

Actualidad Profesional

Artículo de colaboración escrito por Blanca Ortiz Díaz, abogada, y Esperanza Gallego Sánchez, catedrática de Derecho Mercantil. Directora Académica de Dictvm Abogados

Los contratos de distribución: cuestiones controvertidas

Sumario. I. ACERCA DE LAS CARACTERÍSTICAS DE LOS CONTRATOS DE DISTRIBUCIÓN Y CLASES. II. SOBRE LA APLICACIÓN DE LA LEY DEL CONTRATO DE AGENCIA AL CONTRATO DE DISTRIBUCIÓN. III. ACERCA DEL PREAVISO. IV. SOBRE LA INDEMNIZACIÓN DE CLIENTELA. V. ACERCA DE LA INDEMNIZACIÓN DE DAÑOS Y PERJUICIOS CONFORME AL CÓDIGO CIVIL.

ACERCA DE LAS CARACTERÍSTICAS DE LOS CONTRATOS DE DISTRIBUCIÓN Y CLASES

● Conforme a la doctrina académica y a la jurisprudencia consolidada en el Tribunal Supremo (entre más, STS de 01 de marzo de 2017, de 19 de mayo de 2.017, de 9 de julio de 2015 , de 22 de marzo de 2007, de 26 de abril de 2002, de 1 de febrero de 2001 , de 18 de diciembre de 1.995, de 11 de marzo de 1.994 o de 4 de julio de 1.994 y las que citan) el contrato de distribución es un contrato atípico, de carácter bilateral, cuyo objeto es establecer las condiciones en las que una de las partes, denominada distribuidor, que actúa como empresario independiente y asume el riesgo de las operaciones que realiza, se obliga a comprar a otra, denominada proveedor o principal, determinados bienes, que este último se obliga a vender al distribuidor para que este los comercialice de manera continuada y estable, revendiéndolos a terceros en nombre propio como empresario independiente que es, en un ámbito geográfico convenido, de forma exclusiva o no.

A consecuencia de ello, la primera nota característica, esencial, que determina la existencia

de un contrato de distribución es que el proveedor se obligue a vender los productos contractuales al distribuidor y que este último se obligue a comprar los productos contractuales a proveedor o principal. De manera que la titularidad jurídica de la relación recae, por un lado, en el proveedor, que es el que vende los productos contractuales al distribuidor; y, por otro, en el distribuidor, que es quien compra los productos contractuales al proveedor para revenderlos. De modo que solo puede ser calificado como distribuidor aquel que compra los productos contractuales al proveedor y solo puede ser calificado como proveedor o principal el sujeto que vende los productos contractuales al distribuidor.

Por consiguiente, de no existir estas obligaciones de compra y venta entre las partes, no hay contrato de distribución, sino a lo sumo simples contratos de compraventa sucesivos.

Ahora bien, con ser esenciales para la existencia de un contrato de distribución, estas solas obligaciones de compra y venta no son suficientes para calificar como tal determinado contrato. De

e-DICTVM

existir estas únicamente nos encontraríamos con un mero contrato de suministro.

Para que exista contrato de distribución, además de estas obligaciones recíprocas de compraventas sucesivas entre el proveedor y el distribuidor, es preciso que el distribuidor se obligue a revender los productos contractuales a terceros en las condiciones y conforme a la estrategia comercial marcada por el proveedor, ya que el interés de las partes no se agota en vender/ comprar el producto en cuestión. Por el contrario, el *vendedor*, convertido en proveedor, quiere que sus productos lleguen al consumidor a través del *comprador*, que es ahora un distribuidor. Este a su vez, no pretende solo comprar, sino integrarse en una red que le permita *vender*, lo que logra aprovechándose del prestigio de la marca de los productos contractuales, de la estrategia comercial marcada por el principal y de las acciones publicitarias y promocionales que efectúa el principal en aras de la difusión de los productos contractuales.

El interés del principal o proveedor es, en efecto, comercializar sus productos sin necesidad de afrontar los costes de una red de difusión, pero, a la vez, controlar las condiciones en que dichos productos se comercializan ya que debe proteger la identidad y reputación de la marca y de la propia red de distribución.

La primera condición se logra gracias a que el distribuidor es un empresario jurídicamente independiente que actúa en su nombre y por cuenta propia al comprar en firme al empresario concedente y revender, asumiendo los riesgos de la comercialización. La segunda, imponiendo al distribuidor la obligación de respetar y promover la imagen de la marca y el prestigio comercial del proveedor y de someterse a las condiciones en las que debe comercializar dichos productos. Por estos motivos, es de esencia al contrato de distribución que el principal ostente el derecho de fijar el ámbito de actividad del distribuidor en

relación con los bienes o servicios objeto del contrato regulando las condiciones de venta o compra de bienes objeto del contrato por parte del distribuidor, esto es, el derecho de determinar la estrategia comercial.

En razón de ello, el contrato de distribución se engloba dentro de los llamados contratos de colaboración comercial, como ocurre con los de agencia y franquicia, ya que en él está presente la idea de la mutua cooperación entre dos empresarios independientes para la comercialización de un mismo producto, pero siempre con sujeción del colaborador respecto del empresario principal, al que corresponde impartir instrucciones y fijar las condiciones en que debe llevar a cabo la distribución de los productos. En opinión de nuestro Alto Tribunal, en efecto, para que pueda hablarse de contrato de distribución es necesario que el proveedor tenga el derecho de fijar la estrategia comercial y que el distribuidor se someta al poder de decisión, dirección y supervisión que corresponde al empresario para el que colabora, aun cuando el distribuidor actúe con terceros en su propio nombre y por cuenta propia. Y ello es así incluso en casos de distribución sin exclusiva, pues, aunque la autonomía del empresario cooperador es mayor en la distribución autorizada o selectiva, ello no implica que no deba atender a las instrucciones o indicaciones de su principal y cumplir su estrategia comercial.

En efecto, según el grado de sometimiento del distribuidor a la estrategia comercial marcada por el proveedor y a la superior dirección y supervisión del mismo se distinguen varios tipos de contratos de distribución.

En primer lugar, la franquicia, dónde existe una integración reforzada o máxima con un sometimiento extremo del distribuidor a la estrategia comercial marcada por el proveedor y a la superior dirección y supervisión del mismo y que se caracteriza además por la esencialidad que se

e-DICTVM

atribuye en él a las licencias. En particular, a las de marcas y a las de conocimientos técnicos (know-how).

En un grado menor se encuentra la distribución exclusiva, en que dicha integración se califica como fuerte porque el distribuidor pone su establecimiento al servicio de un proveedor para comercializar, en régimen de exclusividad y bajo directrices y supervisión de éste, bienes y servicios en una zona geográfica determinada.

Según el Tribunal Supremo la exclusividad tiene dos dimensiones. La primera es la exclusiva a favor del distribuidor. En virtud de esta cláusula, el proveedor se obliga a vender únicamente al distribuidor, de forma que no puede vender a otros distribuidores, ni tampoco vender su propio producto directamente (SsTS 18 de diciembre de 1.995, de 4 de julio de 1.994, y 11 de marzo de 1.994 o de 22 de marzo de 2007, SsTS de 1 de febrero de 2001 y de 26 de abril de 2002).

La segunda dimensión es la exclusiva a favor del proveedor. La integración fuerte se manifiesta aquí en la previsión de cláusulas compra exclusiva. En virtud de la cláusula de compra en exclusiva el distribuidor se obliga a adquirir, para su comercialización, los bienes o servicios contractuales solamente al proveedor o a otras personas a quienes éste designe. La prestación característica consiste, en una vertiente positiva, en la obligación del distribuidor de adquirir los productos contractuales sólo y únicamente del proveedor o de terceros a su indicación. La integración se refuerza si, además, de esta cláusula se prevé la de cuota o de mínimos en las cantidades de adquisición periódica. En virtud de ella, el distribuidor se obliga a adquirir cantidades determinadas de productos en los períodos fijados por el proveedor.

En una vertiente negativa, la obligación del distribuidor consiste en abstenerse de adquirir

productos contractuales de otras eventuales fuentes de abastecimiento, aunque le ofrezcan condiciones más favorables.

La integración se refuerza si además se impone al distribuidor una obligación de no competencia, denominada también exclusiva a favor del proveedor. La obligación de competencia es definida legalmente como “cualquier obligación directa o indirecta que prohíba al distribuidor fabricar, adquirir, vender o revender bienes o servicios que compitan con los bienes o servicios contractuales [art. 1 d) Reglamento 330/2010]. Asimismo, el TS (SsTS 18 de diciembre de 1.995, de 4 de julio de 1.994, y 11 de marzo de 1.994 o de 22 de marzo de 2007), considera que existe si se prohíbe al distribuidor comercializar productos con los que el titular de la marca compite en el mercado.

La fuerte integración se manifiesta también en la imposición de cláusulas de cumplimiento de objetivos comerciales de venta. En virtud de estos pactos el distribuidor se obliga a vender cantidades de productos determinadas por el proveedor y los períodos también fijados por el proveedor. Así como en la obligación de efectuar la venta de los productos contractuales en las precisas condiciones establecidas por el proveedor y en la de gestionar e incluso decorar el propio establecimiento comercial con arreglo a las directrices igualmente marcadas por el proveedor, que tiene el derecho de supervisar puntualmente el cumplimiento de sus instrucciones.

Finalmente, en un grado ínfimo de integración se encuentra la distribución autorizada. La prestación característica del contrato de distribución autorizada consiste en la mera autorización del proveedor al distribuidor para presentarse en el tráfico como distribuidor de su producto, con la obligación de este de promover la comercialización de los productos contractuales respetando la imagen de la marca y el prestigio comercial del

proveedor y con sujeción a la estrategia comercial fijada por el proveedor y a las instrucciones del mismo, que se restringen al mínimo. Se traduce usualmente, en efecto, en las obligaciones que asume el distribuidor de respetar las limitaciones sobre los clientes a los que puede vender los productos contractuales; de cumplir la política de precios recomendados de venta a los clientes y en la de cumplir la política promocional y de marketing.

Esta última comprende, por ejemplo, instrucciones sobre decoración de puntos de venta, o sobre el modo de afrontar las campañas de venta. Es también obligación esencial mantener el deber de confidencialidad respecto de la propia estrategia comercial, ya que es este deber el que hace posible la ejecución de dicha estrategia. Lo que provoca un escueto grado de integración entre las partes. Si acaso la concesión de un cierto trato preferencial en relación con los precios y descuentos y, en definitiva, poder presentarse el revendedor ante el público como especialista en la comercialización de productos de prestigio, lo que confiere al distribuidor una innegable ventaja competitiva.

II. SOBRE LA APLICACIÓN DE LA LEY DEL CONTRATO DE AGENCIA AL CONTRATO DE DISTRIBUCIÓN.

El Tribunal Supremo ha rechazado de plano, con reiteración, la aplicación automática o mimética de los preceptos de la LCA al contrato de distribución. Únicamente admite la posibilidad aplicar de analógicamente la “idea inspiradora” de dichos preceptos con fundamento en el artículo 1258 del Código civil. Conforme a ello, la eventual aplicación analógica de la ‘idea inspiradora’ exige determinar si, en el caso concreto, el contrato de distribución muestra las mismas características que el contrato de agencia y en qué grado lo hace. En estos términos se pronuncian, entre más, la STS de 15 de enero de 2008, de 26 de marzo, 30 de abril, 24 y 15 de octubre de 2008.

Declara esta última que «la analogía legis, en cuanto medio de integración de las lagunas existentes en el ordenamiento jurídico a consecuencia de su fuerza de expansión lógica, presupone que entre el caso regulado, del que se toma la norma, y el que no lo está y al que aquella va a ser aplicada, exista una semejanza que permita advertir una identidad de razón o ‘eadem ratio decidendi’ que justifique vincular la consecuencia jurídica a un supuesto de hecho que no es aquel para el que el legislador la ha establecido».

«Ello sentado, las diferencias entre los contratos de agencia y distribución han sido destacadas por la doctrina y la jurisprudencia. Se afirma que, así como el distribuidor compra y revende las mercancías del fabricante por cuenta y en nombre propios, con la ganancia que representa el llamado margen o beneficio comercial, el agente promueve y, en su caso, concluye la venta de los productos del empresario, por cuenta y en nombre del mismo, a cambio de una comisión - por todas, las sentencias de 6 de noviembre de 2.006, 20 de enero y 24 de mayo de 2.007 -.

La consecuencia de esas diferencias es la improcedencia de aplicar, de un modo automático, el artículo 28 de la Ley 12/1.992 a la liquidación de la relación contractual de distribución, cual, si fuera cierta una igualdad jurídica esencial que, como regla, no existe -sentencias de 21 de marzo de 2.007 y 28 de abril de 2.008 -.

Sin embargo, las diferencias entre los dos tipos de contrato quedan considerablemente difuminadas en ciertos casos. Así, al margen de aquellos en los que hubiera tenido lugar una denominación o una calificación equivocada o en los que los contratantes hubieran recurrido a la simulación para ocultar la realidad bajo una falsa apariencia, son de mencionar los supuestos en los que el distribuidor queda vinculado al productor o mayorista en términos que superan las típicas

relaciones de compraventa, al integrarse en su red y obligarse a adaptar a la estrategia empresarial de éste la propia.

No es, por lo tanto, correcto recurrir a la analogía para aplicar a la liquidación del contrato de distribución la norma del artículo 28 de la Ley 12/1.992 en todos los supuestos, esto es, sin tomar en consideración las circunstancias concurrentes en la relación entre las partes y las características del mercado relevante. Pero sí hacerlo cuando la prueba demuestre que la vinculación existente entre fabricante o mayorista y distribuidor se asemeja a la del agente».

En el mismo sentido, la STS 10 de marzo de 2010, con cita de las SsTS de 4 de marzo de 2.009, 10 de julio, 6 de noviembre de 2.006 y 20 de julio de 2.007, recuerda que la cuestión de la aplicación analógica a los contratos de distribución de las reglas del de agencia ha venido ocupando de forma intermitente a la jurisprudencia, «*que no ha negado dicha posibilidad por lo que se refiere a la compensación por clientela establecida para la solución de las relaciones en los contratos de agencia, aunque rechaza su aplicación de forma automática, porque debe probarse la concurrencia de la identidad de razón necesaria para la aplicación analógica*».

Añade que «*esos matices responden a que las diferencias entre los dos tipos de contrato quedan considerablemente difuminadas en ciertos casos. Así -al margen de aquellos en los que hubiera tenido lugar una denominación o una calificación equivocada o en los que los contratantes hubieran recurrido a la simulación para ocultar la realidad bajo una falsa apariencia- son de mencionar los supuestos en los que el distribuidor queda vinculado al productor o mayorista en términos que superen las típicas relaciones de compraventa, al integrarse en su red y obligarse a adaptar la estrategia empresarial propia a la de éste. No es, por lo tanto, correcto recurrir a la analogía para*

aplicar a la liquidación del contrato de distribución las normas de la Ley 12/1992, sin tomar antes en consideración las circunstancias concurrentes en la relación entre las partes y las características del mercado relevante».

Conforme a ello, el distribuidor habrá de probar, en primer lugar, que existe un contrato de distribución exclusiva, esto es, ha de acreditar que el proveedor se obliga a vender únicamente al distribuidor, de forma que no puede vender a otros distribuidores, ni tampoco vender su propio producto directamente (SsTS 18 de diciembre de 1.995, de 4 de julio de 1.994, y 11 de marzo de 1.994 o de 22 de marzo de 2007, SsTS de 1 de febrero de 2001 y de 26 de abril de 2002).

Según reiterada doctrina jurisprudencial, en efecto, la exclusividad es necesaria para plantearse la analogía con la LCA, de modo que no procede la aplicación analógica de esta norma cuando no existe un pacto de exclusiva, lo que determina la improcedencia de la indemnización por clientela y por preaviso, si no existe exclusiva. En este preciso sentido se pronuncian las SsTS de 29 de noviembre de 2005 y de 29 de diciembre de 2005, con cita de las del 15 de febrero y 16 de mayo de 2001. La STS del 29 de diciembre de 2005 indica: «*Finalmente, el décimo y último motivo del recurso, fundado en infracción del artículo 28 de la ya citada Ley 12/92, en relación con el artículo 4 del Código Civil, así como de la jurisprudencia de esta Sala sobre reconocimiento de la indemnización por clientela, también ha de ser desestimado al dar por sentada una exclusividad nunca probada, necesaria según la doctrina de esta Sala para plantearse la analogía aquí pretendida (STS de 15 de febrero de 2001 y de 16 de mayo de 2001); al dar por sentada también la generación de una clientela de la que podía aprovecharse la parte contraria, en contra de lo que la sentencia recurrida declara probado*».

e-DICTVM

Recogen esta doctrina, entre más, la SAP Barcelona de 31 de julio de 2013 y, últimamente, la SPA Barcelona de 6 de septiembre de 2019, que trata de un caso muy similar a este declarando que *«aun considerando que sí existía un contrato de distribución éste lo era sin exclusiva (...). Por ello, ya consideremos que la relación era una mera sucesión de compraventas o un contrato de distribución sin exclusiva, en ninguno de los dos casos procede indemnizar a la actora por los conceptos solicitados en la demanda: clientela y falta de preaviso con fundamento en la Ley del Contrato de Agencia, porque la aplicación analógica de esta Ley exige, según constante jurisprudencia, la presencia de exclusiva»*.

En segundo lugar, el distribuidor habrá de probar el grado de sujeción y de integración que tiene en la red del proveedor y que esta sea de tal entidad que aproxime significativamente su posición a la del agente, tal y como declaran las SsTS antes citadas, pues no todos los distribuidores son iguales. Hay distribuidores más independientes que otros y, por tanto, la aplicación de la LCA solo procederá cuando el distribuidor esté altamente integrado en la red comercial del proveedor, como sucede por ejemplo en la concesión de automóviles. En este sentido se pronuncian otras muchas, como las SsTS de 15 de octubre de 2008, de 10 de marzo de 2010, de 30 de abril de 2010, de 12 de julio de 2010, de 3 de marzo de 2011 o de 27 de mayo de 2015, 9 de julio de 2015 y últimamente la de 1 marzo de 2017, que destaca a estos efectos la necesidad de que exista una *«posición auxiliar y accesoria de la empresa distribuidora en el diseño y comercialización de los productos, el carácter de exclusividad de la relación, su integración en una red nacional operada por el empresario»*.

En el mismo sentido la STS de 19 diciembre 2018 declara que *«de todo lo dicho se desprende que, en los casos de extinción de un contrato de concesión o distribución, la compensación por clientela y la*

aplicación analógica de la idea inspiradora del art. 28 de la Ley del Contrato de Agencia no pueden obedecer a criterios miméticos o de automatismo. Lejos de ello, como la jurisprudencia viene reiterando sin fisuras, el demandante que pretenda aquella compensación habrá de probar la efectiva aportación de clientela y su potencial aprovechamiento por el concedente, del mismo modo que corresponderá a los tribunales ponderar todas las circunstancias del caso, como en especial es la integración o no del concesionario en una red comercial que aproxime significativamente su posición a la del agente».

Por consiguiente, se exige que el distribuidor tenga una posición subordinada similar a la que se reconoce al agente, dependiente de forma terminante del empresario principal, lo que, según las tipologías de este tipo de convenios relacionadas antes, exige demostrar la existencia de un contrato de franquicia –contrato de integración reforzada- o de un contrato de distribución exclusiva, -contrato de integración fuerte-, que, además de la exclusiva a favor del distribuidor, esencial para que procedan las indemnizaciones, prevea las cláusulas idóneas para advertir una intensa sujeción del distribuidor a la estrategia comercial diseñada por el proveedor y a las instrucciones dictadas por el mismo, que determine la efectiva integración del distribuidor en la red del principal. Estas cláusulas son, en particular, la exclusiva de ventas a favor del proveedor, de modo que el distribuidor no pueda comercializar productos competidores con los del proveedor. La exclusiva de compras a favor del proveedor, de forma que el distribuidor esté obligado a comprar al proveedor los productos contractuales con sujeción cupos de compras de stock, en las cantidades y períodos decididos por el proveedor. Así como el cumplimiento de objetivos de ventas o de normas o instrucciones acerca de la gestión de su negocio, tal y como recuerda la SAP Barcelona de 6 de septiembre de 2019 y las

sentencias que cita, advirtiendo que no es suficiente para ello *«la documentación aportada como nº 3/10 a 3/12 de la demanda, a que se refiere la sentencia de instancia, mediante la que la demandada comunicaba a la actora el reajuste en los precios de venta del queso debido al aumento en los costos de materia prima»*.

III. ACERCA DEL PREAVISO

En lo relativo en concreto al preaviso, a lo expuesto en el apartado anterior, el Tribunal Supremo añade que la 'idea inspiradora' del artículo 25 solo ha de tenerse en cuenta de forma orientativa a falta de pacto como marco general que ayude a determinar el concreto plazo a aplicar en atención a las circunstancias del caso concreto. Así lo indica la STS de 9 de julio de 2008, que considera suficiente en el caso enjuiciado un preaviso de siete días, así como las SsTS de 26 de marzo de 2008 y de 22 de mayo de 2009.

Conforme a ello el preaviso debe ser razonable, esto es, proporcionado en relación con el tiempo en que estuvo vigente la relación, las inversiones exigidas al distribuidor para comercializar en concreto los productos contractuales, el hecho de que los productos contractuales sean o no los únicos que comercializa el distribuidor o las expectativas que a un ordenado y diligente empresario le crea disponer de una cartera diversificada de productos.

Por lo demás resulta aplicable, por analogía, la idea inspiradora ínsita en el artículo 26.1 a) de la Ley del Contrato de Agencia, conforme al cual cada una de las partes de un contrato pactado por tiempo determinado o indefinido podrá dar por finalizado el contrato en cualquier momento, sin necesidad de preaviso cuando la otra parte hubiere incumplido, total o parcialmente, las obligaciones legal o contractualmente establecidas.

IV. SOBRE LA INDEMNIZACIÓN DE CLIENTELA

Además de a los dos requisitos enunciados antes, la procedencia de la indemnización de clientela se sujeta, según reiterada y constante jurisprudencia (vid., entre más, SsTS de 9 de julio de 2008, 15 de octubre de 2008, 21 de enero de 2009, 30 de junio de 2009 y de 28 de enero de 2009, de 13 de abril de 2010, 2 de octubre de 2012 o 27 de mayo de 2015), a la concurrencia de cuatro condiciones adicionales. Es preciso que el distribuidor acredite que la presencia de los presupuestos previstos en los artículos 28 y 30 LCA, esto es, 1º) La extinción de la relación contractual que une al empresario principal y al distribuidor sin incumplimiento del contrato por parte de este último. 2º) Que con su actividad profesional el distribuidor hubiera aportado nuevos clientes al empresario principal o incrementado sensiblemente las operaciones con la clientela preexistente. 3º) Que se considere razonablemente posible que la actividad desarrollada por el distribuidor continúe produciendo en el futuro sustanciales ventajas al empresario principal y 4º) Que sea equitativo su abono a la vista de las circunstancias concurrentes en el caso (SsTS de 26 de junio de 2007 y de 29 de mayo de 2009).

Estos requisitos son cumulativos, no aislados, debiendo darse todos ellos. La prueba de los mismos incumbe al distribuidor, según declaran las SsTS de 27 de enero de 2003, 7 de abril de 2003, 13 de octubre de 2004, 30 de noviembre de 2004, 23 de junio de 2005, 15 de enero de 2008, 23 de junio de 2008 y 4 de enero de 2010.

En torno al primer requisito ha de tenerse en cuenta que el derecho a esta indemnización decae en los supuestos previstos en la LCA. El artículo 30 LCA excluye el derecho de indemnización por clientela cuando la finalización de la relación contractual se ha debido al incumplimiento del contrato por parte del distribuidor, norma que es aplicable analógicamente en su principio inspirador al contrato de distribución en exclusiva, según las

SsTS 15 de febrero de 2001, de 26 de junio de 2008, una en el recurso 973/2001 y otra en el recurso 1920/2001, de 3 de diciembre de 2008, de 15 de octubre de 2008, de 13 de mayo de 2009, de 22 de mayo de 2009 y de 10 de marzo de 2010. En la citada sentencia de 15 de febrero de 2001 el Tribunal Supremo señala: *«No se puede atribuir al distribuidor o concesionario ninguna indemnización por pérdida de clientela; por su sola voluntad ha perdido las ocasiones de beneficiarse de la misma. La Ley 12/1992, de 27 de mayo, de Contrato de Agencia, acoge como excepción a la indemnización por clientela a la terminación del contrato, el supuesto de que el empresario lo hubiese extinguido ‘por causa de incumplimiento de las obligaciones legal o contractualmente establecidas a cargo del agente’»*.

Las exigencias restantes responden a la idea de que no cabe presumir que la relación de distribución haya tenido que generar por sí una aportación de clientela a favor del proveedor ni que, con la resolución del contrato, esta clientela vaya a seguir siendo aprovechada por dicho proveedor. De ahí que se imponga la acreditación por el distribuidor de estos dos presupuestos fácticos necesarios para que pueda surgir el derecho del distribuidor a una indemnización por clientela. Y que se precise valorar con arreglo a la equidad las circunstancias concurrentes en el caso.

De otro lado, considerando que la compensación por clientela en la LCA se determina en función de la remuneración del agente, se plantea el problema de determinar cuál es la remuneración del distribuidor, ya que la condición de empresario independiente del distribuidor, que compra para revender, excluye la existencia de remuneración propiamente dicha, concluyendo el TS, en Sentencias de 21 de marzo de 2007, 22 de febrero de 2010, 9 de julio de 2015, 30 de mayo de 2016 y 19 de mayo de 2017, que el criterio que se debe aplicar para el cálculo de la indemnización por

clientela para el contrato de distribución es el del beneficio neto, esto es, la diferencia que hay entre el precio de compra por el distribuidor al proveedor y el precio de venta por el distribuidor al cliente descontando de este todos los gastos que tiene el distribuidor en el montaje de su propia infraestructura y en el desarrollo de su labor; así como los impuestos.

Debiendo tenerse en cuenta asimismo que el artículo 28.3 LCA alude al importe máximo de la indemnización, pero conforme al apartado 1 de dicho precepto, es obligado moderar su cuantía considerando la equidad y las circunstancias del caso concreto, tal y como recuerda la SAP Madrid de 257/2014 de 20 de junio. Entre los elementos que han de tenerse en cuenta para efectuar tal moderación al objeto de disminuir la cuantía de la indemnización, destacan el hecho de que no se pactara prohibición de competencia alguna, pues esta circunstancia permite que el distribuidor pueda desempeñar una actividad comercial competitiva con la del empresario principal; el hecho de que, efectivamente, desarrolle tal actividad tras la terminación del contrato; el renombre y reputación de la marca, en la medida en que las marcas de renombre no requieren especial esfuerzo ni gran actuación comercial por parte del distribuidor para conseguir convencer al cliente final; las inversiones que este ha efectuado para promover la venta de los productos contractuales; la duración del contrato, la inexistencia de exclusividad de venta a favor del proveedor, ya que si el distribuidor pudo distribuir otras marcas constante el contrato **no dedicó todo su esfuerzo a la promoción de los productos contractuales y, finalmente, el resultado objetivo de ventas** pues diferente consideración merece el distribuidor por haber mejorado las ventas en un 10 por ciento que en un 50, o si el empresario se ha visto beneficiado por un aumento exponencial.

V. ACERCA DE LA INDEMNIZACIÓN DE DAÑOS Y PERJUICIOS CONFORME AL CÓDIGO CIVIL

La indemnización por daños y perjuicios tiene lugar cuando la resolución contractual constituye un incumplimiento por parte del concedente y queda excluida cuando el incumplimiento proviene del concesionario, según declaran las SsTS de 26 de abril de 2002, 12 de mayo de 2008 y 4 de marzo de 2009.

La responsabilidad debe considerarse contractual cuando a la preexistencia de un vínculo o relación jurídica de esa índole entre personas determinadas se une la producción, por una a la otra, de un daño que se manifiesta como la violación de aquél y, por lo tanto, cuando concurren un elemento objetivo -el daño ha de resultar del incumplimiento o deficiente cumplimiento de la reglamentación contractual, creada por las partes-- y otro subjetivo --la relación de obligación en la que se localiza el incumplimiento ha de mediar, precisamente, entre quien causa el daño y quien lo recibe, según declaran las SsT de 31 de octubre de 2007 y 27 de mayo de 2009.

La reparación indemnizatoria que deriva de la observancia del artículo 1101 del Código Civil viene condicionada a una doble contingencia: la probanza de los daños y perjuicios, y la atribución de su comisión a un quehacer doloso, negligente o moroso, es decir, a una conducta culposa entendida en sentido amplio, según declaran las SsTS de 29 de septiembre de 1994, **25 de noviembre de 2005 y 8 de mayo de 2008.**

Las circunstancias que el artículo 1101 del Código Civil exige para que de un incumplimiento contractual se derive la obligación de indemnizar perjuicios a cargo del incumplidor, son las siguientes: obligación constituida, incumplimiento por el obligado y consiguiente causación efectiva de perjuicios derivados precisamente de ese incumplimiento en relación causa-efecto, según

declaran las SsTS de 10 de octubre de 1990 y *25 de noviembre de 2005.*

Los requisitos necesarios para la aplicación del artículo 1101, son: la preexistencia de una obligación, su incumplimiento debido a culpa o negligencia o falta de diligencia del demandado y no caso fortuito o fuerza mayor, la realidad de los perjuicios y el nexo causal eficiente entre aquella conducta y los daños producidos, según declaran las SsTS de 30 de noviembre de 1973, 3 de julio de 2001, *10 de julio de 2003 y 14 de febrero de 2007.*

La doctrina general es que el incumplimiento contractual no genera el desencadenamiento inexorable de los daños y perjuicios y su reparación, y que, por ende, incumbe a la parte reclamante la carga de la prueba de su existencia y cuantía, según declaran las SsTS de *8 de febrero de 1996, 1 de abril de 1996, 20 de diciembre de 1997, 16 de abril de 1998, 14 de noviembre de 1998, 24 de mayo de 1999, 17 de noviembre de 1999, 22 de enero de 2000, 5 de abril de 2000, 18 de abril de 2000, 23 de mayo de 2000, 10 de junio de 2000 y 29 de marzo de 2001.*

Los daños y perjuicios indemnizables son los que provienen de una conducta ilícita del agente, que son constitutivos de un incumplimiento contractual culposo, con el cual se hallan enlazados causalmente, esto es, vinculados por un nexo causal, de forma que cabe decir de ellos que son consecuencia forzosa e ineludible del incumplimiento contractual, según declaran las SsTS. de 26 de septiembre de 2000, 10 de diciembre de 2002 y 7 de julio de 2008.

La indemnización de daños y perjuicios, además de la existencia real de los mismos, exige cumplida prueba de la relación de causa efecto entre el incumplimiento y el daño o perjuicio, de modo que éste sea consecuencia de aquél, según declara la **STS de 5 de marzo de 2009.**

Para la imputación de la responsabilidad, es requisito indispensable la determinación del nexo causal entre la conducta del agente y la producción del daño (SsTS de 11 de febrero de 1998, 3 de junio de 2000 y 19 de octubre 2007), que ha de basarse en una certeza probatoria que no puede quedar desvirtuada por una posible aplicación de la teoría del riesgo, la objetivación de la responsabilidad o la inversión de la carga de la prueba, según declaran las SsTS de 17 de diciembre de 1988, 21 de marzo de 2006 y 30 de mayo de 2008. La prueba del nexo causal, al que no alcanza la presunción ínsita en la doctrina de la inversión de la carga de la prueba, incumbe al actor, que debe acreditar la realidad del hecho imputable al demandado del que se hace surgir la obligación de reparar el daño causado (SsTS 14 de febrero de 1994 y 3 de junio de 2000).

El artículo 1101 regula la acción de indemnización procedente del incumplimiento imputable de una obligación y no persigue el logro de la efectividad de la prestación, ni la finalización del vínculo obligacional, sino reequilibrar la economía del acreedor tras el daño patrimonial sufrido por causa del incumplimiento con una cantidad de dinero, según la STS de 14 de febrero de 2007.

La indemnización de daños y perjuicios consiste única y exclusivamente en una obligación de dar una cantidad de dinero. De ninguna manera comprende obligaciones de no hacer o de hacer, como es, sin duda la pretensión de obligar a la suscripción de un contrato, vetada, además, por las normas que rigen la teoría general de obligaciones y contratos que proscriben los contratos forzosos.