lealtad o probidad no exige la existencia de un “adicional” deber de indemnizar la clientela, sino que la eventual generación de esa clientela viene determinada, precisamente, por el leal cumplimiento del contrato por parte del distribuidor, esto es, por el desarrollo de su actividad de promoción.

c) Sentado lo anterior, la auténtica base del razonamiento del Tribunal Supremo es, parece, la “equidad” o, según se afirma, la equidad que late en el artículo 28 de la Ley del Contrato de Agencia o del artículo 17.2 a) de la Directiva 86/653/CEE. Ahora bien, dada la falta de explicación sobre la aplicación de los criterios de integración contemplados en el artículo 1.258 del Código Civil, esta apelación a la “equidad” supone más bien justificar la procedencia de la indemnización por clientela, en último término, en que se considera, simplemente, “justo”.

#### 2.4. Conclusión de la sentencia del Tribunal Supremo de 15 de enero de 2008

No obstante los argumentos expuestos por el Tribunal Supremo para fundar la compensación por clientela en los contratos de distribución, la conclusión final establecida por la sentencia objeto de comentario resulta muy poco (más bien nada) “unificadora”. Así lo confirma, muy significativamente, el último párrafo de la sentencia, que concluye estableciendo como “doctrina” la “*posible procedencia*” de la compensación por clientela al extinguirse los contratos de concesión o distribución.

Según la Sala “*en los casos de extinción de un contrato de concesión o distribución, la compensación por clientela y la aplicación analógica de la idea inspiradora del artículo 28 de la Ley del Contrato de Agencia no pueden obedecer a criterios miméticos o de automatismo. Lejos de ello, como la jurisprudencia viene reiterando sin fisuras, el demandante que pretenda aquella compensación habrá de probar la efectiva aportación de clientela y su potencial aprovechamiento por el concedente, del mismo modo que corresponderá a los tribunales ponderar todas las circunstancias del caso, como en especial sería la integración o no del concesionario en una red comercial que aproxime significativamente su posición a la del agente*”.

La trascrita conclusión suscita inmediatamente los siguientes comentarios:

a) En primer lugar, el rechazo de un mimetismo o automatismo en la concesión de la indemnización por clientela o en la aplicación analógica de la “*idea*

*inspiradora de la Ley del Contrato de Agencia*” (en el caso de extinción de un contrato de distribución o concesión) contradice la explicación o fundamento de la compensación por clientela en el artículo 1.258 del Código Civil. Si esa compensación es conforme con la naturaleza del contrato y con la buena fe, inicialmente debería entenderse, según se ha expuesto, que todo contrato de distribución en el que no se haya excluido expresamente contiene una norma que establece un derecho del distribuidor a reclamar una indemnización por clientela al concluir la relación. Otra cosa será si efectivamente se cumplen, en el caso concreto, las condiciones que deben conducir a la concesión de la compensación.

b) En segundo lugar, la sentencia no establece si esa compensación forma parte, *ab initio* y en defecto de pacto, del régimen jurídico del contrato de distribución. Más bien lo niega, porque sostiene que la compensación no se aplica “mimética” o “automáticamente”. En consecuencia, la existencia del derecho a la compensación se determinará *ad casum*, en función de las específicas circunstancias del contrato y supuesto de hecho concreto. Así, la pretendida unificación se resuelve en el casuismo.

Como prueba de ese casuismo pueden citarse los siguientes incisos de algunas sentencias del Tribunal Supremo posteriores a la que es objeto de comentario: en la STS 3-3-2008 (RJ 2008/2935), en un caso en el que el producto distribuido era de “gran prestigio” y con una gran *vis atractiva*, el Tribunal Supremo confirmó el rechazo de la indemnización por clientela por las dos instancias (que se había fundado en esas características del producto) sobre la base de que “*aun cuando haya podido existir un aumento sensible de las operaciones con la clientela existente, no se han probado los requisitos para que dicho incremento pueda ser compensable al concesionario*”; la STS 26-3-2008 (RJ 2008/4128) mantiene que “*la reciente sentencia de 15 de enero del corriente año (recurso núm. 4344/00 [RJ 2008/1393]), dictada por el pleno de los magistrados de esta Sala y recopilatoria de la jurisprudencia al respecto, ha reafirmado la posibilidad de compensación por clientela a favor del distribuidor cuando se extinga el contrato combinando la prohibición del enriquecimiento injusto con el artículo 1258 CC, en cuanto tal compensación sería una consecuencia acorde con la naturaleza del contrato de distribución y, además, conforme a la buena fe, por lo que, si se declara probada la efectiva aportación de clientela y su potencial aprovechamiento por el concedente, cabrá la aplicación analógica no tanto del artículo 28 de la Ley de Régimen Jurídico del Contrato de Agencia cuanto de su idea inspiradora*”; en la STS 8-5-2008 (RJ 2008/2960) se sostiene que “*una vez queda acreditado como hecho “cierto y económicamente evaluable el aprovechamiento por el concedente de la clientela obtenida por la actora a su favor”, del cual siguió beneficiándose, no existe obstáculo –Sentencia de 6 de noviembre de 2006– para aplicar analógicamente el artículo 28 de la Ley de Contrato de Agencia*”; y en la STS 26-6-2008 (RJ 2008/3303) se refiere que “*no puede pretender la recurrente que se aplique a su favor el artículo 28 de la Ley 12/1992 cuando (...) no se ha probado –y las consecuencias de ese déficit las ha de soportar el distribuidor (...)- uno de los requisitos condicionantes de la indemnización que tal*

*precepto regula: la aportación de nuevos clientes al empresario –o el incremento sensible de las operaciones con la clientela preexistente–;*

c) Entre las circunstancias del caso se deberá prestar especial atención a la *“integración o no del concesionario en una red comercial que aproxime significativamente su posición al agente”*.

Esta afirmación tiene algo de positivo y es que permite tranquilizar a los operadores jurídicos respecto a que el Tribunal Supremo no considera extensible la indemnización por clientela a cualquier contrato de suministro con relaciones repetidas entre las partes, riesgo que algunas sentencias anteriores dejaban entrever. Ahora parece asentarse el criterio de que tiene que existir, al menos, una cierta integración del distribuidor en la red comercial del fabricante o, lo que quizá sea lo mismo, que el contrato pueda calificarse de concesión. Según la definición de ULMER, *“concesionario es aquel empresario cuya empresa está integrada en la organización de un fabricante de mercancías de tal forma que asume la obligación contractual de distribuir en su propio nombre y por su propia cuenta mercancías, promoviendo así las ventas del fabricante, asumiendo las funciones y los riesgos de su actividad comercial, utilizando –junto a su propio nombre comercial– los signos distintivos del fabricante”*.

### 3. Conclusiones

A la vista de la sentencia que ha sido objeto de comentario, la doctrina del Tribunal Supremo sobre la indemnización o compensación por clientela en los contratos de distribución puede sintetizarse de la siguiente forma:

a) No puede descartarse la obligación de pago de una indemnización por clientela al distribuidor, en caso de extinción de un contrato de distribución, bien se haya pactado por tiempo indefinido o determinado.

b) La compensación por clientela no se aplicará de forma “automática” o “mimética” en todos los supuestos y contratos, sino que se determinará *ad casum*. El distribuidor o concesionario que pretenda el abono de la indemnización habrá de acreditar la efectiva aportación de clientela al fabricante o concedente, así como su potencial aprovechamiento por este último.

c) Parece que uno de los criterios principales a la hora de establecer la procedencia de la indemnización por clientela será la concurrencia de un cierto grado de integración del distribuidor en la red comercial del fabricante, de lo que puede deducirse que la discusión se planteará fundamentalmente en los contratos de concesión y no en todos los de distribución.

d) La concesión de la indemnización por clientela se podrá fundar en la doctrina del enriquecimiento injusto, en la aplicación analógica de la idea inspira-

dora del artículo 28 de la Ley del Contrato de Agencia y en el artículo 1.258 del Código Civil.

e) Los pactos o cláusulas por los que se acuerde la exclusión de la indemnización por clientela en caso de extinción del contrato son plenamente válidos y eficaces.

#### 4. Bibliografía

- ALFARO ÁGUILA-REAL, J., *Enciclopedia Jurídica Básica*, Volumen II, ed. Civitas, Madrid, 1995, pp. 3.153 y ss.
- DE LA CÁMARA, M. y DÍEZ-PICAZO, L. *Dos estudios sobre el enriquecimiento sin causa*, ed. Civitas, Madrid, 1988.
- DÍEZ-PICAZO, L., *Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial*, Tomo I, ed. Thomson-Civitas, Cizur Menor, 2007.
- IGLESIAS PRADA, J.L., *Notas para el estudio del contrato de concesión mercantil*, AAVV, “Estudios de Derecho Mercantil en homenaje a R. Uría”, pp. 249 y ss.
- MARTÍNEZ SANZ, F., *La indemnización por clientela en los contratos de agencia y concesión*, Civitas, Madrid, 1998.
- MARTÍNEZ SANZ, F., MONTEAGUDO, M. y PALAU RAMÍREZ, F., *Comentario a la Ley sobre Contrato de Agencia*, ed. Civitas, Madrid, 2000.
- MERCADAL VIDAL, F., *El contrato de agencia mercantil*, ed. Real Colegio de España, Bolonia, 1998, pp. 624 y ss.
- MORALEJO MENÉNDEZ, I., *El Contrato mercantil de concesión*, ed. Aranzadi, Cizur Menor, 2007, pp. 311 y ss.
- PAZ-ARES, C., «La indemnización por clientela en el contrato de concesión», *Diario La Ley*, 11 de abril de 1997, Diario 4.266, páginas 1 y siguientes (Sección Doctrina, 1997, Ref. D-105, Tomo 2).
- «La terminación de los contratos de distribución», *Revista de Derecho Mercantil*, número 223, 1997, pp. 7 y ss.
- QUIÑONERO CERVANTES, E., en *Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil*, número 18, 1988, pp. 241 y ss.
- VICENT CHULIÁ, F., *Introducción al Derecho Mercantil*, ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2007, pp. 928 y ss.