

Mercantil

# Contratos de agencia y contratos de distribución: calificación y cuantificación de la indemnización por clientela

En su Sentencia 944/2023, de 13 de junio, el Tribunal Supremo ha vuelto a pronunciarse sobre las diferencias entre el contrato de agencia y el de distribución y ha entrado a analizar, en particular, la repercusión que la diferente naturaleza de uno y otro contrato tiene en el cálculo de la indemnización por clientela.

## ALBERTO DÍAZ MORENO

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

### 1. Antecedentes

§ 1. En el año 2002, la sociedad CWI, Inc. (CWI, en adelante) y la compañía mercantil SCG, S. L. (SCG, en adelante), iniciaron una relación de colaboración mercantil en cuya virtud la segunda había de comercializar en España licencias del *software* de la primera. Aunque la vinculación mencionada se inició en el 2002, se formalizó por escrito mediante un contrato suscrito el 1 de junio del 2009, fijándose en ese momento para la relación una duración de cinco años prorrogables; no obstante, llegado el 2014 y debido a las desavenencias entre las partes, el contrato no se prorrogó. Es de notar que en el documento

del 2009 las partes se denominaban *licenciante* (CWI) y *distribuidor* (SCG).

§ 2. En el 2015, SCG demandó a CWI y, argumentando que la relación jurídica que había vinculado durante años a ambas sociedades era un contrato de agencia, reclamó la indemnización que —partiendo de esta premisa— entendía que le correspondía de conformidad con el artículo 28 de la Ley sobre Contrato de Agencia (LCA). Adicionalmente, solicitó otras indemnizaciones (de notable menor cuantía) por el lucro cesante y por los daños morales ocasionados. CWI adujo, por su parte, que el contrato que había ligado a las partes no era en realidad de agencia,

sino de distribución, porque SCG adquiriría las licencias para después venderlas a los clientes, asumiendo así el riesgo de las operaciones; de hecho, CWI le facturaba a SCG descontando previamente el beneficio o margen comercial «en concepto de comisión». Además, la compañía demandada formuló una reconvencción, que fue desestimada en ambas instancias (y de la que no nos ocuparemos en esas líneas porque su contenido y vicisitudes en el litigio no resultan relevantes a los efectos de esta nota).

§ 3. En primera instancia, la demanda fue desestimada. El juzgado consideró que, si bien el contrato en torno al que giraba la controversia era un contrato mixto de distribución/agencia (que podría fundamentar, en principio, el reconocimiento de una indemnización por clientela), en el supuesto concreto no se acreditó debidamente la cuantía indemnizatoria reclamada (importe que, además, no debió calcularse por referencia a las comisiones brutas percibidas por la actora, sino a las netas —esto es, con deducción de los gastos—).

§ 4. La Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona (Sección 16.ª) 140/2019, de 28 de marzo (ECLI:ES:APB:2019:2617), estimó parcialmente el recurso formulado por la demandante y condenó a la demandada a abonar a aquélla, en concepto de indemnización por clientela, una suma equivalente al importe medio anual «de las comisiones [sic] percibidas durante los últimos cinco años». En sustancia, la Audiencia consideró innecesario indagar si el contrato objeto de la demanda era un contrato de agencia o si se trataba en rigor de un contrato de distribución; y ello, porque la jurisprudencia ha venido admitiendo que la indemnización por clientela puede resultar procedente también en los contratos de esta última naturaleza (aunque no de forma automática, sino cuando el distribuidor

que pretenda ser indemnizado pruebe la efectiva aportación de clientela y su potencial aprovechamiento por el concedente, salvo pacto en contrario).

§ 5. A pesar de lo anterior, la Audiencia Provincial apuntó que el contrato en cuestión presentaba elementos de ambas figuras (del contrato de la agencia y del de distribución). Así, la actora adquiriría directamente las licencias a la demandada y después las vendía a los clientes; la demandada, por su parte, facturaba a la actora con un descuento que se correspondía precisamente con la comisión o margen comercial de beneficio de esta última. Ahora bien, estas previsiones propias de los contratos de distribución (en los que el distribuidor asume el riesgo comercial) se mezclaban o combinaban con otras cláusulas contractuales típicas de las relaciones de agencia, como las que imponían al colaborador un deber de exclusividad y la obligación de rendir cuentas. Por lo demás, la Sala de apelación entendió que, efectivamente, la demandada se había aprovechado del fondo de comercio generado por la actividad de la actora durante los doce años de ventas de licencias (incluidos los últimos cinco años que duró su vinculación), por lo que la finalización del contrato al expirar el plazo acordado no impedía acoger la pretensión deducida en la demanda. En consecuencia, concedió —como se ha anticipado— la indemnización por clientela en la cuantía solicitada: la media de las comisiones de los últimos cinco años (determinada —aclaró la Audiencia— mediante la «división de la suma de las comisiones de cada año entre los años a que se refieren»).

§ 6. CWI interpuso un recurso extraordinario por infracción procesal y un recurso de casación (articulado en cuatro motivos). La Sentencia del Tribunal Supremo 944/2023, de 13 de junio (ECLI:ES:TS:2023:2580), desestimó

el primero de los recursos, pero estimó el de casación (en concreto, estimó los tres primeros motivos esgrimidos). Y, en consecuencia, asumiendo la instancia, condenó a la demandada a indemnizar a la demandante «en la suma que, en ejecución de sentencia, se determine como importe medio de los beneficios netos obtenidos por la demandante en los últimos cinco años de vigencia del contrato, esto es, el porcentaje de beneficio que le queda al distribuidor una vez descontados los gastos y los impuestos».

§ 7. Seguidamente nos detendremos en las manifestaciones efectuadas por el Tribunal Supremo al resolver el recurso de casación. Para ello trataremos las cuestiones suscitadas en el mismo orden en que lo hizo la sentencia reseñada.

## 2. La calificación jurídica del contrato

§ 8. En los dos primeros motivos de casación, la sociedad demandada y recurrente insistió en que la relación que habían mantenido las partes debió haber sido calificada de contrato de distribución a la vista de las características de la actividad comercial que desarrollaba la compañía actora. Y argumentó en este sentido que la calificación del contrato como de agencia o de distribución no era una cuestión irrelevante porque, aunque la jurisprudencia admite que en ambas modalidades contractuales pueda ser procedente la indemnización por clientela, los parámetros para su cálculo son distintos en uno y otro caso: en el contrato de agencia regiría —según la recurrente— el criterio del margen bruto, mientras que, en el de distribución, se aplica el criterio del margen neto.

§ 9. El Tribunal Supremo abordó este asunto poniendo de manifiesto las diferencias entre el contrato de agencia y el de distribución. El primero puede concebirse (de la mano del

art. 1 LCA) como aquel «en virtud del cual una persona, física o jurídica, se obliga a promover el negocio por cuenta de otra, de manera estable, continuada e independiente, a cambio de una remuneración». El segundo (que carece de regulación legal específica) puede definirse como «el contrato en virtud del cual un profesional o empresario independiente pone su estructura y red comercial a disposición de otro empresario o fabricante para distribuir sus productos, durante un plazo de tiempo, con o sin la exclusividad para revenderlos» (*cfr.*, en esta línea, entre otras muchas, las SSTS 428/1999, de 17 de mayo [ECLI:ES:TS:1999:3375]; 1030/2001, de 31 de octubre [ECLI:ES:TS:2001:8489]; 795/2008, de 22 de julio [ECLI:ES:TS:2008:4121], y de 10 de julio del 2006 [ECLI:ES:TS:2006:4203]). En suma, concluye la sentencia ahora comentada, «en el contrato de agencia el agente actúa en nombre del empresario promoviendo sus productos y a cambio recibe una remuneración, mientras que, en el contrato de distribución, el distribuidor compra y revende los productos del fabricante o empresario y actúa en nombre propio, asumiendo el riesgo de las operaciones emprendidas».

§ 10. Partiendo de las anteriores consideraciones, el Tribunal Supremo indicó que la calificación de un contrato de colaboración como de agencia o de distribución resultaba sin duda relevante en el caso. Es cierto —señaló el alto tribunal— que la jurisprudencia viene entendiendo aplicable a los contratos de distribución el artículo 28 de la Ley sobre Contrato de Agencia, relativo a la indemnización por clientela (siempre y cuando se cumplan los requisitos establecidos en dicho precepto). Pero también lo es que el modo de cálculo de la indemnización no es el mismo en un tipo contractual y en otro, porque el distribuidor no percibe una remuneración del empresario principal, sino que obtiene su beneficio empresarial del margen comercial

que aplica en la reventa de los productos distribuidos (de ahí que, en este segundo caso, la indemnización no se pueda calcular —obviamente— tomando como base las comisiones pagadas por el empresario al agente). Por ello, a los efectos de aplicar analógicamente el artículo 28 de la Ley sobre Contrato de Agencia a los contratos de distribución, habrá que entender la mención de las remuneraciones del agente como referida a la diferencia entre el precio al que el distribuidor compra y el precio al que revende (pero, como se verá más adelante, entendido este margen en términos netos: *infra*, apartado 3).

§ 11. Pues bien, el Tribunal Supremo —teniendo en cuenta lo expuesto en relación con la diferente manera de calcular el importe de la indemnización por clientela según el contrato sea de agencia o de distribución— señaló que la Audiencia debería haber calificado de un modo u otro el contrato controvertido. Y que, en el caso de haber estimado —como hizo— que el contrato contenía rasgos «mixtos», debería haber determinado cuáles resultaban más relevantes o prominentes para así realizar el cálculo de la indemnización de la forma oportuna.

§ 12. Finalmente, el Tribunal Supremo consideró, descendiendo ya al caso concreto, que el contrato que había vinculado a CWI y SCG presentaba notas que conducían a preferir su calificación como contrato de distribución. Alcanzó esa conclusión al tomar en cuenta que en el contrato celebrado por las partes se utilizaba el término *distribuidor* para identificar el papel de la actora y, sobre todo, al comprobar que se asumieron unas obligaciones que iban más allá de la mera promoción comercial (propia del contrato de agencia), puesto que SCG se había comprometido a vender, facturar, aplicar los precios mínimos establecidos por el concedente y a prestar asistencia postventa a los clientes.

### 3. El cálculo de la indemnización por clientela en los contratos de distribución

§ 13. En el tercero de los motivos de casación, la compañía demandada y recurrente argumentó que la Audiencia Provincial la había condenado al pago de una indemnización por clientela cuyo importe había sido calculado sobre la base del margen bruto obtenido por la demandante (la diferencia entre el precio al que ella facturaba a la actora y el precio de venta a los clientes). Ello suponía que no se había respetado la doctrina jurisprudencial, según la cual el cálculo habría debido llevarse a cabo siguiendo el criterio de beneficio o margen neto.

§ 14. Con respecto a esta cuestión el Tribunal Supremo empezó por recordar que la aplicación analógica al contrato de distribución de las normas sobre la resolución unilateral del contrato de agencia no es incondicional y absoluta, sino que debe tener en cuenta las particularidades propias de cada tipo contractual (SSTS 39/2010, de 22 de febrero [ECLI:ES:TS:2010:735]; 404/2015, de 9 de julio [ECLI:ES:TS:2015:3997], y 356/2016, de 30 de mayo [ECLI:ES:TS:2016:2308]). En otros términos: no pueden aplicarse automáticamente al cálculo de la indemnización por clientela reglas que fueron dictadas teniendo específicamente en cuenta el sistema de remuneración del agente, puesto que dicho sistema no es compatible con el funcionamiento típico de los contratos de distribución. Por ello, y en un esfuerzo por ofrecer una solución, se ha entendido que, a los efectos del cálculo de la indemnización por clientela, la remuneración en el contrato de distribución vendría constituida por la diferencia entre el precio de compra por el distribuidor y el precio de reventa, que retribuye la operación concreta (*cfr.* por ejemplo, las SSTS 1030/2001, de 31 de octubre [ECLI:ES:TS:2001:8489]; 697/2007, de 22 de junio

[ECLI:ES:TS:2007:5830]; 39/2010, de 22 de febrero [ECLI:ES:TS:2010:735], y 317/2017, de 19 de mayo [ECLI:ES:TS:2017:1911]).

§ 15. Pero lo que se acaba de exponer requería una aclaración ulterior porque se planteaba la duda de si el cálculo de la indemnización por clientela en los contratos de distribución debía tomar como base el llamado *margen bruto* —es decir, la diferencia entre el precio de adquisición y el de reventa— o el llamado *margen neto* —esto es, el porcentaje de beneficio que le queda al distribuidor una vez descontados los gastos e impuestos—. Y lo cierto es que el Tribunal Supremo (SSTS 356/2016, de 30 de mayo [ECLI:ES:TS:2016:2308]; 137/2017, de 1 de marzo [ECLI:ES:TS:2017:708], y 317/2017, de 19 de mayo [ECLI:ES:TS:2017:1911]) ha venido a afirmar que, en los contratos de distribución, para establecer la cuantía de la indemnización por clientela, ha de recurrirse como criterio orientador al establecido en el artículo 28 de la Ley sobre el Contrato de Agencia, si bien el cálculo (que no podrá realizarse sobre las comisiones percibidas, que son propias del contrato de agencia) deberá hacerse tomando como base los beneficios netos obtenidos por el distribuidor, esto es, el beneficio que le queda al distribuidor una vez descontados los gastos y los impuestos (y no sobre el margen comercial o bruto, entendido como la mera diferencia entre el precio de adquisición de las mercancías al proveedor y el precio de su venta al público).

§ 16. Aplicando esta doctrina, y al asumir la instancia como consecuencia de la estimación de los tres primeros motivos de casación, el Tribunal Supremo resolvió que la indemnización que CWI debía abonar a SCG no había de calcularse «conforme a la media de las comisiones de los últimos cinco años, sino sobre la media de los beneficios netos obtenidos por el distribuidor en ese periodo»

(importe que se determinaría en ejecución de sentencia) y, por ello, no sobre el margen comercial o margen bruto.

En relación con lo anterior debe recordarse que las partes (y, siguiéndolas, la Audiencia) se habían referido en ocasiones a los descuentos que la demandada realizaba a la actora como «comisiones» cuando, en realidad, simplemente suponían el beneficio bruto o margen comercial de esta última porque representaban, precisamente, la diferencia entre el precio de adquisición y el precio de venta.

#### 4. Equidad y moderación de la indemnización por clientela

§ 17. En el cuarto y último motivo de casación (que fue desestimado), CWI adujo que la sentencia de segunda instancia había prescindido de la aplicación del juicio de equidad para cuantificar la indemnización por clientela y que se había limitado a fijarla en la media de los beneficios de los últimos cinco años sin tener en cuenta ningún criterio moderador (como, por ejemplo, la actividad de promoción de productos realizada por la propia demandada). Debe recordarse a este propósito que el artículo 28.1 de la Ley sobre Contrato de Agencia reconoce al agente, en determinadas condiciones, el derecho a recibir una indemnización por clientela «si resulta equitativamente procedente por la existencia de pactos de limitación de competencia, por las comisiones que pierda o por las demás circunstancias que concurran».

§ 18. En lo que respecta a este problema, el Tribunal Supremo señaló que, como no cabe una traslación mimética de lo previsto para los contratos de agencia a los contratos de distribución, resultaba preciso valorar las circunstancias concurrentes para decidir si procedía una aplicación analógica de aquellas

soluciones. Y ese análisis puso de manifiesto que no se llegó a acreditar en el proceso que, cuando en el 2002 se inició la relación comercial entre las partes, la demandada tuviera ningún cliente (de hecho, la Audiencia de Barcelona afirmó que la demandante le abrió el mercado en España), por lo que había de

concluirse que toda la clientela fue captada por SCG, actuación de la que habría obtenido provecho CWI de manera especialmente intensa dada la exclusiva pactada en su favor. En consecuencia, no había razones en el caso enjuiciado para proceder a una moderación de la indemnización.