

La indemnización por clientela en los contratos de comercialización¹.

Miguel Eduardo Rubín. Publicado en eMercantil el 9 de junio de 2016.

Sumario: 1.- ¿Dependencia económica pero no jurídica? 2.- Las disputas por la indemnización en los casos de ruptura del contrato unilateralmente decidida por el principal. 3.- La clientela ¿está en el comercio? 4.- La clientela: ¿es lo mismo que el “valor llave”? 5.- La cuestión en Europa. 6.- El régimen argentino antes de la Reforma. 7.- El tema en la Reforma. 8.- La inexplicable exclusión del nuevo Código de la indemnización por clientela respecto de los demás contratos de comercialización. 9.- Acerca de los recaudos legales para obtener la indemnización. 10.- Qué se puede negociar en el contrato (y que no se puede). 11.- Actualización de los valores del resarcimiento. 12.- El confuso tope del art. 1497 3º párrafo CCyC y el derecho a la indemnización plena. 13.- ¿Cuáles son los “gastos” deducibles de la base de cálculo de la indemnización?

1.- ¿Dependencia económica pero no jurídica?

Desde que aparecieron los **contratos de comercialización** (como los de agencia, distribución, concesión comercial y franquicia) en la constelación del mercado internacional se ha generado una fuerte puja de intereses entre las empresas dueñas de las marcas y quienes asumen el rol de ser sus comercializadores.

Se urde entre ellos lo que se denomina una **organización vertical**², pues se reconoce en favor del empresario que no por nada llamamos **principal**, el derecho a imponer ciertas reglas a sus comercializadores, a quienes, por eso, denominaré **empresarios dependientes**, pues, en cierto modo, son autónomos, pero, al mismo tiempo, están obligados a aceptar y ejecutar las directivas del principal.

¹ Este estudio en buena parte forma parte de un libro, actualmente en elaboración, sobre los contratos de comercialización en el Derecho Argentino y en el Derecho Comparado, motivo por el cual el autor se reserva los derechos de propiedad intelectual respectivos.

² Weingarten, Celia, “Efectos jurídicos de las sucesivas renovaciones de un contrato de concesión de plazo cierto y determinado”, L.L. 1995-D, pág. 632, comentando el fallo: CNCom, Sala “B”, 11/04/1995, “Marquín y Perotta c. Esso S.A.P.A.”; Ghersi, Carlos, “Contratos civiles y comerciales”, 3ª ed., ed. Astrea, pág. 65.

En el centro de todas las disputas entre ambos está el mismo dilema: el principal pretende ejercer su predominio comercial como si fuera el patrón en una relación de dependencia laboral, pero no desea asumir las responsabilidades que, en el mundo moderno, la Ley pone en cabeza del empleador. El empresario dependiente tolera esa supremacía del principal porque considera que es la forma de llegar a manejar un negocio productivo, pero, cuando la relación entra en crisis, pretende pasarle la factura al principal por los destratos recibidos. El fenómeno ha sido estudiado hace tiempo en nuestro medio. Se acostumbra a decir que el comercializador se somete al poder del principal³, generando una subordinación técnica y económica muy cercana a la dependencia⁴.

En ese nebuloso ambiente deambulan los problemas que se suscitan entre unos y otros pues aquella equiparación virtual con la dependencia laboral a la que hicieron referencia muchos jueces no se trasluce en soluciones jurisprudenciales de equidad que formen una tendencia clara y constante.

El tema que aquí nos convoca es un buen ejemplo.

2.- Las disputas por la indemnización en los casos de ruptura del contrato unilateralmente decidida por el principal.

Como casi todo en materia de contratos, los conflictos jurídicos más importantes se dan cuando el contrato concluye, sobre todo por decisión del principal. Allí el forcejeo se traslada al terreno de las indemnizaciones: el principal anhela desprenderse del

³ Anaya, Jaime L., "La autonomía privada en los contratos de colaboración empresaria", E.D. 123-383; Acciarri, Hugo A., "Negocios atípicos predispuestos. La integración y calificación del contrato", L.L. 1994-E, pág. 433; Moglia Claps, Guillermo A., "Los contratos con cláusulas predispuestas. Criterio a seguir para su impostergable legislación", L.L. 1993-C, pág. 1072; Stiglitz, Gabriel, "Interpretación del contrato por adhesión entre empresas", L.L. 1995-C, pág. 18; Barbieri, Pablo C., "Los contratos de empresa y las pautas interpretativas de su atipicidad", L.L. 1996-E, pág. 27; Farina, Juan M., "Los contratos de colaboración, contratos de organización, contratos plurilaterales y contratos organizativos", L.L. 1992-E, pág. 1037.

⁴ Lorenzetti, Ricardo L., "Redes contractuales, contratos conexos y responsabilidad", RDPC, año 1998, n° 17, "Responsabilidad Contractual" I, pág. 207; Gerscovich, Carlos y Salvatore, Adrián, "Sistemas de distribución comercial. Contratos conexos y responsabilidad del concedente", J.A. 08/03/1996; CNCom, Sala "A", 29/12/2008, "Poggi, Raúl A. y otra c. Laprida S.A.C.I. y otro", E.D. 232-17; ídem, 14/12/2007, "Tommasi Automotores S.A. c. Ciadea S.A. y otro", Lexis Documento N° 35021106; ídem, 15/02/2008, "Rot Automotores S.A.C.I.F. c. Sevel Argentina S.A. y otro", Lexis Documento N° 35022709; ídem, Sala "A", 20/11/2008, "Venialgo, Aníbal G. c. Compañía de Radiocomunicaciones Móviles S.A.", Lexis Documento N° 35030758; ídem, Sala "B", 05/06/2008, "Kodak Argentina S.A. c. Foto Express S.A.", Lexis Documento N° 70047690; ídem, 14/06/2004, "Barriero, Mario O. c. Sena Automotores S.A. y Fiat Auto Argentina S.A.", Lexis Documento n° 70013852.

comercializador fácilmente y, de ser posible, sin pagarle nada; y el empresario dependiente aspira a obtener el máximo rédito posible del desenlace.

La situación de cuasidependencia que se da entre las partes llevó al sistema comunitario europeo a tratar de aplicar, a favor de los comercializadores, un simil de las indemnizaciones que rigen en el Derecho del Trabajo. Típico, en ese sentido, lo que se ha hecho con el **preaviso** y la indemnización por falta o insuficiencia del preaviso creada por los regímenes de Europa occidental hace décadas, los que han tenido notable influencia en nuestro medio⁵.

Algunas discusiones que se dan en el Derecho del Trabajo, como la relativa a la indemnización del daño moral, también se han dado respecto de los contratos de comercialización.

Otro tanto ocurre con la **indemnización por clientela** donde hay aristas que acercan, sobre todo al **contrato de agencia**, al régimen del viajantes de comercio⁶.

Casi con los mismos argumentos el conflicto es estudiado entre nosotros⁷.

3.- La clientela ¿está en el comercio?

El concepto de **clientela** no es unívoco para la Doctrina⁸.

⁵ Algunos autores creen que, tomando en cuenta la proximidad entre determinados contratos de comercialización con el contrato de trabajo dependiente (particularmente el de agencia con el del viajante de comercio) habría que ampliar el empleo analógico de las normas del Derecho del Trabajo (Barreiro González, Germán y Rodríguez Escanciano, Susana, "La expansión de las formas atípicas de trabajo y su necesaria protección social. Especial referencia a la franquicia y al contrato de agencia", L.L. España, 2006-4, pág. 1832).

⁶ Fernández Madrid, Juan C., "Los viajantes de comercio ante las leyes del Trabajo", ed. Ediciones Contabilidad Moderna, pág. 22; CNTrab, Sala Vª, 30/12/2010, "Iberro, Norma C. c. Galeno Argentina S.A.", MJJ62782.

⁷ Di Masullo, Lidia E., "La ley nº 14.546 y el contrato de agencia en el nuevo Código Civil y Comercial", ponencia presentada ante el 61º Encuentro de Institutos de Derecho Comercial de Colegios de Abogados de la Provincia de Buenos Aires; Tamagno, Lucas F., "El viajante de comercio y el nuevo Código Civil y Comercial: un conflicto entre dos normas", <http://nuevocodigocivilycomercial.udes.edu.ar/el-viajante-de-comercio-y-el-nuevo-codigo-civil-y-comercial-un-conflicto-entre-dos-normas/>; González, Rodolfo A., "El nuevo Código Civil deroga el régimen laboral de viajantes y corredores", <http://www.actio.com.ar/notas/2015-06-02.php>.

⁸ García Herrera, Alicia, "La duración del contrato de distribución exclusiva", ed. Tirant lo Blanch, cap. III.2.1.

Hay una acepción de **clientela** que traen los diccionarios jurídicos: “conjunto de personas que utilizan los servicios de un profesional o que hacen sus compras en determinada casa de comercio”⁹.

Pero ya la Doctrina italiana del siglo pasado le agregó a este concepto un dato central: la **clientela** tiene su causa en el **aviamiento**¹⁰, es decir, la cualidad o virtud que le permite al establecimiento producir utilidades y sostener la esperanza de continuar produciéndolas en una época futura¹¹.

En un precedente jurisprudencial¹² se efectuó una investigación acerca de los aspectos jurídicos relevantes involucrados en la noción de **clientela**. Me permito extractar algunas de las nociones allí vertidas porque nos serán útiles para comprender el fenómeno:

- El concepto jurídico de **clientela** es más amplio que el económico, pues no sólo abarca la llamada "clientela hecha o habitual" sino también aquella que aparece como futura, pero posible¹³. A ello se apunta cuando se habla de **fondo de comercio**¹⁴.
- En algunos casos la **clientela** es mensurable, como ocurre con los adherentes a un servicio que se presta a lo largo del tiempo (ejemplos: los usuarios de la televisión por cable o por vía satelital, los abonados a la medicina prepaga o a la telefonía celular), lo que hace que los clientes queden identificados y registrados¹⁵.

⁹ Del Diccionario de Ciencias Jurídicas, Políticas y Sociales de Manuel Osorio, <http://es.slideshare.net/mynorchacon18/diccionario-de-manuel-osorio-derecho>.

¹⁰ En tiempos recientes se considera al **aviamiento** como análogo al concepto anglosajón de **good will** (Antillón Montealegre, Walter y Cappella Molina, Gino, “Derecho de llave: derecho de aviamiento”, ed. Investigaciones Jurídicas S.A., pág. 39).

¹¹ Ascarelli, Tulio, “Iniciación al estudio del Derecho Mercantil”, citado en CNCom, Sala “F”, 26/03/2013, “Total Cell S.A. c. Telefónica Móviles Argentina S.A.”, Boletín de Jurisprudencia de la CNCom, ficha nº 000063111.

¹² CNCom, Sala “D”, 27/02/2014, “First Medical S.A. c. C.E.M.I.C.”, IJ-LXXI-211.

¹³ En este pasaje se cita a Zunino, Jorge O., “Fondo de comercio”, pág. 185.

¹⁴ CNCom, Sala “C”, 13/02/1998, “Tercal S.A. c. IBM Argentina S.A.”, Id Infojus: FA98130012.

¹⁵ Desde el punto de vista contable el art. 63 inc. 1, ap. “f” LSC obliga a que los bienes inmateriales del Balance General se reflejen “por su costo con indicación de sus amortizaciones acumuladas”. En las Resoluciones Técnicas de la Federación Argentina de Consejos Profesionales nº 9, 10, 16 y 17 también hay reglas estrictas para evitar que se exhiban como activos bienes como la clientela. Es el mismo criterio que inspiró a la Norma Internacional de Contabilidad (NIC) nº 38 emitida el 01/01/2012 (<http://www.ifrs.org/IFRSs/Documents/Spanish%20IAS%20and%20IFRSs%20PDFs%202012/IAS%2038.pdf>).

- La empresa no tiene un poder de disposición sobre sus clientes, pues estos pueden emigrar a otro prestador¹⁶.
- Si bien en algún momento Vivante supuso que la **clientela** era una propiedad que tanto podía defenderse como transmitirse a un tercero¹⁷ (tesis que luego fue abandonada¹⁸), no obstante, de algún modo, la **clientela** puede tener un valor económico¹⁹, y, por lo tanto, merece la atención del Derecho²⁰. De tal suerte que, cuando alguien es privado ilegítimamente de ese valor, debe contar con acciones judiciales, no para reivindicarlo (porque sería materialmente imposible), sino para obtener un resarcimiento²¹.

Tan significativo es el valor de la **clientela** que hace décadas que se desarrollan programas de fidelización de clientes adaptados a cada actividad²².

Sin embargo, hay consenso en que la clientela puede tener un valor económico en momentos específicos de la vida de una empresa. Así ocurre cuando se la quiere vender o cuando se liquidan sus bienes en un procedimiento concursal (Stupnik, Martin G., Stupnik, Andrés A. y Stupnik, Sergio A. J., "La problemática de la valuación de los activos intangibles. Su aplicación en los procesos universales y colectivos", DSC tº XVI, nº 201, agosto/2004, pág. 925). Tan es así que el Tribunal de Tasaciones de la Nación, el 04/08/2014, dictó la norma TTN 20.1 estableció ciertas normas de valuación de empresas que también contempla cierta modalidad de activos intangibles (http://www.ttn.gov.ar/normas/norma_20_1.htm).

¹⁶ Setó Pamies, Dolors, "La fidelidad del cliente en el ámbito de los servicios: un análisis de la escala "intenciones de comportamiento"", rev. Investigaciones Europeas de Dirección y Economía de la Empresa, vol. 9, nº 2, pág. 189.

¹⁷ Doctrina que, en cierto modo, aceptaron en nuestro medio: Zavala Rodríguez, Carlos J., "Código de Comercio y leyes complementarias, comentados y concordados", ed. Depalma, tº II, pág. 228, nº 1452 y Cámara, Héctor, "Transmisión de establecimientos comerciales e industriales", ed. Imprenta de la Universidad de Córdoba, pág. 20, ambos citados en el fallo que sigo en este espacio.

¹⁸ Aquí se cita a Fontanarrosa, Rodolfo, "Derecho Comercial Argentino. Parte general", ed. Zavalía, pág. 228, nº 191.

¹⁹ Es más, hay empresas que valen más por la cantidad y antigüedad de sus clientes que por sus activos fijos (Rodríguez Vázquez, Verónica P. y Aca Varela, Jaquelina M., "El flujo de efectivo descontado como método de valuación de empresas mexicanas en el período 2001-2007", rev. Contaduría y Administración nº 232, septiembre-diciembre/2010).

²⁰ Esta vez son mencionados, entre otros: Morles Hernández, A., "Curso de Derecho Mercantil", ed. Universidad Católica Andrés Bello, tº I, pág. 223; Ascarelli, Tullio, "Iniciación al estudio del Derecho Mercantil", ed. Bosch, pág. 305, nº 9.

²¹ Spagnolo, Lucía, "Trasvasamiento de la clientela de la empresa ¿qué puede hacer el síndico de la quiebra?", DSC nº 157, diciembre/2000.

²² Vázquez Sánchez, Jorge R., "Estrategia CRM: generando valor y fidelidad en los clientes", rev. Contribuciones a la Economía, noviembre/2009, <http://www.eumed.net/ce/2009b/>; Setó Pamies, Dolors, "La fidelidad del cliente en el ámbito de los servicios: un análisis de la escala "intenciones de

Por todo lo que acabo de señalar, respecto de los **contratos de comercialización** se dice que únicamente se debe indemnizar la **clientela** aportada por el agente o distribuidor cuando efectivamente existe y produce ganancias constantes al principal²³. De otro modo, si el agente sólo consigue clientes ocasionales para operaciones singulares, tal indemnización carece de sustento.

4.- La clientela: ¿es lo mismo que el “valor llave”?

En ocasiones, en casos de **contrato de distribución** y de **concesión** la Jurisprudencia ha confundido (o asociado) a la **clientela** como rubro indemnizatorio con el **valor llave**²⁴.

Desde el punto de vista doctrinario²⁵ ya Messineo consideraba que el concepto de **clientela** era distinto del de **aviamiento** (ligando este último a la organización de los factores de la producción de la hacienda)²⁶.

En algún precedente se sostuvo que el “valor llave comprende conceptos más extensos que el de clientela”²⁷.

Pero que la **clientela** no sea lo mismo que el **valor llave** no nos sirve para saber con claridad qué es la **clientela** o el **valor llave per se**.

Doctrina y Jurisprudencia no han logrado poner claridad en este asunto. Lo dicho en el caso “Tecmos S.A. c. Southern Clay Products Inc”²⁸ es un buen ejemplo.

comportamiento”, rev. Investigaciones Europeas de Dirección y Economía de la Empresa, vol. 9, n° 2, año 2003, pág. 189.

²³ CCiv y Com Rosario, Sala 2ª, 30/09/2013, “Sensación SRL c. Nestlé Argentina S.A.”, MJJ82541, citado por Salerno, Javier J., “El contrato de agencia y el proyecto de Código Civil y Comercial de la Nación”, MJD6400.

²⁴ CNCom, Sala “B”, 30/06/1983, “La Central de Tres Arroyos S.A. c. Manufactura de Tabacos Particulares V. F. Greco S. A. y otros”, citado por Salerno, Javier J., op. cit.

²⁵ Desde las postrimerías de la Segunda Guerra Mundial la Doctrina tanto nacional como internacional estuvo bastante enredada en dilucidar el contenido y función de estos institutos como puede verse en Ferro, Héctor R., “Legislación de la empresa”, ed. Astrea, pág. 41.

²⁶ Messineo, Francesco, “Manual de Derecho Civil y Comercial”, ed. Ediciones Jurídicas Europa-América, traducción de Santiago Sentís Melendo, tº II, pág. 294.

²⁷ CNCom, Sala “D”, 28/12/2011, “Emporio Automotores SRL c. CIDEF Argentina S.A.”, MJJ71794.

²⁸ CNCom, Sala “B”, 30/06/1983, “La Central de Tres Arroyos S.A. c. Manufactura de Tabacos Particulares V. F. Greco S.A. y otros”, J.A. 1983-III-590; Romero, Miguel Á., “Sistemas de distribución comercial. Indemnización de los daños por la rescisión unilateral del concedente o fabricante”, L.L. 1998-E, pág. 1049.

En ese decisorio, parafraseando a Marzorati²⁹, se sostuvo que “desde el punto de vista contable, el "valor llave" es el mayor valor de un negocio, medido sobre el valor contable de sus bienes, siempre que estos generen utilidades”.

Sin embargo, hay negocios que tienen **valor llave** y no dan utilidades, como ocurre con aquellos que han ganado prestigio pero terminaron en la quiebra.

En el mismo pronunciamiento, con más citas doctrinarias y jurisprudenciales, también se vio al **valor llave** “..como la diferencia o importe en que el valor de venta de una empresa supera el valor razonable en plaza de sus bienes tangibles menos sus pasivos, generalmente representado por las superutilidades futuras o capacidad de la empresa de generar ganancias por encima de las normales de plaza, lo que depende de las esperanzas de ganancia futura”, caracterización a la que le cabe el mismo reproche que a la anterior observación.

A renglón seguido, esta vez mencionando a Guyenot y a sentencias anteriores de la misma Sala, el veredicto reprodujo antiguos prejuicios: a) que la **clientela** “pertenece a la marca”, lo que equivale a olvidar que, en más de un caso, la marca es desconocida en la zona del comercializador y que, en esos supuestos, lo que tracciona las operaciones es el prestigio (y esfuerzo) del comercializador más que el de la marca; b) que quien acepta ser comercializador asume el “riesgo potencial” de que “la actividad llevada a cabo” pueda “concluir por la sola voluntad de cualquiera de las partes” (léase: por voluntad del principal) lo que a su vez implica que, para él, el **valor llave** es virtualmente inexistente.

A continuación la sentencia pegó un volantazo argumental pues aseveró que “..únicamente en supuestos de excepción en los que se demuestre que la "clientela" -uno de los componentes del "valor llave"-, se ha incrementado notoriamente comparándolo con el resto de los distribuidores procedería su reconocimiento”.

Nos topamos en ese punto con otro error conceptual: ¿por qué para indemnizar el **valor llave** hay que comparar cuánto se incrementó la **clientela** respecto de los otros integrantes de la red de comercializadores? ¿Qué ocurre si uno de ellos comenzó a trabajar hace un año y pasó de la nada a un número acotado de operaciones, mientras que el negocio que nos interesa, después de años de esfuerzo, logró que la operatoria aumente un 10% anual en los últimos tres ejercicios? ¿Qué pasa cuando queremos cotejar la performance del comercializador de Capital Federal con el de Tierra del Fuego?

²⁹ Marzorati, Osvaldo J., "Derecho de los negocios internacionales", ed. Astrea, pág. 42.

En cambio, en otro caso, en nuestro medio, se indemnizó el **valor llave** en atención al perjuicio derivado de la depreciación que sufre la víctima por efecto del finiquito del contrato³⁰. Esa reparación debía efectuarse teniendo en cuenta, entre otros factores, el ramo del negocio, la experiencia de la actora en la actividad, su nombre comercial, el ritmo de venta y marcha del negocio dentro del último ejercicio económico normal, la **clientela**, los resultados de la explotación, utilidades líquidas y brutas y gastos para el reacondicionamiento de la empresa.

5.- La cuestión en Europa.

Si bien el ordenamiento alemán fue pionero en su continente en la regulación del **contrato de agencia**, ha sido el régimen suizo el primero en admitir la **indemnización por clientela** respecto de dicho contrato³¹.

Ello ocurrió a través de la reforma al Código de las Obligaciones que introdujo la ley del 04/02/1949, norma que estableció un sistema que fijaba como límite las remuneraciones obtenidas en un año³².

Poco tiempo después, más precisamente el 06/08/1953, en Alemania se dictó la ley de los *Handelsvertreter* que formó parte del ordenamiento mercantil (§ 84 al 92c del HGB). Esta normativa, para el caso de la ruptura del **contrato de agencia** con plazo indeterminado dispuesta por el principal sin que hubiera causa atribuible al comercializador introdujo la **indemnización por clientela** (*Ausgleichsanspruch*) (§ 89b del HGB).

La norma estableció tres requisitos de procedencia de tal indemnización:

- Que el agenciado hubiera obtenido ventajas económicas con posterioridad a la terminación del contrato como consecuencia de la nueva **clientela** que le procuró el agente.
- Que el agente pierda ingresos por los negocios ya concluidos o que hubiera podido concluir con los clientes que él había conseguido, y

³⁰ CNCom, Sala "D", 03/10/2001, "R. Martín y Cía. c. Autolatina Argentina S.A. y otros", Lexis Documento N° 11.32009.

³¹ Aunque, en el fondo, el régimen suizo se basó en los lineamientos del modelo alemán.

³² Camacho López, María E., "El contrato de agencia comercial. Análisis dentro del contexto del sistema jurídico romano-germánico, en vista de una posible modificación de su regulación en Colombia", rev. e-Mercatoria, vol. 7, n° 2, año 2008, pág. 1.

- Que la indemnización se funde en la equidad.

Esos han sido los pilares de todos los ordenamientos europeos posteriores, así como de ciertas leyes latinoamericanas.

Tanto en la Doctrina como en la Jurisprudencia de la época se discutió si esa indemnización tenía carácter resarcitorio o si se trataba de una especie de sanción. La posición mayoritaria concluyó que tenía naturaleza retributiva³³.

Algunos objetaron esa indemnización preguntándose por qué el principal tendría que pagar por la **clientela** si esta había pasado a ser suya desde el momento en el cual pagó la comisión. En la vereda opuesta se sostuvo que la comisión únicamente compensa el trabajo de generar un negocio singular, pues de ninguna manera puede ser vista como el precio de la transferencia de los clientes al principal; a punto tal que las nuevas operaciones que se hicieran con el mismo cliente debían dar lugar a una nueva comisión.

De algún modo la cuestión quedó definida por el art. 17 de la Directiva 86/653/CEE³⁴ que establece:

“1. Los Estados miembros adoptarán las medidas necesarias que garanticen al agente comercial, tras la terminación del contrato, una indemnización con arreglo al apartado 2 o la reparación del perjuicio con arreglo al apartado 3”.

“2. a) El agente comercial tendrá derecho a una indemnización en el supuesto y en la medida en que:

- “hubiere aportado nuevos clientes al empresario o hubiere desarrollado sensiblemente las operaciones con los clientes existentes, siempre y cuando dicha actividad pueda reportar todavía ventajas sustanciales al empresario³⁵; y

³³ Camacho López, María E., op. cit.

³⁴ Que ha dado pie a una profusa actividad del Tribunal europeo. Merece destacarse la sentencia del Tribunal de Justicia, Sala 4ª, 03/12/2015, asunto C-338/14 (petición de decisión prejudicial planteada por la Cour d'Appel de Bruxelles, Bélgica, en el caso “Quenon K. SPRL/Beobank S.A. (anteriormente Citibank Belgium S.A.) c. Metlife Insurance S.A. (anteriormente Citilife S.A.)”, http://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/?uri=uriserv:OJ.C_.2016.038.01.0007.01.SPA&toc=OJ:C:2016:038:TOC

³⁵ Cuestión no exenta de complicaciones: Tapia Sánchez, Mª Rosa, “Aportación de nuevos clientes o incremento sensible de las operaciones como presupuesto de la indemnización por clientela de los contratos de distribución”, su contribución al IIº Congreso Nacional de Distribución Comercial y Derecho de la Competencia, Madrid, 11 al 13 de noviembre 2009, publicada en Viera González, A. Jorge, Echebarría Sáenz, Joseba A. (directores), “Distribución comercial y Derecho de la Competencia”, ed. La Ley, pág. 301.

- “el pago de dicha indemnización fuere equitativo, habida cuenta de todas las circunstancias, en particular, de las comisiones que el agente comercial pierda y que resulten de las operaciones con dichos clientes. Los Estados miembros podrán prever que dichas circunstancias incluyan también la aplicación o la no aplicación de una cláusula de no competencia con arreglo al artículo 20”.

b) “El importe de la indemnización no podrá exceder de una cifra equivalente a una indemnización anual calculada a partir de la media anual de las remuneraciones percibidas por el agente comercial durante los últimos cinco años, y si el contrato remontare a menos de cinco años, se calculará la indemnización a partir de la media del período”.

c) “La concesión de esta indemnización no impedirá al agente reclamar por daños y perjuicios”.

3. “El agente comercial tendrá derecho a la reparación del perjuicio que le ocasione la terminación de sus relaciones con el empresario”.

Dicho perjuicio resulta, en particular, de la terminación en unas condiciones:

- “que priven al agente comercial de las comisiones de las que hubiera podido beneficiarse con una ejecución normal del contrato a la vez que le hubiese facilitado al empresario unos beneficios sustanciales debidos a la actividad del agente comercial”;

- “y/o que no hayan permitido al agente comercial amortizar los gastos que hubiere realizado para la ejecución del contrato aconsejado por el empresario”.

4. “El derecho a la indemnización contemplado en el apartado 2 o a la reparación del daño con arreglo al apartado 3 se producirá asimismo cuando la terminación del contrato se realice como consecuencia del fallecimiento del agente comercial”.

5. “El agente comercial perderá el derecho a la indemnización en los casos contemplados en los apartados 2 y 3 si no hubiere reclamado al empresario, en un plazo de un año desde la terminación del contrato”.

6. “La Comisión presentará al Consejo en un plazo de 8 años a partir de la notificación de la presente Directiva un informe sobre la aplicación del presente artículo y le presentará, en su caso, propuestas de modificaciones”.

Es decir, la Directiva da a los Estados Miembros la opción de elegir entre dos regímenes de indemnización por la ruptura dispuesta unilateralmente por el principal³⁶: la del art. 17-2, inspirado en el ya mencionado Derecho alemán, que es el empleado, entre otros, por el Derecho español; y el del art. 17-3, inspirado del Derecho francés, que, obviamente, es el que se aplica en Francia³⁷.

En ambos la finalidad es la misma: se trata de poner un tope al ejercicio abusivo del derecho a rescindir el contrato³⁸.

Lo cierto es que, uno a uno, todos los países de la Comunidad han regulado al **contrato de agencia** aceptando los parámetros de la citada Directiva³⁹.

Vale aclarar que tal protección es exclusivamente para los agentes comunitarios actuando dentro de la Comunidad Europea⁴⁰.

Se destacan del primer sistema⁴¹:

- a. Que la **indemnización por clientela** sólo procede cuando el agente verdaderamente hubiera aportado nuevos clientes al principal. De otro modo, no hay daño indemnizable.

³⁶ Vargas Vilardosa, Antonio, "Comparativa entre los contratos de agencia en España y Francia", http://www.articulo.org/articulo/29329/comparativa_entre_los_contratos_de_agencia_en_espana_y_francia.html

³⁷ Sin embargo, la indemnización contemplada en el art. L. 134-12 del Código de Comercio Francia es similar a la regla del art. 7 del Acuerdo Económico Colectivo estipulado entre la *Confederazione dei Commerciali* y la *Federazione Nazionale degli Agenti e Rappresentanti di Commercio* italiana del 25/05/1935, que a su vez se asemeja al § 89^a del HGB alemán (Camacho López, M^a Elisa, "El contrato de agencia comercial. Análisis dentro del contexto del sistema jurídico romano-germánico, en vista de una posible modificación de su regulación en Colombia", rev. e-Mercatoria vol. 7, n^o 2, año 2008).

³⁸ Santoro, Guido, "L'abuso del diritto di recesso ad nutum", rev. *Contratto e Impresa*, año 1986, pág. 733.

³⁹ Lara González, Rafael, "La transposición de la Directiva 86/653/CEE relativa a los agentes comerciales independientes (última norma: la Ley belga de 13 de abril de 1995)", rev. *Derecho de los Negocios*, año n^o 8, n^o 76, pág. 1.

⁴⁰ El principio aparece en el Segundo Considerando *in fine* de la Directiva 86/653 que se refiere a «los contratos de representación comercial entre un comerciante y un agente comercial **establecidos en diferentes Estados miembros**». Sobre el particular: Lara González, Rafael, "La inscripción del agente en los Registros profesionales ante la armonización de los ordenamientos estatales de la Unión Europea (A propósito de la sentencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas de 30 de abril de 1998", rev. AC n^o 45, pág. 1499.

⁴¹ Herrero Jiménez, Marcial y Vega Clemente, Virginia, "El contrato de agencia y el contrato de distribución en exclusiva. La indemnización por clientela", rev. de Estudios Económicos y Empresariales n^o 20, año 2008 pág. 130; Martínez Sanz, Fernando, "La indemnización por clientela en los contratos de agencia y concesión", ed. Civitas, pág. 37.

- b. Que la indemnización sea equitativa, tomando en cuenta las circunstancias de cada caso.
- c. Que tal compensación legal tiene un tope; tope que de ninguna manera impide que las partes pacten una fórmula que lo supere.

En cambio el ordenamiento francés no establece ninguna limitación a la indemnización del agente⁴².

Lo cierto es que el primero de los regímenes de **indemnización por clientela** hoy en día es acogido por la mayoría de los países europeos⁴³ y ha tenido proyección mundial al ser prácticamente copiado por la cláusula 21.1B del Contrato Modelo de la Cámara de Comercio Internacional sobre Contrato de Agencia Comercial Internacional⁴⁴.

En Italia el art. 1751 del Código Civil (titulado "*Indennita in caso di cessazione del rapporto*") en su actual redacción, dispone que, cuando el principal decide poner fin al contrato, debe indemnizar al agente⁴⁵. Para ello debe concurrir al menos una de las siguientes circunstancias⁴⁶:

- Que el agente le haya conseguido nuevos clientes al empresario o que haya incrementado sensiblemente los negocios con los clientes ya existentes, y que el empresario siga percibiendo sustanciales ventajas derivadas de los negocios con tales clientes.
- Que el pago de tal indemnización sea equitativa teniendo en cuenta todas las circunstancias del caso, en particular las comisiones que el agente deja de percibir y que resulten de los negocios con tales clientes.

⁴² Mestdagh, Tillo y Verva, Jacques, "*Contrats d'agence et de distribution en France et en Belgique*", Documento de la Chambre de Commerce Franco-Belge du Nord de la France, pág. 13.

⁴³ Camacho López, M^a Elisa, "El contrato de agencia comercial. Análisis dentro del contexto del sistema jurídico romano-germánico, en vista de una posible modificación de su regulación en Colombia", rev. e- Mercatoria vol. 7, n^o 2, año 2008.

⁴⁴ <http://www.iccwbo.org/products-and-services/trade-facilitation/model-contracts-and-clauses/commercial-agency/>

⁴⁵ Es importante aclarar que el art. 1751 C.C. no hace distinción entre contratos por tiempo determinado y contratos por tiempo indefinido en punto a la concesión del derecho a la indemnización.

⁴⁶ En cambio, como veremos seguidamente, en el ordenamiento español los requisitos son exigidos conjuntamente.

La indemnización no puede superar una cifra equivalente a la remuneración de un año calculada sobre la base de la media anual de las retribuciones percibidas por el agente en los últimos cinco años, o periodo inferior de duración si el contrato hubiera tenido vigencia por menos de cinco años.

La concesión de esta indemnización no priva al agente del derecho al resarcimiento de otros daños⁴⁷.

En Francia, como vimos, la ley del 25/06/1991 modificó los arts. L.134-1 a L.134-17 del Código de Comercio dedicados, precisamente, al **contrato de agencia**⁴⁸. De ese modo se adaptó al plexo comunitario⁴⁹.

Siguiendo su tradición jurídica, se considera al agente comercial como un mandatario que gestiona la **clientela** en nombre y por cuenta del principal. No obstante, el art. L. 134-12, en su primer párrafo, determina que en “En caso de denuncia del contrato por el mandante, el agente comercial tendrá derecho a una indemnización compensatoria para reparar el perjuicio sufrido”.

Como adelanté, a diferencia, por ejemplo, del régimen español, el ordenamiento francés no prevé una fórmula para determinar la indemnización⁵⁰.

Empero la Jurisprudencia tradicionalmente ha establecido un patrón indemnizatorio equivalente a dos años de remuneración bruta, el que ha sido considerado por la Corte de Casación francesa como de orden público para que quede en claro que no puede ser dejado

⁴⁷ Lara González, Rafael, “El contrato de agencia en Italia: notas sobre su regulación actual”, rev. Jurídica de Navarra nº 18, año 1994, pág. 19.

⁴⁸ Roy-Thermes, Patricia, “El agente comercial y el contrato de agencia comercial”, <http://www.eurojuris.fr/fr/entreprises/rh/contrat-de-travail/articles/contrato-comercial#.VjHnFvkvfcs>

⁴⁹ Buena parte de esas normas son imperativas, pues el art. L. 134-16 del Código de Comercio dispone que “Se tendrá por no puesta cualquier cláusula o acuerdo contrario a las disposiciones de los arts. L. 134-2 y L. 134-4, del párrafo tercero y cuarto del art. L. 134-11, y del art. L. 134-15 o que no tenga en cuenta la aplicación, en detrimento del agente comercial, de las disposiciones del segundo apartado del art. L.134-9, del primer párrafo del art. L. 134-10, de los arts. L. 134-12 y L. 134-13 y del párrafo tercero del art. L. 134-14.”

⁵⁰ Vargas Vilarrosa, Antonio, “Comparativa entre los contratos de agencia en España y Francia”, http://www.articulo.org/articulo/29329/comparativa_entre_los_contratos_de_agencia_en_espana_y_francia.html#sthash.Q4GmoRMC.dpuf

de lado por convenio de partes. Por lo tanto, la cláusula que limite los derechos del agente a percibir una reparación menor será considerada nula⁵¹.

En España el art. 28 de la ley del Contrato de Agencia establece que cuando se extingue el contrato, sea por tiempo determinado⁵² o indefinido⁵³, el agente tendrá derecho a una **indemnización por clientela** siempre que concurren una serie de requisitos que, según la Jurisprudencia, tienen carácter acumulativo⁵⁴:

- Que el agente hubiese aportado nuevos clientes al fondo de comercio del empresario o incrementado sensiblemente las operaciones con la clientela preexistente.
- Que la actividad de promoción del agente sobre esa clientela vaya a continuar produciendo ventajas sustanciales al empresario.
- Que resulte equitativamente procedente por la existencia de pactos de limitación de competencia, por las comisiones que pierda o por las demás circunstancias que concurren.

El Tribunal Supremo decidió que esas directivas legales se aplican al **contrato de distribución**⁵⁵.

⁵¹ Flórez Gacharná, Jorge, "Acerca de la homogenización de contratos internacionales", rev. Criterio Jurídico Garantista, año 3, nº. 4, enero-Junio/2011, http://www.fuac.edu.co/recursos_web/documentos/derecho/revista_criterio/articulosgarantista4/4jorgeflerez.pdf

⁵² En España es lícita la denuncia unilateral del **contrato de agencia** por decisión de una de las partes, aún sin justa causa. No obstante, tal decisión genera la obligación de indemnizar ex art. 1101 del Código Civil (Tapia Sánchez, M^a Rosa, "La extinción de los contratos de distribución y agencia como presupuesto de la indemnización por clientela", <http://www.institutomercadoycompetencia.com/wp-content/uploads/Extincion-de-los-contratos-de-distribucion-ROSA-TAPIA.pdf>).

⁵³ Es decir que la indemnización se genera aunque el contrato se extinga por vencimiento del plazo, siempre y cuando, claro está, que se cumplan los requisitos legales. Lo mismo ocurre cuando la conclusión del **contrato de agencia** tiene lugar por muerte o declaración de fallecimiento del agente (art. 28.2 de la LCA) o por su jubilación, invalidez o enfermedad (art. 30.b de la LCA).

⁵⁴ Tapia Sánchez, M^a Rosa, op. cit.

⁵⁵ Fayos Febrer, J. Bautista, "Indemnización por clientela en el contrato de agencia y su moderación equitativa realizada por los Tribunales: ST del TS de 1 de mayo de 2012", <http://mercantiljbfayos.blogspot.com.ar/2012/06/indemnizacion-por-clientela-en-el.html>; Torrego Porro, Álvaro, "La indemnización por clientela en el contrato de agencia y en el contrato de concesión", ed. Universidad de Valladolid. Facultad de Ciencias Sociales, Jurídicas y de la Comunicación, <http://uvadoc.uva.es/handle/10324/13850>; Herrero Jiménez, Marcial y Vega Clemente, Virginia, "El contrato de agencia y el contrato de distribución en exclusiva la indemnización por clientela", rev. de Estudios Económicos y Empresariales nº 20, año 2008, pág. 107.

Hay consenso en que la **indemnización por clientela** es independiente de la conducta culposa o dolosa del principal⁵⁶, ya que, para que proceda, basta con que se produzca la extinción del contrato por causa no imputable al agente⁵⁷.

Hasta no hace mucho tiempo la Jurisprudencia española venía concediendo, casi sin excepción, la **indemnización por clientela** a todos los agentes o distribuidores a los que se les resolvía el contrato⁵⁸. Esa tendencia se fue endureciendo en el pasado reciente⁵⁹. Es así como hubo casos en los cuales se determinó que la captación de clientes, por sí sola, no genera el derecho del comercializador a una compensación por **clientela**, pues ésta es, precisamente, la primera obligación del agente, a punto tal que su incumplimiento justificaría la resolución del contrato⁶⁰.

Por lo tanto, los jueces entienden que el resarcimiento por **clientela** del art. 28 LCA no es automático⁶¹. El agente debe probar acabadamente la reunión de los requisitos legales⁶².

⁵⁶ Pérez Díaz, Marta, “La extinción del contrato de concesión por denuncia unilateral del concedente y el derecho del concesionario a una indemnización por clientela”, en “Estudios de Derecho Mercantil: homenaje al profesor Justino F. Duque”, ed. Universidad de Valladolid, vol. 2, pág. 1305.

⁵⁷ Herrero Jiménez, Marcial y Vega Clemente, Virginia, “El contrato de agencia y el contrato de distribución en exclusiva. La indemnización por clientela”, rev. de Estudios Económicos y Empresariales nº 20, año 2008, pág. 110.

El mismo principio establece el art. 30 de la ley 194/93 de Paraguay.

⁵⁸ Albert, Pablo, “La restricción de la indemnización por clientela”, http://elpais.com/diario/2005/04/24/negocio/1114347824_850215.html

⁵⁹ Tan es así que se ha dado un debate sobre si es procedente la indemnización por clientela cuando el contrato concluye cuando el agente cae en concurso o quiebra (art. 26.1.b de la ley sobre contrato de agencia). Algunos creen que el concursamiento es equiparable al incumplimiento del contrato, lo que sería realmente absurdo pues el principal se aprovecharía ilegítimamente la clientela del comercializador en perjuicio de los acreedores concursales de este último. Otros, adecuadamente a mi juicio, opinan que no hay razón para eliminar la indemnización por clientela cuando tal situación no forma parte de las excepciones que la Ley establece. Sobre el particular: Tapia Sánchez, M^ª Rosa, “La extinción de los contratos de distribución y agencia como presupuesto de la indemnización por clientela”, <http://www.institutomercadoycompetencia.com/wp-content/uploads/Extincion-de-los-contratos-de-distribucion-ROSA-TAPIA.pdf>; Jiménez Mancha, Juan C., “Indemnizaciones derivadas de la resolución del contrato de agencia: análisis jurisprudencial y crítico”, rev. de Derecho Privado, año nº 88, junio/2004, pág. 787.

⁶⁰ Cordero Lobato, Encarna, op. cit.

⁶¹ Puig Mateu, Josep, “La Indemnización por clientela en los contratos de distribución. Algo de orden en el desorden”, rev. Economist & Jurist, año 19, nº 153, septiembre/2011, pág. 58.

⁶² Sentencia de la Audiencia Provincial de Badajoz, Sección 2^ª, 23/09/2014, nº 220/2014, rec. 177/2014; Manzanares, Bruno, “Requisitos para otorgar la indemnización por clientela en el contrato de agencia”, <http://tradelex.com/requisitos-para-otorgar-la-indemnizacion-por-clientela-en-el-contrato-de-agencia/>.

Sobre esa base, el Tribunal Supremo español, a través de la sentencia 15/01/2008⁶³, en cierto modo logró unificar la doctrina jurisprudencial sobre la **indemnización por clientela**⁶⁴.

No obstante, en general, los jueces vienen reconociendo este rubro como reparación de los daños derivados de la resolución injustificada del contrato⁶⁵.

Esto es igualmente válido para los casos de **contratos de concesión** o de **distribución**⁶⁶.

La **indemnización por clientela** debe calcularse sobre los ingresos brutos del agente⁶⁷, descontándose el I.V.A.⁶⁸.

El Tribunal Supremo español ha decidido que la **indemnización por clientela**, en el **contrato de distribución**, puede excluirse por acuerdo de partes⁶⁹.

6.- El régimen argentino antes de la Reforma.

Analizando la Jurisprudencia argentina anterior a la Reforma se vuelve a comprobar la gran influencia que tuvo el régimen comunitario europeo.

Nuestros jueces han comprendido que, después de la ruptura del contrato, la rescidente puede seguir recibiendo ganancias de los negocios realizados con los clientes del agente⁷⁰,

⁶³ RJ 2008, 1393) 6.

⁶⁴ Altirriba I Vives, Xavier y Cuenca Márquez, Juan, "La distribución comercial: presente, pasado y futuro", Thomson Reuters Pro Viewrev. Aranzadi Doctrinal, pág. 2, <https://proview.thomsonreuters.com/title.html?redirect=true&titleKey=aranz%2Fperi...> 27/04/2015.

⁶⁵ Sentencia del Tribunal Supremo del 08/10/2013, también comentada por Altirriba I Vives, Xavier y Cuenca Márquez, Juan, op. cit.; sentencia del Tribunal Supremo del 09/07/2015, rev. E-dictum, nº 47, noviembre/2015, <http://dictumabogados.com/files/2015/11/Jurisprudencia-e-dictum-47.pdf>

⁶⁶ Sin embargo, la prueba de la procedencia de la indemnización por clientela resulta más complicada en los **contratos de concesión** o **distribución** como se aprecia en un reciente pronunciamiento del Tribunal Supremo: Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, sentencia del 27/05/2015, nº 2449/2015, Id Cendoj: 28079110012015100302, <http://www.poderjudicial.es/search/doAction?action=contentpdf&databasematch=TS&reference=7411360&links=&optimize=20150619&publicinterface=true>.

⁶⁷ Sentencia del Tribunal Supremo del 03/06/2015, "Pymephone 2006 S.L. vs. France Telecom España S.A.", <http://www.burgueraabogados.com/tres-cuestiones-clave-sobre-el-contrato-de-agencia/>

⁶⁸ Mismo precedente mencionado en la nota al pie anterior.

⁶⁹ Sentencia del 30/12/2010 comentada por Cordero Lobato, Encarna, "La extinción y resolución del contrato de distribución en la jurisprudencia", <http://libros-revistas-derecho.vlex.es/vid/>.

⁷⁰ CNCom, Sala "E", 04/05/2006, "Carosella, Juan c. T.C.P. Telefónica Comunicaciones Personales S.A.", Lexis Documento Nº 11.40993.

lo que es plenamente válido para el distribuidor u otras modalidades de **contratos de comercialización**. Por lo tanto, en tales supuestos, mandó a indemnizar el rubro **clientela**⁷¹. Esa realidad también ha sido reconocida por los autores nacionales⁷².

Ocasionalmente, cuando el principal es una gran empresa internacional con mucha trayectoria, se estimó que la **clientela** le “pertenece” a la marca⁷³, pues los distribuidores aprovechan ese renombre y, por lo tanto, no sería equitativa indemnizar a estos últimos por dicho rubro⁷⁴.

Tal aseveración, cuando se la pretende valedera para todos los casos, es errónea. Si el comercializador aumentó la clientela en cantidad y calidad⁷⁵ ese mérito, en la medida que siga beneficiando al principal, debe ser compensado cuando el contrato concluye. Por ello, aun en supuestos de marcas conocidas, se ha admitido el mencionado resarcimiento⁷⁶.

Desde luego, la situación es aún más patente cuando, aunque se trate de una gran empresa internacional sea poco menos que desconocida en la zona, por lo que sus productos se hacen populares por mérito del comercializador. En tales hipótesis la Jurisprudencia le reconoció a este último la condigna indemnización⁷⁷.

⁷¹ Por ejemplo: CNCom, Sala “B”, 31/10/2002, “Cigoper S.A. c. Massalín Particulares”, Lexis Documento N° 1/5512540.

⁷² Así: Farina, Juan M., “Resolución del contrato en los sistemas de distribución”, ed. Astrea, pág. 65.

⁷³ “En algún precedente jurisprudencial argentino se ha sostenido que la clientela no es un elemento ni un factor de la empresa, sino una aptitud o cualidad, que en virtud del carácter intransferible del **contrato de concesión** pasa necesariamente al concedente, con motivo de la ruptura de la relación contractual, pues los concesionarios crean y desarrollan una clientela para su proveedor, la que no tendrá valor desde que el contrato de exclusividad se rompa” (CNCom, Sala “B”, 11/04/1995, “Marquinez y Perotta c. Esso S.A.P.A.”; ídem, 10/08/1989, “Domogas S.A. c. AGIP Gas S.A.”, jurisprudencia comentada por Farina, Juan M., “Resolución del contrato en los sistema de distribución”, ed. Astrea, 2004).

Un autor adhirió a esa concepción, que, por supuesto, no comparto (Romero, Miguel A., “Sistemas de distribución comercial. Indemnización de los daños por la rescisión unilateral del concedente o fabricante”, L.L. 1998-E, pág. 1049).

⁷⁴ CNCom, Sala “A”, 26/04/2007, “MBT Argentina S.A. c. Instalaciones y Construcciones S.A.”, Lexis Documento N° 70039538.

⁷⁵ Se entiende por **clientes de mejor calidad** a quienes tienen mayor capacidad económica y vocación de consumo.

⁷⁶ CNCom, Sala “B”, 10/06/2004, “Godicer S.A. c. Cervecería y Maltería Quilmes S.A.I.C.A. y G.”, Lexis Documento N° 70013782; ídem, 31/10/2002, “Cigoper S.A. c. Massalín Particulares”, Lexis Documento N° 30011733; ídem, 30/06/1983, “La Central de Tres Arroyos S.A. c. Manufactura de Tabacos Particulares V.F. Greco S.A. y otros”, Lexis Documento N° 2/46732.

⁷⁷ Ribas, Armando J. (h.), “La indemnización por clientela en los contratos de agencia y distribución”, rev. de Derecho Comercial del Consumidor y de la Empresa n° 3, junio/2013, pág. 147.

La Jurisprudencia nacional determinó el cuántum de la indemnización por **clientela**, según los ramos y demás circunstancias, entre el 20%⁷⁸ y el 30%⁷⁹ de la reparación por omisión de preaviso.

¿Por qué la **indemnización por clientela** debía tener una relación porcentual con la **indemnización por falta de defecto de preaviso** siendo que, en el fondo, apuntan a cuestiones distintas? ¿Por qué no se recurrió al dictamen de peritos siendo que ahora hay métodos científicos para medir el valor de la clientela o de su incremento?

Al parecer (pues, en realidad, casi nunca se explicó) los jueces optaron por resolver según su libre albedrío, haciendo uso del permiso que la Corte Suprema en ocasiones les reconoció sin más límite que el de no caer en el absurdo⁸⁰.

Evidentemente los togados cumplirían mejor su labor, aunque la Ley no tenga pautas específicas⁸¹, recurriendo a los principios generales del Derecho y al dictamen pericial⁸².

La referida **indemnización por clientela** no puede ser identificada con la compensación del **valor llave** ni con el resarcimiento reconocido por falta de preaviso⁸³. Por eso en ocasiones también se ha dispuesto la indemnización por este concepto en atención al perjuicio derivado de la depreciación que sufre la víctima por efecto del finiquito del contrato⁸⁴.

⁷⁸ CNCom, Sala "C", 17/03/2006, "Organización Gómez Páez SRL c. L'Oreal Argentina S.A.", Lexis Documento Nº 1/1011614.

⁷⁹ CNCom, Sala "C", 14/10/2005, "Cordis Corporation c. Sistemas Médicos S.A.", J.A. 2006-I-303.

⁸⁰ Así, por ejemplo, en materia de tasas de interés: Fallos 317:507; 323:2122, y más recientemente "Banco Comafi S.A. c. Cardinales", Fallos 326:244.

⁸¹ CNCom, Sala "E", 04/05/2006, "Carosella, Juan c. T.C.P. Telefónica Comunicaciones Personales S.A.", Lexis Documento Nº 11.40993, http://ar.vlex.com/vid/recurso-nacional-apelaciones-comercial-n-04-34768477?_ga=1.48949412.324936336.1455216371.

⁸² En muchos casos puede recurrirse a la **pericia arbitral** que, en el ámbito nacional, procede "...cuando las liquidaciones o cuentas fueren muy complicadas y de lenta y difícil justificación o requirieren conocimientos especiales" (art. 516 CProc) (Arazi, Roland, "Derecho Procesal Civil y Comercial", ed. Rubinzal-Culzoni, tº I, pág. 88).

⁸³ CNCom, Sala "C", 17/03/2006, "Organización Gómez Páez SRL c. L'Oreal Argentina S.A.", J.A. 2006-III-213.

En el voto del juez Vasallo en un precedente se trazaron las distinciones entre ambos conceptos: CNCom, Sala "D", 01/03/2016, "Sola, Andrés V. c. Diageo Argentina S.A.", MJJ97400.

⁸⁴ CNCom, Sala "D", 03/10/2001, "R. Martín y Cía. c. Autolatina Argentina S.A. y otros", Lexis Documento Nº 11.32009.

Esa reparación se ha dispuesto teniendo en cuenta un cúmulo de factores⁸⁵.

Cabe destacar:

- Que el derecho a demandar el resarcimiento de los daños derivados de la ruptura ilegítima del contrato no requería intimación previa⁸⁶.
- Que para apreciar la prueba de los daños generados por la ruptura intempestiva del **contrato de distribución** la Jurisprudencia empleaba criterios flexibles⁸⁷.

7.- El tema en la Reforma.

El art. 1497 CCyC⁸⁸ dispone: “**Compensación por clientela.** Extinguido el contrato, sea por tiempo determinado o indeterminado, el agente que mediante su labor ha incrementado significativamente el giro de las operaciones del empresario, tiene derecho a una compensación si su actividad anterior puede continuar produciendo ventajas sustanciales a éste”. “En caso de muerte del agente ese derecho corresponde a sus herederos”. “A falta de acuerdo, la compensación debe ser fijada judicialmente y no puede exceder del importe equivalente a un año de remuneraciones, neto de gastos, promediándose el valor de las percibidas por el agente durante los últimos cinco años, o durante todo el período de duración del contrato, si éste es inferior”. “Esta compensación no impide al agente, en su caso, reclamar por los daños derivados de la ruptura por culpa del empresario”.

⁸⁵ CNCom, Sala “B”, 30/06/1983, “La Central de Tres Arroyos S.A. c. Manufactura de Tabacos Particulares V.F. Greco S.A. y otros”, J.A. 1983-III-590; Romero, Miguel A., “Sistemas de distribución comercial. Indemnización de los daños por la rescisión unilateral del concedente o fabricante”, L.L. 1998-E, pág. 1049.

⁸⁶ CNCom, Sala “C”, 18/07/2003, “Agroquímica Puesto Viejo SRL c. Novartis Argentina S.A.”, Lexis Documento Nº 1/5513557.

⁸⁷ CNCom, Sala “B”, 31/05/2000, “Austral SRL c. Nestlé Argentina S.A.”, J.A. 2001-II-208.

⁸⁸ Nótese la similitud con el art. art. 28.1 de la Ley de Contrato de Agencia de España: “1. Cuando se extinga el contrato de agencia, sea por tiempo determinado o indefinido, el agente que hubiese aportado nuevos clientes al empresario o incrementado sensiblemente las operaciones con la clientela preexistente, tendrá derecho a una indemnización si su actividad anterior puede continuar produciendo ventajas sustanciales al empresario y resulta equitativamente procedente por la existencia de pactos de limitación de competencia, por las comisiones que pierda o por las demás circunstancias que concurran.

2. El derecho a la indemnización por clientela existe también en el caso de que el contrato se extinga por muerte o declaración de fallecimiento del agente.

3. La indemnización no podrá exceder, en ningún caso, del importe medio anual de las remuneraciones percibidas por el agente durante los últimos cinco años o, durante todo el período de duración del contrato, si éste fuese inferior”.

Por su parte, el art. 1498 CCyC, estatuye: “**Compensación por clientela. Excepciones.** No hay derecho a compensación si:

- a) el empresario pone fin al contrato por incumplimiento del agente;
- b) el agente pone fin al contrato, a menos que la terminación esté justificada por incumplimiento del empresario; o por la edad, invalidez o enfermedad del agente, que no permiten exigir razonablemente la continuidad de sus actividades. Esta facultad puede ser ejercida por ambas partes”.

Las transcritas disposiciones, como se ve, no difieren mayormente de la línea anteriormente descripta por la Jurisprudencia nacional⁸⁹ y la normativa europea.

La primera parte del art. 1497 CCyC, al habilitar esta indemnización tanto para los casos de contrato a plazo determinado como respecto de los de tiempo indeterminado, y al no exigir como condición que la ruptura del contrato se genere por dolo o culpa del principal, extiende la compensación a los agentes a todas las hipótesis, salvo, claro está, a las de ruptura por su culpa (art. 1498 CCyC)⁹⁰.

Las únicas exigencias son: que el agente haya incrementado **significativamente el giro de las operaciones del principal**, y que la actividad desplegada para ello pueda continuar produciendo ventajas sustanciales para este último.

En consecuencia, está claro que, como ha señalado Llobera, el Legislador ha puesto punto final a aquella jurisprudencia que consideraba que el agente tiene por función generar clientela para el proponente y que, por lo tanto, a este pertenece⁹¹, criterio que es resistido por Núñez⁹².

⁸⁹ Ribas, Armando J., “La indemnización por clientela en los contratos de agencia y distribución”, rev. de Derecho Comercial, del Consumidor y de la Empresa, n° 3, junio/2013, pág. 147.

⁹⁰ Coincide con la propuesta de Ariza, Ariel, Elías, Ana I. y Carnevale, Florencia, “La rescisión unilateral en los contratos de duración”, ponencia presentada en las XXIII⁸⁵ Jornadas Nacionales de Derecho Civil, San Miguel de Tucumán, 29 de setiembre al 1º de octubre 2011.

⁹¹ Llobera, Hugo, “Contratos de comercialización”, en “Análisis del proyecto de nuevo Código Civil y Comercial 2012”, ed. El Derecho, pág. 441.

⁹² Dice: “El establecimiento de este rubro indemnizatorio -independiente de cualquier reparación de daños derivados de la ruptura del contrato por incumplimiento del preponente- no parece haber tenido en cuenta que, precisamente, la razón del empresario de contratar a un agente es la obtención de clientela a través de la promoción de negocios, y que la retribución del agente por su trabajo es, precisamente, la comisión (art. 1486 del CCC)” (Núñez, Javier F., “La agencia en el nuevo Código Civil y Comercial: algunos aspectos criticables”, www.abogados.com.ar/la-agencia-en-el-nuevo-codigo-civil-y-comercial-...).

Lo categórico del texto de la norma exime de mayores comentarios.

8.- La inexplicable exclusión del nuevo Código de la indemnización por clientela respecto de los demás contratos de comercialización.

El nuevo Código, como lo expresaron algunos autores⁹³, presenta una dificultad: la indemnización por **clientela**, que está expresamente prevista para el **contrato de agencia** (art. 1497 CCyC), no está contemplada en el régimen de los **contratos de concesión y distribución comercial**. Además, la normativa que regula a estos últimos no contiene ninguna remisión a aquella disposición⁹⁴.

Y en cuanto al **contrato de franquicia**, además de no existir tal reenvío al art. 1497 CCyC, el art. 1518 ap. "c" CCyC estatuye que, salvo pacto en contrario, la **clientela** corresponde al franquiciante.

No obstante, Llobera⁹⁵ aprecia que, entre los rubros indemnizables en caso de ruptura unilateral del **contrato de concesión** dispuesta por el principal (en tanto no medie un incumplimiento grave del concesionario) aquel deberá pagar una indemnización por "el significativo aumento de la clientela aportado por el concesionario para la marca del concedente, tomándose para ello mediciones efectuadas dentro de su zona".

Comparto esa apreciación. Para ello alcanza con abreviar en lo dispuesto por el art. 1716 y concordantes CCyC y, en particular, en el principio de indemnización plena del art. 1740 CCyC.

Evidentemente este autor no ha tenido en cuenta que, como vimos anteriormente, la comisión remunera únicamente el servicio de promover una operación singular, y, por lo tanto, no abarca el beneficio que el principal obtiene de operaciones futuras con el mismo cliente que ha generado el comercializador.

⁹³ Alonso, Juan I., "Visión crítica de la frustración de la chance en la resolución del contrato de distribución", rev. de Derecho de Daños, 2008-1, pág. 257; Mascheroni, Francisco, "El preaviso, una cuestión por resolver en los contratos de concesión por tiempo indeterminado", rev. Argentina de Derecho Comercial y de los Negocios, 13/04/2015, IJ-LXXVII-340.

⁹⁴ El Proyecto de Ley argentino de la Concesión Automotriz del año 2015, siguiendo el patrón de la ley Ferrari de Brasil, tampoco prevé nada sobre el particular.

⁹⁵ Llobera, Hugo, "Contratos de comercialización", en "Análisis del proyecto de nuevo Código Civil y Comercial", ed. El Derecho, <http://bibliotecadigital.uca.edu.ar/repositorio/contribuciones/contratos-comercializacion-llobera.pdf>.

No obstante, parece aconsejable que una futura reforma del Código aclare que la indemnización por clientela, en tanto se cumplan los requisitos de toda reparación de daños, rige para todos los contratos de comercialización.

9.- Acerca de los recaudos legales para obtener la indemnización.

El art. 29 de la ley española sobre contrato de agencia es bastante más claro que nuestro art. 1497 CCyC⁹⁶. Dice: “el agente que hubiese aportado nuevos clientes al empresario o incrementado sensiblemente las operaciones con la clientela preexistente, tendrá derecho a una indemnización si su actividad anterior puede continuar produciendo ventajas sustanciales al empresario y resulta equitativamente procedente por la existencia de pactos de limitación de competencia, por las comisiones que pierda o por las demás circunstancias que concurran”.

La norma de nuestro Código aclaró que el aumento de la clientela del principal debe tener por causa **la labor del agente** (lo que es obvio en el precepto español), y eliminó el tramo que dice: “hubiese aportado nuevos clientes al empresario”, dejando únicamente “que ... ha incrementado significativamente el giro de las operaciones del empresario”. Asimismo, el párrafo del dispositivo legal español que reza “si su actividad anterior puede continuar produciendo ventajas sustanciales al empresario y resulta equitativamente procedente por la existencia de pactos de limitación de competencia, por las comisiones que pierda o por las demás circunstancias que concurran” quedó reducido a “..si su actividad anterior puede continuar produciendo ventajas sustanciales a éste”.

La alusión al **incremento significativo del giro de las operaciones** que retuvo nuestro art. 1497 CCyC, con buena voluntad, podemos deducir que se refiere:

⁹⁶ Sin embargo, esa norma española fue criticada desde dos ángulos: a) porque no se trataría de una indemnización de daños y perjuicios (lo que presupondría un incumplimiento) cuando en realidad consistiría en un deber de resarcir gastos o inversiones; y b) porque, en todo caso, no tendría sentido incluir -al menos de este modo- una indemnización de daños y perjuicios cuando ya está contemplada por el Código Civil (arts. 1101 y 1124) (Quintáns Eiras, M^a Rocío, “La resolución unilateral de los contratos de concesión mercantil de duración indefinida y sus consecuencias jurídicas (a propósito de la sentencia de la AP de Madrid de 4 de noviembre de 1996)”, rev. Anuario da Facultade de Dereito, pág. 598, <http://ruc.udc.es/bitstream/2183/1908/1/AD-1-33.pdf>).

- Al aporte de clientes nuevos traídos por el agente, es decir, que no hayan sido clientes del principal antes de firmado el **contrato de agencia**⁹⁷.
- A los clientes antiguos del principal que habían dejado de serlo, y que, gracias la intervención del agente, volvieron a comprarle⁹⁸.
- A las ventas realizadas a quienes ya eran clientes del principal pero aumentando grandemente la cantidad de los pedidos o los importes de tales pedidos, en la medida que ello se deba al mérito del agente y no a cuestiones relacionadas con las mejoras en la Economía o a otros factores ajenos⁹⁹.

Que la indemnización del art. 1497 CCyC dependa únicamente del incremento significativo del giro de las operaciones del principal que **pueda continuar produciendo ventajas sustanciales** para el principal permite inferir:

- Que el resarcimiento no depende del efectivo aprovechamiento de la clientela, ni del aumento de las ventas, sino de una potencialidad. Es decir, es indistinto si el principal lucra o no con la disponibilidad de los clientes.
- Por ende, lo que se indemniza es una **chance**.
- En la especie no tiene influencia el dolo o culpa del principal por lo que el factor de atribución es objetivo (art. 1722 CCyC).

10.- Qué se puede negociar en el contrato (y que no se puede).

Que el art. 1497 CCyC diga que “**a falta de acuerdo**, la compensación debe ser fijada judicialmente” claramente significa que la norma es supletoria de la voluntad de las partes. ¿Qué es lo que pueden acordar las partes según el art. 1497 CCyC? ¿Incluir una cláusula que determine si habrá o no **indemnización por clientela**? ¿Qué habrá indemnización pero

⁹⁷ Por supuesto, cuentan los clientes que lo eran del agente antes de firmado el contrato con el principal.

⁹⁸ Martínez Sanz, Fernando, “La indemnización por clientela en los contratos de agencia y concesión”, ed. Cívitas, pág. 152; del mismo autor: “La indemnización por clientela de los distribuidores”, en Alonso Ureba, Alberto, Velasco San Pedro, Luis A., Alonso Ledesma, Carmen, Echevarría Sáenz, Joseba A. y Viera González, Arístides J. (directores), “Los contratos de distribución”, ed. Aranzadi, pág. 587.

⁹⁹ Tapia Sánchez, M^a Rosa, “Aportación de nuevos clientes o incremento sensible de las operaciones como presupuesto de la indemnización por clientela en los contratos de distribución”, en “Distribución comercial y Derecho de la Competencia”, ed. La Ley, Madrid, <http://www.institutomercadoycompetencia.com/publicaciones/>.

que se regirá por los parámetros que se pacten? ¿O que, cuando ya se produjo la ruptura contractual, permita negociar el monto de la reparación y la forma de pago?

A mi juicio la norma sobre indemnización por clientela es imperativa y, por lo tanto, las partes no pueden eliminarla del todo a través de una disposición contractual.

En cambio aprecio que sí podrían negociar una fórmula para establecer la cifra de la indemnización y el procedimiento para determinarla.

Pero ¿podría estipularse una indemnización insignificante que, en los hechos, importe una renuncia anticipada a cualquier tipo de reparación?

El Tribunal Supremo español, sobre el mismo soporte legislativo, desestimó esa posibilidad¹⁰⁰.

En Argentina, a mi modo de ver, la solución viene de la mano de la prohibición de la dispensa anticipada del dolo que ya estaba en el art. 507 CCiv del Código de Vélez, criterio que tuvo una particular evolución; evolución que vale repasar sumariamente.

El proyecto de Bibiloni, abrevando en el art. 278 del Código Civil alemán, permitía la disculpa previa de la responsabilidad (art. 1021). Lo mismo hicieron el Anteproyecto de 1936 (art. 570) y el Anteproyecto de Código de 1954 (art. 859) aunque esta última norma establecía una excepción: “salvo que el acreedor esté al servicio del deudor”¹⁰¹.

Sin embargo, desde la Segunda Guerra Mundial (tal vez antes) se han venido ampliando las fronteras de la responsabilidad civil¹⁰². Ello ha llevado a repensar si es lícito limitar o excluir la responsabilidad de una de las partes por vía convencional al punto de liberarla del deber de indemnizar los daños generados por la propia culpa o dolo.

Buena parte de la Doctrina aceptaba las cláusulas que limitan o excluyen la responsabilidad civil en forma anticipada respecto de los contratos paritarios, a menos que no sean prohibidas por las leyes, o resulten atentatorias contra el orden público, la moral y las

¹⁰⁰ Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, del 08/10/2010, STS 5324/2010, id Cendoj: 28079110012010100607, <http://www.iuriscivilis.com/2011/02/el-contrato-de-agencia-algunas.html>; <http://www.poderjudicial.es/search/documento/TS/5771232/Propiedad%20horizontal/20101111>

¹⁰¹ Agregado que se inspiró en el Código de la Obligaciones suizo.

¹⁰² Vallespinos, Carlos G., “Cláusulas limitativas de la responsabilidad en el Derecho Civil y en la ley 24.240”, www.saij.jus.gov.ar, Id Infojus: DACA980029.

buenas costumbres¹⁰³. Sin embargo, ocurre que, por razones de equidad, las restricciones legales son crecientes, lo cual arrincona a esa alternativa.

La cuestión es aún más compleja cuando estamos frente a contratos concertados por adhesión a condiciones generales, o que, de cualquier otro modo, denotan que son el resultado del ejercicio del poder dominante de una parte sobre la otra. Allí es donde nació y se desarrolló toda la sistemática de las **cláusulas** y **prácticas abusivas**, tema al que me he dedicado anteriormente¹⁰⁴.

Comprobamos entonces la importancia del respeto a la equivalencia sustancial de los derechos y obligaciones de las partes, tanto en la vida de los contratos como ante su conclusión, principio que ya traían el art. 1157 del Proyecto de Unificación de Legislación Civil y Comercial sancionado por la Cámara de Diputados en 1993 y el art. 870 del Proyecto de Reformas al Código Civil elaborado por la Comisión designada por decreto 468/92.

En cambio el art. 1743 CCyC ofrece una solución más enérgica y limitativa puesto que establece: “**Dispensa anticipada de la responsabilidad**. Son inválidas las cláusulas que eximen o limitan la obligación de indemnizar cuando afectan derechos indisponibles, atentan contra la buena fe, las buenas costumbres o leyes imperativas, o son abusivas. Son también inválidas si liberan anticipadamente, en forma total o parcial, del daño sufrido por dolo del deudor o de las personas por las cuales debe responder”¹⁰⁵.

En esa línea, en un precedente jurisprudencial se señaló que ninguna estipulación contractual puede interpretarse como renuncia anticipada a cualquier reclamo ulterior por este rubro¹⁰⁶.

Se ha propuesto¹⁰⁷ agregarle al art. 1743 CCyC la expresión **o culpa grave** para equipararla al **dolo**, técnica que han empleado buena parte de los Códigos sancionados en el pasado

¹⁰³ Vallespinos, Carlos G., op. cit.

¹⁰⁴ Rubín, Miguel E., “Cláusulas y prácticas abusivas en los contratos de comercialización antes y después de sancionado el Código Civil y Comercial”, MJ7331.

¹⁰⁵ El texto es el mismo que el que traía el art. 1578 del Proyecto de Código Civil de 1993.

¹⁰⁶ Cuarta Cámara de Apelaciones en lo Civil, Comercial, Minas, de Paz y Tributario Mendoza, 25/09/2015, “Cardozo Tur, Eduardo M. c. Diario Los Andes Hnos. Calle S.A. P/D. Y P.”, rev. Diario Comercial, Económico y Empresarial nº 51, 04/11/2015, <https://dpicuantico.com/sitio/wp-content/uploads/2015/11/Comercial-Jurisprudencia-2015-11-04.pdf>

reciente¹⁰⁸, y que era también la fórmula del art. 1642 del Proyecto de 1998. Esa fue la conclusión a la que se arribó en las XXIV^{as} Jornadas Nacionales de Derecho Civil¹⁰⁹, que ya estaba en mente de un importante sector de la Doctrina¹¹⁰.

Tal vez, interinamente, habrá que ver todo el contrato y su contexto para determinar si no se está en presencia de una **cláusula abusiva** en los términos del art. 988 CCyC¹¹¹.

El tope de un año de remuneraciones obviamente está referido a la reparación que determine el juez. Nada hay de objetable en que las partes acuerden un importe superior o, incluso, algún procedimiento de indemnización tasada en la medida que no transgreda el sistema de normas que acabo de describir.

11.- Actualización de los valores del resarcimiento.

Llobera¹¹² objeta que el art. 1497 CCyC, para determinar la indemnización, mande a computar “el valor (promedio) de las (remuneraciones) percibidas por el agente durante los últimos cinco años”. Entiende que ello, en la práctica, llevará a una reducción de la base indemnizatoria, por la mera evolución del precio del producto o servicio.

¹⁰⁷ Tale, Camilo, “Observaciones y propuestas de modificaciones en el capítulo de la responsabilidad civil (Libro II, Título V, capítulo 1) del proyecto de Código Civil y Comercial de la Nación, http://ccycn.congreso.gob.ar/export/hcdn/comisiones/especiales/cbunificacioncodigos/ponencias/cordoba/pdf/013_CAMILO_TALE.pdf

¹⁰⁸ Art. 1474 del Código Civil de Quebec de 1993, art. 1986 del Código Civil de Perú de 1984, art. 1848 del Código Civil de Paraguay de 1986, art. 350 del Código Civil de Bolivia de 1976.

¹⁰⁹ Conclusiones de las XXIV^{as} Jornadas Nacionales de Derecho Civil, rev. de Notariado nº 915, septiembre/2014, <http://www.revista-notariado.org.ar/2014/09/conclusiones-de-las-xxiv-jornadas-nacionales-de-derecho-civil/>

¹¹⁰ Por ejemplo: Trigo Represas, Félix A. y López Mesa, Marcelo J., “Tratado de la responsabilidad civil”. “El derecho de daños en la actualidad: teoría y práctica”, ed. La Ley, tº 2, pág. 145. Aunque, en esto, como en tantos otros temas, había tonalidades: Llambías, Jorge J., “Derecho Civil. Obligaciones”, ed. Perrot, 5ª ed., tº I, pág. 216; Mosset Iturraspe, Jorge, “Responsabilidad por los daños”, ed. Ediar, tº I, pág. 227; Stiglitz, Rubén S, “Invalididad de las cláusulas limitativas de responsabilidad en la contratación predispuesta”, L.L. 1984-D, pág. 995.

¹¹¹ Cuestión sobre la que hay amplia experiencia en el Derecho italiano: Mazzamuto, Salvatore, “*Brevi note in tema di conservazione o caducacione del contratto in dipendenza della nullità de la clausola abusiva*”, rev. *Contratto e Impresa*, ed. Cedam, pág. 3; Meli, Vincenzo, “*Lo sfruttamento abusivo di posizione dominante mediante imposizione de prezzi non equi*”, en “*Cuaderni de Giurisprudenza Comnrerciale*”, ed. Giuffrè; Memmo, Daniela, “*Clausole vessatorie e contratti della pubblica amministrazione*”, rev. *Contratto e Impresa*, ed. Cedam, año 1985, pág. 376; Patti, Salvatore, “*La direttiva comunitaria Bulle clausole abusive: prime considerazioni*”, rev. *Contratto e Impresa*, ed. Cedam, año 1993, pág. 71.

¹¹² Llobera, Hugo, op. cit.

Empero, a mi juicio, ese precepto hay que armonizarlo con lo prescripto por el art. 1740 CCyC que garantiza la reparación plena del daño¹¹³.

Ha de tenerse en cuenta que la inveterada doctrina de la Corte Suprema indica que no hay indemnización plena si no se fija a **valores actuales**¹¹⁴. Ello de ninguna manera significa dejar de lado la prohibición de emplear mecanismos de actualización monetaria o de repotenciación de los créditos por medio de índices (arts. 7 y 10, ley 23928)¹¹⁵.

Por ende, lo del promedio de los cinco años sirve nada más que para determinar el promedio de unidades vendidas, no para computar el precio de las operaciones de antaño.

12.- El confuso tope del art. 1497 3º párrafo CCyC y el derecho a la indemnización plena.

Concentrémonos en el tope indemnizatorio del art. 1497 3º párrafo CCyC: “no puede exceder del importe equivalente a un año de remuneraciones, neto de gastos, promediándose el valor de las percibidas por el agente durante los últimos cinco años, o durante todo el período de duración del contrato, si éste es inferior”.

El dispositivo legal se aparta del criterio de los arts. L.134-1 a L.134-17 del Código de Comercio francés (t.o. ley del 25/06/1991) que -como vimos- no tiene límite alguno.

El citado tercer párrafo del art. 1497 CCyC remeda al art. 28 de la ley española sobre contrato de agencia¹¹⁶, texto al cual el Legislador argentino le agregó lo de **neto de gastos**¹¹⁷.

¹¹³ Tengamos en cuenta que ahora, con el nuevo Código, la responsabilidad contractual y extracontractual tienen un régimen unificado, de manera que esta norma se aplica a este tema.

¹¹⁴ CSJN, 08/04/2008, “Arostegui, Pablo M. c. Omega Aseguradora de Riesgos del Trabajo S.A. y Pametal Peluso y Compañía SRL”, TSS 05/2008, pág. 407; ídem, 28/11/2006, “Sociedad Anónima Compañía Azucarera Tucumana s/Quiebra s/Inc. de ejecución de sentencia”, E.D. 221-181; ídem, 08/07/2003, “Agua y Energía Eléctrica S.E. c. Montelpare, Gustavo s/Expropiación s/Inc. de desindexación”, E.D. Constitucional 2003-153.

¹¹⁵ Alferillo, Pascual E., “Integridad de las cuantías indemnizatorias ante procesos inflacionarios”, L.L. del 28/07/2014, pág. 5, comentando el fallo CNCiv, Sala “A”, 20/02/2014, “N. C., L. B. y otro c. Edificio Seguí 4653 S.A. y otros”.

¹¹⁶ Art. 28 de la ley española sobre contrato de agencia: “**Indemnización por clientela**. La indemnización no podrá exceder, en ningún caso, del importe medio anual de las remuneraciones percibidas por el agente durante los últimos cinco años o, durante todo el período de duración del contrato, si éste fuese inferior”.

¹¹⁷ Lo mismo decía el art. 1377 del Proyecto de 1998.

La limitación tuvo su origen en la puja de intereses que antecedió a la Directiva CEE 86/653. A cambio de reconocer el derecho a la **indemnización por clientela** el legislador comunitario europeo generó esta restricción (que, como veremos, es parcial) con la consabida excusa que, de otro modo, sería complicado conseguir un seguro que cubra el riesgo de tener que afrontarla.

El referido pretexto (que normalmente aflora después de algún episodio que pone en crisis al sistema) también se ha enarbolado en nuestro medio, por ejemplo, en el Derecho del Trabajo, con la indemnización por despido y por accidente o enfermedad profesional, y, asimismo, con la indemnización puesta en cabeza del transportista de carga o de pasajeros¹¹⁸.

¿Por qué se fijó el máximo de la indemnización por clientela en un año de remuneraciones? La única explicación es el criterio del legislador¹¹⁹. Como en otros casos, no hay estudios científicos que lo justifiquen.

El establecimiento de un tope conforma una victoria temporal para quienes consiguen que se incorpore a la norma jurídica pues, más temprano que tarde, la Jurisprudencia terminará declarándolo inconstitucional por ser contrario a la garantía constitucional de la reparación plena¹²⁰.

Además, como acertadamente se razonó respecto de las limitaciones a la indemnización en el contrato de transporte, “la argumentación de justificarlos a partir de «evitar la ruina del transportista» o permitir el funcionamiento del seguro hoy no tiene fundamento fáctico como lo tuvo en los orígenes del transporte”¹²¹.

¹¹⁸ Que aparecen para el transporte marítimo en los arts. 270 y 317 de la ley 20094, en el art. 4 incs. 1 y 2 del Convenio de Bruselas de 1924 y en el Convenio de Atenas de 1974; para el transporte multimodal en los arts. 16, 19 y 20 de la ley 24921 y en el transporte aéreo en los arts. 139 y 140 del Código Aeronáutico y en el art. 20 Convenio de Varsovia de 1929, con las modificatorias del Protocolo Adicional de La Haya de 1955 y el Protocolo Modificadorio IVº de Montreal de 1975. Ahora el transporte terrestre se encuentra regulado por los arts. 1280, 1281 y 1282 CCyC (Romualdi, Emilio E., “Contrato de transporte, responsabilidad y autonomía. Segunda parte”, MJD7620; también en “Contrato de transporte, responsabilidad y autonomía”, RDCO 2008-A, pág. 653).

¹¹⁹ Ray, José D., “El transporte marítimo y fluvial. Responsabilidad y eximentes”, rev. de Derecho de Daños n° 7, número dedicado a “Daños en el transporte”.

¹²⁰ Aguirre Ramírez, Fernando, “Inconstitucionalidad de las leyes que establecen límites de responsabilidad”, rev. Ateneo del Transporte n° 17, pág. 11; Serrano Alou, Sebastián, “El control de constitucionalidad y convencionalidad en relación con el Derecho del Trabajo. Segunda parte”, MJD6638.

¹²¹ Romualdi, Emilio E., op. cit.

Como vimos, el art. 1497 CCyC tiene un último párrafo que dice: “Esta compensación no impide al agente, en su caso, reclamar por los daños derivados de la ruptura por culpa del empresario”, precepto tomado del mencionado art. 1751 del Código Civil italiano y, parcialmente, del art. 17, ap. 2, letra “c” de la Directiva CEE 86/653¹²² y del art. 29 de la ley española, pues estos dos últimos no incluyen a la culpa del principal como condición de procedencia de la reparación¹²³.

¿Qué alcance tiene el tope indemnizatorio del art. 1497 tercer párrafo CCyC, sobre todo cuando lo confrontamos con lo que dice el cuarto párrafo? ¿Cómo se congenia ese máximo legal con la garantía de la plena indemnización que prometen tanto el mismo Código como la Constitución Nacional?

El Tribunal Supremo español ha resuelto que nada obsta a que se demanden simultáneamente la indemnización de los arts. 28 y 29 de la ley de contrato de agencia¹²⁴.

En similar orientación se pronunció recientemente el Tribunal Comunitario en relación a una consulta que le fuera elevada en el caso “Quenon K. SPRL c. Beobank S.A. y Metlife Insurance S.A.” que debía juzgarse según el art. 21 de la ley belga sobre contrato de agencia de 1995¹²⁵.

La citada norma belga es más clara que las demás citadas precedentemente pues expresa: “Siempre que el agente comercial tenga derecho a la indemnización por clientela establecida en el artículo 20 y el importe de dicha indemnización no cubra totalmente el daño efectivamente sufrido, a condición de que pruebe el alcance real del daño alegado, el agente comercial podrá obtener, además de la citada indemnización, una reparación del

¹²² “La concesión de la indemnización por clientela no impedirá al agente reclamar por daños y perjuicios”.

¹²³ Artículo 29. Indemnización de daños y perjuicios. “Sin perjuicio de la indemnización por clientela, el empresario que denuncie unilateralmente el contrato de agencia de duración indefinida, vendrá obligado a indemnizar los daños y perjuicios que, en su caso, la extinción anticipada haya causado al agente, siempre que la misma no permita la amortización de los gastos que el agente, instruido por el empresario, haya realizado para la ejecución del contrato”.

¹²⁴ Sentencia del Tribunal Supremo 341/2012 del 31/05/2012, Plana Paluzie, Àlex, “Sobre el contrato de agencia. Parte III. Indemnizaciones”, <http://www.leyesyjurisprudencia.com/2012/07/sobre-el-contrato-de-agencia-parte-iii.html>.

¹²⁵ Vale aclarar que el art. 20 de la ley belga cuenta con una redacción similar a la del tercer párrafo de nuestro art. 1497 CCyC.

daño igual a la diferencia entre el importe del daño efectivamente sufrido y el importe de la indemnización”.

Resulta muy interesante analizar las Conclusiones del Abogado General Nils Wahl presentadas el 16/07/2015 en respuesta a la petición de decisión prejudicial de la *Cour d'Appel* de Bruselas en relación al mentado caso¹²⁶.

Wahl, en primer lugar, destacó que el sistema de reparación de daños contemplado en el apartado 3 del art. 17 de la Directiva CEE 86/653 “..no está limitado en su importe, engloba todos los perjuicios sufridos por el agente y, en cierta medida, puede resultar más favorable para el agente comercial” (punto 37).

La aclaración venía a cuento porque el sistema comunitario europeo debe procurar cierta uniformidad en la región por lo que no puede aceptar que en Francia se le conceda al agente un derecho que se le niega en Alemania y viceversa. De modo que la interpretación buscó reivindicar esa igualdad de trato.

Por eso Wahl, en el punto 38, determinó que el “límite máximo establecido en el art. 17, apartado 2, letra b), de la Directiva 86/653 ... no limita el importe de la reparación de daños referidos a un objeto distinto”. Y en el punto 39 recordó que en los trabajos preparatorios de la Directiva “el legislador de la Unión finalmente decidió no aprobar la parte de la propuesta inicial de la Comisión que preveía que el límite de indemnización fuera absoluto”.

Hay otro costado de la consulta que tiene interés para nosotros, que es el referido a la “exigencia de culpa y calificación de la culpa a efectos de la concesión de una reparación de daños”. En algunos cenáculos se discutió si este complemento a la **indemnización por clientela** exige que haya **culpa** (para algunos, **culpa grave**) del principal, a diferencia de la compensación con tope que claramente no la requiere.

Wahl, en ese sentido, apuntó que los Gobiernos belga y alemán y la Comisión entienden que la Directiva no contiene ninguna precisión sobre el particular (punto 48). No obstante, dado lo ríspido de la cuestión, optó por no definirse por uno u otro aduciendo que “..los Estados miembros pueden pues determinar libremente, dentro del marco definido por dicha Directiva, las condiciones aplicables a una acción de reparación, como la exigencia de que

¹²⁶ Asunto C-338/14, <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/?uri=CELEX:62014CC0338>.

concurra culpa, la caracterización de esa culpa y el alcance del perjuicio reparable” (punto 49).

Es tangible que el legislador argentino estaba al tanto de aquella discusión sobre si es necesario o no que, para esta indemnización adicional por **clientela**, deba acreditarse la culpa del principal y que optó por incluirla como requisito en el último párrafo del art. 1497 CCyC.

En consecuencia, como vimos, para el resarcimiento con tope de esa norma no hace falta demostrar la culpa del principal, y, para esa reparación complementaria sí.

Este requisito, aunque puede presumirse del conjunto de circunstancias que rodea al aprovechamiento del principal de la **clientela** generada por el comercializador, le agrega una complicación (¿una vía de escape?) a la solución de estos conflictos.

Así, en un caso anterior a la Reforma, se concedió una indemnización en concepto de pérdida de la chance de obtener ganancias producida ante la rescisión unilateral del **contrato de distribución** que provocó la frustración de un acuerdo que iba a celebrar la distribuidora con una tercera empresa, el cual incrementaría los réditos de todas las partes, toda vez que se acreditó que la accionada participó en las negociaciones de ese acuerdo, con lo cual tenía conocimiento de su existencia y sabía que con su desvinculación aquél se frustraría¹²⁷.

13.- ¿Cuáles son los “gastos” deducibles de la base de cálculo de la indemnización?

La enigmática referencia a los **gastos** que deben ser deducidos de las remuneraciones que se computan como base de cálculo de la indemnización del tercer párrafo del art. 1497 CCyC no aparece en ninguna de las leyes del Derecho Comparado antes mencionadas. Tampoco fue explicada en los Fundamentos del proyecto.

La razón es simple. Muchas veces el principal carga unilateralmente a la red de sus comercializadores gastos de distinto tipo, generalmente asociados a campañas publicitarias o promocionales, o a otros fines menos atinentes. Durante la vida del contrato los comercializadores toleran algunos abusos del principal al respecto porque normalmente ese

¹²⁷ CNCom, Sala “B”, 03/09/2007, “Rainly S.A. c. Lindsay International Sales Corporation”, MJJ18124.

es su medio de vida y no desean ponerlo en riesgo¹²⁸. Pero cuando la relación comercial concluye, sobre todo si es por la mera voluntad del principal, no es raro que se den disputas sobre tales erogaciones.

Con el agregado de marras los agentes que demanden verán algo menguada la **indemnización por clientela**, a menos que decidan discutir la procedencia de los **gastos**, lo que agrega una dificultad a un terreno de por sí espinoso.

No por nada el Tribunal Supremo español ha resuelto (sentencia del 03/06/2015) que la **indemnización por clientela** debe calcularse sobre los ingresos brutos del agente, no sobre los netos¹²⁹.

¹²⁸ Es frecuente que el contrato contenga una cláusula redactada en términos muy amplios que autoriza al principal a descontar esos gastos de las liquidaciones de las remuneraciones del agente. Cuando esas liquidaciones son emitidas allí aparecen dichas expensas, normalmente sin ninguna clase de aclaración.

¹²⁹ <http://www.escura.com/archivos/pdf/doctrina-tribunal-supremo-del-contrato-agencia-64-2015.pdf>