



UNIVERSIDAD DE ESPECIALIDADES ESPÍRITU SANTO

FACULTAD DE DERECHO POLÍTICA Y DESARROLLO

**TÍTULO: LA INDEMNIZACIÓN POR CLIENTELA EN CONTRATOS DE
AGENCIA, CONCESIÓN Y OTROS DE DISTRIBUCIÓN MERCANTIL**

**TRABAJO DE TITULACIÓN QUE SE PRESENTA COMO REQUISITO
PREVIO A OPTAR EL GRADO DE ABOGADA DE LOS TRIBUNALES Y
JUZGADOS DE LA REPÚBLICA DEL ECUADOR**

NOMBRE DE LA ESTUDIANTE:

ANDREA ISABEL ORELLANA TOAPANTA

NOMBRE DEL TUTOR:

AB. FRANCISCO JAVIER JÁCOME MARÍN

SAMBORONDÓN, ABRIL DEL 2019

Dedicatoria

A mis padres, que son el pilar fundamental en mi vida, por darme la mejor educación tanto académica como de vida. Por ellos soy quien soy.

A mis maestros, por sus sabias enseñanzas, orientación y motivación; especialmente a mi tutor, Ab. Francisco Jácome Marín, por su guía y apoyo incondicional.

La indemnización por clientela en contratos de agencia...

**Andrea Orellana Toapanta, aorellanat@uees.edu.ec, Facultad de Derecho,
Política y Desarrollo, Universidad de Especialidades Espíritu Santo. Km 2.5 Vía
Samborondón**

Resumen

El presente trabajo explica lo relacionado a la dinámica mercantil y las disputas existentes entre el empresario principal y dependiente en los contratos de comercialización, lo que ha conducido a que la práctica de la indemnización por clientela se consolide en el ámbito internacional. Esta figura jurídica consiste en una compensación económica que recibe el agente o distribuidor por la clientela aportada al principal cuando se extingue el contrato, ya sea por decisión unilateral del principal o por acuerdo entre partes, siempre que cumpla con los supuestos requeridos. Esta indemnización no se encuentra recogida en el ordenamiento jurídico ecuatoriano, pero puede introducirse al mismo a través de un contrato atípico. El desarrollo enfoca a tres de los principales contratos de comercialización: la agencia, la concesión y otros de distribución; definiendo el alcance de estos, sus elementos constitutivos y los requisitos que dan origen a la indemnización por clientela cuando estos concluyen. Para esto, se utiliza doctrina, cuerpos legales y derecho comparado. Al finalizar se explica que la indemnización también se aplica en los contratos de arrendamientos urbanos con fines comerciales.

Palabras clave: *Indemnización, clientela, contrato, distribución, agencia, mercantil.*

Abstract

This document explains the mercantile dynamics and the existing disputes between the main and dependent employer in marketing contracts, which has led to the consolidation of the practice of compensation by clientele in the international area. This legal concept consists an economic compensation received by the agent or distributor by the clientele contributed to the principal when the contract is terminated, either by unilateral decision of the principal or by agreement between the parties, provided that it complies with the required assumptions. This compensation is not included in the Ecuadorian legal system, but it could be introduced through an atypical contract. The development focuses on three of the main marketing contracts: the agency, the concession and other distribution contracts, defining the scope of these, their constituent elements and the requirements that give rise to compensation for customers when they conclude. For this purpose, doctrine, legal bodies and comparative law are used. At the end it is explained, that this compensation is also applied in the contracts of urban leases for commercial purposes.

Keywords: *Compensation, clientele, contract, distribution, agency, mercantile.*

I. Introducción

Los cambios económicos del siglo XIX, junto a la Revolución Industrial, modificaron el esquema de las relaciones comerciales. La ampliación en la demanda del mercado generó problemas por la insuficiencia de la oferta de los comerciantes. Como respuesta, se aumentó la producción, lo que acarreó consigo la necesidad de acudir a intermediarios para que los productos puedan extenderse; estableciéndose así una relación triangular entre productor, distribuidor y consumidor (Di Vittorio, 2003, p. 360 - 363). Con el tiempo surgieron nuevas necesidades de comercialización lo que dio origen a figuras como la comisión o el corretaje; pero debido a la variabilidad del mercado aparecieron nuevas figuras legales más flexibles como los contratos de agencia y comercialización, adquiriendo estos últimos, en la actualidad, gran importancia en materia mercantil a escala internacional (Méndez, 2016, p. 10).

Los litigios jurídicos más relevantes tienden a darse cuando el contrato termina, y suele ser por decisión del principal o el contratante empresario. En dichos casos, la litis suele irse por el lado de las indemnizaciones: mientras que el principal desea despojarse del comercializador fácilmente sin pagarle nada, el empresario dependiente desea conseguir el mayor rédito posible (Rubín, 2016, p. 2). La insistencia por la indemnización se da por la figura de clientela cautiva que “responde, en definitiva, a la idea de que tras la resolución del contrato, el fabricante seguirá beneficiándose de la clientela generada por el agente” (de Puig, 2011, p. 2).

Según la Real Academia Española (RAE), el término indemnizar significa “resarcir de un daño o perjuicio, generalmente mediante compensación económica”

LA INDEMNIZACIÓN POR CLIENTELA EN CONTRATOS DE AGENCIA, CONCESIÓN Y OTROS DE DISTRIBUCIÓN MERCANTIL

(RAE, 2019); mientras que el Diccionario de Español Jurídico, de esta misma institución, puntualiza que dentro del ámbito legal dicha compensación económica se da en función de la privación de un bien o un derecho, por un daño a un tercero (RAE & Consejo General del Poder Judicial, 2019).

Por otro lado, la definición de clientela desde el punto de vista legal es bastante amplia; ya que esta puede abarcar la clientela habitual como la futura, pero posible. La clientela es el “conjunto de personas que utilizan los servicios de un profesional o que hacen sus compras en determinada casa de comercio” (Rubín, 2016, p. 3). La indemnización por clientela es un tipo de compensación que se da cuando se extingue la relación agente-contratante empresario, luego de cumplirse ciertos requisitos (Martínez, 1998, p. 1).

La importancia de una normativa que regule la indemnización por clientela es una muestra de la clara “necesidad de emprender determinadas medidas legislativas para poner fin a tal situación de inseguridad jurídica” (de Puig, 2011, p. 4). Sin embargo, este tema sigue siendo muy discutido en lo doctrinario y jurídico. Algunos autores han objetado este tipo de indemnización argumentando que el principal no tiene que pagar extra por la clientela ya que es implícito que ha pasado a ser suya desde el momento en el cual pagó lo establecido en el contrato; mientras que la postura contraria sostiene que el pago del contrato únicamente compensa el trabajo de generar una dependencia entre consumidor y empresario principal, o de generar el negocio, y no de una especie de venta de la lista de clientes al principal (Rubín, 2016, p. 9).

El presente trabajo académico tiene como objetivo definir el alcance del contrato de agencia y de ciertos tipos de contratos de comercialización, y sus elementos constitutivos e importancia, además de los requisitos para la indemnización por clientela cuando estos concluyan y en qué casos se dan. Para esto, se utiliza doctrina, cuerpos legales y derecho comparado.

II. Contratos de comercialización

Según el Código Civil ecuatoriano un “contrato o convención es un acto por el cual una parte se obliga para con otra a dar, hacer o no hacer alguna cosa” (Código Civil, 2012). Este mismo cuerpo legal menciona que los requisitos para contratar son: objeto lícito, causa lícita, capacidad y consentimiento.

Los autores Calvo & Puente y Flores (2014) mencionan que una vez que el contrato contiene todos los elementos necesarios para su constitución, se debe de determinar su validez. Dicha determinación significa que el contrato no debe de tener vicios del consentimiento que son el error, fuerza o violencia, dolo o incapacidad (p. 244-245).

En Ecuador, el Código de Comercio es el cuerpo legal que se encarga de estipular la normativa relativa al tráfico económico y al derecho mercantil y comercial y aquellos contratos que están dentro de estas ramas. Dichos contratos mercantiles demandan de requisitos especiales y formalidades, según el caso, que no pueden ser obviadas, siendo imperativo indicar que cuando existe un aparente conflicto de normas en temas contractuales, el Código de Comercio no anula u obvia

LA INDEMNIZACIÓN POR CLIENTELA EN CONTRATOS DE AGENCIA, CONCESIÓN Y OTROS DE DISTRIBUCIÓN MERCANTIL

las disposiciones del Código Civil, sino más bien se complementa con este cuerpo legal (Calvo & Puente, 2014, p. 237-245).

Entonces, es a partir de la creación del contrato que se desprenden obligaciones que las partes deben de cumplir dentro del plazo determinado en el mismo, puesto que se trata de un vínculo jurídico que debe ser respetado. Cuando hay incumplimiento de dichas obligaciones, existe la posibilidad de recurrir al sistema judicial para exigir el resarcimiento por incumplimiento o su ejecución forzosa (Martínez, Palau & Monteagudo, 2017, p. 15).

A diferencia de ciertos contratos en la rama de Derecho Mercantil, que tienden a poner a las partes al mismo nivel jerárquico como la compra-venta, los contratos de comercialización en cambio tienen un tipo de organización vertical, puesto que existe independencia económica, pero no jurídica (Rubín, 2016, p. 1-2). Desde que aparecieron este tipo de contratos, sobre todo a escala internacional, se ha formado una lucha de intereses entre las compañías dueñas de marcas y quienes asumen el rol de ‘comercializadores’, de ahí la necesidad de la creación de cierta regulación básica para evitar asimetrías que puedan afectar ilegítimamente a los intereses de las partes (Broseta & Martínez, 2018, p.13). En dicha pugna, el contratante principal (la empresa) tiene como objetivo económico ejercer su predominio comercial sin asumir las responsabilidades y obligaciones que son impuestas a los empleadores; mientras que el empresario dependiente acepta el predominio del contratante principal, como forma para poder beneficiarse del manejo del negocio (Rubín, 2016, p. 1-2).

LA INDEMNIZACIÓN POR CLIENTELA EN CONTRATOS DE AGENCIA, CONCESIÓN Y OTROS DE DISTRIBUCIÓN MERCANTIL

Si bien existe una asimetría entre partes (propia de este tipo de contratos), los contratantes dependientes pueden desempeñar sus funciones con su propio nombre o en nombre de la empresa contratante (Calvo & Puente, 2014, p. 240), dependiendo de cómo se haya establecido las cláusulas del contrato. En el presente documento el enfoque se da a tres de los principales contratos de comercialización: la agencia, la concesión y otros de distribución.

En primer lugar, el Contrato de Agencia se da cuando un empresario quiere expandir su actividad en un determinado lugar geográfico; así, nombra a un agente que, con su propia empresa (siendo así económicamente independiente), capta clientes para dicho empresario. La Ley española sobre el Contrato de Agencia (LCA) menciona que en este contrato el agente se obliga frente al principal de manera estable a cambio de una remuneración, a promover actos u operaciones de comercio por cuenta ajena (o a promoverlos y concluirlos), sin asumir el riesgo de dichas operaciones (Martínez, 1998, p. 12).

Lo fundamental de la agencia mercantil es la conquista y la expansión del negocio dentro un mercado e incluso su mantenimiento, en favor del productor. Una de las modalidades que puede caracterizar la actividad que desempeña el agente para este propósito es la de distribuir los productos del empresario, adquiriéndolos en propiedad o no (Arrubla, 2016, p. 405).

En el Código de Comercio ecuatoriano se menciona a las “agencias de negocios mercantiles” como un acto de comercio. Dentro de la regulación existente de las agencias de negocios mercantiles se encuentra la estipulación de requisitos

LA INDEMNIZACIÓN POR CLIENTELA EN CONTRATOS DE AGENCIA, CONCESIÓN Y OTROS DE DISTRIBUCIÓN MERCANTIL

mínimos que deben de contener este tipo de contratos para que sean válidos, entre ellos está cuáles son las facultades que se le otorga al agente, la rama en la cual puede ejercer sus facultades, la zona geográfica en que esté habilitado y el periodo de sus actividades.

En segundo lugar, el Contrato de Concesión es aquel por el cual una persona llamada ‘concedente’, encarga a otra persona natural o jurídica llamada ‘concesionario’, a gestionar o hacer gestionar a su riesgo y ventura un servicio o gestión, proporcionando ventajas como tarifas pagadas por los usuarios (derechos de explotación). La concesión, para el profesor Vargas Fritz citado por Moraga, es un tipo de acto de la autoridad que es otorgado en favor de los particulares, como los derechos al uso, goce o disposición de cosas o servicios de dominio estatal o privado (2015, p. 41).

Arrubla agrega que el empresario concedente se obliga a otorgar al empresario concesionario la distribución de sus productos o servicios o la utilización de sus marcas y licencias o espacios físicos a cambio de una retribución que podrá consistir en un precio o porcentaje fijo o una serie de prerrogativas indirectas que favorecen sus utilidades y su posición en el mercado frente a otros (2016, p. 396).

Desde el punto de vista comercial, los contratos de concesión tienen como finalidad el maximizar o al menos aumentar la competitividad, ya que se enfocan en atraer a nuevos clientes con la posibilidad de trabajar con comerciantes revendedores que participan en una organización comercial estructurada que puedan ofrecer mejores condiciones frente a otros proveedores que son competencia (Arrubla, 2016,

p. 391-394). Se trata entonces de una técnica de mercadeo de los bienes fabricados por una empresa (como técnica de comercialización de un producto) que conduzca a la distribución de los mismos en determinada zona geográfica, su mantenimiento, entre otras cosas (Escrihuela, 2015, p. 37).

Arrubla clasifica a las concesiones de acuerdo a dos criterios básicos: el origen de los derechos del concesionario (que a su vez pueden ser constitutivas o traslativas de derechos) y el contenido de la concesión (que a su vez se dividen dependiendo de su situación jurídica, de carácter general y preexistente; o, si existe un derecho subjetivo, de carácter individual) (2016, p. 405)

Por otro lado, cabe mencionar que este tipo de contrato permite adentrarse en el mercado ya que faculta la protección de las marcas, asegura el servicio de postventa, regula los precios finales de los productos, etc. Suele suceder que la concesión y la agencia se presentan al mismo tiempo. Además, este tipo de contrato es bastante común en el área de contratación pública, típicamente incluyen prestaciones para restauración, conservación, reparación de obras y mantenimiento de elementos, que suelen ejecutarse a riesgo y ventura del contratista (Escrihuela, 2015, p. 35).

Como regla general los reclamos y quejas de los adquirentes finales de productos deben de ser soportados y atendidos por el concesionario; dicha responsabilidad se fundamenta en la relación contractual trabada entre cliente y concesionario (típicamente contrato de venta o suministro) que es directa. Actualmente, con la ley de defensa al consumidor, también se acepta que la

posibilidad de acudir directamente al fabricante para que se responsabilice por los defectos de fabricación de sus productos (Arrubla, 2016, p. 416).

Finalmente, existen otros contratos de distribución que también son susceptibles a una indemnización por clientela. Viera, Echebarría y Ruíz (2013), mencionan que no tiene mayor sentido definir las distintas modalidades de este tipo de contratos, ya que es un sector dinámico que evoluciona con mucha velocidad (por ejemplo, dado el uso globalizado del internet, los contratos comerciales tienden a darse entre varios países por lo que ciertos puntos básicos sí son necesarios, siendo recomendable que sean muy restringidos, al punto que no permita que los empresarios involucrados puedan pactar libremente); por ende su incorporación de manera rígida a un texto legislativo encierra el peligro de que puedan volverse obsoletos a corto o mediano plazo (p. 55).

Dentro de este tipo de contratos, el distribuidor actúa como agente colocador del bien o servicio al alcance directo del consumidor (Espiniella, 2016, p. 30). Debido a esto, los comerciantes se ven en la necesidad de acordar términos y condiciones entre el productor y el distribuidor del bien o servicio (Arrubla, 2016, p. 404). Algunos autores consideran que los tipos básicos de esta categoría son: los contratos de compra en exclusiva (también llamados de suministro en exclusiva), la venta en exclusiva, la distribución selectiva (donde el proveedor se obliga vender los bienes objetos del contrato a distribuidores seleccionados) y las franquicias (ésta es la presentación más reciente en los negocios estadounidenses de este tipo de contrato y se ha vuelto muy popular con restaurantes) (Viera, Echebarría, & Ruíz, 2013, p. 56).

“Actualmente en la legislación ecuatoriana no se contempla al contrato de distribución como un contrato típico, es decir, no se encuentra disciplinado en ninguna norma ni aparece definido su régimen específico por medio de ley” (Rubín, 2016, p. 209); sin embargo, a pesar de ser un contrato atípico, es una figura muy popular dentro del Ecuador. Viera, Echebarría y Ruíz (2013) sugieren que de regularse el contenido de este tipo de contratos, se debe únicamente mantener las obligaciones básicas a través de normas generales que se completarían con algunas disposiciones específicas para ciertas modalidades contractuales (p. 57). Es decir, es preferible establecer pautas de comportamiento contractual en base a la buena fe y que permitan que se mantenga la autonomía de los contratantes, a regir a través de un catálogo taxativo las obligaciones y derechos de ambas partes.

III. La indemnización por clientela

Considerando la importancia de proteger jurídicamente a las partes dado lo común que son este tipo de contratos entre sujetos de diferentes países y jurisdicciones, la legislación actual propende a que las relaciones entre partes contratantes se den respetando la autonomía de la voluntad privada y manteniendo también el orden público con el fin de que el tráfico económico prospere (Ospina Fernández & Ospina Acosta, 2015, p. 11). Por ello, para el caso de la presentación que forma el objeto de la reclamación de obligaciones, esta debe de ser susceptible de evaluación económica (es decir, debe de poder evaluarse patrimonialmente), respondiendo al interés del acreedor, siendo determinada o determinable.

LA INDEMNIZACIÓN POR CLIENTELA EN CONTRATOS DE AGENCIA, CONCESIÓN Y OTROS DE DISTRIBUCIÓN MERCANTIL

El contenido de prestación puede referir a un dar, hacer o no hacer; además que para estas prestaciones nunca puede estar ausente un deber de conducta que determina la relación de obligaciones, que es el deber de actuar en todo caso con corrección y buena fe (Ordoqui, 2012, p. 334-335). El contrato debe ser ejecutado por ambas partes con conductas honestas, leales y fieles.

Sin embargo, teóricamente hablando, el problema no simplemente está en la determinación patrimonial para el resarcimiento, ya que de por sí resulta complejo darle una definición exacta a la naturaleza jurídica de la indemnización por clientela, puesto que no es una cuestión pacífica, pero su esencia puede ser reflejada a través de diversas corrientes que intentan explicarla (Martínez, 1998, p. 118). Existen tres corrientes principales, dos de ellas otorgando su fundamento al carácter: la teoría social, que protege al agente (el empresario dependiente) por considerarlo la parte más débil de la relación contractual, usando la indemnización como protección a la rescisión por parte del empresario; y la teoría retributiva, la cual se fundamenta en el beneficio futuro que representan las relaciones comerciales duraderas y estables que crea el agente para el empresario, por lo que extinto el contrato y siendo el empresario el único beneficiario económico, debe existir una retribución; y, por último, la tercera, basada en la teoría del enriquecimiento sin causa, la cual establece que una vez extinto el contrato no existe contraprestación al beneficio de las acciones desarrolladas por el agente que obtiene el empresario, por lo que es necesaria la indemnización. Teoría errónea a criterio de Martínez ya que el enriquecimiento del

LA INDEMNIZACIÓN POR CLIENTELA EN CONTRATOS DE AGENCIA, CONCESIÓN Y OTROS DE DISTRIBUCIÓN MERCANTIL

empresario se justifica en la finalidad del contrato de agencia que es el desarrollo comercial del empresario.

Durante el debate respecto a la teoría más acertada, inicialmente los doctrinarios, tratadistas y la jurisprudencia, concluyeron que la indemnización por clientela tenía naturaleza retributiva ya que el pago de la comisión al agente compensa la creación de un negocio singular, pero no puede verse como un pago por la transferencia de clientes al empresario principal por lo que este debía retribuirle al agente por las nuevas ganancias. Otros autores rechazan dichas teorías, tal como Fontcuberta, quien considera que la indemnización por clientela constituye únicamente una atribución patrimonial de carácter legal, por ende, no tiene ningún fundamento social, retributivo o en el enriquecimiento sin causa. (Fontcuberta, 2009, p. 110).

Alemania fue el primer país en regular el contrato de agencia, pero fue Suiza que admitió por primera vez la indemnización por clientela en la reforma a la ley del 04/02/1949, fijando como máximo las remuneraciones del agente obtenidas en un año. Cuatro años más tarde, el ordenamiento jurídico alemán dictó la ley *Handelsvertreter*, que estableció la indemnización por clientela con plazo indeterminado cuando la ruptura contractual fuese resultado de la decisión del principal sin que hubiera causa atribuible al comercializador. En esta norma se establecieron tres requisitos de procedencia: ventajas económicas posteriores a la culminación del contrato a causa de la clientela del agente, pérdida del dinero del agente a causa de los negocios concluidos; y, que la indemnización se funde en la

LA INDEMNIZACIÓN POR CLIENTELA EN CONTRATOS DE AGENCIA, CONCESIÓN Y OTROS DE DISTRIBUCIÓN MERCANTIL

equidad. Dichos requisitos se convirtieron en la base para ordenamientos jurídicos posteriores.

En 1986 el debate entre la teoría que quedaría vigente, quedó definido en el artículo 17 de la Directiva 86/653/CEE del Consejo Europeo (que es una disposición legal, propia del Derecho vinculante de los países de la Unión Europea, que también incluye al país destinatario en la adquisición de resultados concretos). Ahí se discutió la coordinación de los derechos de los Estados miembros en lo referente a los agentes comerciales independientes y se le otorgó a los Estados dos sistemas de protección al agente que opcionalmente pueden desarrollar en sus ordenamientos jurídicos. El primer sistema establece la indemnización por clientela que parte del cálculo de la media anual de las remuneraciones percibidas por el agente comercial durante los últimos cinco años (tope máximo de indemnización) (Herrero & Vega, 2008, p. 130); y, el segundo sistema, basado en la reparación, que hace referencia a una indemnización por daños y perjuicios, a la que no se le condiciona ninguna cuantía máxima. Las partes tienen la potestad de pactar cualquier fórmula.

Para Nils Wahl (2015), el tope máximo establecido para el primer sistema únicamente hace referencia a la indemnización por clientela, pero no limita el importe de la reparación de daños referidos a un objeto diferente; por ende, es posible exigir una reparación de daños referente a un perjuicio autónomo (p. 214). De ser así, ambas acciones serían admisibles en la demanda, ya que tienen por objeto la reparación de daños diferentes, lo que les permite coexistir. De forma sucesiva todos los países de

LA INDEMNIZACIÓN POR CLIENTELA EN CONTRATOS DE AGENCIA, CONCESIÓN Y OTROS DE DISTRIBUCIÓN MERCANTIL

la Unión Europea han regulado al contrato de agencia y otros de comercialización aceptando los parámetros de la Directiva de ambos sistemas.

A causa de la diversidad en regulación sobre la indemnización por clientela, en el régimen jurídico de los contratos internacionales, adquiere relevancia el carácter imperativo de las normas de la Directiva 86/653 (se proyecta al ámbito internacional). Es decir, resultan aplicables en todos los contratos que presenten una vinculación con los países que se han incorporado en el contenido normativo. La jurisprudencia del caso *Ingmar GB Ltd contra Eaton Leonard Technologies Inc.* ante el Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE) se tornó de extrema importancia para mediar este tipo de situaciones. Este caso trata de una sociedad domiciliada en California que designó como agente comercial a una sociedad Británica en Irlanda y Reino Unido. Culminado el contrato, el agente interpone una demanda solicitando indemnización por daños y perjuicios. Una cláusula contractual establecía que la ley aplicable al contrato era la ley Californiana la cual otorgaba una mínima protección al agente en comparación con la de la Directiva 86/653, con estos hechos el TJUE establece que los artículos 17 y 18 de la Directiva son normas internacionales imperativas, que deben ser aplicadas aunque las partes determinen que una ley extranjera será la ley rectora del contrato. El apego en este caso a la LCA es de directa aplicación cuando la actividad del agente haya sido ejercida dentro de un Estado miembro de la Directiva, incluso cuando el principal no esté establecido en un estado parte (Estévez, 2007, p. 140).

LA INDEMNIZACIÓN POR CLIENTELA EN CONTRATOS DE AGENCIA, CONCESIÓN Y OTROS DE DISTRIBUCIÓN MERCANTIL

Los sistemas establecidos por la Directiva han ocasionado diversas controversias como la determinación de la cuantía y las diferencias de aplicación de los Estados miembros. El TJUE en sentencia del 23/03/2006 en el caso *Honyven Informazioni Commerciali Srl v. Mariella De Zotti*, resuelve una cuestión de prejudicialidad en la que el órgano remitente pregunta si el cálculo debe realizarse de forma analítica como lo estipula el art 17.2 de la disposición legal o si se autorizan métodos de cálculos distintos que concedan márgenes más amplios que el principio de equidad, a lo que el TJUE resolvió que en relación al primer sistema, los Estados gozan de un libre margen de cálculo siempre que respete dicho principio. Con la finalidad de pacificar este tema se estableció un informe de aplicabilidad del artículo 17 de la Directiva relativa a la coordinación de los estados miembros (86/653/CEED).

Otros países como Grecia (cuyo ordenamiento jurídico se basa en el Real Decreto 18/05/1991) y Holanda, han optado por incorporar en su ordenamiento el sistema basado en la reparación, haciendo una remisión a la indemnización por daños y perjuicios de su derecho común. Francia sigue la misma línea, pero no posee fórmula explícita para establecer la indemnización. Sin embargo, a través de su jurisprudencia ha establecido un patrón indemnizatorio que equivale a dos años de remuneración bruta. La Corte de Casación francesa cataloga este estándar como el límite inferior de reparación.

En la actualidad, el primer sistema ha tenido una proyección mundial, ya que tiene la mayor aceptación en los ordenamientos europeos y ha sido acogido por la

LA INDEMNIZACIÓN POR CLIENTELA EN CONTRATOS DE AGENCIA, CONCESIÓN Y OTROS DE DISTRIBUCIÓN MERCANTIL

Cámara de Comercio Internacional, quien lo ha plasmado en la cláusula 21.1B en su contrato modelo sobre la Agencia Comercial Internacional.

En Italia por ejemplo, el art. 1751 del Código Civil establece la indemnización al agente acorde a las disposiciones de la Directiva y estableciendo que la concesión de esta indemnización no priva al agente del derecho al resarcimiento de otros daños (González, 1994, p.19). El ordenamiento español siguiendo también la línea del primer sistema, ha establecido que al extinguirse el contrato de agencia (sea o no indefinido), el agente tiene derecho a una indemnización siempre que concurren tres requisitos (con carácter acumulativo): “aportación de nuevos clientes por parte del agente o aumento de las operaciones con la clientela preexistente, que la actividad del agente continúe produciendo ventajas notorias al empresario, y, que sea procedente por la existencia de pactos de limitación de competencias, por las comisiones que pierda o por las demás circunstancias que concurren (Art.28.1 LCA). El Tribunal Supremo Español acepta que estas directivas legales sean aplicadas a los contratos de concesión, de distribución e incluso arrendamiento de forma análoga, pudiendo en estos contratos, excluirse la indemnización por clientela por acuerdo de las partes. Otros países europeos también han adoptado estas directrices legales señaladas.

Las diferentes legislaciones mencionadas y sus efectos dejan en claro la necesidad de la cooperación internacional entre tribunales. Calvo y Puente comentan que como ejemplos de cooperación está una eficiente coordinación de la administración y supervisión de los bienes y negocios del comerciante, la aprobación y aplicación por parte de los tribunales de los acuerdos relacionados a los

procedimientos, y la comunicación eficaz de información por cualquier medio que el juez, síndico u otros consideren oportuna (2014, p. 412).

IV. La clientela y los presupuestos para la indemnización

Según lo estipulado por la Directiva, la indemnización se encuentra sometida a cuatro condiciones que necesariamente deben darse: la terminación del contrato, la aportación de nuevos clientes o el incremento o desarrollo insigne de operaciones con los ya existentes, la susceptibilidad de seguir produciendo ventajas sustanciales al empresario y que resulte equitativamente procedente (acorde a las circunstancias de cada caso en concreto, especialmente las pérdidas económicas del agente comercial que sean resultado de las operaciones con dichos clientes); y, por último, un límite de la cuantía equivalente al cálculo de la media anual de las remuneraciones percibidas por el agente comercial durante los últimos cinco años (artículo 17.2 de la Directiva).

El derecho a la indemnización no nace automáticamente con la terminación del contrato. Inicialmente este derecho se origina en los supuestos de extinción del contrato (haya sido este de duración determinada o indefinida): cuando el empresario principal (persona natural o jurídica) lo decide de forma unilateral y siempre que la extinción de este no se haya producido por incumplimiento de las obligaciones del agente, o en caso de muerte del principal si se tratase de una persona física, siempre que haya sucesores. Pero si quien fallece es el empresario dependiente, el derecho a la indemnización podrá ser ejercido por sus herederos.

Existen otros casos en los que nace la indemnización pese a no haber extinción del contrato, debido a extinciones parciales o modificaciones tales como:

LA INDEMNIZACIÓN POR CLIENTELA EN CONTRATOS DE AGENCIA, CONCESIÓN Y OTROS DE DISTRIBUCIÓN MERCANTIL

retirar beneficio de exclusiva, cambio de gama de productos, etc.; en estos casos es necesario que los cambios sean aprobados por ambas partes, pues si de forma unilateral el empresario las impone, el agente podría rescindir el contrato con derecho a la indemnización por clientela y a una posible indemnización por daños y perjuicios, u optar por mantener el contrato inicial sin que surja ningún efecto ya que el contrato no ha mutado (Fontcuberta, 2009, p. 173).

Si existe convenio entre las partes para dichos cambios, se tendría que analizar si dicho cambio afecta a las condiciones esenciales del contrato inicial o priva al comercializador de sus clientes, en estos casos si existiría indemnización; por ejemplo, el cambio o reducción de zona geográfica, en este supuesto se analiza cada caso concreto; si resultase procedente la indemnización por disminución de clientela, su cálculo será únicamente respecto a los clientes que realmente se perdieron (Dickstein & Albaric, 2017, p. 40) . Cabe mencionar que en otros casos como el de cambio del catálogo de productos, la indemnización no tendría lugar ya que el empresario principal tiene la potestad de adaptar su política comercial a las necesidades de los consumidores. (Martínez, 1998, p. 135).

Ahora, considerando que existe la aportación de nuevos clientes, cabe destacar que en esta indemnización el término clientela hace referencia a la habitual y la futura que sea posible. En la doctrina del TSE 107/2003 de 19 de noviembre se define a la clientela como “compradores o usuarios habituales”, habitualidad que debe ser analizada según el tipo de producto, ya que la regularidad con la que compramos un jabón o una pasta dental, no es la misma con la que adquirimos un

LA INDEMNIZACIÓN POR CLIENTELA EN CONTRATOS DE AGENCIA, CONCESIÓN Y OTROS DE DISTRIBUCIÓN MERCANTIL

seguro médico o un vehículo; pero el que la frecuencia sea distante, no significa que no exista fidelización de esos clientes, ya que pese a los intervalos prolongados, siempre regresa al mismo establecimiento.

Se dice entonces, que se debe indemnizar en los contratos de comercialización por aquella clientela que el distribuidor o agente aporta produciendo una ganancia constante al principal, ya que no existe sustento para la indemnización cuando la clientela es ocasional porque se debe tener en cuenta que esta pueden emigrar a otro prestador. Respecto al precepto de “nuevos clientes”, cabe mencionar que es exigible únicamente para el empresario principal, ya que para cumplir con el presupuesto el agente puede aportar clientes suyos o recuperar antiguos del principal (Tapia, 2001, p. 4).

Por otro parte tenemos el aumento insigne de las operaciones ya existentes, el cual debe ser esencial, y cabe diferenciar si es cuantitativo (mayor volumen de pedidos) o cualitativo (pedidos de otros productos, aparte del solicitado frecuentemente); y, la susceptibilidad de seguir produciendo ventajas sustanciales al empresario, que deben determinarse según el caso concreto (Fountcuberta, 2009, p. 191).

Finalmente, la directiva expresa que debe existir una equidad procedente, la misma que le permite al juez valorar si procede o no la indemnización; siendo esta flexibilidad la que permite que la norma sea correctamente adaptada a cada circunstancia concurrente (Alonso, Sánchez, & Cañete, 2014, p. 94).

LA INDEMNIZACIÓN POR CLIENTELA EN CONTRATOS DE AGENCIA, CONCESIÓN Y OTROS DE DISTRIBUCIÓN MERCANTIL

Cabe insistir en que la legislación, doctrina y jurisprudencia sobre este tema está en constante evolución, ya que atiende al tráfico económico derivado de los contratos expuestos en el presente trabajo y a las exigencias mercantiles de un mundo globalizado (Castagnino, 2018, p. 15). Recientemente el TJUE ha resuelto una petición de prejudicialidad planteada por el Tribunal de Casación Francés en sentencia de 19 de abril del 2018 (asunto C-645/16), en la que establece que agentes comerciales tienen derecho a indemnización y a reparación de perjuicios incluso si la terminación del contrato de agencia se produce durante el período de prueba, la sentencia expresa que la indemnización y reparación “no pretenden sancionar la extinción del contrato, sino compensar al agente comercial por sus prestaciones anteriores de las que el empresario sigue beneficiándose con posterioridad a la terminación de las relaciones contractuales o por los gastos en que haya incurrido a efectos de dichas prestaciones” (2018, párr. 28).

A escala internacional algunos ordenamientos jurídicos también han incorporado la indemnización por clientela en la extinción de arrendamientos urbanos en los casos de uso comercial, es decir, cuando el inmueble desarrolla actividad de venta al público (Kuilwijk, 2018, p. 5). En estos casos el arrendador quedaría obligado a pagar una indemnización por la clientela obtenida al finalizar el contrato siempre que: no exista renuncia expresa a la indemnización, el arrendatario haya realizado una actividad comercial rentable, la extinción del contrato no se dé por incumplimiento contractual por parte del arrendatario (impago de renta, desistimiento

LA INDEMNIZACIÓN POR CLIENTELA EN CONTRATOS DE AGENCIA, CONCESIÓN Y OTROS DE DISTRIBUCIÓN MERCANTIL

voluntario del contrato, etc.); y, cuando el arrendador iniciara la misma actividad comercial de forma posterior a la extinción del contrato.

En el caso de los arrendamientos urbanos, el propietario puede liberarse de la obligación de indemnizar, si hay una renuncia expresa en el contrato, perdiendo el arrendatario toda posibilidad de reclamación (Gómez, 2017, p. 15). A diferencia de los contratos de comercialización, en estos es válido el libre acuerdo entre partes, siempre que este no sea contrario a la ley y orden público. Lo expuesto son bases comunes en diversos ordenamientos jurídicos, siendo esta figura regulada de forma independiente en cada legislación.

Finalmente se debe tener en cuenta que la indemnización por clientela pese a no estar dentro de la regulación de un ordenamiento jurídico, puede ser pactada como cláusula contractual. El principio de autonomía se fundamenta en la libertad de determinación del contenido de los negocios jurídicos. La evolución social y comercial es constante y crea nuevas relaciones jurídicas por lo que los juristas frente a aquellas convenciones no tipificadas en su ordenamiento han dado paso a los contratos atípicos, en los que las partes tienen libertad contractual para acordar situaciones no previstas en la ley siempre que sean conforme a derecho, pues la voluntad de las partes crea una obligación, determinando su objeto y extensión (Arce, 2001, p. 105).

En el ordenamiento ecuatoriano no existe una regulación particular de los contratos atípicos debido a la versatilidad de opciones que los negocios jurídicos ofrecen a los contratantes, únicamente se rigen por las cláusulas y condiciones que de

mutuo acuerdo plasman los contratantes o en su defecto por las comunes reglas de todos los contratos; siendo entonces que a través de este medio de contratación puede introducirse la figura legal que se enuncia en el presente trabajo.

V. Conclusiones

La aplicación de la indemnización por clientela ha generado serias discusiones en el ámbito doctrinal y jurisprudencial. Es una figura jurídica que ha evolucionado en el transcurso de los años, siendo los países con economías desarrolladas los principales precursores de su aplicación.

Dada la magnitud de los contratos en los que se puede aplicar este tipo de indemnización, en la práctica, la aplicación es mayor en los contratos de: agencia, concesión y otros de distribución, aplicándose en estos últimos por analogía el régimen jurídico del contrato de agencia.

Los países en vías de desarrollo, y como ejemplo Ecuador, no tienen en su ordenamiento jurídico las normas para proceder a los contratos de comercialización en general, ni a la aplicación de este tipo de indemnización, teniendo como única opción de aplicación la vía de los contratos atípicos.

En el proceso evolutivo de la indemnización por clientela, se ha considerado su aplicación en los arrendamientos urbanos.

La indemnización por clientela en todas las formas de contratación busca proteger los intereses de los comercializadores frente a los posibles abusos o excesos de los empresarios principales.

VI. Referencias bibliográficas

Petición de decisión prejudicial: Ingmar GB Ltd contra Eaton Leonard Technologies Inc., ECLI:EU:C:2000:605 (Sentencia del Tribunal de Justicia de la Union Europea (Sala Quinta) 09 de noviembre de 2000).

86/653/CEED, D. (s.f.). *Informe sobre la aplicación del artículo 17 de la Directiva del Consejo relativa a la coordinación de. Directiva del Consejo relativa a la coordinación de los derechos de los Estados miembros en lo referente a los agentes independientes.*

Alonso, E., Sánchez, R., & Cañete, V. (2014). *Derecho Mercantil de Contratos. Derecho Concursal.*

Arce, G. J. (2001). *Contratos mercantiles atípicos* (octava ed.). Mexico: Porrúa.

Arrubla, J. (2016). *Contratos mercantiles: contratos atípicos*. Colombia: LEGIS editores.

Asamblea Nacional. (03 de Diciembre de 2012). Código Civil. *Registro Oficial Suplemento 46 de 24-jun-2005*. Ecuador.

Broseta, M. & Martínez, F. (2018). *Manual de Derecho Mercantil*. (décimoquinta ed.) España: Tecnos.

Calvo, O., & Puente, A. (2014). *Derecho mercantil*. México: LIMUSA.

Castagnino, T., (2018). *El contrato de distribución*. España: RVLJ Editorial.

de Puig, J. (2011). La indemnización por clientela en los contratos de distribución. Algo de orden en el desorden. *Derecho Mercantil*, 58-61.

Di Vittorio, A. (2003). *Historia Económica de Europa*. Barcelona : Critica.

LA INDEMNIZACIÓN POR CLIENTELA EN CONTRATOS DE AGENCIA, CONCESIÓN Y OTROS DE DISTRIBUCIÓN MERCANTIL

- Dickstein, M. & Albaric, C., (2017). *International Commercial Agency and Distribution Agreements: Case Law and Contract Clauses* (Segunda Ed). Estados Unidos: Wolters Kluwer
- Escrihuela, F. (2015). *Guía práctica de la contratación del sector público*. España: LA LEY.
- Espiniella, A., (2016) *El contrato de distribución comercial internacional*. España: Aranzadi.
- Estévez, N. (2007). *La contratación del Agente Comercial en España y dentro de la UE*. Barcelona, España: Bosh.
- Fernández, J., Arenas, G. R., & De Miguel, A. P. (2007). *Derecho de los negocios internacionales*. Madrid, España: Iustel.
- Fontcuberta, L. (2009). *El contrato de distribución de bienes de consumo y la llamada indemnización por clientela*. Madrid, España: Marcialpons.
- Gonzalez, L. R. (1994). El contrato de agencia en Italia: Notas sobre su regulación actual. *Jurídica de Navarra*, 19.
- Gómez, L., (2017) *Teoría general de los contratos*. Venezuela: Independent
- Herrero, J. M., & Vega, C. V. (2008). El contrato de agencia y el contrato de distribución en exclusiva. La indemnización por clientela. *Estudios Económicos y Empresariales*(20), 130.
- Kuilwijk, K. (2018) *Commercial Contracts: Distribution Agreement*. Amsterdam: Westlex.
- Martínez, F. (1998). *La indemnización por clientela en los contratos de agencia y concesión*. Madrid, España.

LA INDEMNIZACIÓN POR CLIENTELA EN CONTRATOS DE AGENCIA, CONCESIÓN Y OTROS DE DISTRIBUCIÓN MERCANTIL

- Martínez F., Palau F., & Monteagudo M., (2017) *Comentario a la ley sobre contrato de agencia*. Madrid: Consejo General del Poder Judicial
- Méndez, A. (2016) *Principios fundamentales del derecho mercantil: colisión entre equidad y libertad*. México: Palibrio
- Moraga, C. (2015). *Contratación Administrativa*. Chile: Editorial Jurídica de Chile.
- Ordoqui, G. (2012). *Buena fe contractual*. Montevideo: Grupo Editorial Ibáñez.
- Ospina Fernández, G., & Ospina Acosta, E. (2015). *Teoría General del Contrato y del Negocio Jurídico* (Séptima ed.). Bogotá, Colombia: Temis.
- Real Academia Española. (2019). *Real Academia Española*. Obtenido de Real Academia Española: <https://dle.rae.es/?id=LMrZNIo>
- Real Academia Española y Consejo General del Poder Judicial. (2019). *Diccionario del español jurídico*. Recuperado el abril de 2019, de Diccionario del español jurídico: <https://dej.rae.es/lema/indemnizaci%C3%B3n>
- Rubín, M. (2016). Indemnización por clientela en los contratos de comercialización. *eMercantil*, 1-30.
- Tapia, S. (2001). *Aportación de nuevos clientes o incremento sensible de las operaciones como presupuesto para la indemnización por clientela en los contratos de distribución*. Madrid.
- Viera, J., Echebarría, A., & Ruíz, J. (2013). *La reforma de los contratos de distribución comercial*. Madrid: La Ley.
- Wahl, N. (2015). *Conclusiones sobre la STJUE 3 de diciembre de 2015, as C-338/14*.

LA INDEMNIZACIÓN POR CLIENTELA EN CONTRATOS DE AGENCIA,
CONCESIÓN Y OTROS DE DISTRIBUCIÓN MERCANTIL

Jurisprudencia:

STJUE 23 marzo de 2006, as. C-465/04, Honyvem Informazioni Commerciali Srl

v.Mariella De Zotti ECLI: EU: C: 2006:199.

STJCE 9 noviembre 2000, as. C-381/98, Ingmar, ECLI: EU: C: 2000: 605.

STJUE 23 marzo de 2006, as. C-465/04, Honyvem Informazioni Commerciali Srl v.

Mariella De Zotti ECLI: EU: C: 2006:199.