Infracción del deber de preaviso y compensación por clientela en el contrato de concesión mercantil. Comentario a la sentencia del tribunal supremo de 16 de marzo de 2016 (rj 2016/858)
REVISTA JURÍDICA DERECHO
ISSN 2413 – 2810, Volumen 5. Nro. 6 Enero – Junio, 2017 pp. 67 - 86

INFRACCIÓN DEL DEBER DE PREAVISO Y COMPENSACIÓN POR CLIENTELA EN EL CONTRATO DE CONCESIÓN MERCANTIL. COMENTARIO A LA SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO DE 16 DE MARZO DE 2016 (RJ 2016/858)*

*Martín González-Orús Charro***
martinorus87@gmail.com

Presentado: 01 de Septiembre de 2017. Aceptado: 28 de Noviembre de 2017

RESUMEN

Los contratos de distribución continúan generando mucha polémica por su carácter atípico. A falta de una regulación específica al respecto, la jurisprudencia procura las soluciones a los principales problemas que se plantean en la práctica contractual. La sentencia que se comenta en este trabajo aborda dos cuestiones. La primera gira en torno al incumplimiento del preaviso en el desistimiento unilateral de los contratos de duración indefinida. La segunda abarca la necesidad de una tutela patrimonial del distribuidor una vez finalizada la relación, concretamente analiza el derecho a la compensación por clientela.

Palabras clave: Contratos de distribución, denuncia unilateral, preaviso, compensación por clientela.

SUMMARY

Distribution contracts continue to generate a lot of controversy due to their atypical nature. In the absence of a specific regulation in this regard, jurisprudence seeks solutions to the main problems that arise in contractual practice. The sentence discussed in this paper addresses two issues. The first turns around the noncompliance of the forewarning in the unilateral withdrawal of indefinite duration contracts. The second covers the need for a patrimonial protection of the distributor once the relationship ends, specifically, it analyzes the right to compensation for customers.

Keywords: Distribution contracts, unilateral complaint, forewarning, compensation for customers.

* Artículo de investigación producto del Programa de Investigación del Instituto de Investigaciones, Seminarios y Tesis de la Carrera de Derecho, Universidad Mayor de San Andres, desarrollado en la gestión 2017.

** Doctor en Derecho por la Universidad de Salamanca. Abogado. Profesor colaborador de la Universidad Internacional de La Rioja. Profesor Asociado de Derecho Mercantil de la Universidad de Salamanca. Miembro del Comité Editorial de la Revista Jurídica Derecho, editada por el Instituto de Investigaciones y Seminarios de la Universidad Mayor de San Andrés (Bolivia). Coordinador de la obra monográfica anual: «Reflexiones sobre Derecho Privado Patrimonial», editada por Ratio Legis.

I. ANTECEDENTES DEL CASO

El caso analizado gira en torno a un contrato de distribución en exclusiva concertado entre el distribuidor Felipe Borrás, S. L., empresa dedicada a la comercialización de maquinaria y productos agrícolas por toda España, y Campagnola Ibérica de Suministros Agrícolas, S. L. (en adelante Campagnola Ibérica), filial de la matriz italiana Campagnola, S. R. L. (en adelante Campagnola Italiana), dedicada a la fabricación de maquinaria agrícola.

Ambas partes firmaron el contrato en mayo de 2005 bajo los siguientes términos:

1) Felipe Borrás comercializará para toda España un aparato vibrador, denominado «Toro», fabricado por Campagnola, S.R.L.

2) Campagnola, S.R.L. fabricará un nuevo vareador eléctrico, que se comercializará con el nombre de «Alice» y concederá a Felipe Borrás la exclusividad comercial en España, excepto la comunidad Valenciana y Cataluña, territorios que serán compartidos.

3) Felipe Borrás no renovará el acuerdo comercial con la empresa Volpi Originale para la comercialización del vareador eléctrico denominado «Giulivo», que hasta esa fecha venía vendiendo en exclusiva para toda España.

Comenzada la relación comercial, entre julio y septiembre de 2006, Felipe Borras recibe 52 aparatos «Toro», devolviendo varios de ellos por presentar ciertos problemas mecánicos. Paralelamente, se inicia la fabricación del modelo «Alice», y se encarga al distribuidor la realización de algunas pruebas para analizar las diversas modificaciones y mejoras que sobre él debían efectuarse. Tras un estudio de campo, Felipe Borrás emite un informe del nuevo producto el 26 de abril de 2006.

En mayo de 2007, Felipe Borrás recibe un e-mail de Campagnola Italiana en el que le reconoce su buena labor relativa al aparato «Alice» y le ratifica la exclusiva territorial de distribución para el territorio antes indicado. En febrero de 2008, recibe otro e-mail de la compañía italiana para confirmar sus relaciones comerciales y solicitar su ayuda para solucionar los problemas del vareador «Alice». Asimismo, le pide que canalice los contactos a través de su filial en España, Campagnola Ibérica.

En mayo de 2008, el distribuidor recoge de sus clientes todos los vareadores «Alice», vendidos en la anterior campaña, para realizar sobre ellos una modificación importante en su mecanismo, la cual fue efectuada, tanto por operarios de Campagnola Italiana como de Felipe Borrás. Una vez superados los problemas técnicos del vibrador «Toro» y del vareador «Alice», la compañía italiana envía otro e-mail a Felipe Borrás con las indicaciones del «Alice» para la campaña 2009/2010.

Sin embargo, los problemas acaecen en febrero de 2009, cuando Felipe Borrás comienza a percibir un enfriamiento de la relación comercial al recibir varios e-mails por parte de Campagnola Italiana, donde le insta a retirar toda la publicidad de su página web relativa a «Toro» y «Alice». Ante esta circunstancia, Felipe Borrás envía un burofax a la compañía italiana pidiendo explicaciones de lo ocurrido,

Infracción del deber de preaviso y compensación por clientela en el contrato de concesión mercantil. Comentario a la sentencia del tribunal supremo de 16 de marzo de 2016 (rj 2016/858)
REVISTA JURÍDICA DERECHO
ISSN 2413 – 2810, Volumen 5. Nro. 6 Enero – Junio, 2017 pp. 67 - 86

de modo que, si no recibía respuesta, entendería resuelto unilateralmente el contrato. No hubo contestación alguna y Campagnola Ibérica expuso los productos «Toro» y «Alice» en una feria, indicando expresamente que eran distribuidos directamente por ella.

Felipe Borrás demandó a Campagnola Ibérica y solicitó, conforme al art. 1101 CC, bien en apoyo a la teoría del enriquecimiento injusto, o por aplicación analógica de las normas del contrato de agencia, que fuera condenada al pago de una indemnización por la resolución unilateral del contrato. El resarcimiento estaba constituido por los siguientes conceptos y cantidades:

a) Disminución de los ingresos sobre previsiones y paralización en los ingresos por actividad: 778.980 €.

b) Gastos en promoción y mejora del diseño y funcionamiento que no podrán ser amortizados: 97.487,56 €.

c) Devengo de gastos no previstos: 25.219,91 €.

En total, 901.687,47 €.

La sentencia de primera instancia apreció falta de legitimación pasiva de la demandada por considerar que quien había mantenido la relación contractual con la demandante no era la filial española, sino la matriz italiana, a quien debía haber demandado. Por este motivo, el juzgado desestimó la demanda.

Felipe Borrás interpuso recurso de apelación, que resultó estimado por la Audiencia Provincial en base a las siguientes y resumidas razones:

(i) Entre la matriz italiana y la filial española existe una confusión de personalidad jurídica, ya que esta última se creó únicamente con carácter instrumental para la comercialización y facturación de los productos en territorio español, reservándose la primera la toma de todas las decisiones importantes. Por esta razón, resulta indistinto demandar a una u otra empresa, porque ambas son la misma.

(ii) La demandante tenía la exclusiva de venta de los productos «Toro» y «Alice» en una zona equivalente al 80-90% del territorio olivarero español.

(iii) Felipe Borrás ha llevado fundamentalmente la promoción e introducción de ambos productos en el mercado español desde el año 2005. Además, realizó un labor de asistencia técnica para mejorar las dos máquinas y adaptarlas a las necesidades de la clientela española, procediendo a la retirada y devolución de los productos defectuosos para su reparación.

(iv) El contrato se extinguió formalmente el 23 de abril de 2009, sin apreciar incumplimiento alguno por parte del distribuidor u otra causa justificativa de la terminación, de modo que fue calificada como denuncia unilateral del proveedor.

(v) Procede la indemnización solicitada en la demanda, por los conceptos y cuantías en ella reseñados.

Conocido el fallo de la sentencia dictada en segunda instancia, Campagnola Ibérica interpuso recurso extraordinario por infracción procesal y de recurso de casación ante el Tribunal Supremo, dando

lugar a la sentencia de 16 de marzo de 2016, objeto de este comentario.

II. CONSIDERACIONES GENÉRICAS AL CONTRATO DE DISTRIBUCIÓN EN EXCLUSIVA Y A SU SITUACIÓN JURÍDICA ACTUAL

El asunto controvertido versa sobre un contrato de distribución en exclusiva, también denominado «contrato de concesión mercantil». Se define como un acuerdo por el cual un empresario se compromete a adquirir en determinadas condiciones, productos normalmente de marca, a otro que le otorga una cierta exclusividad en una zona, y a revenderlos también bajo ciertas condiciones, así como a prestar a los compradores de estos productos asistencia una vez realizada la venta[1].

Esta figura aparece encuadrada dentro de la categoría «contratos de distribución en sentido estricto»[2] y presenta unas características propias. Es una relación jurídica de carácter mercantil, puesto que se ejecuta en el ámbito de los actos del comercio (art. 2 CCom). Es un contrato bilateral-sinalagmático, porque despliega obligaciones para ambas partes y cada prestación trae su causa o razón de ser en la del otro contratante. Además, es un acuerdo de colaboración entre empresarios, porque procura una estrecha cooperación entre ambas partes para la satisfacción de sus intereses económicos, que resultan paralelos.

Correlativamente a lo que acabamos de apuntar, cabe decir que es un contrato de confianza[3], tradicionalmente ligado a un *intuitu personae* que, según la doctrina, ha ido cediendo progresivamente en favor del *intuitu instrumentii* o *tabernae*. Esta afirmación se apoya en que la causa principal del negocio ya no descansa tanto en la persona del distribuidor, sino en sus aptitudes técnicas para comercializar los productos[4]. Sin embargo, aún se recurre con cierta frecuencia al *intuitu personae* como mecanismo que proporciona al proveedor un absoluto control sobre el acceso de nuevos distribuidores a su red comercial. Así, por ejemplo, se impide la sucesión mortis causa de un tercero

1 Definición aportada por el art. 2.3 del Real Decreto 201/2010, de 26 de febrero, que regula el ejercicio de la actividad comercial en régimen de franquicia y la comunicación de datos al registro de franquiciadores (BOE 13 marzo 2010). Esta norma desarrolla el art. 62 de la Ley, 7/1996, de Ordenación del Comercio Minorista, de 15 de enero (BOE 17 enero 1996) y sustituye al RD 2485/1998, de 13 de noviembre (BOE 26 noviembre 1998).

2 Dentro de esta categoría se incluyen también el contrato de distribución selectiva o autorizada y la franquicia de distribución. Ambas modalidades contractuales, junto con la de distribución en exclusiva o concesión, comparten dos notas caracterizadoras básicas: 1) la actuación por cuenta propia del distribuidor, quien asume los riesgos derivados de su actividad económica, y 2) su plena integración en la red comercial del proveedor con el que colabora. Al margen de estos dos aspectos, cualquier otro contrato que sea útil para realizar la distribución y que no reúna alguno de estos dos requisitos, queda excluido de esta clasificación y se integra en otra denominada "contratos de distribución en sentido amplio" (a modo de ejemplo: el contrato de comisión, la agencia, el contrato estimatorio, la licencia de marca, etc.). Sobre el asunto, consúltese: Carbajo Cascón, F. (2015): «Mercado, sistemas y contratos de distribución comercial». En Carbajo Cascón, F. (Dir.), *Los contratos de distribución en las propuestas armonizadoras del derecho contractual europeo*. Valencia: Tirant lo Blanch, p. 35-49, 39 y ss.

3 SSTS de 28 de febrero de 1989 (RJ/1989/1409); de 21 de diciembre de 1992 (RJ/1992/10705); y de 17 de mayo de 1999 (RJ/1999/4046).

4 En este sentido: Iglesias Prada, J. L. (1978): «Notas para el estudio del contrato de concesión mercantil». En AAVV, *Estudios de Derecho Mercantil en homenaje a Rodrigo Uría*. Madrid: Civitas, p. 249-281, 277-278; y Galán Corona, E. (2010): «Los contratos de distribución. Ideas generales». En Herrero García, M. J. (Dir.), *La contratación en el sector de la distribución comercial*. Pamplona: Aranzadi, p. 21-40, 27-28.

Infracción del deber de preaviso y compensación por clientela en el contrato de concesión mercantil. Comentario a la sentencia del tribunal supremo de 16 de marzo de 2016 (rj 2016/858)
REVISTA JURÍDICA DERECHO
ISSN 2413 – 2810, Volumen 5. Nro. 6 Enero – Junio, 2017 pp. 67 - 86

(sucesor) en la posición contractual del distribuidor (persona física) ante su fallecimiento. También se dificulta sobremanera la subcontratación, supeditada al expreso consentimiento del proveedor y para casos en que el concesionario garantice que la distribución se efectuará de igual manera en que éste venía ejecutándola, de modo que no se aprecie diferencia entre su actuación y la del subcontratista.

Por otra parte, la concesión se cataloga como un «contrato marco», en tanto que implica una organización de relaciones jurídicas complejas. Además, en la gran mayoría de las ocasiones, se materializa en forma de acuerdo de adhesión que integra condiciones generales a la luz del art. 1 de la Ley de Condiciones Generales de la Contratación[5]. Aquí, el distribuidor se limita a aceptar o rechazar el contenido de contrato, sin tener capacidad -o muy escasa- de negociación sobre sus términos. Su uso obedece a la necesidad del fabricante de construir una red homogénea, evitando diferencias sustanciales entre los miembros que la componen[6].

Otro elemento caracterizador y esencial de estos contratos es la duración. Las relaciones de distribución y, particularmente la concesión, necesitan de una colaboración prolongada entre las partes para el buen desarrollo y alcance de sus fines. El proveedor busca incrementar y consolidar su clientela con la ayuda de un tercero, mientras que el distribuidor trata de procurarse un medio de vida estable con el que pueda obtener buenos ingresos desde el principio, beneficiándose de una marca que goza de cierto renombre en el mercado. Pese a que la determinación de la duración es libre, se precisa un tiempo de vigencia mínimo que permita al concesionario la amortización de todos los gastos necesarios para iniciar el negocio y, a la vez, disfrutar durante un tiempo subsiguiente de los beneficios conseguidos[7].

En último lugar, cabe apuntar que, pese a su indudable tipicidad social[8], el contrato de concesión mercantil sigue siendo legalmente atípico, ya que carece de una regulación normativa acerca de su contenido[9]. No obstante, existen algunas normas relativas al Derecho Europeo de la Competencia que le afectan directamente, pero que resultan insuficientes para dar respuesta a los problemas que se producen en la práctica. Cabe citar los Reglamentos UE 330/2010, sobre acuerdos verticales[10], y 461/2010, relativo al sector de vehículos a motor[11]. Por otro lado, la escasa legislación estatal de la que disponemos en la actualidad

5 BOE 14 abril 1998. El art. 1.1 de la citada norma dispone: *«Son condiciones generales de la contratación las cláusulas predispuestas cuya incorporación al contrato sea impuesta por una de las partes, con independencia de la autoría material de las mismas, de su apariencia externa, de su extensión y de cualesquiera otras circunstancias, habiendo sido redactadas con la finalidad de ser incorporadas a una pluralidad de contratos»*.

6 Vaquero Pinto, M. J. (2013): «Contratos de distribución comercial». En Bercovitz Rodríguez-Cano, R. (Dir.), *Tratado de contratos*, tomo III. Valencia: Tirant lo Blanch, p. 3319-4221, 3637 y 3638.

7 Lara González, R. (1998): *Las causas de extinción del contrato de agencia*. Madrid: Civitas, p. 63-64.

8 En este sentido, afirma Castro Lucini, F. (1974): «Los negocios jurídicos atípicos». *Revista de Derecho Notarial*, 1974, 3: 9-34, 13 y 33, que todo negocio jurídico legalmente atípico es siempre socialmente típico.

9 Galán Corona, E. (2010), p. 28.

10 DOL 23 abril 2010.

11 DOL 28 mayo 2010.

sólo aborda determinadas cuestiones relativas al contrato de franquicia. El art. 62 de la Ley de Ordenación del Comercio Minorista (LOCM) y el Real Decreto 201/2010 que lo desarrolla, regulan ciertos deberes precontractuales de información e instauran el Registro de franquiciadores junto con sus normas de funcionamiento.

En consecuencia, es la autonomía de la voluntad la que nutre de contenido al contrato, supeditada a los límites del art. 1255 CC[12] y, muy especialmente, a los impuestos por el Derecho de la competencia. Sin embargo, los contratos de distribución comparten ciertas afinidades con otros negocios típicos, como por ejemplo, el contrato de agencia, de modo que es muy recurrente la aplicación analógica de su normativa específica (Ley 12/1992 del Contrato de Agencia[13]) para llenarlos de contenido en la medida de lo posible. También se acude a la legislación en materia de propiedad industrial, ya que es muy frecuente que el acuerdo incorpore licencias de uso sobre signos distintivos, patentes, *know-how*, etc.

En los últimos años, han sido múltiples, aunque infructuosos, los intentos por regular los contratos de distribución. El primer texto que surge es la Propuesta de Anteproyecto de Ley de Contratos de Distribución, elaborada en 2006 por la Sección de Derecho mercantil de la Comisión General de Codificación (en adelante, PALCD)[14]. En el año 2008, fue promovida una Proposición de Ley de Contratos de Distribución (PLCD) por la Federación de Asociaciones de Concesionarios de Automoción (FACONAUTO), quedando en un simple intento por no alcanzar las firmas necesarias[15]. Más esperanzador resultó el Proyecto de Ley de Contratos de Distribución, publicado en el Boletín Oficial de las Cortes Generales el 29 de junio de 2011 (en adelante, PrLCD)[16], pero que no llegó a buen puerto como consecuencia de la disolución de las Cortes Generales en septiembre de 2011. Los dos últimos textos de interés surgen, no para procurar una exclusiva regulación de los contratos de distribución, sino con el objetivo de modernizar el Derecho Privado en General, que, desde hace años, necesitaba una renovación para adaptarlo a la realidad socio-económica actual. El primero es la Propuesta de Código Mercantil de 2013 (PROCOMER), encargada a la Sección de Derecho mercantil de la Comisión General de la Codificación para sustituir al Código de comercio de 1885[17]. El segundo es la

12 Vid. Castro Lucini, F. (1974), p. 19-20. Castro Lucini, F.; Chuliá Vicent, E. y Beltrán Alandete, T. (1995): *Aspectos jurídicos de los contratos atípicos*, vol. II. Barcelona: Bosch, p. 340-341; Díaz-Ambrona Bardají, M. D. (1998): «Los contratos atípicos». *Actualidad Civil*, 1998, 2: p. 345-362, 345 y 354; y Olmo Gascón, A. M. (2003): *La franquicia. Un procedimiento de descentralización productiva desregulado laboralmente*. Valencia: Tirant lo Blanch, p. 43.

13 BOE 29 mayo 1992.

14 Puede consultarse en el Boletín Oficial del Ministerio de Justicia núm. 2006, págs. 216 a 227. Para mayor información sobre los antecedentes y contenido del Anteproyecto de Ley de Contratos de Distribución, consúltese Alonso Soto, R. (2010): «El Anteproyecto de Ley de Contratos de Distribución». En Vázquez Albert, D. (Dir.), *Los contratos de distribución comercial. Novedades legislativas y jurisprudenciales*. Valencia: Tirant lo Blanch, p. 33 y ss.

15 BOCG 11 de abril de 2008.

16 BOCG, Serie A. Núm. 138-1.

17 Fue realizada a petición del Gobierno a través de la Orden de 7 de noviembre de 2006. Para una visión general de la regulación de los contratos de distribución en la PROCOMER, consúltese: Cañabate Pozo, R. (2014): «Nueva perspectiva de regulación de los contratos de distribución», *Revista Aranzadi Doctrinal*, 2014, 11: p. 23 a 42.

Infracción del deber de preaviso y compensación por clientela en el contrato de concesión mercantil. Comentario a la sentencia del tribunal supremo de 16 de marzo de 2016 (rj 2016/858)
REVISTA JURÍDICA DERECHO
ISSN 2413 – 2810, Volumen 5. Nro. 6 Enero – Junio, 2017 pp. 67 - 86

reciente Propuesta de Código Civil de 2015 (PCC) elaborada por la Asociación de Profesores de Derecho Civil, que dedica a estos contratos una regulación detallada en su Título IX ("De los contratos de distribución") del Libro V ("De las obligaciones y contratos")[18]. Todos ellos serán utilizados de forma recurrente a lo largo del trabajo.

III. DURACIÓN INDEFINIDA Y DESISTIMIENTO UNILATERAL DEL CONTRATO

Sin perjuicio de la necesidad de una duración mínima, el contrato de distribución en exclusiva puede pactarse tanto por tiempo determinado como indefinido (art. 1255 CC). Conforme establece el art. 23 LCA, aplicable por analogía a este tipo contractual (art. 4.2 CC): *«El contrato de agencia podrá pactarse por tiempo determinado o indefinido. Si no se hubiera fijado una duración determinada, se entenderá que el contrato se ha pactado por tiempo indefinido»*. La misma línea han seguido las propuestas en materia de contratos de distribución. A modo de ejemplo, la PCC dispone: *«Salvo pacto en contrario, se entiende que el contrato de distribución se ha pactado por tiempo indefinido»* (art. 5104-1.1 PCC. De manera similar: arts. 20 PALCD, 22 PLCD, 21 PrLCD y 543-18 PROCOMER). Se consolida la libertad de pacto acerca de la duración, añadiendo que, a falta de acuerdo expreso, el vínculo se entiende pactado por tiempo indeterminado[19].

El supuesto discutido en la sentencia abarca un contrato de duración indeterminada, cuya forma más característica de extinción es el desistimiento *ad nutum*, que constituye una facultad unilateral inherente a cada una de las partes para darlo por finalizado en cualquier momento. Sin embargo, es preciso la observancia de ciertos requisitos para su ejercicio.

1. Fundamento y requisitos del desistimiento *ad nutum*: el preaviso

Nuestro Derecho no regula con carácter general la facultad unilateral de terminación para las relaciones por tiempo indeterminado, pero sí se reconoce de forma unánime por la doctrina[20].

18 Puede consultarse en Asociación de Profesores de Derecho Civil (Coord.) (2016): *Propuesta de Código Civil. Libros Quinto y Sexto*: Valencia: Tirant lo Blanch. Concretamente, la parte relativa a los contratos de distribución se encuentra en las páginas 254-268, cuya redacción ha sido elaborada por los profesores Fernando Gómez Pomar y Arístides Jorge Vieira González.

19 Esta medida tiene su origen en el Derecho laboral, encaminada a proteger al trabajador frente a la contratación encadenada que utilizaba el empresario de forma abusiva para impedir proporcionarle una estabilidad indefinida en la empresa y, de este modo, abaratar el coste del despido en caso de querer ejercitarlo.

20 Entre otros: Díez-Picazo y Ponce de León, L. (2008): *Fundamentos de derecho civil patrimonial*, vol. II, *Las relaciones obligatorias*. Pamplona: Aranzadi, p. 1088 y Vaquero Pinto, M. J. (2006): «El desistimiento unilateral en los contratos de duración indefinida». En Llamas Pombo, E. (Coord.), *Estudios de derecho de obligaciones: homenaje al profesor Mariano Alonso Pérez*, tomo II. Madrid: La Ley, p. 897-914, 899-900. En relación a los contratos de distribución: Lascorz Collada, M. C. (2015): «El desistimiento unilateral (*termination at will*) en los contratos de larga duración: análisis del *Common Law* en los contratos de distribución». *Revista de Derecho Patrimonial*, 2015, 36: p. 251-276, 255; Vaquero Pinto, M. J. (2015): «Duración del contrato y extinción del contrato por tiempo determinado y por tiempo indefinido: el preaviso». En Carbajo Cascón, F. (Dir.), *Los contratos de distribución en las propuestas armonizadoras del derecho contractual europeo*. Valencia: Tirant lo Blanch, p. 517-545, 526 y ss.; Alcalá Díaz, M. A. (2015): «El pacto de duración y extinción anticipada de los contratos de distribución». En Alcalá Díaz, M. A. (2015): *Los contratos de distribución comercial: aspectos económicos y jurídicos*.

El fundamento de esta modalidad de extinción descansa en la protección de la libertad de los contratantes frente a la vinculación perpétua, prohibida expresamente por el art. 1583 CC en materia de arrendamiento de servicios: *«Puede contratarse esta clase de servicios sin tiempo fijo, por cierto tiempo o para una obra determinada. El arrendamiento hecho por toda la vida es nulo»*. Este precepto ha servido de base para crear una regla general.

El desistimiento constituye un derecho que se le concede a cada parte[21] y cuyo ejercicio no puede prohibirse ni sancionarse por pacto contractual[22]. Es un acto voluntario y libre, porque quien lo ejercita no está obligado a justificar su decisión en base a alguna causa concreta (*ad nutum*) y puede hacerlo cuando quiera. Una vez ejercitado, el otro contratante tiene el deber de soportar sus efectos[23].

Ahora bien, pese a la libertad de desistir, su ejercicio queda condicionado al cumplimiento de ciertas garantías en favor de la otra parte. En este sentido, quien decide llevarlo a cabo, debe respetar unos requisitos específicos:

1. Se precisa una declaración unilateral y recepticia que ponga en conocimiento del otro contratante la intención de extinguir el contrato. En principio, la comunicación no está sujeta a forma alguna. Sin embargo, la normativa sobre el contrato de agencia impone la forma escrita para dejar mayor constancia probatoria del mensaje: *«El contrato de agencia de duración indefinida, se extinguirá por la denuncia unilateral de cualquiera de las partes mediante preaviso por escrito»* (art. 25 LCA). Inspiradas en este precepto, las propuestas legislativas en materia de distribución también han optado por este criterio de forma: *«El contrato concluido por tiempo indefinido se extingue por la denuncia unilateral de cualquiera de las partes mediante preaviso formulado por escrito y con una antelación razonable»* (art. 5104-2.1 PCC. De manera muy similar: arts. 22.1 PALCD, 24.1 PLCD, 23.1 PrLCD y 543-20.1 PROCOMER).

Una vez tomada la decisión, la declaración produce efectos cuando llegue a conocimiento del destinatario o, en su caso, desde que, habiéndosela remitido, no pueda ignorarla sin faltar a la buena fe (art. 1262 CC). Como regla general, el emisor puede revocar el desistimiento, salvo que la otra parte no esté de acuerdo. En tal caso, suscita la duda de si la denuncia mantiene sus efectos o, por el contrario, se entiende realizado un nuevo desistimiento por quien no acepta la revocación del anterior. Nos posicionamos a favor de la primera solución porque entendemos que quien desiste, lo hace con todas las consecuencias, asumiendo la posible discrepancia del otro contratante en caso de arrepentimiento. Como comprobaremos a continuación, el

Barcelona: Bosch, p. 193-244, 202 y ss.; y Zurita Herrera, P. (2012): «Duración y extinción del contrato de distribución en el proyecto de ley del contrato de distribución». *Revista de Derecho Patrimonial*, 2012, 29: p. 363-403, 376.

21 STS de 12 de mayo de 1997 (RJ/1997/4121).

22 Vaquero Pinto, M. J. (2015), p. 526.

23 En este sentido, apunta Rodríguez Marín, C. (1991): *El desistimiento unilateral (como causa de extinción del contrato)*. Madrid: Montecorvo, p. 206, que el deber de soportar el ejercicio del desistimiento es una verdadera obligación de la parte desistida.

Infracción del deber de preaviso y compensación por clientela en el contrato de concesión mercantil. Comentario a la sentencia del tribunal supremo de 16 de marzo de 2016 (rj 2016/858)
REVISTA JURÍDICA DERECHO
ISSN 2413 – 2810, Volumen 5. Nro. 6 Enero – Junio, 2017 pp. 67 - 86

vínculo no finaliza inmediatamente tras la denuncia, sino a partir de un plazo cuyo cómputo comienza tras su ejercicio. Por ello, carece de sentido reiniciar el término y retrasar la extinción si el desistido se opone a la revocación del desistimiento y ya se está preparando para desvincularse del contrato.

2. Por otra parte -y como acabamos de apuntar-, el desistimiento debe ir precedido de un plazo de preaviso para que la parte desistida pueda amortiguar las consecuencias negativas que, de lo contrario, le generaría una terminación inmediata. El preaviso provoca la extinción automática llegado su vencimiento. En este sentido, puede afirmarse que la denuncia transforma el vínculo en un contrato de duración determinada, cuya terminación queda supeditada a la duración del preaviso.

   Sobre el asunto, concluye CARRASCO que, si bien no todos los contratos de duración requieren de un preaviso, sí lo precisan aquéllos donde la otra parte necesite un tiempo razonable para deshacerse de sus compromisos con terceros o reestructurar sus activos[24]. En el contrato de concesión, las partes gestionan y mantienen estructuras complejas compuestas por multitud de activos, de modo que una liquidación instantánea resulta imposible. Aunque no se haya pactado, el deber de preaviso en el contrato de distribución de duración indefinida es indispensable y se exige conforme al principio de la buena fe (cfr. arts. 7 y 1258 CC y 57 CCom)[25]. De lo contrario, el desistimiento es abusivo[26] y genera daños a la otra parte que deberán ser resarcidos, como veremos a continuación.

   Ahora bien, la cuestión más polémica se plantea en torno a la determinación de los períodos de preaviso. El art. 25 LCA establece un sistema de plazos progresivo en función de la duración del contrato: *«El plazo de preaviso será de un mes para cada año de vigencia del contrato, con un máximo de seis meses. Si el contrato de agencia hubiera estado vigente por tiempo inferior a un año, el plazo de preaviso será de un mes»*. Un sector de nuestra doctrina considera analógicamente aplicable al contrato de concesión este precepto[27]. También es el caso de la sentencia comentada, que lo afirma en el punto noveno del fundamento de derecho cuarto: «Como quiera que la relación contractual entre las partes tuvo una duración de cuatro años, la indemnización por lucro cesante debe calcularse en función del plazo de preaviso que, por aplicación analógica del art. 25 LCA hubiera correspondido, es decir, cuatro meses». En realidad, estos plazos han resultado ser de

24 Carrasco Perera, Á. (2010): *Derecho de contratos*. Cizur Menor: Aranzadi, p. 480.

25 STS de 21 de noviembre de 2005 (RJ/2005/7677). También: Gutiérrez Peña, F. (2002): «El desistimiento unilateral extintivo de los contratos de concesión mercantil o distribución comercial en nuestra jurisprudencia». En *Miscelánea de derecho privado*. Madrid: F. Gutiérrez editor, p. 279-342, 308.

26 Entre otras: SSTS de 27 de noviembre de 2006 (TOL 1022984); de 4 de diciembre de 2007 (TOL 1227436); de 23 de diciembre de 2008 (TOL 1438954); de 13 de abril de 2010 (TOL 1830839); y de 16 de marzo de 2016 (TOL 5674619).

27 Valenzuela Garach, F. J. (1997): «El contrato de concesión mercantil y su extinción por denuncia unilateral». *Revista de Derecho Mercantil*, 1997, 225: p. 1297-1324 y Moralejo Menéndez, I. (2007) *El contrato mercantil de concesión*. Cizur Menor: Aranzadi, p. 267-268.

gran inspiración para la mayoría de las propuestas en materia de distribución, que prácticamente calcan el contenido del art. 25 LCA: *«El plazo de preaviso será de un mes por cada año de vigencia del contrato, con un máximo de seis meses. Si el contrato hubiera estado vigente por tiempo inferior a un año, el plazo de preaviso será de un mes»* (art. 543-20.2 PROCOMER. También: arts. 22.2 PALCD, 24.2 PLCD y 23.2 PrLCD).

A nuestro entender, los preavisos contenidos en la LCA no sirven para la concesión. Las diferencias existentes entre la estructura organizativa empresarial del agente y del distribuidor distan mucho entre sí, puesto que las de este último presentan una mayor e importante complejidad, lo que exige unos plazos mayores. Además, atendiendo a la integración del concesionario en la red comercial del proveedor, las exigencias de reorganización en una relación económica que presenta tantos elementos cobran una especial importancia y precisan de un proceso más duradero.

Por esta razón, consideramos que lo más apropiado es un tiempo de preaviso razonable que se ajuste a las necesidades de cada caso, facilitando, a la vez, cierta libertad para su determinación. Es la línea que mantiene la PCC: *«Las partes pueden establecer libremente los plazos de preaviso que entiendan razonables, siempre que sean iguales para ambas partes y que tengan en cuenta la posición de dependencia económica en que una de las partes del contrato se pueda encontrar respecto de la otra»* (5104-2.2 PCC). Ahora bien, determina la PCC que, a falta de pacto sobre el tiempo de preaviso y no habiendo posición de dependencia económica entre las partes, dicho plazo será el mismo que el que establece el 25 LCA: *«Cuando las partes no se encuentren en una posición de dependencia económica el plazo de preaviso es, en defecto de otro plazo razonable pactado, de un mes por cada año de vigencia del contrato con un máximo de seis meses. Si el contrato ha estado en vigor por un período inferior a un año el plazo de preaviso es de un mes»* (art. 5104-2.3 PCC). La dependencia o equivalencia económica de los contratantes justifica la adopción de un tratamiento diferenciado. Si hay dependencia, la parte más vulnerable precisa de cierta protección, de modo que sólo procede un preaviso razonable en consideración a sus necesidades para liquidar la relación evitando ocasionarle daño alguno. En cambio, si hay equivalencia de posiciones, carece de sentido otorgar una tutela mayor a uno de los contratantes, de modo que es posible utilizar los plazos fijos predeterminados por la ley, independientemente de que resulten o no razonables. En este caso, la falta de un preaviso pactado constituye un riesgo asumido por ambas partes.

2. Indemnización por infracción del preaviso

Tal y como apunta el Alto Tribunal, la parte activa del desistimiento no realizó preaviso alguno. Además, ejercitó la denuncia sin efectuar la comunicación oportuna. Campagnola no respondió al burofax emitido por Felipe Borrás, en el que éste expresamente anunciaba que, si no recibía contestación al mismo, el contrato quedaría extinguido por

REVISTA JURÍDICA DERECHO
ISSN 2413 – 2810, Volumen 5. Nro. 6 Enero – Junio, 2017 pp. 67 - 86

desistimiento unilateral de la otra parte. Además de no contestar, Campagnola Ibérica expuso en una Feria de España los productos "Toro" y "Alice" (cuya distribución tenía concedida en exclusiva el demandante), con expresa indicación de que ya eran distribuidos directamente por ella. Esta conducta manifiesta sobradamente la intención de Campagnola de desistir.

Y así se hace constar en la sentencia de segunda instancia: «FELIPE BORRÁS remitió Burofax, el 29 de abril de 2009, a CAMPAGNOLA IBÉRICA (dto. 71 de la demanda) en el que manifestaban: "tras más de dos años de confección de la página WEB de mi representada, a la que aluden en su correo, en la que se fijaba la exclusiva nacional, ahora le requieran para que eliminen dichos dos productos de la misma. Esto induce a pensar, que pretenden dar por resuelta la relación de forma unilateral, como se ha dicho. En base a lo anterior les requiero para que en el plazo de 5 días desde la recepción del presente burofax, indiquen con claridad si dan por resuelta dicha relación de distribución habida hasta la fecha. Les anunciamos que caso de no contestar, o de contestar que se da por resuelta la misma, se iniciarán contra Ustedes las acciones legales pertinentes, en reclamación de los daños y perjuicios que se le van a producir a mi representada, como consecuencia de su decisión". Al burofax de FELIPE BORRÁS no se le dio respuesta alguna, por lo que quedó clara la voluntad de CAMPAGNOLA IBÉRICA de rescindir el contrato de distribución en exclusiva»

El ejercicio del desistimiento sin el preaviso genera en el contratante que lo ejercita la obligación de indemnizar si se ocasionan daños y perjuicios a la otra parte. Señala la STS de 12 de mayo de 1997[28]: «La falta de señalamiento de un plazo concreto de duración del contrato, permite, de acuerdo con una doctrina jurisprudencial aplicable a toda clase de contratos de duración indefinida, la resolución unilateral del contrato, sin perjuicio de las consecuencias indemnizatorias cuando la resolución del vínculo se hubiere producido en forma abusiva que produzca de manera necesaria daños y perjuicios a la otra parte»[29]. Es lógico este planteamiento si tenemos en cuenta que el preaviso cumple una función de prevención. Si éste se omite parcial o totalmente, el concesionario se ve impedido de tomar las medidas oportunas para la liquidación de la relación jurídica que se extingue. Al no poder atemperar las consecuencias negativas de la terminación inmediata, el desistido sufre daños que deben ser indemnizados.

Las propuestas en materia de distribución no han dejado vacía esta cuestión. Así, la gran mayoría de ellas contemplan una indemnización por el incumplimiento del preaviso: *«El incumplimiento por una de las partes de lo establecido en este artículo en relación con el preaviso dará derecho a la otra parte a exigir una indemnización por los daños y perjuicios ocasionados por dicha causa»* (art. 543-20.6 PROCOMER. En términos exactos: arts. 24.6 PLCD y 23.4 PrLCD). En cambio, la reciente PCC va más allá, pues no sólo sanciona la omisión del deber de preavisar, sino que además extiende la obligación de resarcir si el preaviso pactado no resulta razonable en atención

28 STS de 12 de mayo de 1997 (RJ/1997/4121).

29 También: STS de 18 de julio de 2012 (RJ 2012/8363) y de 15 de marzo de 2011 (RJ 2011\3321).

a las necesidades de la relación: *«El establecimiento de plazos no razonables de preaviso o el incumplimiento del plazo previsto en el contrato da derecho a la parte que recibe la denuncia a exigir indemnización de los daños y perjuicios originados por esta causa»* (art. 5104-2.6 PCC). Es oportuna la indemnización cuando el tiempo de preaviso estipulado no es adecuado en términos objetivos, aun siendo plenamente respetado, va a resultar insuficiente para que la otra parte pueda prepararse convenientemente para la extinción del contrato. En este caso, parece también procedente el deber de indemnizar, salvo que el plazo haya sido determinado unilateralmente por la parte desistida y que ahora sufre las consecuencias del mismo.

En relación al daño indemnizable, el resarcimiento derivado de la falta de preaviso es totalmente distinto al que procede en caso de resolución (por incumplimiento)[30], pues en el primer supuesto sólo se indemnizan los perjuicios ocasionados (y acreditados) por la omisión del preaviso[31]. Su fundamento también descansa en el art. 1101 CC, de modo que la indemnización abarca, tanto el daño emergente como el lucro cesante (art. 1106 CC).

Sobre el daño emergente, suele referirse a las inversiones no amortizadas (cfr. art. 543-22.3 PROCOMER) y a las indemnizaciones laborales[32]. En cuanto al lucro cesante, es objeto de resarcimiento la ganancia que el distribuidor habría obtenido durante el tiempo de preaviso no respetado. En torno a este último concepto, la sentencia acoge la valoración del perito, que estimó un beneficio medio trianual de 480.723,28 euros. Habida cuenta que el Tribunal aplica analógicamente los plazos del art. 25 LCA, y que el contrato tuvo una duración de cuatro años, corresponde abonar al concesionario la cuantía equivalente a cuatro meses (uno por cada año de vigencia), lo que resta una cantidad de 53.413,69 euros.

IV. La compensación por clientela del concesionario

Tras una larga historia jurisprudencial, y a falta de una regulación sustantiva sobre contratos de distribución, la compensación por clientela continúa siendo la prestación económica estrella del distribuidor (concesionario en este caso) solicitada tras la extinción. Actualmente se recoge en el art. 28 LCA, cuyo apartado primero dispone: *«Cuando se extinga el contrato de agencia, sea por tiempo determinado o indefinido, el agente que hubiese aportado nuevos clientes al empresario o incrementado sensiblemente las operaciones con la clientela preexistente, tendrá derecho a una indemnización si su actividad anterior puede continuar produciendo ventajas sustanciales al empresario y resulta equitativamente procedente por la existencia de pactos de limitación de competencia, por las comisiones que pierda o por las demás circunstancias que concurran»*.

30 Alcalá Díaz, M. A. (2015), p. 219-220.

31 Así, por ejemplo, la STS 16 de diciembre de 2003 (TOL 348313) afirma: «Declarado por la sentencia recurrida que la conducta de la demandada concedente es contraria a la buena fe contractual al haber procedido a la resolución unilateral sin un plazo de preaviso razonable, es correcta la resolución recaída al establecer la indemnización procedente con base, exclusivamente, en esa falta de aviso previo».

32 STS de 12 de junio de 1999 (TOL 1955459).

REVISTA JURÍDICA DERECHO
ISSN 2413 – 2810, Volumen 5. Nro. 6 Enero – Junio, 2017 pp. 67 - 86

Se trata de atribución de carácter económico, fruto de la captación clientelar del distribuidor que reportará importantes beneficios al proveedor tras abandonar la red comercial. Sobre las cuestiones más interesantes que giran en torno a esta institución, merecen ser analizadas fundamentalmente tres. La primera gira en torno a la naturaleza y finalidad de la compensación por clientela que, aunque ha sido un asunto muy discutido, lo cierto es que en la actualidad está muy consolidado; no obstante, realizaremos algunos apuntes sobre ello. La segunda va encaminada a determinar si procede aplicar analógicamente al concesionario el art. 28 LCA (compensación por clientela), y cuáles son los requisitos que han de concurrir para ello. En tercer y último lugar, se establecen los criterios para hallar la cuantía compensatoria.

1. Naturaleza jurídica

Determinar la naturaleza de la compensación por clientela no ha resultado una cuestión pacífica. Tanto la doctrina como la jurisprudencia, han adoptado diferentes posturas a lo largo de los años. Una de las razones de este conflicto radica en la equívoca denominación que efectúa el legislador al procurarle un carácter resarcitorio: «Indemnización por clientela». Esta atribución patrimonial, conforme a la propia naturaleza del contrato de concesión, ostenta una finalidad puramente compensatoria. Su objetivo no reside en la reparación de ningún daño, quedando al margen de los clásicos conceptos de dolo o culpa. Muy acertadamente, señala MARTÍ MIRAVALLS que su reconocimiento presenta un carácter objetivo: aportar clientela y que dicha aportación siga produciendo ventajas al principal[33].

Si bien ya descartada la naturaleza indemnizatoria, conviene determinar su fundamento. Antes de que se promulgara la LCA, la concesión de la compensación por clientela respondía a la idea tradicional del enriquecimiento injusto, mantenida hasta hace poco tiempo. El argumento de esta idea descansaba sobre la base de que el proveedor se beneficiaba de unos clientes cuya captación le era atribuible a un tercero (distribuidor); en consecuencia, si no se compensaba al verdadero merecedor de ese mérito, la ganancia económica era injustificada. Muy determinante fue la STS de 22 de marzo de 1988[34]: «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»[35].

33 Martí Miravalls, J. (2015): «El método para la cuantificación de la compensación por clientela en el contrato de agencia: la cuestión pendiente de la jurisprudencia española. Comentario a la sentencia del Tribunal Supremo [1ª] de 3 de junio de 2015». *Revista de Derecho Mercantil*, 2015, 298: p. 439-455, 449.

34 STS de 22 de marzo de 1988 (TOL 1732710).

35 También: STSS de 15 de octubre de 1992 (TOL 1655204); de 27 de mayo de 1993 (TOL 1663049); de 17 de marzo de 1993 (TOL 1656249); de 14 de febrero de 1997 (TOL 5114279); de 12 de junio de 1999 (TOL 1955459); de 3 de mayo de 2002 (TOL 161871); de 23 de diciembre de 2002 (TOL 4927514); de 20 de julio de 2007 (TOL 1123951 STSS de 15 de octubre de 1992 (TOL 1655204); de 27 de mayo de 1993 (TOL 1663049); de 17 de marzo de 1993 (TOL 1656249); de 14 de febrero de 1997 (TOL 5114279); de 12 de junio de 1999 (TOL 1955459); de 3 de mayo de 2002 (TOL 161871); de 23 de diciembre de 2002 (TOL 4927514); y de 20 de julio de 2007 (TOL 1123951). La jurisprudencia menor también se ha mostrado favorable a esta postura: SSAP de Barcelona de 8 de mayo de 2000 (TOL 1877760); de Madrid de 24 de enero de 2001 (TOL 49679); de Vizcaya de 6 de octubre de 2004 (TOL 5653205); y de Alicante de 3 de noviembre de 2011 (TOL 2396487).

Sin embargo, esta postura ha recibido fuerte rechazo por una buena parte de la doctrina y la jurisprudencia, que niegan el carácter injustificado del beneficio que recibe el proveedor por la clientela. Este sector entiende que la justificación de esa ganancia reside en el propio contrato de distribución, cuya finalidad va encaminada a obtener la colaboración de otro empresario para incrementar y fortalecer la cartera de clientes del principal[36]. La STS de 18 de marzo de 2004[37] determinó 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»[38].

Por tanto, era necesario buscar un cauce alternativo para fundamentar el pago por la clientela. Actualmente, la posición mayoritaria lo concibe como una retribución diferida, encaminada a compensar una aportación clientelar que va a generar importantes beneficios futuros para el proveedor y que no queda suficientemente remunerada con el margen de beneficio obtenido por el distribuidor en la reventa de los productos[39].

La STS de 22 de junio de 2007[40] ya puso de manifiesto que se trata de una «retribución adicional por una actividad realizada pero no retribuida en su totalidad durante la vigencia del contrato mediante las simples comisiones de promoción o conclusión de operaciones. 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». Es, también, la postura que defendemos[41].

2. Reconocimiento del distribuidor de la compensación por clientela y requisitos

Desde hace décadas, se solicita a nuestros Tribunales que se pronuncien

36 Por todos: Martinez Sanz, F. (1998): *La indemnización por clientela en los contratos de agencia y concesión*. Madrid: Civitas, p. 102. También: Quiñonero Cervantes, E. (1988): «Sentencia de 22 de marzo de 1988. Contrato de agencia; incumplimiento parcial. Resolución unilateral del contrato. Indemnización de daños y perjuicios». *Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil*, 1988, 16: p. 237-242, 242 (apoyando esta postura de forma indirecta); y Ruiz Peris, J. I. (2003): «Sentencia de 23 de diciembre de 2002. Contrato de agencia: indemnización por clientela: fundamento, aplicación a contratos en los que el agente está sometido a una prohibición de competencia, aplicación a contratos de duración determinada prorrogados. Servicio técnico oficial: recompra de stocks de piezas de recambio». *Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil*, 2003, 63: p. 925-938,931.

37 STS de 18 de marzo de 2004 (TOL 360009).

38 En la misma línea: SSTS de 31 de octubre de 1994 (TOL 1656971); de 19 de diciembre de 1996 (TOL 1658735); de 31 de julio de 2002 (TOL 213023); de 26 de abril de 2004 (TOL 392360); y de 15 de enero de 2008 (TOL 1292786).

39 De esta posición: Martínez Sanz, F. (1998), p. 110; Moralejo Menéndez, I. (2010): «La indemnización por clientela en los contratos de distribución». En Herrero García, M. J. (Dir.), *Contratos de distribución comercial. Garantías personales*. Salamanca: Ratio Legis, p. 137-154, 138; y Vaquero Pinto, M. J. (2015); «Compensación por clientela». En Carbajo Cascón, F. (Dir.), *Los contratos de distribución en las propuestas armonizadoras del derecho contractual europeo*. Valencia: Tirant lo Blanch, p. 611-626, 617.

40 STS de 22 de junio de 2007 (TOL 1146778).

41 Ya mantuve esta opinión en la obra *Los contratos de distribución. Extinción: problemática y práctica*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2017, pág. 306.

REVISTA JURÍDICA DERECHO
ISSN 2413 – 2810, Volumen 5. Nro. 6 Enero – Junio, 2017 pp. 67 - 86

sobre la posible tutela patrimonial del distribuidor en sede de extinción de contrato, aun no reconocida legalmente. La respuesta jurisprudencial defiende que la compensación por clientela no es exclusiva de los agentes comerciales y se muestra favorable a la aplicación analógica «no automática» del art. 28 LCA a los concesionarios.

Así lo dispuso la STS de Pleno de 15 de enero de 2008[42]: «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»[43]. El distribuidor debe solicitarla expresamente para que le sea concedida, sin posibilidad de una atribución imperativa (automática), igual que al agente comercial (art. 3 LCA). Debe demostrar la semejanza entre el supuesto de hecho contemplado en la norma y aquél al que pretende ser aplicada, así como la existencia de identidad de razón entre ambos para justificar la analogía (art. 4.1 CC).

Además, es preciso que pruebe la concurrencia de todos los requisitos exigidos por el citado art. 28 LCA, que examinaremos a continuación. En este sentido, afirma la citada STS de 15 de enero de 2008: «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».

Como la aplicación analógica del art. 28 LCA no se efectúa con carácter automático, cabe su exclusión por pacto contractual, de modo que el distribuidor queda legítimamente privado de dicha atribución económica en estos casos[44].

En cuanto a los presupuestos para su atribución, el art. 28.1 LCA exige que el distribuidor aporte nuevos clientes a la empresa, o que gracias a su actuación, los ya existentes incrementen el volumen de compras que hasta ahora realizaban. También es requisito indispensable que el proveedor siga obteniendo beneficios de estos clientes con posterioridad a la marcha del distribuidor.

En lo relativo al requisito de la aportación clientelar, el distribuidor debe proporcionar compradores nuevos a la empresa, es decir, que hasta ahora no han adquirido sus productos. También se admite la recuperación de aquéllos que cesaron sus relaciones comerciales con el proveedor y que por acción del concesionario las han retomado y vuelven a ser clientes activos[45]. Cabe también que aporte sus propios clientes

42 STS de 15 de enero de 2008 (TOL 1292786).

43 Esta idea ya era defendida por sentencias anteriores y se ha mantenido con posterioridad a esta resolución Entre ellas: SSTS de 5 de noviembre de 2013 (TOL 4031786); de 2 de octubre de 2012 (TOL 2666349); de 3 de marzo de 2011 (TOL 2062554); de 22 de febrero de 2010 (TOL 1793063); de 12 de julio de 2010 (TOL 1911090), Comentada por García Vicente, J. R. (2011): «Sentencia de 12 de julio de 2010. Compensación por clientela en contrato de concesión o distribución en exclusiva. Subcontratación». *Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil*, 2011, 85, p. 609-626, 616 y ss.; de 22 de marzo de 2007 (TOL 1072198); de 6 de noviembre de 2006 (TOL 1014488); de 29 de septiembre de 2006 (TOL 1014547); de 21 de noviembre de 2005 (TOL 759113); de 18 de marzo de 2004 (TOL 360009); o de 28 de enero de 2002 (TOL 4974168).

44 Vid.: SSTS de 5 de febrero de 2004 (TOL 345078); de 18 de marzo de 2004 (TOL 360009), de 9 de julio de 2008 (TOL 1351245) y de 23 de diciembre de 2008 (TOL 1438954).

45 Martínez Sanz, F. (1998), p. 152.

para ampliar la cartera de su principal. En contadas ocasiones se compensa el esfuerzo por lograr la permanencia de la clientela cuando se atraviesan situaciones difíciles o recesivas[46].

Por otra parte, el distribuidor puede lograr que los clientes incrementen el número de pedidos que realizan a la empresa. En este caso, dicho aumento debe ser considerable y duradero, de modo que equivalga a la aportación de un nuevo cliente[47].

También es fundamental que el proveedor, o incluso un nuevo distribuidor[48], continúe obteniendo ventajas económicas de esta clientela tras la extinción del contrato. No se exige plena certeza del aprovechamiento futuro de esos beneficios, sino una cierta probabilidad. La STS de 9 de febrero de 2006[49] dispuso: «consiste en una apreciación meramente potencial, es decir, la susceptibilidad de continuar el empresario disfrutando de la clientela con aprovechamiento económico, porque se trata simplemente de un pronóstico razonable acerca de un comportamiento que no deja de ser probable por parte de dicha clientela»[50]. Se trata de una probabilidad de futuro fundada sobre premisas actuales. Además, los beneficios deben ser sustanciales, de modo que justifiquen una retribución adicional; en consecuencia, si son de escasa cuantía, no habrá derecho a la compensación.

En último lugar, el art. 28.1 LCA incluye una cláusula de cierre. Tras el cumplimiento de los requisitos anteriores, la compensación por clientela debe resultar *«equitativamente procedente por la existencia de pactos de limitación de competencia, por las comisiones que pierda o por las demás circunstancias que concurran»*. Este último inciso del precepto obedece a razones de justicia y equidad. No es propiamente un requisito, sino un aspecto modulador de la cuantía e, incluso, excluyente del pago compensatorio.

Diversos son los factores que influyen. El primero que cita la norma es la existencia de pactos de no competencia post-contractuales, cuya duración no puede exceder de un año tras la ruptura del vínculo[51]. Este pacto impide al distribuidor continuar ejerciendo la misma actividad económica durante su vigencia, de modo que no podrá atender a la clientela ni, en consecuencia, conservarla. Esta circunstancia opera como un posible incremento de la cuantía compensatoria, pero no siempre es necesariamente así, porque la privación de los clientes al concesionario no significa que aquéllos acudan al proveedor, porque pueden

46 Fontcuberta Llanes, J. (2009): *El contrato de distribución de bienes de consumo y la llamada indemnización por clientela*. Madrid: Marcial Pons, p. 174.

47 Martínez Sanz, F. (1998), p. 164.

48 STS 12 de julio de 2010 (TOL 1911090).

49 STS de 9 de febrero de 2010 (TOL 839281).

50 Vid., también, STSS de 4 enero de 2010 (TOL 1773353); de 22 de junio de 2007 (TOL 1146778); de 22 de marzo de 2007 (TOL 1072198); de 29 de septiembre de 2006 (TOL 1014547); de 23 de junio de 2005 (TOL 674255); de 30 de abril de 2004 (TOL 411094); de 7 de abril de 2003 (TOL 4928778); entre otras. También la SAP de Tarragona de 1 de febrero de 2005 (TOL 640610): «…que exista una probabilidad de certeza de ganancias futuras, que obviamente beneficiará en el futuro al empresario y perjudicará al representante, quien se ve privado de unos ingresos probables, según se deduce de las máximas de experiencia»; y SAP de Valencia de 25 de noviembre de 2010 (TOL 2036333).

51 Así lo dispone el art. 5.3 d) Reglamento Europeo 330/2010, sobre Acuerdos Verticales.

REVISTA JURÍDICA DERECHO
ISSN 2413 – 2810, Volumen 5. Nro. 6 Enero – Junio, 2017 pp. 67 - 86

optar por marcharse a la competencia. En tal supuesto no se cumpliría el requisito de aprovechamiento futuro y no correspondería pago alguno por la clientela. Procede, por tanto, examinar cada caso detenidamente para valorar la verdadera incidencia de este pacto sobre la compensación.

Llegados a este punto, resulta criticable que la gran mayoría de las propuestas sobre contratos de distribución hayan considerado este pacto de no competencia como un verdadero requisito para compensar al distribuidor: *«Excepcionalmente, el distribuidor tendrá derecho a una compensación cuando concurra cualquiera de las circunstancias siguientes: c) exista un pacto por el cual el distribuidor, una vez extinguido el contrato no pueda hacer competencia al proveedor o al nuevo distribuidor. La duración del pacto de no competencia no podrá exceder de un año»* (arts. 26.2.c) PALCD, 28.2.d) PLCD y 543-24.2.c) PROCOMER). Sin embargo, el Informe relativo al Anteproyecto de Ley de Contratos de Distribución aprobado por la Comisión Nacional de la Competencia el 15 de junio de 2011, muy acertadamente, criticó esta postura: *«en relación con la existencia de un pacto de no competencia, cabría valorar la posibilidad de no considerar esta circunstancia como elemento necesario para generar el derecho a esta indemnización, derecho que se generaría por la concurrencia de las otras dos circunstancias antes mencionadas, siendo la existencia de este pacto exclusivamente relevante a efectos de determinar equitativamente la cuantía de la indemnización»*.

Otra circunstancia que apunta el precepto es la pérdida de comisiones ocasionadas por la extinción del contrato. Aunque el distribuidor no está sujeto a este sistema retributivo, por comisiones hay que entender los márgenes de beneficio perdidos por pedidos ulteriores a la terminación del vínculo, que también se computan en el importe de la compensación.

Por último, la norma alude a otras circunstancias que concurran, refiriéndose a otros factores que sirvan de base para modular la cuantía compensatoria. A este respecto cabe citar la vis atractiva de la marca, que cuestiona la procedencia de la compensación cuando la atracción del cliente se produce, no tanto por la acción del distribuidor, sino por el elevado renombre que tiene la empresa en el mercado[52]. También son determinantes las campañas publicitarias costeadas por el proveedor, que excluyen el derecho al pago compensatorio cuando, a través de ellas, los terceros conocen la existencia del producto y acuden a adquirirlo al establecimiento del concesionario, sin que éste haya participado en la labor de captación[53].

La sentencia analizada concluye que el distribuidor sí era merecedor de la compensación. El informe del perito, donde se comparan los listados de ventas a clientes de los productos «Toro» y «Alice» por parte de Felipe Borrás durante las campañas 2006-2009 y las realizadas directamente por Campagnola Ibérica durante el ejercicio 2009, estimó que la cifra de ventas que en este último ejercicio que tuvo la proveedora por clientes que pertenecían al distribuidor

52 SSTS de 20 de mayo de 2004 (TOL 434235) y de 5 de mayo de 2006 (TOL 934868).

53 SSTS de 21 de enero de 2009 (TOL 1438946) y de 3 de diciembre de 2010 (TOL 2009085).

ascendió a 230.238,62 €. Así, concluye el Alto Tribunal que «se había producido un aumento significativo de ventas a clientes nuevos y un incremento sensible de las operaciones con la clientela preexistente. De donde cabe inferir que la labor del distribuidor va a continuar produciendo ventajas sustanciales al comitente, puesto que de las comparaciones antes dichas (listados de clientes y facturación) se desprende que "Campagnola Ibérica" aumentó sus ventas a clientes que antes lo eran de "Felipe Borrás" en los citados 230.238,62 €».

3. Cuantificación de la compensación por clientela

De conformidad con el art. 28.3 LCA, la compensación por clientela *«no podrá exceder, en ningún caso, del importe medio anual de las remuneraciones percibidas por el agente durante los últimos cinco años o, durante todo el período de duración del contrato, si éste fuese inferior»*. Para determinar el quantum compensatorio se utilizan como referencia los márgenes de beneficio del distribuidor. Ahora bien, hasta hace poco tiempo se discutía si la base del cálculo debía efectuarse sobre la ganancia bruta o neta. Un sector jurisprudencial se inclinaba por el margen bruto[54], mientras que otro lo hacía en favor del neto[55], una vez descontados los costes empresariales e impuestos.

Para poner fin a esta controversia, el Tribunal Supremo, en su sentencia de 1 de marzo de 2017[56], ha fijado recientemente el criterio del margen neto: «la sentencia recurrida establece dicho cálculo de acuerdo con el criterio de "margen bruto". Por lo que se opone a la doctrina jurisprudencial expuesta y dicho criterio debe ser sustituido por el criterio de "margen neto"». Esta postura resulta la más acertada, a nuestro juicio. Tomando la cifra neta de la ganancia económica del distribuidor, se remunera exclusivamente su labor de captación clientelar, detrayendo otras cantidades que no obedecen a tal concepto y que engrosan el beneficio (por ejemplo, los impuestos)[57].

Bibliografía

Alcalá Díaz, M. A. (2015): «El pacto de duración y extinción anticipada de los contratos de distribución». En Alcalá Díaz, M. A. (2015): *Los contratos de distribución comercial: aspectos económicos y jurídicos*. Barcelona: Bosch, p. 193-244.

Alonso Soto, R. (2010): «El Anteproyecto de Ley de Contratos de Distribución». En Vázquez Albert, D. (Dir.), *Los contratos de distribución comercial. Novedades legislativas y jurisprudenciales*. Valencia: Tirant lo Blanch, p. 33 y ss.

Asociación de Profesores de Derecho Civil (Coord.) (2016): *Propuesta de Código Civil. Libros Quinto y Sexto*: Valencia: Tirant lo Blanch.

Cañabate Pozo, R. (2014): «Nueva perspectiva de regulación de los contratos de distribución», *Revista Aranzadi Doctrinal*, 2014, 11: p. 23-42.

Carbajo Cascón, F. (2015): «Mercado, sistemas y contratos de distribución

54 SSTS de 26 de abril de 2002 (TOL 162043) y de 27 de mayo de 2015 (TOL 5171969).

55 SSTS de 21 de marzo de 2007 (TOL 1050543) y de 12 de julio de 2010 (TOL 1911090).

56 STS de 1 de marzo de 2017 (RJ 2017/611).

57 González-Orús Charro, M. (2017), p.343.

REVISTA JURÍDICA DERECHO
ISSN 2413 – 2810, Volumen 5. Nro. 6 Enero – Junio, 2017 pp. 67 - 86

comercial». En Carbajo Cascón, F. (Dir.), *Los contratos de distribución en las propuestas armonizadoras del derecho contractual europeo*. Valencia: Tirant lo Blanch, 35-49.

Carrasco Perera, Á. (2010): *Derecho de contratos*. Cizur Menor: Aranzadi.

Castro Lucini, F. (1974): «Los negocios jurídicos atípicos». *Revista de Derecho Notarial*, 1974, 3: p. 9-34.

Castro Lucini, F.; Chuliá Vicent, E. y Beltrán Alandete, T. (1995): *Aspectos jurídicos de los contratos atípicos*, vol. II. Barcelona: Bosch.

Díaz-Ambrona Bardají, M. D. (1998): «Los contratos atípicos». *Actualidad Civil*, 1998, 2: p. 345-362.

Díez-Picazo y Ponce de León, L. (2008): *Fundamentos de derecho civil patrimonial*, vol. II, *Las relaciones obligatorias*. Pamplona: Aranzadi.

Galán Corona, E. (2010): «Los contratos de distribución. Ideas generales». En Herrero García, M. J. (Dir.), *La contratación en el sector de la distribución comercial*. Pamplona: Aranzadi, p. 21-40.

García Vicente, J. R. (2011): «Sentencia de 12 de julio de 2010. Compensación por clientela en contrato de concesión o distribución en exclusiva. Subcontratación». *Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil*, 2011, 85, p. 609-626.

González-Orús Charro, M. (2017): *Los contratos de distribución*. Extinción: problemática y práctica. Valencia: Tirant lo Blanch.

Gutiérrez Peña, F. (2002): «El desistimiento unilateral extintivo de los contratos de concesión mercantil o distribución comercial en nuestra jurisprudencia». En *Miscelánea de derecho privado*. Madrid: F. Gutiérrez editor, p. 279-342.

Iglesias Prada, J. L. (1978): «Notas para el estudio del contrato de concesión mercantil». En AAVV, *Estudios de Derecho Mercantil en homenaje a Rodrigo Uría*. Madrid: Civitas, 249-281.

Lara González, R. (1998): *Las causas de extinción del contrato de agencia*. Madrid: Civitas.

Lascorz Collada, M. C. (2015): «El desistimiento unilateral (*termination at will*) en los contratos de larga duración: análisis del *Common Law* en los contratos de distribución». *Revista de Derecho Patrimonial*, 2015, 36: p. 251 a 276.

Martí Miravalls, J. (2015): «El método para la cuantificación de la compensación por clientela en el contrato de agencia: la cuestión pendiente de la jurisprudencia española. Comentario a la sentencia del Tribunal Supremo [1ª] de 3 de junio de 2015». *Revista de Derecho Mercantil*, 2015, 298: p. 439-455.

Martínez Sanz, F. (1998): *La indemnización por clientela en los contratos de agencia y concesión*. Madrid: Civitas.

Moralejo Menéndez, I. (2007) *El contrato mercantil de concesión*. Cizur Menor: Aranzadi.

Moralejo Menéndez, I. (2010): «La indemnización por clientela en los contratos de distribución». En Herrero García, M. J. (Dir.), *Contratos de distribución comercial. Garantías personales*. Salamanca: Ratio Legis, p. 137-154.

Olmo Gascón, A. M. (2003): *La franquicia. Un procedimiento de descentralización*

productiva desregulado laboralmente. Valencia: Tirant lo Blanch.

Quiñonero Cervantes, E. (1988): «Sentencia de 22 de marzo de 1988. Contrato de agencia; incumplimiento parcial. Resolución unilateral del contrato. Indemnización de daños y perjuicios». *Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil*, 1988, 16: p. 237-242.

Rodríguez Marín, C. (1991): *El desistimiento unilateral (como causa de extinción del contrato)*. Madrid: Montecorvo.

Ruiz Peris, J. I. (2003): «Sentencia de 23 de diciembre de 2002. Contrato de agencia: indemnización por clientela: fundamento, aplicación a contratos en los que el agente está sometido a una prohibición de competencia, aplicación a contratos de duración determinada prorrogados. Servicio técnico oficial: recompra de stocks de piezas de recambio». *Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil*, 2003, 63: p. 925-938.

Valenzuela Garach, F. J. (1997): «El contrato de concesión mercantil y su extinción por denuncia unilateral». *Revista de Derecho Mercantil*, 1997, 225: p. 1297-1324.

Vaquero Pinto, M. J. (2006): «El desistimiento unilateral en los contratos de duración indefinida» En Llamas Pombo, E. (Coord.), *Estudios de derecho de obligaciones: homenaje al profesor Mariano Alonso Pérez*, tomo II. Madrid: La Ley, p. 897-914.

Vaquero Pinto, M. J. (2013): «Contratos de distribución comercial». En Bercovitz Rodríguez-Cano, R. (Dir.), *Tratado de contratos*, tomo III. Valencia: Tirant lo Blanch, p. 3319-4221.

Vaquero Pinto, M. J. (2015): «Duración del contrato y extinción del contrato por tiempo determinado y por tiempo indefinido: el preaviso». En Carbajo Cascón, F. (Dir.), *Los contratos de distribución en las propuestas armonizadoras del derecho contractual europeo*. Valencia: Tirant lo Blanch, p. 517-545.

Vaquero Pinto, M. J. (2015); «Compensación por clientela». En Carbajo Cascón, F. (Dir.), *Los contratos de distribución en las propuestas armonizadoras del derecho contractual europeo*. Valencia: Tirant lo Blanch, p. 611-626.

Zurita Herrera, P. (2012): «Duración y extinción del contrato de distribución en el proyecto de ley del contrato de distribución». *Revista de Derecho Patrimonial*, 2012, 29: p. 363-403.