

# **Derecho Mercantil**

# Los CONTRATOS DE DISTRIBUCIÓN: LA TERMINACIÓN AD NUTUM y LA CORRESPONDIENTE INDEMNIZACIÓN POR CLIENTELA

**Andrés Ortiz Herbener** Profesor de Derecho  
Mercantil Internacional

## 1.- INTRODUCCIÓN.-

1.- La distribución comercial significa una superación de la intermediación tradicional mediante la aplicación, por los operadores económicos, de las técnicas de la comercialización asociada o integrada, horizontal o verticalmente, en los mercados ascendentes (adquisición) o descendentes (reventa), con el objeto de controlar la oferta o la demanda en aras de la adecuación de la producción al consumo intermedio y final o viceversa.<sup>1</sup>

2.- El derecho de distribución, en cambio, regula las relaciones entre el fabricante, importadores o proveedores con los distribuidores mayoristas o minoristas, para la comercialización de sus productos o servicios.

3.- El presente trabajo tendrá como objetivo estudiar la comercialización integrada verticalmente; la terminación *ad-nutum* (sin causa) de los contratos de distribución; y, la correspondiente indemnización por clientela que se deriva de esta clase de terminaciones. Respecto de lo primero, cabe citar a Domínguez García, cuando nos dice que se puede hablar de distribución vertical descendente en diversas formas. Decimos que es *directa* cuando la realiza el fabricante en el seno de su organización empresarial a través de personal dependiente, filiales o sucursales (distribución directa mediante órganos propios) o de empresarios auxiliares en

Domínguez García, M.A.: "Los contratos de distribución: Agencia Mercantil y Concesión Comercial", en: Contratos Internacionales, Calvo Caravaca y Fernández de la Gándara, Tecnos, 1997, p.1276

particular agentes comerciales (distribución directa mediante órganos extraños).

Cuando lo hace mediante la colaboración de terceros revendedores independientes, integrados en redes de comercialización del producto o servicio, como los concesionarios, distribuidores autorizados y franquiciados, hablamos en cambio de distribución *indirecta*.

4.- Dentro de la clasificación de los sistemas de distribución tenemos a la *distribución libre o extensiva*, que presenta como principales características: la utilización por el fabricante de distribuidores independientes tanto desde el punto de vista económico como jurídico, los que no se hallan propiamente incorporados a la red comercial del fabricante (comisionistas, agentes, terceros empresarios, etc.); y, en segundo lugar, la *distribución integrada* que comprende que terceros empresarios se incorporan a la disciplina y condiciones de un canal impuesto por el fabricante, perdiendo en mayor o menor medida su propia autonomía (los contrato de distribución en sentido estricto: distribución selectiva, exclusiva y franquicia).

5.- Por lo dicho, cabe entender la noción jurídica de distribución comercial desde conceptos amplios o restringidos. Sería *amplia*, aquella distribución que subsume todo contrato mercantil sinalagmático, tanto dependiente -donde ahora el contrato de agencia- cuanto independiente, donde aparecen entre los más importantes el de distribución autorizada o selectiva, el de concesión y el de franquicia. Será en cambio *restringida*, cuando nos circunscribimos a los contratos cuya función o causa típica y exclusiva, es la distribución descendente indirecta propia de la concesión, la distribución selectiva y la franquicia comercial.

6.- La denuncia (aviso de terminación) unilateral de un contrato de distribución, por parte del principal o concedente, puede ser analizada en una doble vertiente. La primera, cuando el distribuidor adecua su conducta a las causales que posibilitan esta clase de terminaciones, debido a un incumplimiento contractual o por causas legales, en cuyo caso no procede ninguna clase de indemnización; y, la segunda, cuando sin causa o motivo alguno (terminación *ad-nutum*), el principal termina dicha relación negocial. En este último caso, según la doctrina, sí procede el pago de ciertas indemnizaciones.

l'J.- En nuestro país, al día de hoy -salvo lo dispuesto de manera genérica en el Código Civil en la parte de los delitos y cuasidelitos- no encontramos una normativa que regule las indemnizaciones que deben ser satisfechas por los principales, ante una eventual terminación unilateral y sin causa de un contrato de distribución con una empresa distribuidora ecuatoriana. Sin embargo, en el Ecuador, la Ley de Protección a los Agentes, Representantes y Distribuidores de Empresas Extranjeras (Decreto Supremo 1038-A, R.O. 245, 31-XII-76 Y su ley interpretativa Ley 125, R.O. 982, 5-VII-96), sí regulaban unas *compensaciond* ante una eventual terminación unilateral del contrato, entre las que se encontraba la denominada *plusvalía del negocio*, calculada con base en el tiempo que duró el contrato, el volumen de ventas del distribuidor y el segmento de mercado que este obtuvo para el producto distribuid<sup>3</sup> (lo que pudiera asemejarse a una *indemnización por clientela*).

En esta Ley, los artículos 3 y 4 manifestaban: "Art. 3.- *No obstante la existencia de cláusula o estipulación contractual que reserve a las partes el derecho unilateral de poner fin a la relación existente, ninguna de las partes podrá darla por terminada, menoscabarla, modificarla o negarse a renovar dicho contrato a su vencimiento, excepto por justa causa debidamente comprobada ante Juez competente ...* "

"Art. 4.- *Si el principal o conceden te violare la disposición del artículo anterior, deberá indemnizar al concesionario en la medida de los daños y perjuicios que le genere, cuya cuantía se fijará de acuerdo con los siguientes factores:*

a.- *El costo actual de lo invertido por el agente representante o distribuidor para la adquisición y la adecuación de locales, equipos, instalaciones, mobiliario y útiles, en la medida de que tales no fueran fácil y razonablemente aprovechados para otra actividad a que el representante, agente, distribuidor estuviere normalmente dedicado.*

b.- *El costo actual de las mercaderías y/o materias primas, partes, repuestos, accesorios y material publicitario que el representante, agente, distribuidor hubiere adquirido y de cuya venta o distribución no puede aprovecharse.*

c.- *La plusvalía del negocio o aquella parte de esta, atribuible a la representación, agencia o distribución. Dicha plusvalía debe determinarse tomando en cuenta los siguientes factores:*

1.- *El número de años que el representante, agente o distribuidor haya tenido a su cargo la representación, agencia o distribución.*

2.- *Volumen actual de ventas o distribución de mercaderías, y la proporción que representen en el negocio del representante, agente o distribuidor.*

3.- *Proporción del mercado que el representante, agente o distribuidor haya obtenido en el Ecuador, o parte de él, y el volumen que represente.*

4.- *Otros factores que razonablemente ayuden a establecer de un modo equitativo el monto de dicho plusvalía."*

<sup>3</sup> Carmigniani, Eduardo: "Compensación a distribuidores", Diario Hoy, 10 de agosto de 1998.

Ahora bien, cierto sector de la doctrina en nuestro país se inclina a pensar que, por los abusos que se cometieron por los Tribunales de Justicia a la hora de determinar el cuántum indemnizatorio<sup>4</sup>, dicha Ley fue derogada (Ley 22 R.O. 156, 19-IX-97). Sin embargo, antes de su derogación, se expidió una Ley interpretativa y reformativa a esta *Ley de protección al concesionario ecuatorianos*, en el R.O. 982 del 5 de julio de 1996. En dicha reforma, el legislador, aceptando en parte la crítica que provenía de un importante sector de la doctrina, de los empresarios extranjeros y de los abogados en el libre ejercicio, quiso atenuar el monto de la indemnización que las empresas extranjeras tenían que pagar a las ecuatorianas, sin lograrlo. Dicha Ley interpretativa decía lo siguiente:

*"Art. 2.- El numeral segundo del artículo 4 de dicho Decreto Supremo, dirá:*

*Volumen actual de las utilidades sobre ventas o distribución de mercaderías objeto del contrato y la proporción que representen del total de las utilidades del negocio del representante, agente o distribución.*

*Art. 3. - Después del artículo 4, añádase el siguiente:*

*Art.. .. - En ningún caso las indemnizaciones a las que se refiere el artículo anterior excederán, como máximo, el valor que resulte de aplicar una de las dos fórmulas que se detallan a continuación:*

*A- El valor que resulte de multiplicar el promedio mensual de las utilidades líquidas de los últimos treinta y seis meses, que hubiere obtenido el concesionario como resultado de la venta o distribución de las mercaderías objeto del contrato, por el número de años que este hubiere durado; o,*

"Esa ley, sin embargo, fue derogada debido principalmente por los abusos que se cometieron últimamente al aplicar/a, pues, para calcular la referida plusvalía, se fue haciendo mala costumbre *MULTIPLICAR* el número de años que duró la relación por el volumen de ventas del producto distribuido, y con ello, en lugar de determinar el valor actual de la clientela perdida, se entregaba al distribuidor nada menos que la suma de todas las ventas efectuadas en todo el tiempo que duró la distribución". Carmigniani. Eduardo, cito

Fallo de Casación: 13-I1-97 (Exp. 26-97, R.O. 101, 4VII.97): "*Primero: ... Con los antecedentes jurídicos expuestos y relacionándolos unos con otros, se concluye que en nuestro derecho procesal, la Ley especial de protección al concesionario ecuatoriano y nuestro Código de Comercio aceptan que, bajo la condición de que los libros de contabilidad sean correctamente llevados, esos libros sirven para demostrar hechos y actos de comercio a favor de quien los lleva ...*"

*B.- El valor que resulte de sumar el monto total de las inversiones no amortizadas a las que se refiere el literal a) del artículo anterior, más el valor equivalente al cincuenta por ciento (50%) de las utilidades, calculadas en base a la fórmula establecida en el literal anterior, que se hubiere obtenido si se hubiese respetado el plazo contractual pactado.*

*No habrá lugar a indemnización alguna si el aviso de terminación hubiere sido pactado en el contrato y se lo diere con una anticipación de un año o más"*

8.- A continuación veremos que la fórmula que empleó nuestro legislador tiene alguna similitud a la que se aplica actualmente en los países de la Unión Europea. Para citar un ejemplo, en la Ley española del Contrato de Agencia (Ley 12/1992), a partir de los artículos 28 al 30, se establece un régimen especial de indemnizaciones exigibles por el agente una vez finalizado el contrato, que comprende, por un parte, una indemnización de carácter general por la clientela obtenida a favor del principal y, otra de carácter especial, por los daños y perjuicios causados en la terminación, obviamente cuando proceda. Como vimos, en el Ecuador se englobaba en cambio en una sola indemnización de daños y perjuicios, pero que comprendía varios factores, entre los que destacan la plusvalía del negocio, especialmente en cuanto a la: *"proporción del mercado que el representante, agente o distribuidor haya obtenido en el Ecuador o parte de él y, el volumen que represente"*

9.- En el caso específico de la indemnización por clientela en la doctrina extranjera, el autor Ricardo Alonso Soto expresa que el agente debe haber aportado nuevos clientes al principal, o incrementado sensiblemente las operaciones con la clientela preexistente y además, que su actividad anterior, continúe produciendo ventajas sustanciales para el empresario en cuestión, como puede ser la existencia de un pacto de no competencia o cualquier otra circunstancia. Respecto del cuántum indemnizatorio, este autor sostiene que *no podrá exceder, en ningún caso, del importe de los ingresos medios percibidos por el Regente durante los últimos cinco años o durante toda la vigencia del contrato, si su duración fuera inferior.*<sup>6</sup>

<sup>6</sup> "Los contratos de distribución comercial", en Uría, Rodriga y Menéndez, Aurelio, "Curso de Derecho Mercantil", t. 11, Madrid, 2001, p. 179 Y 180.

Resta decir -en el caso español- que existen casos determinados en la Ley, en los que no cabe exigir la indemnización por clientela: cuando el contrato se hubiese extinguido como consecuencia del incumplimiento de las obligaciones legales o contractuales pactadas por el agente?; cuando con autorización del principal se hubiese cedido el contrato a un tercero; y, cuando sea el propio agente el que resuelva unilateralmente el contrato, salvo que la denuncia tuviera como causa circunstancias imputables al principal.

10.- Para finalizar esta nota introductoria, creemos justo reconocer que el Ecuador se adelantó 10 años a la promulgación de la Directiva 86/653 CEE de 18 de diciembre de 1986, por la que se reglamentaba la figura del agente de comercio, y en la que se consagraban las indemnizaciones que podía percibir el agente en caso de una terminación *ad nutum* de su contrato. Es una lástima, en cambio, que no exista al momento, una normativa que fije parámetros a través de los cuales los Tribunales de Justicia puedan realizar el cálculo de una justa indemnización, a un distribuidor ecuatoriano que fuere separado de la distribución, de manera unilateral y sin causa.

#### 11.- LA TERMINACIÓN DE LOS CONTRATOS DE DISTRIBUCIÓN.-

1.- Como hemos dejado consignado, los contratos de distribución se extinguen normalmente por las causas generales previstas en el ordenamiento jurídico o en el contrato, especialmente por el cumplimiento del plazo establecido para su vigencia. En el evento que no exista un plazo fijado en el contrato, o si es que en el mismo se pactare que fuere por tiempo indefinido, cabe el desistimiento unilateral de cualquiera de las partes, que deberá ejercitarse siempre con arreglo a los principios de la buena fe.

En este último caso, las cuestiones más importantes se han resumido en dos: la necesidad de un preaviso y el derecho del distribuidor a

En el artículo 3 de la Ley de Protección .... se manifestaba que son justas causas para dar por terminado unilateralmente el contrato de agencia comercial, por parte del concedente o principal, cuando se hubiere producido un incumplimiento grave del concesionario en sus obligaciones estipuladas, o por la acción u omisión del concesionario que afecte gravemente los intereses del empresario.

reclamar una indemnización por clientela, en los términos antes anotados.

Ahora bien, existen varios casos de terminación ad nutum de contratos, que pueden encontrarse en la legislación comparada. Estos son los casos del Art. 25 de la Ley 12/1992 (Ley de Contrato de Agencia, en España), y del el Art. 302 del C. de Comercio<sup>8</sup> de ese país. Si bien en estos dos casos, las leyes son claras respecto de los plazos de preaviso (hasta 6 meses y 1 mes, respectivamente), en nuestro país no existen normas jurídicas que indiquen el *plazo razonable* con que debe el principal anunciarle al distribuidor el deseo de terminar unilateralmente el contrato.

Creemos firmemente que ante la falta de disposición legal, deben ser los Tribunales quienes estudiando caso por caso, determinen si el plazo de preaviso (anuncio de terminación) que ha existido en el caso particular, ha sido o no razonable, esto es, si ha mediado abuso o mala fe en la terminación unilateral del contrato. Obviamente, que de demostrarse procesalmente que no ha existido el preaviso, la mala fe se evidenciaría mayormente.

Conociendo pues la falencia de nuestra legislación al respecto, se torna recomendable establecer en los contratos de distribución por una parte, el plazo de preaviso frente a una eventual terminación *ad-nutum* y de ser posible, la forma en que debe calcularse la indemnización por clientela; o, en su caso, que ante el evento de una terminación de esta naturaleza, las partes expresamente renuncien al cobro de esta u otra clase de indemnización.

2.- Hay quienes sostenían que solo se podía denunciar el contrato si había justa causa para la terminación anticipada o lo que es lo mismo, motivo jurídicamente justificado. Sin embargo, esta teoría ha sido

<sup>8</sup> "En los casos de que el empeño no tuviere tiempo señalado, cualquiera de las partes podrá dado por fenecido, avisando a la otra con un mes de anticipación ... "

<sup>9</sup> Sea propicia la oportunidad para señalar que en la Ley interpretativa y reformatoria antes referida (R.O. 982 del 5 de julio de 1996, sí existía normado el "preaviso". Al final del artículo que se mandaba a agregar después del artículo 4, se decía lo siguiente: "*No habrá lugar a indemnización alguna si el aviso de terminación hubiere sido pactado en el contrato y se lo diere con una anticipación de un año o más*".



superada bajo el criterio que los contratos no pueden ser un vínculo prácticamente perpetuo.

3.- Si las partes establecen una cláusula de terminación ad nutum, no por ello se le concede al principal (empresa concedente) carta blanca en perjuicio de los intereses del distribuidor (empresa concesionaria), ya que su objetivo es habilitarle para poner fin al contrato con facilidad, ya que sólo podrá hacer uso de esta facultad, en la medida en que no cause un riesgo excesivo para el distribuidor. Se refiere Paz-Ares, al *DEBER DE CONFIANZA*, que obliga al principal a no denunciar el contrato antes de que haya transcurrido el plazo que razonablemente necesita el distribuidor o concesionario para amortizar las inversiones, que realizó confiado en la duración del mismo; al *DEBER DE PREAVISO*, que obliga al principal o concedente a no denunciar el contrato sin haber anunciado su propósito con una antelación prudencial a fin de que el distribuidor o concesionario pueda tomar las decisiones más convenientes a sus intereses; y al *DEBER DE COLABORAR*, en la liquidación que obliga al principal a ciertas conductas activas, como por ejemplo: recompra del stock sobrante<sup>11</sup>, colaboración en la transmisión del negocio, etc.

Sin embargo, estas conductas que deben exigirse al principal o concedente, han de complementarse con el *DEBER DE NO EXPROPIACIÓN* (cuya excepción es la *exceptio doli*). En efecto, este deber se traduce en no utilizar la cláusula de terminación ad nutum para extraer rentas que contractualmente le pertenecen al distribuidor, o bien, utilizarla como arma de presión frente al distribuidor o concesionario para obtener modificaciones favorables del contrato, por ejemplo, una reducción en el territorio asignado en exclusiva al concesionario (esto constituye una conducta oportunista de parte del principal).

10 Al efecto, nuestra derogada Ley de Protección ... con acierto por cierto, manifestaba que la indemnización de daños y perjuicios a la que tenía derecho el distribuidor ecuatoriano, comprendía entre otros rubros: *El costo actual de lo invertido por el agente, representante o distribuidor para la adquisición y la adecuación de locales, equipos, instalaciones, mobiliario y útiles, en la medida que no fueran fáciles y razonablemente aprovechables para otra actividad a que el representante, agente o distribuidor estuviere normalmente dedicado*

11 El artículo 4 de la Ley de Protección .... letra b, decía que la indemnización de daños y perjuicios se fijará, entre otros factores por: *El costo actual de las mercaderías y/o materias primas, partes, piezas, repuestos, accesorios y material publicitario que el representante, agente o distribuidor hubiere adquirido y de cuya venta o distribución no pueda aprovecharse.*

4.- A través de la *exceptio doli*, el distribuidor puede acudir a los tribunales a reclamar una justa indemnización, siempre y cuando se reúnan los siguientes requisitos: evidencia jurídica, prueba líquida y gravedad de la decisión. Paz-Ares en este sentido hace referencia al distribuidor modélico: " ... *entendiendo por tal aquel que hace tan bien su trabajo (tanto desde el punto de vista de la calidad del servicio como de la cantidad de ventas) que puede resultar incluso apetitoso para el principal separarlo prematuramente de la red para beneficiarse de la elevada rentabilidad de su unidad, sea explotándola él directamente o "revendiéndola" a un mejor precio. Pues bien, a mi juicio, cuando un distribuidor es separado de la red ya hay evidencia indiscutible de su carácter modélico (puede acreditarse, por ejemplo, que tiene unos excelentes registros de calidad y exhibe un volumen de negocios significativamente mejor a la mediana de la red) debe admitirse la posibilidad de recurrir al sistema jurídico para defender sus intereses. El remedio de que podría echarse mano es la exceptio doli ... "*

### III.- LA NATURALEZA JURÍDICA DE LA INDEMNIZACIÓN POR CLIENTELA.-

1.- Diversas han sido las posiciones que se han venido esgrimiendo, respecto de la naturaleza jurídica de la indemnización por clientela. Ya sea como norma de índole social o porque se consideraba que el principal se enriquecía sin causa al adquirir la clientela que le dejaba el distribuidor, los autores hasta el día de hoy no terminan en ponerse de acuerdo. En todo caso, esta institución tiene su antecedente más lejano en el artículo 418u del Código de Obligaciones suizo, introducido por la Ley de 4 de febrero de 1949<sup>12</sup>.

2.- Sin embargo de estas iniciales posturas, hoy la naturaleza jurídica de la indemnización por clientela, se la aprecia desde otra realidad: *una compensación (carácter retributivo o remuneratorio)*.

<sup>12</sup> El artículo 418 u, párrafo 10 decía: " ... *corresponderá al agente cuyo contrato se extinga -o sus herederos- una indemnización adecuada cuando aquél, gracias a su actividad, hubiese ampliado sensiblemente la clientela del empresario, y de la relación comercial establecida con la clientela adquirida se deriven, incluso tras la extinción del contrato de agencia, ventajas considerables para el empresario o su sucesor, siempre que el pago de la tal indemnización no resulte injusto*". Martínez Sanz, Fernando, "La Indemnización por clientela en los contratos de agencia y concesión", 2da. Edición ampliada, Civitas, Madrid, 1998, p.68 Y 71.

Esto lo que deja en claro es que ya no se trata de un precio en pago por la adquisición o cesión de la *cartera* de clientes -ya que esta no es susceptible de una verdadera apropiación<sup>13</sup>. *sino de retribuir la actividad desarrollada por el agente durante el contrato, tendente a la creación y/o consolidación de relaciones comerciales estables (labor que no habría sido remunerada o al menos-no de manera suficiente- durante la vigencia del contrato).*

3.- En definitiva y a partir de esta realidad, las doctrinas más autorizadas atribuyen a la compensación por clientela, un carácter de *retribución diferida* por una actividad ya realizada pero no retribuida en su totalidad durante la vigencia del contrato. Estos es, que dicha actividad no se encontraría suficientemente remunerada por las simples comisiones de promoción o conclusión de operaciones que hubiere percibido el agente o concesionario

#### IV.- LAS CONSECUENCIAS DE LA DENUNCIA UNILATERAL.-

1.- Comenzaremos este análisis discutiendo la posibilidad de si en el Ecuador los Tribunales de Justicia, pueden establecer -sin ley que la regule - una indemnización por clientela a favor de la empresa que ha demandado una indemnización por haber sido separada la distribución de manera unilateral y sin causa. En España se encuentra plenamente reconocida en los arts. 5 y 11 del RD1438/95<sup>14</sup>, es decir en el ámbito laboral y en el artículo 28 de la Ley 12/1992 sobre el Contrato de Agencia.

<sup>13</sup> Resulta interesante la definición que nos trae Martínez Sanz, respecto de lo que debe entenderse como clientela: *conjunto de personas que, de hecho, mantienen con la casa relaciones continuas por demanda de bienes o de servicios ... cit., p. 107.*

<sup>14</sup> Este Real Decreto regula la relación laboral de carácter especial de las personas que intervengan en operaciones mercantiles por cuenta de uno o más empresarios, sin asumir el riesgo y ventura de aquellas. En el artículo 11 se dice: " Indemnización por clientela.- 1. El trabajador tendrá derecho a una indemnización especial distinta de la que pudiera corresponderle por despido improcedente, en consideración al incremento de clientela conseguido por él cuando concurren las circunstancias siguientes: a) Que la extinción del contrato no se hubiere debido al incumplimiento por el trabajador de las obligaciones que le corresponden; b) Que una vez extinguido el contrato, el trabajador esté obligado a no competir con el empresario o a no prestar sus servicios para otro empresario competidor del mismo. 2) Para calcular la indemnización por la clientela se compararán las listas de clientes establecidas conforme al artículo 5, al iniciarse y extinguirse la relación laboral, tomando, en su caso, en consideración el incremento del volumen de operaciones. 3. A falta de acuerdo entre las partes, la indemnización por la clientela se fijará por el Magistrado de Trabajo, sin que exceda del importe de las

2.- En nuestro caso, no tenemos una norma como la del Real Decreto antes mencionado, sino una-norma como la del artículo 319 del Código del Trabajo, que si bien recoge la figura del agente de comercio, lo clasifica como trabajador privado regido por la legislación laboral, sin derecho a percibir una indemnización por clientela en caso de despido:

*Los agentes de comercio o agentes viajeros que, por cuenta de personas naturales o jurídicas, realicen ventas de mercaderías, así como los agentes y corredores de seguros y los agentes residentes, son empleado privados, sometidos a las disposiciones de este código.*

3.- Es importante hacer notar una diferencia muy clara entre el agente de comercio que regula el Código del Trabajo y el comisionista del Código de Comercio. El agente, en la mayoría de los casos, no es un comerciante sino un trabajador, porque no obra solo, sino a *nombre de su empleador*. Eso lo diferencia del comisionista, quien actúa siempre de forma esporádica y libre, a *nombre propio y por cuenta de un tercero*<sup>15</sup>. No obstante lo dicho, este autor sostiene sin embargo, que cuando el agente de comercio tiene su propia empresa que cuenta con instalaciones y personal propio, donde puede atender a varios clientes a la vez y tiene personal bajo su mando (distribuidor), la dependencia, que de por sí es atenuada en los agentes vendedores-trabajadores, desaparece, ya que el agente se convierte en un comerciante con plena libertad para actuar. Es más, manifiesta que su relación es totalmente autónoma y que se encuentra excluida del Derecho Laboral, lo que compartimos plenamente.

4 .. - Ahora bien, ni en el orden laboral ni comercial anotados, encontramos referencia alguna a la indemnización por clientela. De ahí que *prima facie* y ante la derogada Ley de Protección a los Concesionarios, no parece factible que los Tribunales de Justicia puedan establecer esta clase de indemnización, de presentarse una demanda por terminación *ad nutum*.

5.- En cuanto a la situación en otros países, existen posiciones antagónicas tanto en la doctrina como en la Jurisprudencia, en cuanto a su reconocimiento de manera amplia en el ámbito mercantil (salvo la

comisiones correspondientes a un año, calculado por el importe medio del total de las comisiones percibidas durante los últimos tres años, o período inferior que hubiere durado la relación laboral, en su caso.

<sup>15</sup> Mera Giler, Alexis, "Relaciones de trabajo especiales", Stampa Litográfica,., p. 61.

agencia), y más precisamente dentro de los contratos de distribución y en especial al de concesión .

En el caso español se dice por ejemplo, que a la concesión cabe aplicar analógicamente casi todas las normas sobre extinción consagradas en la Ley del Contrato de Agencia, con excepción del arto 28<sup>16</sup>; y, por otra, quienes sostienen que existe una realidad objetiva, cual es que el concesionario a lo largo de la vigencia del contrato, y a través de esa labor de promoción, ha generado sin duda una clientela que, si desde un punto de vista jurídico pueda considerarse suya -en definitiva revende en nombre propio- económicamente beneficia también al concedente. En consecuencia, nos dice Martínez Sanz, puede afirmarse que durante la vigencia del contrato existe una suerte de "activo común" (la clientela) que se ve roto al producirse la extinción al vínculo contractual (criterio que no comparte Paz-Ares). Se trataría dice, de averiguar si en aquellos casos -que constituyen la mayoría- en que los clientes siguen al fabricante-concedente, es posible aplicar analógicamente al concesionario las normas que reconocen al agente una compensación por clientela.<sup>17</sup> Este autor cree que en ciertos casos, sí procede esta indemnización por clientela.

6.- Quienes se han dedicado -en el ámbito europeo- a descifrar la posibilidad de la extensión ana lógica de la figura de la indemnización por clientela a favor de los agentes, a los concesionarios, se han encontrado con una tarea harto difícil.<sup>18</sup> Nos corresponde a nosotros adoptar una de las tantas posiciones que se vienen esgrimiendo tanto en el ámbito doctrinal como jurisprudencial. En principio, me inclinaría por la postura que vienen sosteniendo los autores portugueses, en el sentido de que siendo favorable la extensión, es necesario constatar en cada caso concreto, las circunstancias que justifiquen la misma, es decir que no se la puede dar siempre por hecha. Ahora bien, en el caso ecuatoriano, no

<sup>16</sup> Paz-Ares, Cándido, "La Indemnización por clientela en el contrato de concesión", Tomo de Jurisprudencia No. 2, la Ley, 11 de abril de 1997, p.1820. La razón de esta excepción se verifica ya que no se produce, según el autor, la eadem ratio propia de la analogía, pues la indemnización por clientela del agente no trae causa de la naturaleza gestora del contrato, sino de dos circunstancias -una de fondo y otra de forma -que en modo alguno comparecen en la concesión. La primera es la necesidad de protección social del Agente y la segunda, la estructura diferida de su retribución.

<sup>17</sup> Martínez Sanz, Fernando, "La indemnización por Clientela ..... ", p.302.

<sup>18</sup> Por todos, Martínez Sanz, "La indemnización por Clientela..... ", p. 301 -309.

habiendo una norma expresa al respecto<sup>19</sup>, la única indemnización que cabría imponer al principal o concedente, sería la establecida en el artículo 2241 del Código Civil, que establece que el que *ha cometido un delito o cuasidelito que ha inferido daño a otro, está obligado a la indemnización; sin perjuicio de la pena que le impongan las leyes por el delito o cuasidelito*, por lo que quedaría excluida la posibilidad de fijar una indemnización por clientela en sí misma, ya que lo que existiría sería una indemnización de carácter general.

La aplicación del artículo 2241 del Cc, se sustenta sobre la base que al delito civil se lo conoce doctrinalmente como *el acto ilícito ejecutado a sabiendas y con intención de dañar a la persona o los derechos de otro*, por lo que fluye claramente que quien termina un contrato de distribución de manera abusiva, con el ánimo de irrogar perjuicios al distribuidor -como nos la ha señalado Paz-Ares- debe ser condenado a una indemnización de perjuicios.<sup>20</sup>

Es más, esta indemnización de daños y perjuicios causados por la denuncia unilateral del contrato de duración indefinida, para un sector de la doctrina aplicaría también cuando la extinción anticipada no ha permitido al *agente la amortización de los gastos efectuados por el distribuidor concesionario en la ejecución del contrato*. Dicho de otra manera, esta indemnización encuentra fundamento en el deber de confianza (al cual nos hemos referido anteriormente) donde debe resarcirse no solo las inversiones (obviamente susceptibles de ser amortizadas) realizadas por expresa indicación del empresario concedente sino que, en general, todas

19 En la Ley de Protección .... en cambio, sí quedaba claro quienes eran concesionarios y por lo tanto, sujetos a la indemnización de daños y perjuicios del artículo 4: *Persona natural ecuatoriana o, siendo extranjera, con residencia ininterrumpida por más de un año en territorio de la República; o persona jurídica constituida en el Ecuador, a excepción de aquella que tenga la calidad de empresa extranjera, en los términos del Régimen Común de Tratamiento a los Capitales Extranjeros y sobre Marca, Patentes, Licencias y Regalías, que mediante documento escrito haya sido designada por una persona natural extranjera residente en el Ecuador o por una persona jurídica constituida en el extranjero como su representante, agente o distribuidor*. Está claro pues, que esta discusión en el ámbito europeo de que si la indemnización por clientela consagrada en las diversas legislaciones sobre el contrato de agencia puede ser predicable para los concesionarios, en el caso ecuatoriano fue brillantemente resuelto hace ya 28 años, cuando incluyó en el rubro *concesionario*, es decir de manera genérica, a los agentes, distribuidores y representantes.

20 Ver STS 102-01 (España) "6o. Séptimo: *Que la revocabilidad de los contratos de concesión en exclusiva establecidos sin límite temporal por la sola voluntad de uno de los contratantes debe entenderse sin perjuicio de las concurrencias de todo orden, singularmente indemnizatorias que podrán acompañar a la parte que decidiera abusivamente la resolución del vínculo ...*"

aquellas efectuadas por el distribuidor concesionario para dar cumplimiento a su obligación de 'promover la venta de los productos, y que hayan sido exigidas, sugeridas, o simplemente aprobadas por el concedente.

3.- En España hasta hace poco años -salvo Sánchez Calero que se pronuncia en contra de la extensión ana lógica de la Ley de Contrato de Agencia y en especial del artículo 28 que habla sobre la indemnización por clientela, a los demás casos de distribución comercial- muy poco se había dicho al respecto. Actualmente la posición mayoritaria parece inclinarse positivamente a esta extensión<sup>21</sup>. Incluso, luego de un comienzo dubitativo en la Jurisprudencia, con honrosas excepciones (STS 22-03-88, RJ 1988/2224), se viene reconociendo la consecuencia indemnizatoria en aquellos casos en los que la denuncia unilateral del contrato vaya seguida de un disfrute por parte del empresario de la clientela aportada por el agente o concesionario. Sin embargo, si bien en la mayoría de los casos se vienen respetando estos criterios, comienza a abusarse de la teoría del enriquecimiento injusto por parte de los Jueces, quienes buscan basándose en esta teoría, fundamentar una indemnización por clientela en los casos de denuncias unilaterales vía cláusulas ad nutum por parte del empresario, lo que a decir de Paz-Ares es una barbaridad porque: "*... En realidad, el recurso a la doctrina del enriquecimiento injusto es descabellado, puesto que si del contrato debidamente interpretado e integrado se deriva que hay una obligación de compensar la clientela, entonces la indemnización no se debe por enriquecimiento, sino por el contrato; y si del contrato debidamente interpretado e integrado no se deriva la existencia de dicha obligación, entonces no hay más remedio que aceptar que el enriquecimiento se produce por causa ...*". Es más, este mismo autor, citando al profesor DíezPicazo nos dice que "todo abogado, carente de otra ocurrencia, invocará casi seguro el enriquecimiento injusto, porque a partir de esta idea podrá defender la justicia de su causa, sin el corsé de las normas y preceptos jurídicos concretos",<sup>22</sup> Sin embargo de lo dicho, queda claro que la extensión analógica de la compensación por clientela a los concesionarios

<sup>21</sup> Entre otros, De Eizaguirre, José María, "La metamorfosis de un manual" ... p.497, quien nos dice: " ... La trascendencia de la calificación dogmática de la figura (se refiere al concesionario) contribuye a resolver una de las cuestiones de mayor importancia, a saber, la posibilidad de aplicar analógicamente la compensación o indemnización por clientela del &89b HGB=art. 28 Ley 12/1992 a los concesionarios ... "

<sup>22</sup> Paz-Ares, Cándido, "La indemnización por clientela ... ", p.1817 y 1818.

es una de las cuestiones más polémicas y que mayor trascendencia económica encierra de todo el derecho de la distribución en Europa.<sup>23</sup>

4.- Reiteramos una vez más que esta discusión que aun se mantiene en gran parte de la Unión Europea, nuestro país lo tenía solucionado como lo tenemos manifestado- ya que no había diferencia entre agente, distribuidor y concesionario.

#### IV. - CONCLUSIONES. -

1.- La indemnización por clientela de los agentes se cuenta entre las materias más conflictivas o litigiosas (*prozesstriichtigste*) de todo el derecho Mercantil<sup>24</sup>. De ahí que se comprenda por una parte que nuestro país al día de hoy, no cuente con una norma que la regule.

2.- Las consecuencias de las cláusulas de terminación ad nutum pueden ser estudiadas desde dos posiciones. La una, defendida por el profesor Martínez Sanz -y a la cual me adhiero- la cual manifiesta que para que una terminación contractual vía aplicación de la cláusula ad nutum no genere una compensación indemnizatoria, sería cuando las partes lo hubieren pactado expresamente así. Y, otra, la de Paz-Ares, que expresa que la simple mención de que las partes pueden terminar libremente el contrato cuando lo estimen oportuno, debe interpretarse en el sentido de que pueden terminada sin necesidad de satisfacer ninguna indemnización adicional.

3.- En el caso que medie adicionalmente a la terminación *ad nutum* un pacto de no competencia, se indica por la doctrina que existe una vinculación más o menos estrecha entre indemnización en concepto de clientela y la existencia de un pacto de limitación o prohibición de la competencia para el momento posterior a la extinción del contrato, sin que esto signifique que la indemnización por clientela se concede por la existencia de este pacto. No hay que olvidar que la compensación por clientela retribuye una concreta actividad anterior del agente, de prospección de mercado, creación y consolidación de relaciones comerciales y aportación misma de clientela; y, que, la cláusula de limitación de

<sup>23</sup> Foth,D, Der Ausgleichsanspruch des Vertragshandlers, p. 15,citado por Martínez Sanz en" La Indemnización por Clientela .. ", p.310.

<sup>24</sup> Hiekel, H.J., Der Ausgleichsanspruch des Handelsvertreterers und ves Vertragshandlers, Frankfurt am Main, 1985, p. 1, citado por Martínez Sanz, cito p. 72.



competencia lo que tiende es a garantizar al empresario el disfrute pacífico de esa clientela, procurada por el agente<sup>25</sup> (concesionario). Al efecto, considero que no existe formalmente una identidad entre no competencia e indemnización por clientela, sino simplemente coordinación. Con esto quiero decir, que aún cuando no hubiere pacto de no competir, igualmente existiría una indemnización por clientela (obviamente reducida en su monto).

4.- Se torna urgente que el legislador ecuatoriano elabore una Ley que regule las indemnizaciones que pueden recibir los distribuidores, agentes o concesionarios ecuatorianos, cuando su contrato de distribución sea terminado unilateralmente sin causa. Al efecto bastaría -recogiendo la experiencia europea legislativa, doctrinaria y jurisprudencial- mejorar la derogada Ley de Protección a los Representantes, Agentes o Distribuidores de Empresas Extranjeras, eso sí, aplicándose en una redacción clara y precisa de cómo se debe calcular la indemnización de daños y perjuicios, y en especial el rubro que debería denominarse "compensación por clientela".

5.- Ha sido una verdadera lástima que se haya tomado la decisión de derogar esta ley, y no reformularla. Este trabajo ha evidenciado que el Ecuador de 1976, contaba con una herramienta jurídica finamente elaborada, y que recogía lo que hoy increíblemente se sigue discutiendo en el ámbito doctrinal y jurisprudencial. Claro está que la *ratio legis* que impulsó a su creador, fue dictar una norma evidentemente proteccionista al distribuidor ecuatoriano, más aun si contamos que nos encontrábamos en aquella época bajo el imperio de un régimen de facto. Sin embargo, y no tengo dudas al respecto, que con algunas posibles exageraciones, se trataba de una Ley coherente y visionaria. Lástima que ciertos Tribunales de Justicia inexpertos en estos andares mercantiles, hayan mal utilizado su normativa para dictar fallos notoriamente desproporcionados. Sin embargo, es preciso advertir en la Corte Suprema, un cambio a esta situación, ya que por ejemplo mediante Resolución No. 205-2003, dictada en el juicio No. 111-1999, la Tercera Sala de lo Civil y Mercantil en fallo de mayoría, aceptando el recurso de casación propuesto por la demandada (empresa extranjera-concedente), desechó la demanda de daños y perjuicios propuesta por la compañía ecuatoriana.<sup>26</sup>

<sup>25</sup> Martínez Sanz, Fernando, "La indemnización por clientela ...", p.201

<sup>26</sup> Gaceta Judicial, Serie XVII, N° 12, mayo-agosto 2003, págs3831 a 3847 ambas inclusive.