



## Retail in the Loop

G A \_ P  
Gómez-Acebo & Pombo

# Cuestiones en torno a la extinción de los contratos de distribución: criterios jurisprudenciales 2020

La extinción de los contratos de distribución constituye un fenómeno crítico desde el punto de vista de la dinámica contractual. En el momento de liquidar las relaciones jurídicas surgidas entre las partes suelen aflorar conflictos y desavenencias, especialmente en lo que concierne a las consecuencias económicas de la extinción. En este documento se pretende dar cuenta de los criterios seguidos por la jurisprudencia española para resolver algunas de estas cuestiones recurrentes.



1

**Sobre la aplicabilidad de los principios y criterios recogidos en la Ley sobre Contrato de Agencia a los contratos de distribución**



2

**La indemnización por clientela en los contratos de distribución: condiciones para su reconocimiento**



3

**Cálculo de la indemnización por clientela en los contratos de distribución**



4

**Otras cuestiones: preaviso, indemnización por inversiones no amortizadas y recompra del stock**

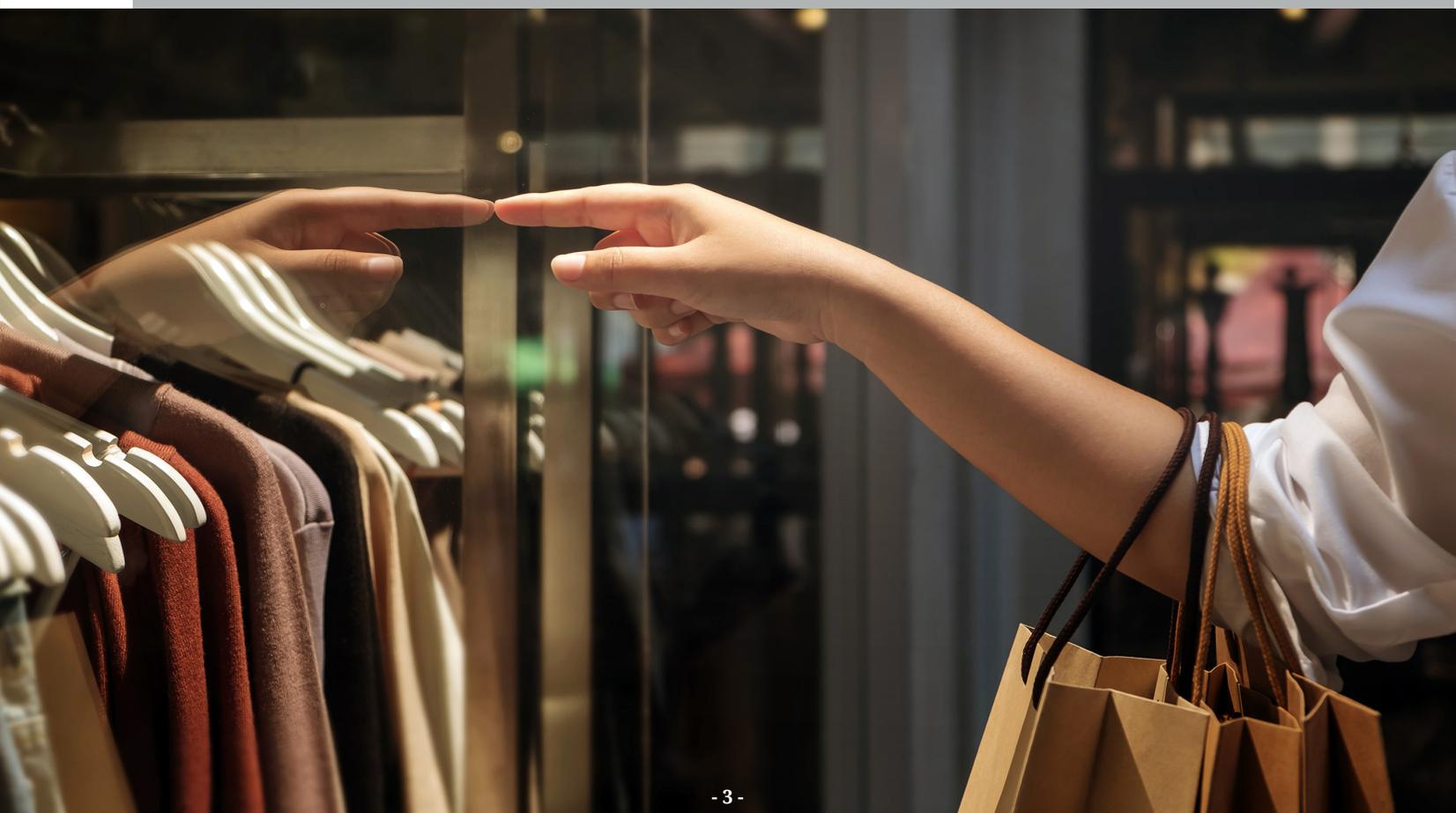




# 1

## Sobre la aplicabilidad de los principios y criterios recogidos en la Ley sobre Contrato de Agencia a los contratos de distribución

1. Aunque la cuestión ha sido tradicionalmente muy debatida, parece consolidada hoy en la jurisprudencia la idea de que algunas soluciones recogidas en la Ley 12/1992, sobre contrato de agencia (LA), pueden extenderse a los contratos de distribución.
2. La cuestión se ha planteado especialmente en relación con la llamada “indemnización por clientela”, regulada en el artículo 28 LA. De ahí que prestaremos particular atención a ciertos aspectos de su régimen –las condiciones para su reconocimiento y el cálculo del límite a la indemnización- (*vid. infra*, apartados II y III). Pero el Tribunal Supremo ha tendido ocasión también de enfrentarse con la posibilidad de aplicación a los contratos de distribución de otros preceptos de la LA, tales como los artículos 25 (exigencia de preaviso), 29 (indemnización de daños y perjuicios por inversiones no amortizadas) y con otras cuestiones adicionales, como la recompra del stock (*infra*, 9-12 del apartado IV).



# 2

## La indemnización por clientela en los contratos de distribución: condiciones para su reconocimiento

### 3. La llamada “indemnización por clientela”

En sustancia, el artículo 28 LA dispone que cuando se extinga el contrato de agencia, sea por tiempo determinado o indefinido, el agente que hubiese aportado nuevos clientes al empresario (o incrementado sensiblemente las operaciones con la clientela preexistente) tendrá derecho a una indemnización si su actividad anterior puede continuar produciendo ventajas sustanciales al empresario y resulta equitativamente procedente por la existencia de pactos de limitación de competencia, por las comisiones que pierda o por la demás circunstancias que concurran.

#### 3.1 Naturaleza y sentido de la disciplina

Dejando de lado otras discusiones en torno al fundamento de la llamada indemnización por clientela (una suficiente exposición se encuentra en las SSTS de 22 de junio de 2007 [RJ 2007/5427] y 15 de enero de 2008 [RJ 2008/1393]), en sus últimos pronunciamientos el Tribunal Supremo parece haberse decantado por afirmar el carácter compensatorio, y no propiamente indemnizatorio o resarcitorio, de la figura (vid., por ejemplo, la STS de 16 de marzo de 2016 [RJ 2016/858]).

En este sentido, las SSTS de 3 de junio [RJ 2015/4282] y 9 de julio de 2015 [RJ 2015/4321], después de señalar que el artículo 28 LA “responde, básicamente, a una función compensatoria legalmente prevista en el plano de la liquidación patrimonial tras la

*extinción de la relación contractual de las partes” añaden lo siguiente: “de acuerdo a la interpretación sistemática de la normativa, también debe precisarse que el objeto de esta función compensatoria, en el plano de la liquidación patrimonial de la relación contractual, resulta diferenciado o, si se prefiere, especializado, respecto del marco general del resarcimiento contractual que pueda derivarse por los daños y perjuicios causados (1101 del Código Civil) que tiene un cauce, propio y autónomo, en el artículo 29 de la citada Ley”.*

Con ello el TS parece querer poner de manifiesto que la llamada “indemnización por clientela” no se encuentra vinculada a la existencia de dolo o culpa, ni a ningún tipo de incumplimiento o al hecho de que la terminación del contrato resulte irregular o patológica (lo que sería propio de una institución de finalidad resarcitoria). Así lo demostraría su perfecta compatibilidad con las acciones de indemnización por daños (cfr. SSTS 19 de diciembre 2005 [RJ 2006\295], 22 de junio de 2007 [RJ 2007/5427] y 20 de mayo de 2009 [RJ 2009/3184]).

Cuestión distinta es que estas acciones indemnizatorias queden absorbidas por el artículo 29 LA, precepto que tiene un ámbito distinto al del artículo 1101 CC y que no agota todas las posibilidades del agente o del distribuidor de obtener resarcimiento (por



ejemplo, en caso de no respetarse el plazo de preaviso o cuando el contrato irregularmente terminado fuera de duración determinada). De hecho, con base en los artículos 1101 y 1106 CC se ha afirmado la posibilidad de reconocer al agente (y hay que entender que también al distribuidor) el derecho a ser indemnizado por conceptos que no encuentran acomodo en el artículo 29 LA (por ejemplo, por el lucro cesante). Y ello aun cuando no concurra el supuesto de hecho de tal norma, siempre que se haya producido una contravención de las obligaciones derivadas del contrato (SSTS de 13 de febrero [RJ 2009/1490] y 20 de mayo de 2009 [RJ 2009/3184]). Esto es: la indemnización de daños y perjuicios por incumplimiento, con base en las normas de Derecho común, es compatible con las indemnizaciones sujetas a régimen especial de los artículos 28 y 29 LA (SSTS de 19 de diciembre de 2005 [RJ 2006/295] y 3 de marzo de 2011 [RJ 2011/2622]).

### 3.2 Principio general: posibilidad de reconocer al distribuidor el derecho a la indemnización por clientela

Según afirma la STS de 22 de junio de 2007 [RJ 2007/5427], con cita de otras muchas, “en el sentir de un amplio número de decisiones, la llamada indemnización por clientela no es exclusiva del contrato de agencia y, pese a las diferencias estructurales con otros instrumentos jurídicos utilizados por los empresarios para la distribución de productos, puede ser apreciada en otros contratos, entre los cuales el de distribución, aun cuando éste último se caracterice por una actuación del concesionario en nombre propio y por cuenta propia [...] de modo que se circunscribe a la reventa de los productos del concedente” (esta resolución lleva a cabo un detenido análisis de la posibilidad de aplicación analógica del art. 28 LA).

En el mismo sentido favorable a la aplicación analógica del artículo 28 LA (o de su principio inspirador: cfr. las SSTS 26 de marzo de 2008 [RJ 2008/4128], 16 de febrero de 2010 [RJ 2010/537] y 8 de octubre de 2013 [RJ 2013/8002]) se han pronunciado también, entre otras muchas y con las matizaciones que más adelante se formulan, las SSTS de 15 de enero de 2008 [RJ 2008/1393], 22 de febrero [RJ 2010/1289] y 10 de marzo de 2010 [RJ 2010/2337], 3 de marzo de 2011 [RJ 2011/2622], 16 de marzo de 2016 [RJ 2016/858] y 19 de mayo de 2017 [RJ 2017/2228].

En suma, la jurisprudencia ha reconocido reiteradamente “la posibilidad de que los contratos de concesión o distribución, por tiempo no sólo indefinido sino también determinado, generen por su extinción el derecho del concesionario o distribuidor a una compensación económica a cargo del concedente o fabricante por la clientela ganada gracias al esfuerzo empresarial del primero” (STS de 15 de enero de 2008 [RJ 2008/1393], con cita de otras).

### 3.3. Licitud y eficacia del pacto que excluya o module la indemnización por clientela en los contratos de distribución

Hay que tener en cuenta, no obstante, que esta posible aplicación analógica (o, si se prefiere, extensión al contrato de distribución de las soluciones propias del contrato de agencia) sólo tendrá lugar en ausencia de pacto. En este sentido el Tribunal Supremo ha señalado que hay que estar, en primer lugar, a lo que establezcan las partes, de tal modo que el distribuidor no tendrá derecho a esta indemnización cuando exista pacto que la excluya. En suma, en los contratos de distribución la indemnización por clientela no es imperativa y puede ser excluida o modulada por las partes (SSTS

de 18 de marzo [RJ 2004/2147] y 26 de abril de 2004 [RJ 2004/2714], 22 de junio de 2007 [RJ 2007/5427], 10 de marzo de 2010 [RJ 2010/2337] y 5 de noviembre de 2013 [RJ 2013/7813]; en cambio, en el contrato de agencia la imperatividad es indiscutible; por todas, recientemente, STS de 14 de octubre de 2020 [ECLI: ES:TS:2020:3388]).

En suma, según la doctrina jurisprudencial cabe integrar analógicamente, con el recurso al artículo 28 LA, el régimen de los contratos de distribución en los que no haya cláusula que regule de manera específica las consecuencias de la finalización del contrato en lo que concierne a la cuestión de la aportación de nuevos clientes o del incremento de operaciones por la labor del distribuidor (STS de 9 de julio de 2008 [RJ 2008/4369]). Como afirma la STS de 5 de noviembre de 2013 [RJ 2013/7813], “no hay duda de que, pese al tenor del artículo 3 de la Ley 12/1.992, las partes del contrato de distribución pueden válidamente excluir la compensación por clientela o modularla”.

Con todo, no puede olvidarse que, sin discutir la doctrina mencionada, las Audiencias Provinciales han precisado en ocasiones, de la mano de los principios generales, los límites de esta libertad de pactos. Así, por ejemplo, se ha señalado que la renuncia a ser indemnizado o compensado como consecuencia de la extinción del contrato no será eficaz cuando sea de tal amplitud y generalidad que deje de hecho el cumplimiento del contrato al arbitrio del concedente (SAP de Barcelona [19<sup>a</sup>] de 2 de febrero de 2018 [ECLI:ES: APB:2018:1064]). E, igualmente, se ha puntualizado que si bien en estos contratos (en los que típicamente ambas partes son empresarios) no es aplicable el control de abusividad que entra en juego en los contratos con condiciones generales celebrados con consumidores, nada impide que, además de llevar a cabo el

“control de incorporación”, se entre a valorar si se ha producido la infracción de preceptos imperativos (art. 8 LCGC; art. 6.3 CC; art. 1255 CC), incluyendo la necesidad de respetar lo impuesto por la buena fe (arts. 1258 CC y 57 C. de c.), la cual exige que no se admitan estipulaciones que alteren -de manera que pueda pasar inadvertido para el adherente- el contenido contractual que ha de estimarse conforme a la propia naturaleza y a la funcionalidad del contrato, frustrando así las legítimas expectativas de la parte no predisponente (SSAP Madrid [28<sup>a</sup>] de 10 de diciembre 2019 y 18 de septiembre de 2020).

### 3.4. No es admisible la aplicación automática o mimética del artículo 28 LA a los contratos de distribución

A este respecto debe advertirse que el Tribunal Supremo ha precisado que *la referida aplicación analógica no es automática* (entre otras muchas, SSTS 21 de marzo [RJ 2007/2620] y 22 de junio de 2007 [RJ 2007/5427], 15 de enero de 2008 [RJ 2008/1393], 10 de marzo de 2010 [RJ 2010/2337], 3 de marzo de 2011 [RJ 2011/2622], 8 de octubre [RJ 2013/8002] y 5 de noviembre de 2013 [RJ 2013/7813], 27 de mayo de 2015 [RJ 2015/2485], 16 de marzo de 2016 [RJ 2016/858] y 19 de mayo de 2017 [RJ 2017/2228]), de modo que han de tenerse en cuenta las diferentes naturalezas de la agencia y de la concesión.

Según el Acuerdo 3/2005, sobre la aplicación analógica del art. 28 de la Ley de Contrato de Agencia (adoptado por los Magistrados de la Sala Primera del Tribunal Supremo el día 20 de diciembre de 2005 [JUR 2007\114357], “no procede en términos generales la aplicación analógica del art. 28 de la Ley del Contrato de Agencia a ningún otro supuesto ni puede resultar automática su aplicación a contratos tales como concesión, distribución y similares. No obstante los



*critérios que dicho artículo establece resultaran aplicables cuando exista identidad de razón, esto es, la creación de clientela y su existencia, generada por quien solicita la indemnización, que resulte de aprovechamiento para el principal, examinándose en todo caso de quién resulta ser el cliente". Con cita de este Acuerdo, la STS de 15 de marzo de 2011 [RJ 2011/3321] precisa, con referencia a los contratos de distribución, que "el derecho a indemnización por clientela depende de lo expresamente pactado, y en defecto de pacto de la concurrencia de aquellas circunstancias en las que sea procedente aplicando los criterios que emergen en la regulación de la indemnización por clientela en el contrato de agencia".*

Por ello, la traslación del principio normativo enunciado en el artículo 28 LA a los contratos de distribución queda condicionada a la concurrencia de identidad de razón (SSTS de 3 de diciembre de 2008 [RJ 2009/670], 4 de marzo de 2009 [RJ 2009/1626] y 10 de marzo de 2010 [RJ 2010/2337]), debiendo probarse que se dan los requisitos del artículo 28 LA y, en especial, la efectiva aportación de clientela y potencial aprovechamiento por el concedente (*vid., infra*, subapartado 3.6). A este respecto es recurrente en las resoluciones del Tribunal Supremo la siguiente consideración adicional: a los efectos de la aplicación a los contratos de distribución del principio recogido en el artículo 28

LA los tribunales deberán "ponderar" también las circunstancias del caso y, especialmente, la integración del concesionario en una red comercial que aproxime significativamente su posición a la del agente (*vid., entre otras*, SSTS de 15 de enero de 2008 [RJ 2008/1393], 30 de abril [RJ 2010/4360] y 22 de junio de 2010 [RJ 2010/5408], 3 de marzo de 2011 [RJ 2011/2622], 8 de octubre de 2013 [RJ 2013/8002], 27 de mayo de 2015 [RJ 2015/2485] y 16 marzo de 2016 [RJ 2016/858]).

Como expresa la STS de 16 de marzo de 2016 [RJ 2016/858], "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 art. 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" (énfasis añadido). En sentido análogo se pronuncia la STS de 27 de mayo de 2015 [RJ 2015/2485]).

### 3.5. La relevancia de la existencia de un “activo común”

Para permitir la identificación de los supuestos en los que se considera admisible el reconocimiento al distribuidor de una indemnización por clientela, diversos pronunciamientos del Tribunal Supremo han recurrido al concepto de “activo común” (SSTS de 8 de octubre de 2013 [RJ 2013/8002], 27 de mayo de 2015 [RJ 2015/2485] y 16 de marzo de 2016 [RJ 2016/858]). Básicamente se ha venido a señalar que la compensación por clientela se fundamentaría no tanto en las pretendidas semejanzas entre el contrato de agencia y el de distribución como en el hecho de que «*el propio contrato obligue a considerar como "activo común" la clientela creada o acrecentada gracias al esfuerzo del distribuidor y no exista previsión contractual sobre su liquidación*» (énfasis añadido).

### 3.6. Carga y objeto de la prueba

Corresponde al distribuidor demandante de una compensación por clientela probar la efectiva aportación de clientela y su potencial aprovechamiento por el concedente o principal. La jurisprudencia se muestra constante en este punto: *vid.*, entre otras, SSTS de 15 de enero de 2008 [RJ 2008/1393], 2 de octubre de 2012 [RJ 2012/10121], 8 de octubre [RJ 2013/8002], 5 de noviembre de 2013 [RJ 2013/7813] y 16 de marzo de 2016 [RJ 2016/858].

En esta línea, la STS de 27 de mayo de 2015 [RJ 2015/2485] señaló que “*no cabe presumir que la relación de distribución haya tenido que generar por sí una aportación de clientela a favor del comitente y que, con la resolución del contrato, esta clientela vaya a seguir siendo aprovechada por dicho comitente. De ahí que se imponga la acreditación de estos dos presupuestos fácticos necesarios para*

*que pueda surgir el derecho del distribuidor a una indemnización por clientela*”.

Aunque en algún pronunciamiento (STS de 22 de junio de 2010 [RJ 2010/5408]) se ha apuntado que no cabe imponer al distribuidor una “*prueba plena*” de que el fabricante/concedente vaya a seguir aprovechándose de los clientes captados por aquél, siempre se ha considerado necesario acreditar al menos el *potencial* aprovechamiento por el concedente, esto es, la razonable posibilidad de que la actividad desarrollada por el distribuidor continuará generando en el futuro sustanciales ventajas al empresario principal: SSTS 19 de diciembre 2005 [RJ 2006\295] y 3 de marzo de 2011 [RJ 2011/2622]). Así, se ha indicado que para el reconocimiento al distribuidor de una indemnización por clientela es precisa, además de la acreditación del incremento de clientes o de operaciones “*una apreciación potencial sobre la susceptibilidad de continuar el empresario disfrutando de la clientela con aprovechamiento económico, es decir, de lo que se ha denominado un pronóstico razonable acerca de un comportamiento de la clientela en relación con el empresario*” (SSTS de 9 de febrero de 2006 [RJ 2006/671] y 22 de junio de 2007 [RJ 2007/5427], con cita de otras muchas).

Por lo demás, en alguna ocasión se ha señalado que “*el aprovechamiento de la clientela por el concedente no está supeditado a que éste pase a vender sus productos directamente al consumidor final, sino que también se da cuando nombra a un nuevo distribuidor que, sin labor empresarial previa, recibe clientela creada por la actividad del anterior distribuidor, la cual, gracias a éste, permanece fiel a los productos del concedente y por tanto le proporciona una base económica o punto de partida para continuar poniendo sus productos en*

*el mercado mediante su nuevo distribuidor sin que éste tenga que darlos a conocer en la zona asignada, en definitiva sin que tenga que abrir mercado” (STS de 26 de marzo de 2008 [RJ 2008/4128]).*

### 3.7. Prescripción

El artículo 31 LA dispone que la acción para reclamar la indemnización por clientela (o la indemnización por daños y perjuicios) prescribirá al año a contar desde la extinción del contrato.

Pues bien, el TS ha considerado que, aun en los casos en los que se ha reconocido al distribuidor un derecho a recibir una compensación por la clientela, resulta inaplicable el artículo 31 LA, de manera que será aplicable el plazo general de cinco años del artículo 1964 CC (SSTS de 22 de julio de 2008 [RJ 2008/4610] y 16 de febrero de 2010 [RJ 2010/537]).

### 3.8. El juego del artículo 30.a) LA

El TS ha entendido que el contenido del artículo 30.a) LA ha de jugar también en relación con los contratos de distribución. Lo cual conduce a considerar que el distribuidor carecerá del derecho a percibir una compensación por clientela o una indemnización por los daños y perjuicios sufridos cuando el concedente o empresario principal hubiese extinguido el contrato a causa del incumplimiento por aquél de sus obligaciones legales o contractuales (SSTS de 16 de diciembre de 2005 [RJ 2006/155] -con cita de otras-, 22 de junio de 2007 [RJ 2007/5427], 3 de diciembre de 2008 [RJ 2009/670], 10 de marzo de 2010 [RJ 2010/2337] y 5 de noviembre de 2013 [RJ 2013/7813]).



En suma: dado que la Ley excluye las indemnizaciones por clientela y por daños y perjuicios cuando la extinción del contrato se hubiera debido al incumplimiento de las obligaciones contractualmente establecidas a cargo del agente (art. 30 LA), no cabe aplicar analógicamente el artículo 28 LA en favor del concesionario cuando hubiera ella misma incurrido en tal incumplimiento (y es que la analogía ha de comprender tanto lo favorable como lo desfavorable, sin fragmentar el régimen conjunto de la compensación por clientela tomando de ese régimen única y exclusivamente una parte: STS 15 octubre 2008 [RJ 2008/7126]).

# 3

## Cálculo de la indemnización por clientela en los contratos de distribución



### 4. Los términos del problema

Planteada la cuestión en los términos que se acaban de exponer (*supra*, II) resulta evidente que la aplicación a los contratos de distribución de las soluciones previstas en la Ley sobre Contrato de Agencia habrá de generar delicados problemas de “ajuste”.

En efecto, según al apartado 3 del artículo 28 LA, la indemnización por clientela del agente no podrá exceder, en ningún caso, del importe medio anual de las remuneraciones percibidas por él durante los últimos cinco años anteriores a la extinción del contrato (o durante todo el período de duración del contrato, si éste fuese inferior).

La cuestión es que esta regla adquiere pleno sentido en relación con la configuración legal del contrato de agencia, en el que el empresario principal abona al agente una remuneración en los términos previstos en los artículos 11 a 19 LA. Pero la extrapolación de dicha regla a los contratos de distribución requiere, obviamente, de una cierta labor de adaptación dado que en este tipo de contratos el distribuidor/concesionario no recibe una remuneración del concedente sino que, antes al contrario, encuentra su beneficio empresarial en el margen comercial que deriva de la venta a terceros de los productos distribuidos -previamente adquiridos al concedente- (cfr. SSTs

de 22 de junio de 2007 [RJ 2007/5427], 22 de enero de 2010 [RJ 2010/1289] y 30 de mayo de 2016 [RJ 2016/2293])

La cuestión, sin embargo, tiene un alcance mayor que el (desde luego no irrelevante) de la fijación de un “techo” cuantitativo a la indemnización. Y ello porque resulta frecuente en nuestra práctica judicial que la indemnización concedida por los tribunales al distribuidor o concesionario coincida, precisamente, con el límite máximo legal. Es de observar que con este modo de proceder los tribunales terminan por desnaturalizar un tanto el sistema legal (y el derivado de la Directiva 1986/653/CEE, de 18 de diciembre). En efecto, las reglas referentes a la compensación por clientela suponen que primero habría que calcular la magnitud de las ventajas que para el empresario o concedente puede seguir reportando (después de la extinción del contrato) la actividad previa del agente o distribuidor para después compararla con el importe máximo legalmente impuesto para la compensación (cfr. SSTs de 3 de junio [RJ 2015/4282] y 9 de julio de 2015 [RJ 2015/4321]). Y, sin embargo, con frecuencia los tribunales parecen operar a la inversa: se determina primero cuál es la indemnización máxima y se hace coincidir la efectivamente concedida con esta suma.



## 5. El cálculo de la compensación (máxima) correspondiente al agente

### 5.1 Remuneraciones “brutas” o remuneraciones “netas”

Según la doctrina jurisprudencial, las remuneraciones a las que se refiere el artículo 28.3 LA deben entenderse brutas y no netas.

Como señala la STS de 30 de mayo de 2016 [RJ 2016/2293], tal precepto (que no fija el concreto importe que por dicho concepto deba percibir el agente, sino que se limita a establecer su máximo) “*alude al importe total de lo que perciba del empresario como comisión o contraprestación, por la promoción o conclusión de los actos u operaciones que le fueron encomendados, lo que implica que deba interpretarse que se refiere a remuneraciones brutas, y no netas*”. En la misma línea las SSTS de 3 de junio [RJ 2015/4282] y 9 de julio de 2015 [RJ 2015/4321] recuerdan que “*la remuneración queda configurada como una contraprestación a la actividad desarrollada por el agente, esto es, por la promoción y, en su caso, la conclusión de los actos u operaciones que le fueron encomendados*”. De lo cual se deriva que “*el concepto de remuneración no consiste en el beneficio neto obtenido por el agente en el ejercicio de su actividad, sino en la cantidad realmente percibida por la prestación realizada. Del mismo modo que, por aplicación del artículo 18 LCA, en principio, la remuneración tampoco comprende el reembolso de los gastos que al agente le hubiese originado el ejercicio de su actividad como profesional independiente*”.

### 5.2. Consideración del llamado “conjunto retributivo”

La STS de 14 de octubre de 2020 [ECLI:ES:TS:2020:3388] ha venido a precisar que “*cuando se establecen una diversidad de servicios a prestar por el agente no pueden tomarse en consideración para el cálculo de la indemnización por clientela únicamente las comisiones -fijas o porcentuales- propiamente dichas, sino que por ‘remuneración’ debe entenderse la totalidad de las cantidades percibidas por el agente por el desempeño de su actividad*” (el llamado en ocasiones “conjunto retributivo”). Obsérvese, en este sentido que el artículo 28.3 LA se refiere a remuneraciones percibidas por el agente, sin restringirse a las comisiones.

En el caso concreto, esta idea llevó a entender que había de tenerse en cuenta la retribución abonada por el empresario al agente (aunque fuera denominada “ayuda”) como retribución por la prestación del servicio post-venta.

En esta misma línea se pronunciaron las SSTS de 1 de octubre de 2019 [ECLI:ES:TS:2019:3010 y ECLI:ES:TS:2019:3009]. Se trataba en ambos supuestos de agentes de compañías de telefonía con las que aquellos estaban vinculados, además de por los correspondientes contratos de agencia, también por otros de naturaleza diferente (contratos de franquicia en ambos casos y contratos de servicio post venta y de

colaboración para la promoción de seguros en uno de ellos). La cuestión estribaba en determinar si las distintas relaciones contractuales mantenidas entre las partes debían considerarse separadamente (lo que implicaría que la indemnización por clientela, de ser procedente, habría de definirse en atención exclusivamente a las comisiones porcentuales pactadas en el seno del contrato de agencia, que era sólo uno de los varios que habían suscrito las partes). Pues bien, el Tribunal Supremo, en las dos resoluciones citadas, vino a considerar que, en el caso de la existencia de una pluralidad de relaciones contractuales vinculadas entre ellas (“conjunto contractual”) que configuren, en realidad, una unidad funcional animada esencialmente por la finalidad propia del

contrato de agencia (la promoción de los negocios del empresario y, en su caso, la conclusión en nombre de éste), el cálculo de la indemnización por clientela habrá de efectuarse teniendo en cuenta el bloque de conceptos retributivos previstos en el referido complejo negocial.

Por otro lado, conviene recordar que, al decidir sobre la admisión de un recurso de casación, el TS ha determinado que no se opone a esta doctrina jurisprudencial el criterio de la Audiencia según el cual no se integran en la retribución del agente los reembolsos efectuados por el principal de los descuentos efectuados por aquél a favor de sus clientes (ATS de 21 de febrero de 2018 [JUR 2018\58412]).





## 6. El cálculo de la compensación (máxima) correspondiente al distribuidor: la diferencia entre el precio de compra y el precio de reventa

Como ya se ha indicado, la diferente naturaleza de los contratos de agencia y distribución impide una aplicación automática al segundo de las normas legales previstas para el cálculo del límite a la indemnización por clientela que corresponde al agente. En este sentido, y siguiendo la doctrina de las SSTs de 22 de junio de 2007 [RJ 2007/5427] y 22 de febrero de 2010 [RJ 2010/1289], la STS

de 30 de mayo de 2016 [RJ 2016/2293] vino a considerar que *“la remuneración en el contrato de distribución vendría constituida por la diferencia del precio de compra y el precio de reventa, que retribuye la concreta operación...”* (énfasis añadido). En la misma línea se pronuncia la STS de 9 de julio de 2015 [RJ 2015/4321].





## 7. Hay que atender al beneficio “neto” obtenido por el distribuidor, y no al “bruto”

Ahora bien, el Tribunal Supremo es consciente de que se requiere mayor precisión. En concreto, es necesario determinar si la diferencia entre precio de compra y precio de reventa (que ha de tomarse en consideración para calcular el límite de la indemnización por clientela correspondiente al distribuidor y, en conexión con ello, su utilizará en la práctica para calcular la propia indemnización) ha de ser “bruta” o “neta”.

A pesar de las vacilaciones evidenciadas en la jurisprudencia (*vid.* STS de 9 de julio de 2015 [RJ 2015/4321]), se había dictado alguna resolución que ya parecía apuntar –aunque de forma no del todo clara– en el sentido de que ha de atenderse a los *beneficios netos* obtenidos por el distribuidor, esto es, al porcentaje de beneficio que le queda al distribuidor una vez descontados los gastos y los impuestos, y no al estricto margen comercial, que es la diferencia entre el precio de adquisición de las mercancías al proveedor y el precio de venta al público (cfr. STS de 20 de mayo de 2009 [RJ 2009/2194]).

Finalmente, el criterio del beneficio neto ha sido seguido en las SSTs de 30 de mayo de 2016 [RJ 2016/2293] y 1 de marzo [RJ 2017/611] y 19 de mayo de 2017 [RJ 2017/2228]. De acuerdo con la doctrina de estas decisiones, a los efectos de la aplicación de los principios inspiradores del artículo 28 LA a los contratos de distribución (y, en concreto, para el cálculo del límite indemnizatorio) hay que tomar en consideración la diferencia entre el precio de compra y el precio de reventa. Ahora bien, esta diferencia debe entenderse en términos “netos”, esto es, con deducción de los gastos e impuestos soportados por el distribuidor. De manera que ha de atenderse al “beneficio neto” obtenido por el distribuidor con la venta de los productos (esto es, al resultante una vez descontados los gastos y los impuestos) y no al margen comercial o beneficio “bruto” (diferencia entre el precio de adquisición de las mercancías al proveedor/concedente y el precio de venta al público).

## 8. El juego de la equidad

El artículo 28.3 LA no cuantifica la indemnización por clientela ni suministra los parámetros para su cuantificación, sino que se limita a establecer un tope máximo. Por ello el juicio de equidad en la determinación de la procedencia de la

indemnización por clientela debe alcanzar también a la fijación de su importe, sin perjuicio de que en todo caso deba respetar del límite legal (STS de 31 de mayo de 2012 [RJ 2012/6549]).



# 4

## Otras cuestiones: preaviso, indemnización por inversiones no amortizadas y recompra del stock

### 9. El deber de preaviso en los contratos de distribución

El artículo 25 LA impone el respeto de un plazo de “preaviso” para la extinción del contrato de agencia por tiempo indefinido. Y, a falta de pacto que lo amplíe, fija dicho plazo en un mes por cada año de vigencia del contrato con un máximo de seis meses.

El Tribunal Supremo ha afirmado que, al igual que sucede con el artículo 28 LA, no resulta posible aplicar automáticamente este régimen a los contratos de distribución (SSTS de 8 de octubre de 2013 [RJ 2013/8002], 9 de julio de 2015 [RJ 2015/4321] y 19 de julio de 2016 [RJ 2016/3210]). Entre otras cosas porque es posible pactar plazos de preaviso inferiores a los legalmente previstos para el contrato de agencia o, incluso, excluir convencionalmente la necesidad de tal preaviso (STS de 22 de junio de 2010 [RJ 2010/5408]).

Sin embargo, más allá de esta declaración, la realidad evidencia que en diversas ocasiones el efecto práctico de los razonamientos jurisprudenciales ha sido equivalente al que hubiera derivado de la aplicación analógica del mencionado artículo 25 LA. Ello ha sucedido en diversas ocasiones por la combinación de un principio general y una apreciación jurisprudencial.

El principio general, firmemente asentado en nuestra jurisprudencia, es que el desistimiento unilateral en los contratos de duración indefinida (en principio válido y eficaz) debe hacerse

siempre de acuerdo con los postulados de la buena fe y de manera no abusiva. En la práctica esta exigencia se traduce en la necesidad de respetar un plazo de preaviso razonable que permita evitar o, al menos, aminorar los daños que pudieran generarse para la otra parte por una extinción arbitrariamente “sorpresiva” del contrato (SSTS de 21 de noviembre de 2005 [RJ 2005/7677], 8 de octubre de 2013 [RJ 2013/8002] y 17 de enero de 2019 [ECLI: ES:TS:2019:59]). En suma, un desistimiento unilateral sorpresivo o inopinado, sin ofrecer un suficiente margen de reacción a través de un prudente preaviso, puede ser valorado como un ejercicio abusivo de derecho que, si bien no obsta a la extinción del vínculo, sí debe dar lugar a una indemnización cuando ocasione daños y perjuicios (SSTS de 15 de marzo de 2011 [RJ 2011/3321], 18 de julio de 2012 [RJ 2012/8363] y 16 de marzo de 2016 [RJ 2016/858]). Y ello aun cuando la extinción de la relación contractual pudiera resultar en sí misma razonable (como sucederá si, por razones de mercado, se hizo innecesario contar con agentes intermediadores) (STS de 17 de enero de 2019 [ECLI: ES:TS:2019:59]). En este sentido, el artículo 25 LA no constituiría sino una manifestación concreta de la referida regla general (STS de 18 de julio de 2012 [RJ 2012/8363]).

Y la apreciación anunciada se traduce en considerar que los plazos determinados en el artículo 25 LA resultan, en principio, razonables, dado el carácter orientativo o referencial



de precepto (SSTS de 8 de octubre de 2013 [RJ 2013/8002], 16 de marzo [RJ 2016/858], 19 de julio de 2016 [RJ 2016/3210] y 19 de mayo de 2017 [RJ 2017/2228]), aunque no pueden ser considerados imperativos o de observancia obligada en el caso de los contratos de distribución (STS de 22 de junio de 2010 [RJ 2010/5408]) ni automáticamente trasladable a éstos (STS de 26 de marzo de 2008 [RJ 2008/4128]).

Como se ha apuntado más arriba, al hacer jugar conjuntamente estas ideas, en varias ocasiones el TS ha terminado, de hecho, por aplicar a los contratos de distribución un régimen análogo al contenido en el artículo 25 LA.

Por lo demás, la indemnización de los daños derivados de la falta de respeto de un plazo razonable y no abusivo de preaviso en los contratos de distribución se rige, a falta de pacto expreso, por el régimen general dispuesto por el Código Civil para el resarcimiento de los daños contractuales (SSTS de 19 de diciembre 2005 [RJ 2006\295], 22 de junio de 2007 [RJ 2007/5427] y 19 de julio de 2016 [RJ 2016/3210]), lo que supone que debe acreditarse que *“la falta de preaviso o el escaso margen temporal del mismo causó un daño específico o una agravación que no se habría producido con un plazo prudentemente superior”* (SSTS de 29 de septiembre de 2006 [RJ 2006/6515] y 15 de marzo de 2011 [RJ 2011/3321]).

En caso de ser procedente, la indemnización comprenderá el lucro cesante (de manera que no

se circunscribe al daño emergente -como sería el resultante de las inversiones realizadas por motivo de la distribución y no amortizadas al tiempo de la resolución del contrato-: SSTS de 8 de octubre de 2013 [RJ 2013/8002], 16 de marzo de 2016 [RJ 2016/858] y 17 de enero de 2019 [ECLI: ES:TS:2019:59]). Con relación específicamente al lucro cesante, esto es, a la determinación o cálculo de la ganancia que haya dejado de obtener el agente (incrementos patrimoniales que el agente esperaba obtener y que se han visto frustrados por la denuncia unilateral del empresario, sin el debido preaviso), puede estimarse un criterio razonable (aunque no sea el único que merezca tal consideración) tener en cuenta el beneficio medio mensual obtenido durante los últimos cinco años del contrato de agencia y proyectarlo sobre los meses que habría continuado el contrato desde el preaviso de haberse realizado éste de conformidad con la Ley (STS de 17 de enero de 2019 [ECLI: ES:TS:2019:59]).

En todo caso, y en relación con el contrato de agencia (sin que esté claro en qué medida esta idea es extensible a los contratos de distribución) la STS de 18 de julio de 2012 [RJ 2012/8363] fijó como doctrina jurisprudencial la siguiente: de la resolución unilateral sin preaviso de los contratos de agencia no deriva necesariamente daño y, en su caso, este no tiene por qué coincidir con el promedio de remuneraciones percibidas por el agente durante el periodo de tiempo cubierto por el preaviso (criterio seguido también en la STS de 17 de enero de 2019 [ECLI: ES:TS:2019:59]).

## 10. Indemnización por falta (o insuficiencia) del preaviso e indemnización por clientela

La STS de 15 de marzo de 2011 [RJ 2011/3321] abordó la cuestión de la relación y compatibilidad entre estas dos indemnizaciones ofreciendo el siguiente esquema:

1) Cabe el ejercicio regular de la facultad desistimiento unilateral sin que haya lugar a indemnización alguna por daños y perjuicios derivados de la resolución, pero es posible que concurren circunstancias determinantes del reconocimiento de indemnización por clientela. 2) Nada impide que exista un irregular desistimiento

*unilateral generador del deber de indemnizar por daños y perjuicios derivados de la irregularidad, pero que no haya lugar a indemnización por clientela. 3) También es posible que proceda la indemnización por ejercicio en forma anómala de la facultad de desistir y, simultáneamente, la indemnización por clientela. 4) Finalmente, cuando se ejercita correctamente la facultad de desistir y no concurren las circunstancias que subyacen en el reconocimiento del derecho de indemnización por clientela, no ha lugar a indemnización alguna”.*



## 11. La indemnización de daños y perjuicios por inversiones no amortizadas

El artículo 29 LA impone al principal la obligación de indemnizar al agente los daños que le haya causado la extinción anticipada del contrato cuando esta extinción no permita la amortización de los gastos realizados por el segundo siguiendo instrucciones del primero para la ejecución del contrato.

Pues bien, el TS ha considerado que el referido artículo 29 LA resulta analógicamente aplicable a los contratos de distribución (SSTS de 20 de mayo de 2009 [RJ 2009/3184] y 30 de mayo de 2016 [RJ 2016/2293]). Así, según esta última resolución, *“si el principal indujo o impuso al distribuidor la realización de determinadas inversiones y le remitió al ulterior desenvolvimiento del contrato para su amortización (recuperación de la inversión mediante los beneficios obtenidos), deberá indemnizarlo si la terminación unilateral del contrato impide dicho desarrollo futuro y, por tanto, la redención de las cantidades invertidas con los beneficios que le reportara la reventa de las mercancías distribuidas”*.

Las “inversiones” a las que se refiere el artículo 29 LA y por las que, en consecuencia, puede ser debida una indemnización por el concedente o principal, tienen que reunir una serie de condiciones (STS de 30 de mayo de 2016 [RJ 2016/2293]): (i) han de referirse al inmovilizado y los gastos que deban distribuirse entre varios ejercicios; (ii) han de constituir inversiones “específicas” (según explica la doctrina, se entiende por “inversiones específicas” con respecto a una relación jurídica aquéllas que

pierden parte de su valor cuando termina la relación con ocasión de la cual se han efectuado; la diferencia de valor de esas inversiones según que continúe o no la vinculación contractual que las justificó o exigió -contrato de distribución, en nuestro caso- es lo que explica el perjuicio o lesión que puede provocar la extinción imprevista del contrato); (iii) han de haber sido realizadas bajo la inducción o imposición del empresario concedente, esto es, de acuerdo con sus instrucciones “expresas o implícitas” (SSTS de 20 de mayo de 2009 [RJ 2009/3184] y 3 de marzo de 2011 [RJ 2011/2622]). Queda la duda sobre si –de conformidad con lo expresado a veces en relación con el contrato de agencia- se verifica tal circunstancia *“no sólo cuando existan órdenes expresas en ese sentido, sino también si la inversión fuera para desarrollar convenientemente el encargo conferido”* (cfr. SSTS de 19 de noviembre de 2003 [RJ 2003/8335] y 11 de diciembre de 2007 [RJ 2007/8917]).

Por lo demás, la indemnización prevista en el artículo 29 LA comprende el daño emergente pero no el lucro cesante (concepto resarcitorio que encontraría amparo, no en el artículo 29 LA, sino en los artículos 1101 y 1106 CC) (SSTS de 20 de mayo de 2009 [RJ 2009/3184] y 30 de mayo de 2016 [RJ 2016/2293]). En todo caso, no son inversiones amortizables, a los efectos del artículo 29 LA, los gastos inherentes a las ventas en lo que el distribuidor deja de incurrir una vez que ya no comercializa los productos distribuidos (SSTS de 16 de marzo [RJ 2016/858] y 30 de mayo de 2016 [RJ 2016/2293]).



## 12. Recompra del *stock* de distribución

Según señala la STS de 19 de mayo de 2017 [RJ 2017/2228], con carácter general (esto es, al margen de lo pactado las partes) no cabe considerar que la obligación del concedente de comprar el *stock* del distribuidor constituya un elemento natural del contrato. De manera que, a falta de pacto al respecto, la afirmación de la existencia de tal deber ha de hacerse derivar del principio de buena fe y siempre con arreglo a las circunstancias concurrentes.

En este sentido se han formulado consideraciones en la siguiente línea (STS de 19 de mayo de 2017 [RJ 2017/2228]): la larga duración de la relación contractual, unida a la falta de comunicación por el concedente de su decisión de resolver el contrato con un preaviso suficiente (de forma que el distribuidor pudiera gestionar con cierta antelación la venta de su *stock*), pueden conducir a reconocer a este último el derecho a ser indemnizado por el daño ocasionado (daño emergente) que supuso para él tener a disposición del concedente un *stock* que finalmente no fue objeto de venta (en el bien entendido de que la indemnización debe ser calculada con relación al precio de adquisición de los productos en *stock* y no al precio de venta de los mismos).

### ***Alberto Díaz Moreno***

Catedrático de Derecho Mercantil de la Universidad de Sevilla  
Consejero académico de Gómez-Acebo & Pombo

Para más información, contacte con el equipo retail:

#### **Sofía Martínez-Almeida Alejos-Pita**

*Socia / Head of Retail*  
smartinez@ga-p.com