

CONCLUSIONES DEL ABOGADO GENERAL

SR. M. POIARES MADURO

presentadas el 25 de octubre de 2005¹

1. Mediante la presente petición de decisión prejudicial, la Corte suprema di cassazione (Italia) plantea al Tribunal de Justicia una cuestión mediante la que pide que se aclaren varios aspectos del régimen establecido por 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.² Más concretamente, los distintos aspectos que deben aclararse atañen a los requisitos para el reconocimiento y el cálculo del derecho a indemnización del agente comercial, previstos en el artículo 17, apartado 2, de la Directiva, y a la prohibición, prevista en su artículo 19, de pactar excepciones a lo dispuesto en el artículo 17, en perjuicio del agente comercial, antes del término del contrato. La cuestión se encuadra en el marco específico del ordenamiento jurídico italiano, en el que los convenios colectivos aplicables a los agentes comerciales desempeñan desde hace mucho tiempo un papel crucial en lo tocante a la determinación de las indemnizaciones a las que el agente comercial tendrá derecho una vez terminado el contrato.

I. Hechos, marco jurídico y cuestiones prejudiciales planteadas al Tribunal de Justicia

2. Mediante escrito de 23 de octubre de 1997, Honyvem Informazioni Commerciali srl (en lo sucesivo, «Honyvem») resolvió, con efectos a 30 de junio de 1998, el contrato de agencia que la unía a Mariella De Zotti (en lo sucesivo, «Sra. De Zotti»), el cual, a tenor de su apartado 10, se regía por «lo dispuesto en el Código Civil, en las leyes especiales relativas a las facultades del agente comercial, así como en los convenios colectivos aplicables en el ámbito comercial».

3. Mediante recurso interpuesto contra Honyvem el 12 de abril de 1999 ante el Tribunale di Milano (en lo sucesivo, «Tribunale»), la Sra. De Zotti solicitó que se condenara al empresario por cuya cuenta actuaba al pago de una indemnización por cese de contrato, que, en su opinión, ascendía a 181.889.420 ITL, con arreglo a los criterios establecidos en el artículo 1751 del codice civile (Código Civil italiano; en lo sucesivo, «Código Civil»).

1 — Lengua original: portugués.

2 — DO L 382, p. 17; en lo sucesivo, «Directiva 86/653» o «Directiva».

4. Este precepto, relativo a la indemnización en caso de extinción del contrato, adapta el ordenamiento jurídico italiano a los artículos 17, 18 y 19 de la Directiva 86/653 y, en el momento de la terminación del contrato, era del siguiente tenor:

«Como consecuencia de la resolución del contrato, el empresario estará obligado a pagar al agente comercial una indemnización en el supuesto de que se cumpla, al menos, una de las siguientes condiciones:

que el agente comercial 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;

que el pago de dicha indemnización sea 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.

No habrá lugar a indemnización:

cuando el empresario haya puesto fin al contrato por un incumplimiento imputable al agente comercial que, por su gravedad, no permita que prosiga la relación contractual, ni siquiera de forma provisional;

cuando el agente comercial haya puesto fin al contrato, a menos que esta terminación esté justificada por circunstancias atribuibles al empresario o por la edad, invalidez o enfermedad del agente comercial, circunstancias por las que ya no se pueda exigir razonablemente la continuación de sus actividades;

cuando, en virtud de acuerdo con el empresario, el agente comercial ceda a un tercero los derechos y obligaciones de que es titular en virtud del contrato de agencia.

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.

No obstante, la concesión de esta indemnización no privará al agente comercial, en su caso, del derecho a la indemnización de daños y perjuicios.

El agente comercial perderá el derecho a la indemnización prevista en este artículo si no hubiere reclamado al empresario, en un plazo de un año desde la terminación del contrato.

Será nula cualquier excepción a lo dispuesto en este artículo que sea contraria a los intereses del agente comercial.»³

5. El Tribunale acogió las tesis defendidas por la demandada Honyvem y declaró que debía pagarse el importe inferior de 78.880.276 ITL, que resulta de aplicar los criterios para el cálculo de la indemnización por término de contrato previstos en el convenio económico colectivo (en lo sucesivo, «CEC»), de 28 de noviembre de 1992, celebrado el 27 de noviembre de 1992 entre Confcommercio (organización que representa a las empresas del sector del comercio, turismo y servicios) y FNAARC (organización que representa a los agentes comerciales y a los representantes de comercio), que tiene el siguiente tenor:

«[...]

Apartado I)

En virtud de lo previsto en el artículo 1751 del Código Civil, en su versión modificada por el artículo 4 del Decreto legislativo

n° 303, de 10 de septiembre de 1991, y, en particular, del principio de equidad, al término del contrato se pagará, en todo caso, al agente comercial o al representante de comercio una indemnización de un importe equivalente al 1 % del total de las comisiones vencidas y pagadas durante el período de vigencia del contrato.

Dicha base porcentual estará integrada por las siguientes cantidades:

A. Agentes comerciales y representantes de comercio con obligación de exclusiva a favor de una sola empresa:

— 3 % sobre las comisiones hasta 24.000.000 de ITL al año;

— 1 % sobre el importe de las comisiones comprendidas entre 24.000.001 ITL y 36.000.000 de ITL al año.

B. Agentes comerciales y representantes de comercio no vinculados por una obligación de exclusiva a favor de una sola empresa:

— 3 % sobre las comisiones hasta alcanzar los 12.000.000 de ITL al año;

3 — Posteriormente se adoptó el Decreto Legislativo n° 65, de 15 de febrero de 1999, que establece algunas modificaciones a la normativa sobre el contrato de agencia, con el fin de garantizar una mejor adaptación del ordenamiento jurídico interno a la Directiva 86/653. De este modo, se modificó el primer párrafo del artículo 1751 del Código Civil, cuyo texto pasó a ser del siguiente tenor: «Al término del contrato, el empresario deberá pagar una indemnización al agente comercial, en el supuesto de que se cumplan las siguientes condiciones». Además, en la parte final se insertó un nuevo párrafo, que establece el pago de la indemnización también en el caso de que el contrato se extinga por causa de muerte del agente comercial.

- 1 % sobre el total de las comisiones comprendidas entre 12.000.001 ITL y 18.000.000 de ITL al año.
- 3,5 % sobre las comisiones vencidas entre el cuarto y el sexto año;

Se deducirá de esta indemnización la cantidad a la que tuviera derecho el agente comercial o el representante de comercio en virtud de un seguro voluntario suscrito por el empresario.

- 4 % sobre las comisiones vencidas durante los años siguientes.

[...]

Asimismo deberán tomarse en consideración para calcular la indemnización de fin de contrato las cantidades entregadas de manera expresa y específica en concepto de reembolso de gastos o de participación en gastos.

Apartado III)

Apartado II)

Las partes reconocen que el régimen anteriormente pactado en materia de porcentajes y tramos respeta el principio de equidad mencionado en el párrafo tercero del artículo 1751 del Código Civil.

También con arreglo al artículo 1751 del Código Civil, además de las cantidades indicadas en el apartado I de la presente norma, deberán abonarse al agente comercial otras cantidades, calculadas del siguiente modo:

Apartado IV)

- 3 % sobre las comisiones vencidas en los tres primeros años de vigencia del contrato de agencia;

[...]

Declaración en acta.

Las partes confirman que las disposiciones del presente convenio colectivo en materia de terminación del contrato de agencia, acordadas en ejecución del artículo 1751 del Código Civil, constituyen, globalmente, un régimen más favorable que la normativa legal. Tales disposiciones son interdependientes e inseparables y no pueden acumularse a otro régimen.

[...]»

6. La Sra. De Zotti interpuso un recurso contra la sentencia del Tribunale ante la Corte d'appello di Milano (en lo sucesivo, «Corte d'appello»), la cual estimó parcialmente el recurso. Según la Corte d'appello, el artículo 1751 del Código Civil establece un criterio inspirado en una *ratio* basada en el mérito, que recompensa al agente comercial por los clientes captados que, incluso después del término del contrato, sigan proporcionando ventajas al empresario. En la medida en que, por el contrario, el CEC establece criterios totalmente ajenos a esta *ratio*, la autonomía negocial no puede establecer excepciones al criterio del artículo 1751. Aplicando, por lo tanto, el artículo 1751, la Corte d'appello, tras deducir el importe ya concedido por el juez de primera instancia y pagado por Honyvem, reconoció a favor de la Sra. De Zotti la cantidad complementaria (redondeada) de 57.000.000 de ITL, además de los intereses y de la revaluación.

7. Honyvem interpuso un recurso de casación contra esta última resolución, alegando esencialmente, por una parte, que la excepción al régimen previsto en el artículo 1751 sólo está prohibida cuando perjudica al agente comercial y, por otra, que la apreciación del carácter más o menos ventajoso de las normas relativas a la indemnización por terminación de contrato contenidas en el CEC, en comparación con las establecidas en el artículo 1751 del Código Civil, no debe realizarse *ex post*, es decir, una vez concluida la relación contractual, sino *ex ante*. Por lo tanto, a su juicio, de ello debe inferirse que el régimen convencional colectivo es más favorable que el régimen establecido en el artículo 1751 del Código Civil, ya que garantiza en todo caso una indemnización al agente comercial que no necesariamente garantiza el régimen legal.

8. La Sra. De Zotti se adhirió al recurso de casación en la medida en que no se había cuantificado la indemnización por terminación del contrato en el importe que exigía.

9. En este contexto fáctico y jurídico, la Corte suprema di cassazione planteó al Tribunal de Justicia una cuestión prejudicial que debe ser reformulada y dividida en las dos cuestiones siguientes:

1) Teniendo en cuenta el texto y la finalidad del artículo 17 de la Directiva 86/653, ¿puede el artículo 19 de esta Directiva interpretarse en el sentido de que permite que un convenio colectivo establezca una indemnización que, por

un lado, se deba al agente comercial independientemente de que se cumplan los presupuestos previstos en el artículo 17, apartado 2, y, por otro, deba calcularse no sobre la base de criterios que puedan inferirse de la Directiva, sino en función de criterios distintos preestablecidos en el convenio colectivo?

- 2) ¿Debe calcularse la indemnización prevista en el artículo 17, apartado 2, de modo analítico, o pueden admitirse otros métodos que se ajusten más al criterio de equidad?

10. En consecuencia, se pide al Tribunal de Justicia que interprete los artículos 17 y 19 de la Directiva 86/653.⁴ Según el artículo 17 de la Directiva:

«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.

⁴ — El Tribunal de Justicia ya ha interpretado la Directiva 86/653, concretamente, en las sentencias de 12 de diciembre de 1996, *Kontogeorgas* (C-104/95, Rec. p. I-6643); de 30 de abril de 1998, *Bellone* (C-215/97, Rec. p. I-2191); de 13 de julio de 2000, *Centrosteel* (C-456/98, Rec. p. I-6007), y de 6 de marzo de 2003, *Caprini* (C-485/01, Rec. p. I-2371). En la sentencia de 9 de noviembre de 2000, *Ingmar* (C-381/98, Rec. p. I-9305), se analizaron directamente los artículos 17 y 19 de la Directiva. Más recientemente, el 28 de abril de 2005, el Abogado General Geelhoed presentó sus conclusiones en el asunto C-3/04, *Poseidon Chartering*, aún no publicadas en la Recopilación. En cualquier caso, las cuestiones que hasta el presente ha examinado el Tribunal de Justicia son distintas de las planteadas por la Corte suprema di cassazione en el presente asunto.

- 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.»

11. Por su parte, el artículo 19 establece que «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».

II. Análisis

12. En los apartados 2 y 3 del artículo 17 de la Directiva el legislador comunitario previó

dos regímenes distintos de indemnización a favor del agente comercial, tras la terminación del contrato. Con arreglo al apartado 1 de dicho artículo, al adaptar el ordenamiento jurídico interno a la Directiva, los Estados miembros pueden optar por uno u otro de dichos dos regímenes. El legislador italiano optó por el régimen previsto en el artículo 17, apartado 2.

13. Consta que en Italia, antes de la adaptación del ordenamiento jurídico interno a la Directiva 86/653, existía un régimen indemnizatorio por terminación del contrato de agencia basado, en gran medida, en convenios colectivos y distinto de cualquiera de los dos regímenes alternativos previstos en los apartados 2 y 3 del artículo 17.⁵ En estas circunstancias se concedió un plazo más largo a la República Italiana para la adaptación a la Directiva en lo que al artículo 17 se refiere.⁶ Si bien la consagración de tal régimen refleja claramente el afán por dejar un cierto margen de elección a los Estados miembros, el legislador dio a cada Estado miembro la posibilidad de optar por uno de los dos regímenes alternativos previstos en el artículo 17, apartados 2 y 3, pero no, obviamente, la posibilidad de adoptar un régimen legal de *tertium genus* incompatible con cualquiera de los dos regímenes mencionados.

5 — Véase, por ejemplo, Baldi, R.: *Il contratto di agenzia*, 7ª ed. Giuffrè, Milán, 2001, pp. 247 y ss.

6 — Véase el sexto considerando, que se refiere expresamente a la necesidad de que se concedan «plazos transitorios suplementarios a determinados Estados miembros que están realizando especiales esfuerzos a fin de adaptar a los requisitos de la Directiva sus normativas, en particular en lo relativo a la indemnización tras la terminación del contrato entre el comerciante y el agente comercial». Pues bien, a tenor del artículo 22, apartado 3, de la Directiva, Italia era uno de tales Estados y, precisamente, en lo tocante a las obligaciones establecidas en el artículo 17.

A. *Sentido y finalidad de la indemnización prevista en el artículo 17, apartado 2, de la Directiva 86/653*

14. La indemnización establecida en el artículo 17, apartado 2, de la Directiva tiene un carácter indiscutiblemente peculiar y polifacético en cuanto a la finalidad que persigue. Sus antecedentes se encuentran en el régimen establecido en la década de los cincuenta por el artículo 89b del Código de Comercio alemán, el *Handelsgesetzbuch* (HGB).⁷

15. Este régimen indemnizatorio singular surge como respuesta a un problema derivado de la terminación del contrato de agencia. En efecto, en la medida en que, tras la terminación del contrato de agencia, el empresario siga realizando operaciones con los clientes captados por el agente comercial, seguirá gozando de plusvalías resultantes, al menos en parte, de la actividad del agente comercial durante la vigencia del contrato, cuya obtención, si no hubiese terminado el contrato, implicaría, en principio, la continuidad en el pago de comisiones a ese agente.

7 — Esta circunstancia es señalada frecuentemente por la doctrina. Véase asimismo el apartado 2 del Informe sobre la aplicación del artículo 17 de la Directiva del Consejo relativa a la coordinación del Derecho de los Estados miembros en lo referente a los agentes comerciales independientes (86/653/CEE), COM/96/364 final.

16. En este contexto, el legislador comunitario estableció, a tenor del artículo 17, apartado 2, de la Directiva, que el agente comercial tendría derecho a una indemnización, siempre que concurrieran tres requisitos. En primer lugar, que el agente comercial hubiera aportado nuevos clientes o hubiera desarrollado sensiblemente las operaciones con los clientes existentes. En segundo lugar, que el empresario siguiera obteniendo beneficios sustanciales de las relaciones con tales clientes, una vez terminado el contrato de agencia. Este requisito sólo será pertinente, lógicamente, si no se hubiera mantenido ninguna obligación de pago de comisiones al agente comercial posteriormente a dicha terminación. Por último, será también indispensable que no se dé ninguna de las circunstancias que excluyen el derecho de indemnización a favor del agente comercial, conforme al artículo 18 de la Directiva.

17. Esta indemnización, que puede llamarse, con propiedad, indemnización de clientela, tiene, desde el punto de vista del agente comercial, una dimensión compensatoria. Le compensa por el buen desempeño de sus funciones, en la medida en que existan beneficios económicos para el empresario, que continúen obteniéndose como consecuencia de la actividad efectuada por el agente comercial en la captación de clientes o en el desarrollo de operaciones con tales clientes. Desde el punto de vista del empresario, la indemnización de clientela permite, por otro lado, evitar una situación de enriquecimiento injusto. En efecto, si no existiera la obligación de indemnizar una vez terminado el contrato, el empresario –sin tener que pagar ninguna contrapartida al agente comercial– podría seguir gozando de plusvalías que, de alguna manera, se han

generado con la participación del agente comercial.⁸

18. Los beneficios para el empresario no se agotan, en efecto, en las operaciones que haya realizado con dichos clientes antes del término del contrato. Pueden prolongarse en el tiempo, con posterioridad a dicho término, en la medida en que tales operaciones continúen realizándose. Paralelamente, la remuneración del agente comercial mediante el pago de comisiones no tiene lugar en un momento único coincidente con aquel en el que el agente comercial aporta un cliente o desarrolla actividades con él, ni tampoco consiste en el pago de una suma global. Se trata más bien de una remuneración que se hace efectiva a lo largo del tiempo mediante comisiones que se pagan a medida que se realiza cada operación entre el empresario y un cliente.⁹

19. Un marco contractual de este tipo propicia la aparición de situaciones de enriquecimiento injusto del empresario tras la terminación del contrato y justifica, por consiguiente, la prescripción normativa del artículo 17, apartado 2, de la Directiva. Igualmente resulta patente que, mediante la indemnización prevista en el referido artículo 17, apartado 2, se aleja asimismo el

8 – Véase Pinto Monteiro, A.: «Il contratto di agenzia rivisitato. La direttiva CEE N. 86/653», *Diritto privato comunitario*, vol I (a cura di Vito Rizzo), edizioni scientifiche italiane, 1997, pp. 252 a 253, y Gomes, J.: *O conceito de enriquecimento, o enriquecimento forçado e os vários paradigmas do enriquecimento sem causa*, Publicações Universidade Católica, Oporto, 1998, pp. 279 a 282.

9 – Véase, especialmente, el artículo 10 de la Directiva 86/653 sobre el momento en que se adquiere el derecho a la comisión.

riesgo de que el empresario observe comportamientos oportunistas en la extinción del contrato, a lo cual estaría claramente inclinado a falta de tal normativa.¹⁰

B. Comparación del régimen indemnizatorio previsto en el artículo 17, apartado 2, de la Directiva 86/653 con un régimen indemnizatorio como el previsto en el CEC

20. El problema que se suscita en el caso objeto de examen resulta de la previsión, incluida por el legislador comunitario en el artículo 19 de la Directiva 86/653, de que «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». En este contexto aparecen enfrentadas la normativa indemnizatoria prevista en el artículo 17, apartado 2, de la Directiva, al que se adaptó el ordenamiento jurídico interno en virtud del artículo 1751 del Código Civil, y el régimen previsto en el CEC.

21. De lo dispuesto en el artículo 19 se derivan, *a contrario*, dos conclusiones. La primera es que, antes de la terminación del contrato, las partes pueden establecer excep-

ciones al el régimen previsto en el artículo 17 siempre que acuerden un régimen que no sea más desfavorable para el agente comercial. La segunda es que, tras la terminación del contrato, las partes pueden convenir cualquier régimen que establezca excepciones, aunque sea más desfavorable para el agente comercial.¹¹

22. La cuestión que se plantea, y que refleja claramente la discusión jurisprudencial y doctrinal en Italia descrita por las partes, es si un régimen indemnizatorio como el previsto en el CEC, anteriormente descrito, es más desfavorable para el agente comercial que el régimen indemnizatorio previsto en el artículo 17, apartado 2, de la Directiva. En virtud del carácter imperativo del régimen de protección del agente comercial, previsto en los artículos 17 a 19 de la referida Directiva,¹² en el caso de que el régimen convencional sea más desfavorable para el agente comercial, será ilegal y no producirá efecto alguno.

23. Pues bien, la comprobación del carácter eventualmente más desfavorable de un régimen convencional en comparación con el régimen legal presupone, ante todo, como *prius* lógico, que sea posible comparar las

10 — Paralelamente, el artículo 18 de la Directiva pretende evitar que el agente comercial se aproveche ilegítimamente de la indemnización en el caso de que sea él mismo el responsable de la terminación del contrato o cuando la indemnización de clientela se acumule a otra compensación funcionalmente semejante.

11 — En la doctrina se encuentra la justificación para esta limitación a la autonomía de la voluntad de los particulares en una razón «paternalista» que se deriva de la posición asimétrica en que se encuentran las dos partes en la relación contractual. Se intenta evitar que la situación de dependencia y de asimetría de información del agente comercial en relación con el empresario, existente cuando se halla en vigor el contrato, le impida realmente decidir lo mejor para sí. Véanse, por ejemplo, v. Hoyningen-Huene, G., en *Münchener Kommentar zum Handelsgesetzbuch*, Comentario al artículo 89 b, n.º 188, p. 1174, C.H. Beck, Múnich, 1996, y Cunha, C.: *A indemnização de clientela do agente comercial*, 2003, Coimbra Editora, pp. 346 y ss.

12 — Véase, en este sentido, la sentencia Ingmar, antes citada, apartados 21 y 22.

dos normativas enfrentadas. No se puede comparar lo que no es comparable. A este respecto, pienso que tal comparación no es posible en circunstancias como las del caso de autos, dado que el régimen convencional configura una indemnización que se basa en presupuestos y persigue fines completamente distintos de los que están presentes en el artículo 17, apartado 2, de la Directiva. En realidad, los dos regímenes se basan en lógicas opuestas que no permiten determinar cuál de ellos es, en teoría, más favorable para el agente comercial.

24. En primer lugar, para la aplicación de un régimen indemnizatorio como el establecido en el CEC es indiferente el hecho de que el agente comercial haya aportado nuevos clientes o haya consolidado la clientela existente. Por otra parte, es indiferente que el empresario continúe obteniendo beneficios sustanciales de la actividad económica llevada a cabo con esa clientela, tras el término del contrato de agencia. En cambio, el plazo contractual, el importe de las remuneraciones anualmente percibidas por el agente comercial durante ese plazo y el carácter exclusivo o no del contrato de agencia resultan pertinentes para determinar la indemnización convencional adeudada al agente comercial.

25. Asimismo debe señalarse que, contrariamente a la indemnización legalmente prevista, basada también en la consideración de la situación posterior al término del contrato, la indemnización pactada depende exclusivamente de consideraciones relativas a hechos pasados (cantidades recibidas por el agente comercial y duración del vínculo).

26. Además de estas importantes diferencias en cuanto al contenido y al sentido de los dos regímenes indemnizatorios enfrentados, también desde el punto de vista de su *ratio* puede apreciarse que la indemnización pactada persigue una finalidad totalmente distinta de la que persigue la indemnización prevista en el artículo 17, apartado 2, de la Directiva. Esta última indemnización obedece a una filosofía indiscutiblemente basada en el mérito, según la cual se reconoce al agente comercial el derecho a la indemnización en la medida en que su actividad de captación y desarrollo de la clientela haya contribuido a producir plusvalías para el empresario tras la terminación del contrato. Por el contrario, una indemnización como la prevista en el CEC, antes descrito, se halla en las antípodas de esta lógica basada en el mérito. Tal indemnización será, en efecto, reconocida a favor de todo agente comercial, a la terminación del contrato, aunque no haya aportado clientes ni haya siquiera desarrollado operaciones con alguno de ellos y, lógicamente, aunque la continuación de operaciones con esos clientes tras la terminación del contrato no reporte ningún beneficio al empresario.

27. Determinar cuál de los dos regímenes indemnizatorios es más favorable para el agente comercial dependerá de la actividad que desarrolle efectivamente el agente y sólo podrá conocerse *ex post*, con ocasión del término del contrato. Aunque en el convenio se estipule expresamente que la indemnización prevista corresponde a la indemnización legal, esencialmente, no es posible comparar los dos regímenes, habida cuenta de sus contenidos y de sus finalidades. La imposibilidad radical de efectuar una comparación no se ve cuestionada por el *nomen iuris* eventualmente atribuido en el contrato o en

el CEC a la indemnización pactada, ni por la posible afirmación de que esta indemnización sustituye totalmente a la indemnización legal.

del contrato. En este sentido, los dos regímenes son tan antagónicos que resulta imposible determinar cuál de ellos es más favorable al agente comercial.¹³

28. Estos dos regímenes pueden ciertamente compararse desde el punto de vista de los efectos indemnizatorios concretos que se derivan de la aplicación de cada uno de ellos a la terminación del contrato. No obstante, se trata de una comparación de resultados o consecuencias indemnizatorias, realizada sobre la base, exclusivamente, del acontecimiento externo que desencadena su aplicación, que consiste en la terminación del contrato. No se trata de una comparación propiamente dicha de los dos regímenes, que parta de la consideración de sus respectivos contenidos y finalidades.

29. Sin embargo, considero que la comparación que resulta del artículo 19 de la Directiva no es una simple comparación de los importes indemnizatorios derivados de la aplicación, *in concreto*, de los regímenes indemnizatorios convencional y legal en el momento de la terminación de cada contrato. Lo que se impone, a mi juicio, a tenor del artículo 19 de la Directiva, es una comparación sustancial de los regímenes indemnizatorios legal y convencional, que tenga en cuenta los respectivos contenidos y finalidades, y no la mera comparación de los efectos indemnizatorios concretos de tales regímenes, que dependerán, esencialmente, del momento concreto y de las circunstancias de mercado existentes a la terminación

30. Una comparación realizada concretamente a la terminación del contrato de agencia generaría, por lo demás, una situación de incertidumbre y de inseguridad, hasta el momento de la terminación, en cuanto a la compatibilidad del régimen convencional con el régimen legal de indemnización de clientela. El régimen contractualmente acordado no debe permanecer en una nebulosa en cuanto a su legalidad, hasta el momento de la terminación del contrato. He de añadir además que, a causa de la incertidumbre y de la inseguridad que provocaría, en primer lugar, en la esfera del empresario en cuanto al régimen indemnizatorio aplicable, una solución de comparación *ex post e in concreto* produciría también el efecto de inducir al empresario a mantener contratos que, en realidad, podrían ser ya ineficientes y a los cuales debería, por lo tanto, ponerse término, con el fin de permitir la entrada en el mercado de nuevos agentes comerciales posiblemente más emprendedores.

13 — Esta orientación puede encontrarse en la doctrina italiana, a modo de ejemplo y, como más reciente, en Sordi, P.: «La contrattazione collettiva e l'indennità di cessazione del rapporto nel contratto di agenzia», *Massimario di giurisprudenza del lavoro*, 2001, pp. 546 y ss., especialmente p. 548, y, aún más reciente, del mismo Sordi, P.: «L'invalidità degli accordi del 1992 sull'indennità di cessazione del rapporto di agenzia», *Giustizia civile*, 2002, p. 487. También sostiene la ineficacia del régimen de contratación colectiva y su incompatibilidad con el artículo 1751 del Código Civil y con el artículo 17, apartado 2, de la Directiva 86/653, entre otros, Baldi, R.: *Il contratto di agenzia, op. cit.*, p. 266, especialmente pp. 278 a 282. Una parte de la jurisprudencia italiana reciente, aunque aparentemente minoritaria, formula asimismo idéntica argumentación, como resulta de la propia descripción realizada por la Corte suprema di cassazione en la petición de decisión prejudicial.

31. A mi juicio, sólo podría defenderse una solución de comparación *ex post* basada en la consideración de efectos indemnizatorios concretos si consideráramos la protección económica del agente comercial como el único y exclusivo interés de la Directiva 86/653. Resulta patente que no es esto lo que ocurre. A este respecto, el Tribunal de Justicia ya ha afirmado que, además de la protección del agente comercial, la finalidad de la Directiva, como se desprende de sus considerandos, es igualmente «suprimir las restricciones al ejercicio de la profesión de agente comercial, uniformar las condiciones de competencia dentro de la Comunidad e incrementar la seguridad de las operaciones comerciales». ¹⁴ Por consiguiente, la protección del agente comercial no constituye un fin en sí misma, que deba garantizarse a cualquier precio en la interpretación de las disposiciones de la Directiva 86/653 y que excluya completamente la consideración del interés de protección de la seguridad y certeza jurídicas en las operaciones comerciales.

32. No le falta razón a Honyvem cuando afirma en sus observaciones escritas que debe hacerse una comparación *ex ante* entre los regímenes enfrentados. A mi juicio, lo que resulta insostenible en la postura de Honyvem es la conclusión a la que llega, según la cual de tal análisis *ex ante* resulta que un régimen indemnizatorio como el establecido en el CEC es más favorable al agente comercial que el régimen legal previsto en el artículo 17, apartado 2, de la Directiva. De ser así, nos encontraríamos ante una excepción admisible a tenor del artículo 19.

33. Sin embargo, como ya he señalado, de un análisis *ex ante* no se puede inferir que el régimen contenido en un convenio como el CEC es, en teoría, más favorable para el agente comercial que el régimen establecido en el artículo 17, apartado 2, de la Directiva.

34. Para llegar a tal conclusión sería necesario dar por sentada la premisa de que parte Honyvem –contraria, además, a la teleología de compensación del mérito que subyace al régimen comunitario–, conforme a la cual todos los agentes comerciales tienen una radical aversión al riesgo, hasta el punto de que prefieren necesariamente un régimen de tipo igualitario que garantice, al menos, un poco a todos, a un régimen, como el previsto en el artículo 17, apartado 2, de la Directiva, que sólo asegura la indemnización, si bien, en su caso, mucho más generosa, a los agentes comerciales que hayan conseguido aportar clientes o desarrollar la clientela durante la vigencia del contrato.

35. Es cierto que, en el marco del régimen de compensación del mérito previsto en el artículo 17 de la Directiva, algunos agentes comerciales acabarán por no tener derecho a ninguna indemnización. Pues bien, si es así, en puridad, ningún régimen puede, en teoría, ser peor que el régimen de compensación del mérito previsto en el referido artículo 17, dado que el efecto de su aplicación puede ser, a fin de cuentas, la falta de indemnización. Según esta lógica, no obstante, cualquier régimen que garantizara de antemano al

14 — Véanse las sentencias, antes citadas, Bellone, apartados 13 y 17, e Ingmar, apartados 20 y 23.

agente comercial al menos una indemnización superior a cero tendría el carácter de excepción al régimen del mencionado artículo 17, permitida por el artículo 19 de la Directiva. Es decir, virtualmente, todos los regímenes indemnizatorios que garanticen alguna indemnización al agente comercial a la terminación del contrato cumplirían los criterios del artículo 19 de la Directiva como excepciones admisibles a su artículo 17. Es evidente que no puede seguirse un razonamiento de este tipo, en la medida en que priva de cualquier eficacia a la prohibición de establecer excepciones prevista en el citado artículo 19.

36. El problema de la comparación *ex ante* entre los dos regímenes indemnizatorios, sostenida por Honyvem en sus observaciones, radica en que sólo toma en consideración a agentes comerciales hipotéticos que, a raíz de la aplicación del régimen de compensación del mérito del artículo 17, apartado 2, de la Directiva, no obtendrían ningún derecho a indemnización. Por el contrario, cuando el artículo 19 de la Directiva establece que las partes no pueden acordar ninguna excepción a lo dispuesto en el artículo 17 «en perjuicio del agente comercial», se refiere, en teoría, a todo agente comercial en una relación contractual individual, independientemente de que se trate de un agente comercial al que se reconozca o no una indemnización a tenor del aludido artículo 17, apartado 2.

37. Por consiguiente, no puede llegarse a la conclusión de que, según un análisis *ex ante*,

un régimen indemnizatorio como el que establece el CEC es más favorable para el agente comercial que el previsto en el artículo 17, apartado 2, de la Directiva.

38. La interpretación que aquí se hace del artículo 19 de la Directiva no impide, evidentemente, que puedan admitirse acuerdos que establezcan excepciones al régimen del artículo 17, apartado 2, de la Directiva, e incluso, en su caso, que presenten algunas semejanzas con un régimen como el del CEC. Lo que importa es que establezcan un régimen que, en teoría, no pueda resultar peor para *ningún* agente comercial que el establecido en el artículo 17, apartado 2, de la Directiva. Este criterio es válido aunque se trate de acuerdos eventualmente orientados por una lógica en gran medida distinta de la que inspira el régimen comunitario. Es posible imaginarse, por lo tanto, a modo de ejemplo, que un convenio colectivo garantice al agente comercial una indemnización mínima, fija, de un importe determinado en función del tiempo que haya durado el contrato y del volumen de negocios, independientemente de que concurren los requisitos previstos en el artículo 17, apartado 2, de la Directiva, a la que se añadirá el importe resultante de la aplicación de este último régimen. Un régimen de este tipo implicará naturalmente una excepción a lo dispuesto en el artículo 17, apartado 2, de la Directiva, en la medida en que se aplicará independientemente de que se cumplan todos sus requisitos. Además, *ningún* agente comercial puede considerar que la sujeción a este régimen lo deja en peor situación que si le fuera aplicado estrictamente, sin más, el

régimen del artículo 17, apartado 2, de la Directiva. Una excepción de este tipo podría admitirse a tenor del artículo 19 de la misma Directiva.

39. Lo que no se puede admitir, como señala la Sra. De Zotti en consonancia con una parte de la doctrina italiana,¹⁵ es que, mediante la utilización de la autonomía negocial y la remisión a un posible CEC, se mantenga en vigor, en la práctica, un régimen indemnizatorio esencialmente igual al que estaba en vigor antes de que se adaptara el ordenamiento jurídico italiano al artículo 17, apartado 2, de la Directiva, que no garantice a todos y cada uno de los agentes comerciales más de lo que garantiza el régimen comunitario.

40. A mi juicio, por lo tanto, el Tribunal de Justicia debe responder a la primera cuestión planteada por la Corte suprema di cassazione que el artículo 19 de la Directiva debe interpretarse en el sentido de que un convenio colectivo como el CEC, que establezca un régimen indemnizatorio del agente comercial tras la terminación del contrato, con contenido y finalidades incompatibles con los que caracterizan el régimen indemnizatorio previsto en el artículo 17, apartado 2, de la Directiva, y que tenga por objeto sustituirlo en su integridad, debe considerarse un régimen que establece excepciones en perjuicio del agente comercial.

C. Modo de cálculo de la indemnización de clientela prevista en el artículo 17, apartado 2, de la Directiva 86/653

41. En primer lugar, debe señalarse que el artículo 17 de la Directiva establece no sólo los requisitos para el reconocimiento de la indemnización de clientela, sino también los propios elementos necesarios para el cálculo de esta indemnización. Así se desprende de la propia letra del artículo 17, apartado 2, de la Directiva, por cuanto contiene la expresión «en el supuesto y en la medida en que». Por lo tanto, el citado artículo 17 no se limita a indicar las condiciones en que debe recocerse la indemnización de clientela, sino que también establece el modo en que ha de calcularse el *quantum* de la indemnización. En consecuencia, conforme a reiterada jurisprudencia, los órganos jurisdiccionales italianos deben interpretar en este sentido el artículo 1751 del Código Civil, es decir, en la medida de lo posible, a la luz del texto y de la finalidad de la Directiva de que se trata, con el fin de garantizar la obtención del resultado que persigue.¹⁶

42. Es cierto que el cálculo de la indemnización prevista en el artículo 17, apartado 2, de la Directiva puede plantear algunas dificultades. Implica, en efecto, que tengan que realizarse conjeturas en cuanto a la marcha de los negocios que haya entablado el empresario con la clientela previamente captada o desarrollada por el agente comercial.

15 — Véase, en particular, Baldi, R.: *Il contratto d'agenzia*, op. cit., p. 268.

16 — Véase la reciente sentencia de 5 de octubre de 2004, Pfeiffer y otros (asuntos acumulados C-397/01 a C-403/01, Rec. p. I-8835), apartado 113.

cial y en cuanto a los beneficios que obtendrá de las operaciones con dicha clientela tras la terminación del contrato de agencia, sin tener que pagar ulteriores comisiones al agente comercial.

y admite, de entrada, la posibilidad de que se cuantifique sobre la base de conjeturas y probabilidades,¹⁹ ciertamente no será especialmente difícil calcular la indemnización de clientela, según el método previsto en el artículo 17, apartado 2, de la Directiva. En definitiva, lo que se exige en este cálculo es la realización de conjeturas en cuanto a la producción de determinados hechos tras la terminación del contrato de agencia.

43. En todo caso, la realización de conjeturas es algo que los tribunales llevan a cabo normalmente, desde el mismo momento en que deben calcular daños comparando una situación que *existe* con una situación hipotética que *existiría* si no hubiera tenido lugar un determinado hecho dañoso. Pese a las dificultades inherentes a la realización de este tipo de operaciones de cálculo de daños basadas en conjeturas, no por ello los tribunales dejan de llevarlas a cabo en la práctica. Basta pensar, a este respecto, en el cálculo de lucros cesantes¹⁷ o en el cálculo del daño debido a la pérdida de una oportunidad, que tienen no sólo alguna analogía entre sí,¹⁸ sino también con el cálculo de la indemnización prevista en el artículo 17, apartado 2, de la Directiva 86/653. En particular, en el caso del ordenamiento jurídico italiano, que, según parece, acepta que pueda indemnizarse el daño derivado de la pérdida de una oportunidad

44. Las posibles dificultades en la realización de tales conjeturas no son motivo para sustituir el régimen indemnizatorio previsto en el artículo 17, apartado 2, de la Directiva por otro, como, por ejemplo, el previsto en el CEC en el caso de autos. A pesar de que este último implica un cálculo indemnizatorio fácil de realizar, es incompatible con aquél, en cuanto a su contenido, sentido y finalidad.

45. Por consiguiente, puede dividirse eficazmente el cálculo de la indemnización del artículo 17, apartado 2, de la Directiva en tres fases.²⁰

17 — De Cupis, A.: *Il danno — Teoria generale della responsabilità civile*, vol. I, 3ª ed., Giuffrè, Milán, 1979, p. 297, donde se recuerda que, al calcular este tipo de daño, debe apreciarse «si se habría obtenido o no alguna ventaja [...] [C]uando se entra en el ámbito de lo hipotético, la certeza no puede ser absoluta: hay que contentarse con una certeza relativa, es decir, una expectativa fundada y razonable».

18 — Véase, en este sentido, Bocchiola, M.: «Perdita di una "chance" e certezza del danno», *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*, anno XXX (1976), pp. 55 y ss., especialmente pp. 60 y 61, donde se señala que, en la medida en que la certeza es sólo relativa tanto en la pérdida de la oportunidad como en el lucro cesante «ambas hipótesis pueden, a lo sumo, confundirse y, prácticamente, se superponen».

19 — Véase la sentencia de la Corte suprema di cassazione de 29 de abril de 1993, n° 5026, en *Giurisprudenza italiana*, 1994, Parte prima, sez. I, cols. 234 y ss., esp. col. 241, con comentarios de A. Musy.

20 — Como señala la Comisión en su Informe sobre la aplicación del artículo 17 de la Directiva del Consejo relativa a la coordinación del Derecho de los Estados miembros en lo referente a los agentes comerciales independientes, mencionado en la nota 7, pp. 3 a 5.

46. En una primera fase debe estimarse el total de los beneficios que el empresario recibirá posteriormente a la terminación del contrato, que corresponderán *grosso modo* a las comisiones que no tendrá que pagar al agente comercial, tras la terminación, por la clientela que éste haya captado o desarrollado. A este respecto, parece claro que, por ejemplo, el volumen de negocios y las comisiones pagadas al agente comercial durante la vigencia del contrato constituyen elementos útiles para cuantificar las ventajas de que gozará, probablemente, el empresario en el futuro y, por consiguiente, para cuantificar la indemnización que deba abonarse al agente comercial. Sin embargo, tales elementos sólo serán significativos en la medida en que sean pertinentes, por sí mismos, en relación con las conjeturas que deban hacerse para calcular la indemnización prevista en el artículo 17, apartado 2, de la Directiva, pero no porque un eventual convenio colectivo los considere relevantes para el cálculo de dicha indemnización.

47. Tras esta fase, tendrá lugar otra, en la que deberá comprobarse si el pago de dicha indemnización resulta equitativo. La equidad desempeña un papel secundario en el sistema del artículo 17, apartado 2, de la Directiva. Opera como una válvula de seguridad puesta a disposición del juez para, teniendo en cuenta las circunstancias especiales del caso concreto, ajustar el importe de la indemnización o incluso, en su caso, excluir su paso en situaciones excepcionales. El carácter casuístico inherente a todo criterio de equidad impide, a mi juicio, cualquier enumeración o descripción de

circunstancias específicas del caso concreto que puedan considerarse relevantes en relación con tal criterio. Tal análisis corresponderá naturalmente a los órganos jurisdiccionales nacionales competentes.

48. En una tercera fase, el importe de la indemnización está sujeto, por último, al límite máximo previsto en el artículo 17, apartado 2, letra b), de la Directiva. Se trata de un límite máximo, que no debe ser tomado como punto de partida para el cálculo de la indemnización, sino como un *techo* que sólo es pertinente si se ve superado por el importe de la indemnización resultante de las dos fases de cálculo anteriores.

49. Por consiguiente, considero que el Tribunal de Justicia deberá responder a la segunda cuestión planteada por la Corte suprema di cassazione que el artículo 17, apartado 2, de la Directiva debe interpretarse en el sentido de que no sólo establece los requisitos para el reconocimiento del derecho de indemnización al agente comercial, sino también los propios elementos para el cálculo de esta indemnización, por lo que sólo podrá recurrirse a criterios de equidad cuando, a causa de las circunstancias específicas del caso concreto, resulte necesario practicar correcciones sobre el importe de la indemnización ya cuantificado con arreglo a los elementos objetivos previstos en el artículo 17, apartado 2, letra a), de la Directiva 86/653.

III. Conclusión

50. De conformidad con las consideraciones que preceden, propongo al Tribunal de Justicia que responda del siguiente modo a las cuestiones planteadas por la Corte suprema di cassazione:

- «1) El artículo 19 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 un convenio colectivo como el Convenio Económico Colectivo del presente asunto, que establezca un régimen indemnizatorio del agente comercial tras la terminación del contrato, con contenidos y finalidades incompatibles con los que caracterizan el régimen indemnizatorio previsto en el artículo 17, apartado 2, de la Directiva 86/653, y que tenga por objeto sustituirlo en su integridad, debe considerarse un régimen que establece excepciones en perjuicio del agente comercial.

- 2) El artículo 17, apartado 2, de la Directiva 86/653 debe interpretarse en el sentido de que no sólo establece los requisitos para el reconocimiento del derecho de indemnización al agente comercial, sino también los propios elementos para el cálculo de esta indemnización, por lo que sólo podrá recurrirse a criterios de equidad cuando, a causa de las circunstancias específicas del caso concreto, resulte necesario practicar correcciones sobre el importe de la indemnización ya cuantificado con arreglo a los elementos objetivos previstos en el artículo 17, apartado 2, letra a), de la Directiva 86/653.»