

# La vinculación indemnizatoria en la conversión de un subagente en agente principal

## The indemnity bond in the change of a subagent into a main agent

RAFAEL LARA GONZÁLEZ\*  
*Catedrático de Derecho Mercantil*  
*Universidad Pública de Navarra*

Recibido: 23.05.2024 / Aceptado: 22.07.2024

DOI: 10.20318/cdt.2024.8959

**Resumen:** El artículo 17, apartado 2, letra a), de la Directiva 86/653/CEE del Consejo, de 18 de diciembre de 1986, relativa a la coordinación de los derechos de los Estados miembros en lo referente a los agentes comerciales independientes, debe interpretarse en el sentido de que la indemnización por clientela que el empresario abonó al agente principal en la medida de la clientela aportada por el subagente puede constituir, para el agente principal, una ventaja sustancial. Sin embargo, el pago de una indemnización por clientela al subagente no puede considerarse equitativo, a efectos de dicha disposición, cuando este siga actuando como agente comercial respecto de los mismos clientes y en relación con los mismos productos, pero en el marco de una relación directa con el empresario principal, y ello en sustitución del agente principal que lo había contratado anteriormente.

**Palabras clave:** Indemnización por clientela, agente principal, ventaja sustancial, subagente, equitativo.

**Abstract:** Article 17(2)(a) of Council Directive 86/653/EEC of 18 December 1986 on the coordination of the laws of the Member States relating to self-employed commercial agents, must be interpreted as meaning that the goodwill indemnity which has been paid by the principal to the main agent in respect of the customer base brought by the subagent is capable of constituting, for the main agent, a substantial benefit. However, the payment of a goodwill indemnity to the subagent may be regarded as not being equitable, within the meaning of that provision, where the subagent continues his or her commercial agency business in relation to the same clients and for the same products but in the context of a direct relationship with the main principal, which replaced the main agent that had previously engaged him or her.

**Keywords:** Goodwill indemnity, main agent, substantial benefit, subagent, equitable.

---

\*Conocí al Profesor Calvo Caravaca como alumno suyo que fui de la asignatura “Derecho Internacional Privado” en el quinto curso de licenciatura correspondiente al año académico 1991/1992, en las aulas de la Universidad de Navarra. Por entonces, siendo yo estudiante, iba descubriendo que el Derecho sólo en su aplicación encontraba la razón de ser, constatando una cosa clara: que el jurista no podía prescindir de la materia viva a la cual iba a ser aplicado. De esto también ha sido –y es– maestro el Profesor Calvo Caravaca, pues de su docencia pude corroborar que la claridad y la sencillez de sus exposiciones se revela una ordenación extraordinariamente compleja, en la cual con naturalidad integraba don Alfonso, mucho antes del denominado “Proceso Bolonia”, la perspectiva de los distintos supuestos de hecho, siempre además inolvidables. Es por ello que para su muy merecida “Obra Homenaje” haya elegido una aportación que principia en un singular supuesto de hecho con elementos de extranjería. Gracias por su ejemplo, Profesor.

**Sumario:** I. Introducción. II. Marco jurídico. 1. Derecho comunitario europeo. 2. Derecho belga. 3. Derecho español. III. La indemnización por clientela. 1. Los presupuestos. 2. La susceptibilidad de seguir produciendo ventajas sustanciales al empresario. 3. Que su concesión resulte equitativa. IV. La relación de subagencia. V. Sobre la cuestión prejudicial. VI. La extinción del contrato de subagencia y la indemnización por clientela.

## I. Introducción

1. El momento extintivo de cualquier relación jurídica se revela especialmente propicio para el surgimiento o la acentuación de las discrepancias latentes entre los actores que intervienen en la misma.

2. Las relaciones contractuales no se hallan extramuros de dicha observación general y tampoco, de entre ellas, la relación en virtud de la cual una persona física o jurídica, denominada agente, se obliga frente a otra -denominada empresario, aun cuando el agente también lo es- de manera continuada o estable a cambio de una remuneración, a promover actos u operaciones de comercio por cuenta ajena, o a promoverlos y concluirlos por cuenta y en nombre ajenos, como intermediario independiente, sin asumir, salvo pacto en contrario, el riesgo y ventura de tales operaciones.

3. En efecto, en el marco de la finalización de la relación jurídica de agencia es donde se sustancian la casi totalidad de las controversias, estando además circunscritas estas bien a aspectos relacionados con la remuneración del agente bien a cuestiones indemnizatorias<sup>1</sup>, como es el supuesto que nos interpela ahora en relación con la Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (Sala Tercera) de 13 de octubre de 2022, en el asunto C-593/21 (DOUE de 5 de diciembre de 2022, C 463/13).

4. Sin embargo, la resolución judicial de ámbito comunitario europeo que nos compele no se circunscribe a examinar la concurrencia de alguno de los requisitos que hacen surgir la indemnización por clientela, sino que el supuesto de hecho que da lugar al planteamiento de la cuestión prejudicial de la Corte de Casación de Bélgica al Tribunal de Justicia de la Unión Europea contiene un elemento singular cual es la coexistencia de una relación de subagencia, y con ello la tesitura de argumentar el derecho del subagente a la proporción de la indemnización por clientela debida al agente principal correspondiente a la clientela aportada por el subagente<sup>2</sup>.

---

<sup>1</sup> Vid. LARA GONZÁLEZ, R., “Acerca del *dies a quo* en la acción de reclamación de las comisiones devengadas a favor del agente comercial”, *Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil*, núm. 120, 2022, pp. 61 y ss.

<sup>2</sup> Herios celebró un contrato de agencia comercial con una sociedad alemana denominada Poensgen, en virtud del cual la primera disponía del derecho exclusivo a vender en Bélgica, Francia y Luxemburgo los productos de la segunda. Por su parte, Herios y NY reconocieron haber concluido un contrato entre ellas en 2009. En el marco de su relación contractual, Herios se convirtió en empresario de NY y este pasó a ser su agente comercial, con la misión de negociar los productos de Poensgen en el territorio de dichos Estados miembros. A finales de 2015, NY, Herios y Poensgen entablaron conversaciones acerca de la continuación de las actividades de agencia comercial directamente por NY tras el cese de las actividades de Herios. Dichas conversaciones resultaron infructuosas y Poensgen notificó a Herios, el 8 de junio de 2016, la resolución del contrato que las unía. Sus relaciones contractuales finalizaron el 31 de diciembre de 2016, tras expirar un plazo de preaviso de seis meses. Mediante carta de 23 de febrero de 2017, Herios, por su parte, resolvió el contrato celebrado con NY, debido a circunstancias excepcionales que hacían que resultase definitivamente imposible cualquier colaboración profesional entre el empresario y el agente, a saber, la extinción del contrato principal celebrado entre Poensgen y Herios. Por otra parte, NY se había convertido mientras tanto en el agente comercial de Poensgen. El 22 de mayo de 2017, Herios y Poensgen acordaron, en particular, el pago de una indemnización por clientela a Herios. Al considerar que también tenía derecho a una indemnización por clientela por los nuevos clientes que había aportado a Herios y respecto de los que esta última había sido indemnizada por Poensgen, NY reclamó judicialmente a Herios el pago de una indemnización por clientela evaluada con arreglo al volumen de negocios que Herios había generado en 2016 gracias a los nuevos clientes. La sentencia de primera instancia estimó la demanda de NY. En cambio, la *Cour d'appel de Liège* (Tribunal de Apelación de Lieja, Bélgica), mediante sentencia de 16 de enero de 2020, revocó dicha sentencia y consideró que no correspondía ninguna indemnización por Herios celebró un contrato de agencia comercial con una sociedad alemana denominada Poensgen, en virtud del cual la primera disponía del derecho exclusivo a vender en Bélgica, Francia y Luxemburgo los productos de la segunda. Por su parte, Herios y NY reconocieron haber concluido un contrato entre ellas en 2009. En el marco de su relación contractual, Herios se convirtió en empresario de NY y este pasó a ser su agente comercial, con la misión de negociar los productos de Poens-

5. Veamos ahora, en primer lugar, el marco jurídico en el que se sitúa la cuestión prejudicial –al que incluimos asimismo por razones obvias el Derecho español– para, a continuación, presentar de manera esencial los elementos configurativos tanto de la indemnización por clientela como de la relación de subagencia, siguiendo con la exposición de la respuesta que el Tribunal de Justicia de la Unión Europea da a la cuestión prejudicial planteada.

6. Finalizaremos compartiendo alguna idea a la que se llega después de considerar la serie de datos y circunstancias puestas de relieve previamente en consideración a la extinción del contrato de subagencia y la indemnización por clientela<sup>3</sup>.

## II. Marco jurídico

7. A fin de poder tener en todo momento presente el marco normativo en el que se circunscribe el supuesto fáctico al que da respuesta el Tribunal de Justicia de la Unión Europea se transcribe tanto el Derecho de la Unión como el Derecho belga, en la línea llevada a cabo por la sentencia que motiva este comentario. Y al objeto de poder comparar dichas regulaciones con las disposiciones de la legislación interna en la materia, se incluye asimismo el Derecho español.

### 1. Derecho comunitario europeo

8. El artículo 1 de la Directiva 86/653/CE del Consejo, de 18 de diciembre de 1986, relativa a la coordinación de los derechos de los Estados miembros en lo referente a los agentes comerciales independientes prevé:

---

gen en el territorio de dichos Estados miembros. A finales de 2015, NY, Herios y Poensgen entablaron conversaciones acerca de la continuación de las actividades de agencia comercial directamente por NY tras el cese de las actividades de Herios. Dichas conversaciones resultaron infructuosas y Poensgen notificó a Herios, el 8 de junio de 2016, la resolución del contrato que las unía. Sus relaciones contractuales finalizaron el 31 de diciembre de 2016, tras expirar un plazo de preaviso de seis meses. Mediante carta de 23 de febrero de 2017, Herios, por su parte, resolvió el contrato celebrado con NY, debido a circunstancias excepcionales que hacían que resultase definitivamente imposible cualquier colaboración profesional entre el empresario y el agente, a saber, la extinción del contrato principal celebrado entre Poensgen y Herios. Por otra parte, NY se había convertido mientras tanto en el agente comercial de Poensgen. El 22 de mayo de 2017, Herios y Poensgen acordaron, en particular, el pago de una indemnización por clientela a Herios. Al considerar que también tenía derecho a una indemnización por clientela por los nuevos clientes que había aportado a Herios y respecto de los que esta última había sido indemnizada por Poensgen, NY reclamó judicialmente a Herios el pago de una indemnización por clientela evaluada con arreglo al volumen de negocios que Herios había generado en 2016 gracias a los nuevos clientes. La sentencia de primera instancia estimó la demanda de NY. En cambio, la *Cour d'appel de Liège* (Tribunal de Apelación de Lieja, Bélgica), mediante sentencia de 16 de enero de 2020, revocó dicha sentencia y consideró que no correspondía ninguna indemnización por clientela. NY interpuso un recurso de casación contra dicha sentencia ante la *Cour de cassation* (Tribunal de Casación, Bélgica), órgano jurisdiccional remitente al Tribunal de Justicia de la Unión Europea en el caso de autos. En el marco de su recurso de casación, NY censura que en la sentencia de la *Cour d'appel de Liège* se le deniegue una indemnización por clientela debido a que la obtenida por Herios no constituye una «ventaja sustancial» a efectos del artículo X.18, párrafo primero, del Código de Derecho Económico, que transpone el artículo 17, apartado 2, letra a), de la Directiva 86/653. Según la *Cour d'appel de Liège*, no puede tratarse de ese tipo de ventaja, porque, por un lado, la indemnización percibida por Herios no constituye una ventaja futura, sino una indemnización que se adeuda en virtud de la ley. Por otro lado, NY sigue trabajando y beneficiándose de la clientela constituida con el anterior empresario principal. El órgano jurisdiccional remitente estima que el examen del motivo invocado por NY en apoyo de su recurso de casación requiere interpretar el artículo 17, apartado 2, letra a), primer guión, de la Directiva 86/653 para determinar si la indemnización por clientela percibida por Herios constituye una «ventaja sustancial» a efectos de esa disposición. En caso afirmativo, NY podría reclamar a Herios, conforme a dicha disposición, el pago de una indemnización por clientela debido a la extinción del contrato de agencia comercial que les vinculaba. En estas circunstancias, la *Cour de cassation* decidió suspender el procedimiento y plantear al Tribunal de Justicia la siguiente cuestión prejudicial: «¿Debe interpretarse el artículo 17, apartado 2, letra a), primer guion, de la Directiva [86/653/CEE] en el sentido de que, en una situación como la del litigio principal, la indemnización por clientela adeudada al agente principal, en la medida de la clientela aportada por el subagente, no es una “ventaja sustancial” de la que se beneficia el agente principal?».

<sup>3</sup> La *Cour de cassation* belga decidió plantear al Tribunal de Justicia la siguiente cuestión prejudicial: «¿Debe interpretarse el artículo 17, apartado 2, letra a), primer guion, de la Directiva [86/653/CEE] en el sentido de que, en una situación como la del litigio principal, la indemnización por clientela adeudada al agente principal, en la medida de la clientela aportada por el subagente, no es una “ventaja sustancial” de la que se beneficia el agente principal?».

- “1. Las medidas de armonización que establece la presente Directiva se aplicarán a las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas de los Estados miembros relativas a las relaciones entre los agentes comerciales y sus poderdantes.
2. A efectos de la presente Directiva, se entenderá por agente comercial a toda persona que, como intermediario independiente, se encargue de manera permanente ya sea de negociar por cuenta de otra persona, denominada en lo sucesivo el “empresario”, la venta o la compra de mercancías, ya sea de negociar y concluir estas operaciones en nombre y por cuenta del empresario.[...]”.

9. El capítulo IV de dicha Directiva lleva por título “Celebración y terminación del contrato de agencia”. Comprendido en ese capítulo, el artículo 17 dispone lo siguiente:

- “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 empresario; y
  - 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. [...]”.

10. Finalmente, a tenor del artículo 19 de la citada Directiva:

“Las partes no podrán pactar, antes del vencimiento del contrato, condiciones distintas de las establecidas en los artículos 17 y 18 en perjuicio del agente comercial”.

## 2. Derecho belga

11. Por su parte, el Ordenamiento jurídico belga traspuso la Directiva referida mediante Ley de 13 de abril de 1995<sup>4</sup>. Sin embargo, posteriormente las disposiciones relativas a los contratos de agencia comercial se introdujeron en el Código de Derecho Económico mediante el artículo 3 de la Ley, de 2 de abril de 2014, por la que se incorpora el libro X “Contratos de agencia comercial, contratos de cooperación comercial y concesiones de venta” en el Código de Derecho Económico, así como definiciones específicas del libro X en el libro 1 del Código de Derecho Económico<sup>5</sup>.

12. Así, el artículo X.5 del Código de Derecho Económico establece lo siguiente:

“Salvo estipulación en contrario, el agente comercial, para la ejecución de su misión, podrá recurrir a subagentes, remunerados por él y que actuarán bajo su responsabilidad, y de los que pasará a ser el empresario”.

13. Y el artículo X.18 de dicho Código prevé que:

“Cuando se extinga el contrato de agencia comercial, el agente comercial tendrá derecho a una indemnización por clientela si hubiera aportado nuevos clientes al empresario o incrementado sensiblemente las operaciones con la clientela existente, siempre y cuando dicha actividad pueda continuar reportando ventajas sustanciales al empresario.

<sup>4</sup> Cfr. LARA GONZÁLEZ, R., “La trasposición de la Directiva 86/653/CE relativa a los agentes comerciales independientes: última norma”, *Derecho de los Negocios*, núm. 76, enero 1997, pp. 1 y ss.

<sup>5</sup> *Moniteur belge* de 28 de abril de 2014, p. 35053.

*Si el contrato incluyera una cláusula de no competencia, se considerará, salvo prueba en contrario, que ello reporta ventajas sustanciales al empresario. [...]”.*

### 3. Derecho español

14. La incorporación a nuestro Ordenamiento interno del contenido normativo de la Directiva 86/653/CEE se produjo a través de la Ley 12/1992, de 27 de mayo sobre contrato de agencia, contrato que hasta entonces había permanecido además al margen del Código de Comercio en cuanto relación creada y desarrollada por la práctica.

15. En la sección 1 “Actuación del agente” que principia el capítulo II “Contenido del contrato”, el artículo 5 rubricado “Ejercicio de la agencia”, en su número 2, dispone que:

*“La actuación por medio de subagentes requerirá autorización expresa del empresario. Cuando el agente designe la persona del subagente responderá de su gestión”.*

16. Y en el seno del capítulo III “Extinción del contrato”, el artículo 28 rubricado “Indemnización por clientela”, en su número 1, prevé que:

*“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.”*

## III. La indemnización por clientela

### 1. Los presupuestos

17. La indemnización por clientela no se halla así concebida como una consecuencia absoluta para el acervo acreedor del agente una vez finado el contrato, toda vez que, si bien resulta neutro que la extinción de la relación jurídica sea bien de un contrato por tiempo determinado bien de uno indefinido, también la normativa española exige la concurrencia de una serie de requisitos.

18. En efecto, los presupuestos que cumulativamente han de concursar para que nazca el derecho del agente a ser indemnizado por el concepto de clientela (*ex art. 28 de la LCA*) son: 1º) que el agente haya aportado nuevos clientes al empresario o, en su caso, que haya incrementado sensiblemente las operaciones comerciales con los preexistentes; 2º) que los nuevos clientes o, en su caso, el incremento sensible de las operaciones comerciales con los preexistentes, puedan continuar produciendo ventajas sustanciales al empresario tras la extinción del contrato de agencia; y 3º) que resulte equitativamente procedente por la existencia de pactos de limitación de competencia, por las comisiones que pierda o por las demás circunstancias que concurran en el supuesto de que se trate.

19. La resolución judicial que motiva estas líneas, se centra en los dos últimos presupuestos y a ellos, en coherencia, dedicaremos una contextualización en los siguientes párrafos; no sin por ello dejar de advertir que el Tribunal Supremo ha precisado, de manera reiterada, que la carga de acreditar la concurrencia de este requisito corresponde a quien reclama la indemnización (por todas, STS 15 de noviembre de 2010); así como que la Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 7 de abril de 2016, C-315/14, *Marchon Germany GmbH*, ha interpretado el artículo 17 de la Directiva 86/653

en el sentido de que cuando se refiere a “nuevos clientes” se ha de incluir también a los anteriores con los que el agente haya conseguido nuevas relaciones comerciales<sup>6</sup>.

## 2. La susceptibilidad de seguir produciendo ventajas sustanciales al empresario

20. La actividad desplegada por el agente a lo largo de la vida del contrato ha de poder continuar generando ventajas sustanciales al empresario tras la extinción del negocio jurídico, presupuesto este que no es sino reflejo de la función última del agente, es decir, el establecimiento de relaciones comerciales duraderas de las cuales el empresario podrá detraer beneficios incluso tras la marcha del agente<sup>7</sup>.

21. Por “ventaja” del empresario debe entenderse “todo aumento en la perspectiva de obtener una ganancia empresarial”, lo que se manifiesta en la posibilidad de seguir beneficiándose de las relaciones comerciales establecidas por la actuación del agente. No deja de ser por ello una probabilidad de futuro más o menos viable, y que su valoración debe anticiparse habida cuenta el plazo de prescripción de la acción que es de un año desde la extinción del contrato *ex* artículo 31 en la normativa española de agencia. Se trata pues de una esperanza sobre el futuro comportamiento de la clientela estable cuya apreciación corresponde al juzgador de instancia (confróntese, SSTS de 27 de enero y de 7 de abril de 2003).

22. En este sentido, la jurisprudencia no exige la prueba de la perdurabilidad de las relaciones comerciales creadas en virtud de la actuación del agente, habida cuenta de la dificultad que conllevaría esta prueba, de manera que se reputa suficiente que el empresario pueda continuar disfrutando de la clientela aportada por el agente y del beneficio o provecho económico que ello le reporta<sup>8</sup>.

23. Ahora bien, la peculiaridad de la Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea que nos interpela radica precisamente en que este presupuesto no es examinado como un pronóstico en torno al comportamiento futuro de las relaciones comerciales, sino en un dato ya fijado, cual es la indemnización por clientela percibida por el agente principal, en la medida de la clientela aportada por el subagente, puede constituir para el agente principal una ventaja sustancial.

## 3. Que su concesión resulte equitativa

24. Naturalmente influenciada por consideraciones de equidad, la indemnización en concepto de clientela presenta en dicho parámetro el tercero de sus presupuestos, y además entra en juego tras verificarse la concurrencia de los anteriores requisitos, resultando ser un criterio de ponderación de aquellos datos esenciales que juegan tanto a favor como en contra de la concesión de la indemnización al objeto de poder alcanzar una solución justa. En definitiva, con la exigencia de la equidad se trataría de dar cabida a toda una serie de circunstancias que, si bien por su naturaleza no admiten una subsunción dentro de los supuestos fácticos que conforman los restantes requisitos materiales, el legislador considera que han de ser tenidos en cuenta.

25. La normativa propia de la relación de agencia se refiere a alguna de las circunstancias que habría que considerar a la hora de valorar la presencia de este presupuesto de la equidad, en concreto, dos: la existencia de pactos de limitación de competencia y las comisiones que el agente pierda. Si bien,

<sup>6</sup> Esta última sentencia es tomada de VICENT CHULIÁ, F., *Introducción al Derecho Mercantil*, 24ª ed., Valencia: Tirant lo Blanch, 2022, p. 2616, quien señala que, en el caso, el empresario era un mayorista de monturas de gafas que había encargado al agente promocionar monturas de unas nuevas marcas.

<sup>7</sup> Cfr. MARTÍNEZ SANZ, F., *La indemnización por clientela en los contratos de agencia y concesión*, 2ª ed., Madrid: Civitas., pp. 163 y ss., cuyas ideas hacemos nuestras.

<sup>8</sup> *Vid.* STS 30 de abril de 2004 y BUSTO LAGO, J.M. “Contrato de agencia”, en *Tratado de Contratos*, T. III, 3ª ed., Valencia: Tirant lo Blanch, 2020, pp. 3956 y ss.

no se trata de *numerus clausus* pues igualmente deben ser objeto de análisis las demás “circunstancias que concurren”. Y dentro esta cláusula general se nos pone de manifiesto ahora que el agente (*rectius* subagente) se haya convertido en el agente principal del empresario.

#### IV. La relación de subagencia

**26.** El artículo 5.1 de la Ley española reguladora del contrato de agencia establece expresamente la obligación del agente de realizar por sí mismo, o por medio de sus dependientes, las prestaciones que constituyen el objeto del contrato de agencia -de forma similar a la previsión correlativa que, para el contrato de comisión, se contiene en el artículo 261 del Código de Comercio-, cuales son la promoción y, en su caso, la conclusión de los actos u operaciones de comercio que se le hubieren encomendado.

**27.** Esta regla supone la interdicción de la utilización de empresarios independientes en la ejecución o cumplimiento del contrato de agencia; si bien se trata de una prohibición no absoluta, en tanto que el apartado 2 del mismo precepto legal prevé la posibilidad de que el agente pueda valerse o utilizar otras personas, no dependientes o auxiliares de éste, para realizar la actividad propia de la agencia, siempre y cuando cuente con autorización expresa del empresario.

**28.** En la subagencia, en sentido propio, el agente principal designa o nombra al subagente. Si es el principal el que designa el subagente no puede hablarse de subagencia sino en un sentido impropio. El criterio de distinción, en orden a determinar cuándo se está en presencia de una subagencia en sentido propio, radica en el hecho de que el subagente actúe en nombre del agente -subagencia en sentido propio- o del principal, aun sometido, en este último caso, al control y las instrucciones de un agente general -subagencia impropia-.

**29.** En el primer caso es el agente principal el que responde de la gestión del subagente y quien asume las compensaciones e indemnizaciones en el momento de la extinción del contrato, mientras que, en el segundo estas obligaciones recaen sobre el empresario principal<sup>9</sup>.

**30.** La relación de subagencia se establece en virtud de un contrato de agencia concertado entre el agente principal y el subagente, que asume con carácter duradero, como es propio del contrato de agencia, la obligación de promover y, en su caso, preparar la conclusión de operaciones de comercio por cuenta del agente principal -esta facultad o atribución dependerá en todo caso de que el agente tenga atribuida la facultad de concertar operaciones comerciales-, cuyas instrucciones debe seguir y ante el que responde de su gestión.

**31.** La obligación del pago de la remuneración pactada a favor del subagente incumbe al agente principal, debiendo hacer frente a esta obligación con sus propios ingresos. De igual modo, las indemnizaciones y compensaciones a que el subagente tenga derecho en el momento de extinción o finalización de la relación de subagencia, efecto extintivo que, en todo caso, se produce como consecuencia de la extinción del contrato de agencia principal, por pérdida sobrevenida del objeto del contrato de subagencia. En particular, la indemnización por clientela puede ser reclamada por un subagente al agente en aquellos casos en los que se extinga la relación comercial entre ambos y concurren los presupuestos para ello.

**32.** Es preciso señalar, por último, que el legislador español -y el belga- contemplando expresamente la relación de subagencia no hace sino tomar postura en una cuestión que no se halla contemplada en la Directiva 86/653. Así como que, en la práctica internacional, ha de advertirse que el modelo de

---

<sup>9</sup> Véase respecto al Derecho alemán, MERCADAL VIDAL, F., *El contrato de agencia comercial*, Zaragoza: Studia Albornotiana, 1998., pp. 271 y 272.

contrato de agencia internacional de la Cámara de Comercio Internacional se refiere a la posibilidad de contar con subagentes<sup>10</sup>.

## V. Sobre la cuestión prejudicial

**33.** Con carácter preliminar, el Tribunal de Justicia de la Unión Europea recuerda que, en el marco del procedimiento de cooperación, establecido en el artículo 267 TFUE, entre los órganos jurisdiccionales nacionales y el Tribunal de Justicia corresponde a este último proporcionar al juez nacional una respuesta útil que le permita dirimir el litigio del que conoce. Desde este punto de vista, incumbe al Tribunal de Justicia no solamente reformular, en su caso, la cuestión que se le plantee, sino también tomar en consideración normas de Derecho de la Unión a las que el juez nacional no se haya referido en el enunciado de su cuestión<sup>11</sup>.

**34.** En el caso que motiva esta aportación, al preguntar al Tribunal de Justicia sobre el alcance del artículo 17, apartado 2, letra a), primer guion, de la Directiva 86/653 en el supuesto concreto de que el agente comercial haya percibido una indemnización por clientela después de que el propio subagente a quien había contratado se convirtiese, a raíz de la resolución del contrato de agencia principal, en el agente comercial del empresario principal, es preciso comprender que, mediante la cuestión prejudicial planteada se pretende saber, en esencia, si el artículo 17, apartado 2, letra a), guiones primero y segundo, de la Directiva 86/653 debe interpretarse en el sentido de que la indemnización por clientela percibida por el agente principal, en la medida de la clientela aportada por el subagente, puede constituir para el agente principal una ventaja sustancial cuando dicho subagente se ha convertido en el agente principal del empresario.

**35.** Además, para interpretar una disposición del Derecho de la Unión —en nuestro caso, el artículo 17, apartado 2, letra a), de la Directiva 86/653—, el Tribunal de Justicia de la Unión Europea también recuerda que procede tener en cuenta no solo su tenor, sino asimismo su contexto y los objetivos perseguidos por la normativa de la que forma parte.

**36.** A tenor del primer guion de dicha disposición, el agente comercial tiene derecho a una indemnización, tras la terminación del contrato, en el supuesto y en la medida en que haya aportado nuevos clientes al empresario o haya desarrollado sensiblemente las operaciones con los clientes existentes, siempre y cuando dicha actividad pueda reportar todavía ventajas sustanciales al empresario.

**37.** Del empleo de los términos “todavía” y “sustanciales”, así como de la precisión de que las ventajas que percibe el empresario deben resultar de las operaciones con los clientes aportados por el agente o que hayan sido sensiblemente desarrolladas por este, se deriva que el empresario debe gozar, tras la terminación del contrato, de una ventaja que, por un lado, reviste cierta importancia y que, por otro, está relacionada con las prestaciones anteriores del agente. En cambio, el tenor literal de la citada disposición no aporta precisión alguna sobre la naturaleza de dicha ventaja.

**38.** De lo anterior se deduce que el concepto de “ventajas sustanciales” mencionado en el artículo 17, apartado 2, letra a), primer guion, de la Directiva 86/653 puede englobar todos los beneficios que el empresario obtenga de los esfuerzos del agente tras la terminación del contrato, incluida la indemnización por clientela que este haya percibido de su propio empresario.

**39.** Para el Tribunal de Justicia de la Unión Europea esta interpretación viene corroborada por los objetivos que persigue la propia Directiva. En efecto, la Directiva 86/653 tiene por objeto, entre

<sup>10</sup> Cfr. ARROYO APARICIO, A., *Contrato de agencia: principios y análisis*, Cizur Menor: Aranzadi, 2019, p. 48.

<sup>11</sup> Véase, en este sentido, la Sentencia de 16 de mayo de 2019, *Plessers*, C-509/17, EU:C:2019:424, apartado 32 y jurisprudencia allí citada.

otros, proteger a los agentes comerciales en sus relaciones con sus empresarios (Sentencia de 19 de abril de 2018, *CMR*, C-645/16, EU:C:2018:262, apartado 33). A este respecto, el Tribunal de Justicia ha declarado que el artículo 17 de esta Directiva es de crucial importancia. Por consiguiente, el apartado 2 de ese artículo debe interpretarse en un sentido que contribuya a la protección del agente comercial y que tenga en cuenta plenamente los méritos de este último en la ejecución de las operaciones que tiene encomendadas (véase, en este sentido, la Sentencia de 7 de abril de 2016, *Marchon Germany*, C-315/14, EU:C:2016:211, apartado 3).

40. Queda, en consecuencia, excluida toda interpretación de dicha disposición que pueda resultar en perjuicio del agente comercial (véanse, en este sentido, las Sentencias de 26 de marzo de 2009, *Se-men*, C-348/07, EU:C:2009:195, apartado 21, y de 19 de abril de 2018, *CMR*, C-645/16, EU:C:2018:262, apartado 35).

41. Pues bien, una interpretación según la cual el concepto de «ventajas sustanciales», a efectos del artículo 17, apartado 2, letra a), primer guion, de la Directiva 86/653, no engloba, en particular, una indemnización por clientela que el empresario ha percibido en la medida de la clientela aportada por el agente comercial y por la que este ya no es remunerado, puede perjudicar a dicho agente.

42. En efecto, como señala NY –repárese en que en nuestro caso es el subagente- en sus observaciones escritas, en aquellos supuestos en los que la terminación del contrato es consecuencia, entre otras cosas, de una cesión de empresa o de la venta del fondo de comercio del empresario y en los que el precio varía en función de la importancia de la clientela, una interpretación restrictiva del artículo 17, apartado 2, letra a), primer guion, de la Directiva 86/653 privaría al agente comercial de compensaciones por el fondo de comercio que, sin embargo, aportó al empresario.

43. En consecuencia, el Tribunal de Justicia de la Unión Europea considera que una interpretación según la cual el concepto de “ventajas sustanciales”, a efectos del artículo 17, apartado 2, letra a), primer guion, de la Directiva 86/653, no engloba una indemnización por clientela que el empresario ha percibido en la medida de la clientela aportada por el agente comercial y por la que este ya no es remunerado sería contraria al objetivo de protección del agente comercial que persigue la Directiva 86/653.

44. De todas las consideraciones anteriores se deriva que el artículo 17, apartado 2, letra a), primer guion, de la Directiva 86/653 debe interpretarse en el sentido de que la indemnización por clientela que el empresario abonó al agente principal en la medida de la clientela aportada por el subagente puede constituir, para el agente principal, una ventaja sustancial.

45. Sin embargo, para proporcionar al órgano jurisdiccional remitente una respuesta completa, el Tribunal de Justicia de la Unión Europea estima que es preciso aún determinar si el hecho de que el propio subagente se haya convertido en el agente del empresario principal tiene incidencia en su derecho a percibir la indemnización por clientela prevista en dicha disposición.

46. A este respecto, recuerda que el comportamiento del agente comercial es un factor que puede tomarse en consideración a la hora de determinar el carácter equitativo de la indemnización por clientela (véase, en este sentido, la sentencia de 28 de octubre de 2010, *Volvo Car Germany*, C-203/09, EU:C:2010:647, apartado 44), ya que dicho carácter equitativo es una condición *sine qua non* del pago de esa indemnización, a tenor del artículo 17, apartado 2, letra a), segundo guion, de la Directiva 86/653.

47. En efecto, conforme a la citada disposición, el agente comercial tiene derecho a una indemnización por clientela en el supuesto y en la medida en que el pago de dicha indemnización sea equitativo, habida cuenta de todas las circunstancias y, en particular, de las comisiones que el agente comercial pierda y que resulten de las operaciones con los clientes que aportó o de las operaciones que desarrolló sensiblemente. En tales circunstancias, la clientela que el agente puede explotar para sí mismo

o en beneficio de otro empresario forma parte necesariamente de las “circunstancias” mencionadas en el artículo 17, apartado 2, letra a), segundo guion, de la Directiva 86/653 y que hay que tener en cuenta a efectos del pago de la indemnización prevista en esa disposición.

48. El derecho a indemnización previsto en el artículo 17, apartado 2, de la Directiva 86/653 tiene una finalidad esencialmente retributiva desde el punto de vista del agente. Tal indemnización tiene así por objeto retribuirlo por los esfuerzos realizados, en la medida en que el empresario siga beneficiándose de las ventajas económicas derivadas de ellos incluso después de la terminación del contrato de agencia (véanse, en este sentido, las conclusiones del Abogado General Wahl presentadas en el asunto *Quenon K.*, C-338/14, EU:C:2015:503, apartados 35 y 36).

49. Si bien dicha disposición no puede ser objeto de una interpretación restrictiva, como se ha señalado anteriormente, para no privar al agente comercial de compensaciones por el fondo de comercio que, sin embargo, aportó al empresario, la indemnización prevista en la citada disposición no cubre, en cambio, los perjuicios que no estén directamente relacionados con la pérdida de clientela por parte del agente.

50. Pues bien, como se indica en el informe sobre la aplicación del artículo 17 de la Directiva 86/653, presentado por la Comisión el 23 de julio de 1996 [COM(96) 364 final], si el agente sigue atendiendo a los mismos clientes en relación con los mismos productos, pero por cuenta de otro empresario, el pago de una indemnización no sería equitativo, ya que no existe el perjuicio específico que se pretende reparar, pues el agente no pierde el beneficio de su clientela.

51. Por lo tanto, cuando el subagente siga actuando como agente comercial respecto de los mismos clientes y en relación con los mismos productos, pero en el marco de una relación directa con el empresario principal, y ello en sustitución del agente principal que lo había contratado anteriormente, dicho subagente no sufrirá, *a fortiori*, ninguna consecuencia negativa de la terminación de su contrato de agencia comercial con ese agente principal.

52. Ahora bien, el Tribunal de Justicia de la Unión Europea concluye que corresponde al órgano jurisdiccional nacional apreciar la equidad del pago de la indemnización por clientela a la luz de todas las circunstancias del asunto del que conoce.

## VI. La extinción del contrato de subagencia y la indemnización por clientela

53. Pues bien, el supuesto de hecho de la Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea centra, de una parte, el mismo en la subagencia “propia” y, de otra, en la terminación definitiva de las relaciones contractuales entre agente y subagente, no hallándose *a priori* razones de configuración que impidan la concesión de la indemnización por clientela en dicho supuesto, indemnización que tendrá que ser reclamada por el subagente al agente principal y nunca al empresario principal.

54. Por consiguiente, una vez más, la realidad nos sitúa en la apreciación y valoración respecto a la concurrencia de los presupuestos requeridos por la normativa correspondiente para que el agente-subagente resulte acreedor del empresario-agente principal en concepto de indemnización por clientela.

55. Y, en el caso que nos ocupa, el requisito de la susceptibilidad de seguir produciendo “ventajas sustanciales” al agente principal-empresario no es examinado como un pronóstico en torno al comportamiento futuro de las relaciones comerciales, sino en un hecho ya constatado, cual es la indemnización por clientela percibida por el agente principal-empresario, en la medida de la clientela aportada por el subagente. Se evidencia así que esas “ventajas sustanciales” han de venir referidas no al empresario-principal sino al empresario-agente principal.

**56.** En el supuesto de que sea la extinción del contrato de agencia la que ponga fin a la relación de subagencia –como el supuesto examinado- y el agente principal perciba la indemnización por clientela, esta circunstancia por sí sola ya constituye una ventaja sustancial, abriéndose, en consecuencia, la posibilidad de reclamar la compensación por clientela por parte del subagente.

**57.** Ciertamente, frente a la reclamación del subagente, el agente no podrá alegar que la actividad desarrollada por aquél en el pasado no es susceptible de seguir produciéndole, en el futuro, ventajas sustanciales, habida cuenta que la relación que le vinculaba al empresario ha finalizado. Precisamente la actividad del subagente habrá generado una clientela que le habrá sido conferida en su día al agente-principal, y a su vez, esta aportación de clientela previsiblemente habrá tenido su reflejo en la cuantificación de la indemnización otorgada al propio agente-principal. Justo es, por ello, que el subagente participe o se vea beneficiado de esa “plusvalía” en la medida que le corresponda.

**58.** Por otra parte, la resolución judicial objeto de análisis nos sitúa en el presupuesto de la “equidad”, mostrándonos un alcance mucho más amplio del que se desprende de las dos circunstancias mencionadas expresamente por la normativa -existencia de pactos de limitación de competencia y pérdida de comisiones por el agente-, si bien ha de reconocerse que no siempre resulta sencillo determinar con exactitud cuál es el papel que se espera juegue la equidad.

**59.** El presupuesto de la equidad se apoya, generalmente, en situaciones o hechos que se encuentran relacionados, de una u otra forma, con el momento de la vigencia del contrato, siendo ello consecuencia del principio general que informa esta materia y que tiende a limitar el círculo de circunstancias relevantes a aquellas que guarden estrecha relación con el contrato de agencia finalizado.

**60.** Con todo y con eso, pueden existir determinados hechos que, acontecidos con motivo de la extinción del contrato o en un momento posterior, resultan relevantes para valorar la concurrencia del “equitativo” requisito.

**61.** Y uno de estos hechos acaecidos en momento posterior a la extinción del contrato de agencia se manifiesta cuando quien fue subagente se haya convertido en el agente comercial del empresario principal respecto de los mismos clientes y en relación con los mismos productos; poniéndose de relieve que la equidad se sobreentiende si se dan los requisitos previos para la concesión de la indemnización por clientela, siendo tan solo su ausencia, debidamente acreditada, la que confiere relevancia al presupuesto, pues habrá de tenerse en cuenta si ha existido o no consecuencia negativa de la terminación del contrato de subagencia.

**62.** Así pues, una vez más, se nos manifiesta la materia contractual como la parte más viva del Derecho. El contrato es la primera manifestación jurídica y, a la vez, el núcleo de la actividad empresarial; hasta el punto de que, si tuviéramos que resumir en una sola idea la razón de ser del Derecho mercantil, podríamos afirmar que es la preservar y garantizar el cumplimiento efectivo de los contratos; así como de las consecuencias que se deriven de su extinción. En esto reside el objetivo último de la mayor parte de sus normas y también la clave para entender la indemnización por clientela en el seno de la relación de agencia-subagencia.