



Roj: **SAP B 11843/2011 - ECLI: ES:APB:2011:11843**

Id Cendoj: **08019370112011100575**

Órgano: **Audiencia Provincial**

Sede: **Barcelona**

Sección: **11**

Fecha: **15/12/2011**

Nº de Recurso: **184/2011**

Nº de Resolución: **612/2011**

Procedimiento: **Civil**

Ponente: **ANTONIO GOMEZ CANAL**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

## **AUDIENCIA PROVINCIAL**

### **BARCELONA**

#### **SECCIÓN 11 (CIVIL)**

Don Francisco Herrando Millán (Presidente)

Doña María del Mar Alonso Martínez

Don Antonio Gómez Canal (Ponente).

#### **ROLLO DE APELACIÓN 184/11**

*JUZGADO DE PRIMERA INSTANCIA Nº 31 DE BARCELONA.*

*JUICIO ORDINARIO 270/10*

#### **SENTENCIA Nº 612**

En Barcelona, a quince de diciembre de dos mil once.

La Sección 11 de la Audiencia Provincial de Barcelona, formada por los Ilmos. Sres. Magistrados arriba reseñados, ha visto en grado de apelación los autos de **JUICIO ORDINARIO 270/10** sobre resolución negocial y reclamación de cantidad seguidos ante el Juzgado de Primera Instancia nº 31 de los de Barcelona por demanda de EXCLUSIVAS HERMANOS BARREDA, S.L., representada por la Procuradora sra. Borrás y asistida por la Letrada sra. Ibáñez, contra ILLYCAFFÈ SPA, representada por la Procuradora sra. Pradera y asistida por la Letrada sra. Muñoz, y que penden ante nosotros por virtud del recurso interpuesto por la parte actora contra la Sentencia dictada en dichas actuaciones en fecha 12 de noviembre de 2.010 y pronuncia la presente resolución en base a los siguientes,

#### **ANTECEDENTES DE HECHO**

##### **Primero.- RESOLUCIÓN RECURRIDA.**

En el juicio ordinario 270/10 seguido ante el Juzgado de Primera Instancia nº 31 de los de Barcelona recayó Sentencia el día 12 de noviembre de 2.010 cuya parte dispositiva, por lo que aquí interesa, es del siguiente tenor literal:

*"Que, con estimación, en parte, de la demanda de la procuradora Cristina Borràs Mollar, en representación de Exclusivas Hermanos Barreda, SL,*

*1) DECLARO que Illycaffè Spa, Sucursal en España, puso fin a la relación jurídica de distribución que mediaba entre ambas de forma unilateral, sin justa causa, y sin preaviso, y*

*2) CONDENO a Illycaffè Spa, Sucursal en España, a pagar a la demandante, en concepto de **indemnización por clientela**, 7.161'26 ? (siete mil, ciento sesenta y un euros, con veintiséis céntimos)*



3) Y desestimo el resto de pretensiones formuladas en su contra por la demandante,

4) Sin condenar en costas a ninguna de las partes."

### Segundo.- LAS PARTES EN EL RECURSO.

Contra la indicada resolución, la parte actora preparó primero e interpuso seguidamente recurso de apelación. Conferido legal traslado, la contraria se opuso al mismo y a continuación las litigantes fueron emplazadas ante la Superioridad compareciendo ambas en tiempo y forma.

### Tercero.- TRAMITACIÓN EN LA SALA.

Recibidos los autos en esta Sección, sin necesidad de celebración de vista, el día 30 de noviembre de 2.011 tuvo lugar la sesión de deliberación, votación y fallo.

### Cuarto.- CUMPLIMIENTO DE LOS TRÁMITES.

En la tramitación de la segunda instancia se han observado todas las prevenciones legales a excepción del plazo global de duración debido al cúmulo de asuntos que penden ante esta Sección.

Expresa la decisión del Tribunal el magistrado don Antonio Gómez Canal, que actúa como ponente.

## FUNDAMENTOS DE DERECHO

### Primero.- PLANTEAMIENTO GENERAL.

#### I.- La Sentencia objeto de recurso.

La Sentencia recurrida, la que culmina en primera instancia el juicio ordinario 270/10 seguido ante el Juzgado de 1ª instancia nº 31 de los de Barcelona:

A.- Parte de las siguientes premisas fácticas y jurídicas:

1º A partir del año 2.002, mediante pacto verbal y con vocación de duración indefinida, se inicia entre las partes una relación jurídica por cuya virtud EXCLUSIVAS HERMANOS BARREDA, S.L. distribuía los productos de ILLYCAFFÈ SPA en forma exclusiva en la provincia de Burgos (FJ 1º).

2º En el año 2.009, sin causa justificada y sin mediar preaviso, ILLYCAFFÈ SPA decide poner fin al contrato de distribución que le unía con EXCLUSIVAS HERMANOS BARREDA, S.L. (FJ 2º) lo que lleva a esta entidad a reclamar **indemnización** por:

a.- la **clientela** generada y de la que seguirá sacando provecho la contraparte y b.- los perjuicios derivados de la súbita resolución negocial (FJ 3º).

3º EXCLUSIVAS HERMANOS BARREDA, S.L. participó, en la zona geográfica asignada, a la creación de **clientela** de productos de ILLYCAFFÈ SPA, que ésta mantiene tras el cese del contrato de distribución, lo que le confiere derecho a ser compensada por aplicación analógica del art. 28 de la Ley 12/1992, de 27 de mayo, sobre Contrato de Agencia (FJ 4º) en cuantía calculada sobre la base del margen comercial de las últimas cinco anualidades al 50% (FJ 6º), tras descartar los sistemas de cálculo propuestos por cada una de las partes (FJ 5º).

4º EXCLUSIVAS HERMANOS BARREDA, S.L. no ha demostrado los perjuicios que la falta de preaviso del fin negocial le hubiera ocasionado (FJ 7º).

B.- Estima en parte la demanda formulada por el distribuidor contra el concedente adoptando las siguientes decisiones:

1º Declara que Illycaffè Spa, Sucursal en España, puso fin a la relación jurídica de distribución que mediaba entre las partes de forma unilateral, sin justa causa, y sin preaviso (punto 1º del fallo).

2º Impone a la productora la obligación de pagar a su antigua distribuidora, EXCLUSIVAS HERMANOS BARREDA, S.L., 7.161,26€ en concepto de **indemnización** por **clientela** prevista en el art. 28 de la Ley 12/1992, de 27 de mayo, sobre Contrato de Agencia aplicada por vía analógica conforme al art. 4.1 CCivil (punto 2º del fallo).

3º Rechaza el resto de pretensiones formuladas en contra de Illycaffè Spa, Sucursal en España (punto 3º del fallo): 3.1.- **indemnización** por falta de preaviso, por falta de prueba ( art. 217.1º y 2º LECivil ) y 3.2.- condena al pago de intereses de demora por la absoluta iliquidez de la suma debida.

4º Consecuencia de la estimación parcial de la demanda, y conforme al art. 394.2º LECivil , no impone las costas a ninguna de las partes (punto 4º del fallo).

## II.- Reacción de las partes.

La posición que adoptan las partes en litigio ante dicha resolución judicial es dispar:

A.- Illycaffè Spa, Sucursal en España se aquieta a la misma dando cumplimiento voluntario a la condena impuesta.

B.- Por el contrario, EXCLUSIVAS HERMANOS BARREDA, S.L. se alza frente a los pronunciamientos de la Sentencia de primer grado identificados en el subapartado anterior (I.B) con los números:

2º reclamando un incremento de la **indemnización** por **clientela** hasta la suma postulada en demanda; 3.1 para que le sea reconocida la **indemnización** que reclamaba en el escrito inicial por falta de preaviso; y por derivación, el 4º relativo a la no imposición de costas a la contraria derivado de la estimación parcial de las pretensiones contenidas en el escrito rector del proceso.

### Segundo.- RECURSO DE APELACIÓN INTERPUESTO POR EXCLUSIVAS HERMANOS BARREDA, S.L. CONTRA LA SENTENCIA DE 12/11/10 .

Para resolver de forma sistemática el recurso de apelación que formaliza la actora a los folios 2.374 y ss., distinguiremos cuatro grandes apartados:

I.- Presupuestos.

II.- Incremento de la **indemnización** por la **clientela** generada a favor de la contraria (alegaciones 2ª y 3ª).

III.- Reconocimiento de **indemnización** por la falta de preaviso en el ejercicio de la facultad resolutoria (alegación 4ª).

IV.- Recapitulación.

#### I.- Presupuestos para la resolución del recurso.

Esta Sala, para cumplir la función revisora que le atribuyen los arts. 456.1º y 465.5º LECivil , partirá de tres presupuestos básicos constatados en la instancia y aceptados por las partes:

1º La relación existente entre EXCLUSIVAS HERMANOS BARREDA, S.L. y ILLYCAFFÈ SPA desde al año 2.002 hasta el 2.009 (23/2) es jurídicamente calificable como un contrato de distribución con las siguientes notas características: a.- en exclusiva para el ámbito geográfico de la provincia de Burgos y b.- sin fijación de un tiempo determinado de duración.

La doctrina y jurisprudencia ( SsTS de 8/11/95 , 1/2 y 31/10 de 2.001 , 10/7 y 6/11 de 2.006 , 15/10/08 , 29/9 y 10/3 de 2.010), en su afán de distinguir el contrato de distribución del de agencia ponen el acento en el siguiente elemento caracterizador: *"así como el distribuidor compra y revende las mercancías del fabricante por cuenta y en nombre propios, con la ganancia que representa el llamado margen o beneficio comercial, el agente promueve y, en su caso, concluye la venta de los productos del empresario, por cuenta y en nombre del mismo, a cambio de una comisión"*.

2º El carácter indefinido del contrato de distribución que unía a las partes autorizaba a cualquiera de ellas a poner fin al mismo sin necesidad de concurrencia de justa causa.

Esta prerrogativa, basada en los principios generales del Derecho de prohibición de vinculaciones perpetuas ( art. 1.583.i.f.CCivil) y necesidad de persistencia de la confianza mutua durante toda la vigencia del negocio ( art. 1.733 CCivil), se tipifica en el art. 25.1º de la Ley 12/1992, de 27 de mayo, sobre Contrato de Agencia según el cual: *"Extinción del contrato de agencia por tiempo indefinido: el preaviso: 1. El contrato de agencia de duración indefinida, se extinguirá por la denuncia unilateral de cualquiera de las partes mediante preaviso por escrito."*

Por vía analógica, al tratarse de una relación jurídica continuada en el tiempo, esta facultad de resolución unilateral es aplicable igualmente al contrato de distribución tal como establece reiterada jurisprudencia sirviendo de muestra la reciente Sentencia del Tribunal Supremo de 15 de marzo de 2.011 (FJ 3º, párrafo 30) al decir *"Como establece la STS de 21 noviembre 2005 , resuelto unilateralmente un contrato de distribución en exclusiva de duración indefinida, en principio el concesionario no tiene derecho a ninguna **indemnización** por el ejercicio correcto por el concedente de su facultad de resolución. Sin embargo, sí la tiene cuando la usa con mala fe o con abuso de derecho. Es, desde luego, innecesario el preaviso para resolver los contratos de duración indefinida, pero debe señalarse, como observa la STS de 16 diciembre 2005 , que, si bien ello es así, sin embargo sucede que un ejercicio de la facultad resolutoria de una forma sorpresiva o inopinada, sin un margen de reacción en forma de un prudente preaviso, puede ser valorado como un ejercicio abusivo de derecho, o constitutiva de conducta desleal incurrida en la mala fe en el ejercicio de los derechos, que si bien no obsta a la extinción del vínculo, sí debe dar lugar a una **indemnización** cuando ocasione daños y perjuicios "*. Esto significa que la



decisión adoptada por ILLYCAFFÈ SPA en el año 2.009 de resolver el vínculo que le unía con la recurrente no merece, por sí sola, ningún reproche jurídico. Otra cosa será que por las circunstancias en que se produjo la denuncia del contrato -sin mediar aviso previo-, pudiera ocasionar el derecho de la contraria a ser indemnizada por los perjuicios irrogados.

3º El derecho de EXCLUSIVAS HERMANOS BARREDA, S.L. a obtener una compensación económica por la **clientela** de los productos ILLY generada en la provincia de Burgos, y de la que podrá seguir disfrutando la contraparte, ya no plantea discusión a estas alturas del proceso.

La jurisprudencia contenida en la Sentencia del Pleno de la Sala 1ª del Tribunal Supremo de 15/1/08 parte de la posibilidad de que al extinguirse un contrato de distribución -por causa ajena al distribuidor (Ss de 15/02 y 16/05 de 2.001)- se genere el derecho de éste a una compensación económica a cargo del fabricante por la **clientela** ganada gracias al esfuerzo empresarial del primero, y de la que pueda aprovecharse el segundo tras la extinción del contrato. Son ejemplo de esta doctrina las Sentencias de 21-11-05 , 5-5-06 , 22-3-07 , 22-6-07 , 20-7-07 y 31-7-07 basada en tres argumentos fundamentales: a.- el injustificado enriquecimiento o ventaja adquirida por el concedente merced a la extinción del contrato, enriquecimiento correlativo no tanto al empobrecimiento del distribuidor como a la creación de un activo empresarial, gracias a su esfuerzo, que a partir de entonces va a aprovechar únicamente a aquél; b.- el art. 1.258 CCivil que integra el contrato expresamente pactado con todas las consecuencias que según la naturaleza del contrato fueran conformes a la buena fe, sería otro argumento por el cual el distribuidor, que ve finalizada la relación jurídica sin causa que le sea imputable, tendría derecho a verse compensado por la **clientela** generada; c.- la aplicación analógica del art. 28 de la Ley 12/1992, de 27 de mayo , de Régimen Jurídico del Contrato de Agencia, por la gran similitud o identidad de razón entre el contrato de agencia y el de distribución en cuanto a la aportación de nuevos clientes o el incremento de operaciones por el agente o el concesionario, lo que conforme al art. 4.1 CCivil permite integrar los contratos de distribución que, como es frecuente en la práctica incluso en casos de indiscutible importancia económica y perdurabilidad de la relación, se hubieran pactado verbalmente o, habiéndose documentado, no contuvieran previsión alguna sobre la liquidación de las relaciones entre las partes al extinguirse el contrato, dada la falta de regulación legal del contrato de distribución.

## **II.- Incremento de la indemnización por clientela.**

En las alegaciones 2ª y 3ª de su recurso, EXCLUSIVAS HERMANOS BARREDA, S.L. considera que el magistrado de instancia erró al fijar en tan solo 7.161,26? la **indemnización** que le corresponde percibir por la **clientela** generada a favor de la contraparte y de la que ya no podrá seguir obteniendo beneficio. Dos son los motivos en los que basa este alegato: 1º al tomar en consideración únicamente el margen comercial para su cálculo (promedio de los últimos cinco años) desechando los descuentos, comercial y por pronto pago, el valor de la mercancía libre de cargo y las comisiones indirectas percibidas del concedente y 2º por aplicar una reducción del 50% sobre el máximo legalmente previsto para el contrato de agencia.

El motivo así planteado ha de ser parcialmente estimado partiendo para ello de dos premisas fundamentales:

1º Tal como adelantamos, ya no hay discusión, tras aquietarse la interpelada al fundamento jurídico 4º de la Sentencia recurrida, que EXCLUSIVAS HERMANOS BARREDA, S.L. es tributaria de una **indemnización** por **clientela** reduciéndose el litigio en la alzada a su cuantificación. En otras palabras, escapa del ámbito de conocimiento de este tribunal el examen de la concurrencia en el presente supuesto de los presupuestos establecidos en el art. 28.1º Ley 12/92 y 2º Que ILLYCAFFÈ SPA acepta las cantidades y los conceptos de los que parte la adversa -con profuso soporte documental- para realizar sus cálculos; cuestión distinta es que discrepe del criterio que la recurrente pretende aplicar sobre esas cifras.

Sentado lo anterior veamos cada uno de los submotivos de apelación referidos a la **indemnización** por **clientela** fijada en la instancia:

1º Bases para el cálculo de la **indemnización** por **clientela**.

Ante todo debemos recordar que la distinta naturaleza jurídica del contrato de distribución y de agencia a la que hicimos referencia en el punto I de este fundamento jurídico impide, según reiterada jurisprudencia ( SsTS de 27/11/06 , 26/3/08 y 22/2/10 ), aplicar de forma mimética los arts. 11 y 28.3º Ley 12/92 a la primera de las figuras negociales: dejando a salvo lo que luego se dirá, el distribuidor no percibe una remuneración directa del concedente.

Dicho esto, la Sala considera que la **indemnización** por **clientela** que corresponde percibir a la recurrente se debe obtener de la adición de dos conceptos:

a.- el promedio anual del margen comercial obtenido por la distribuidora durante los últimos cinco años (14.322,52?) tal como resuelve la Sentencia recurrida. Se trata de la diferencia entre el precio de adquisición



de los productos por parte del distribuidor - teniendo en cuenta los descuentos (comercial del 25% y por pronto pago 4%) y donaciones de las que disfruta- y el precio al que revende sus productos a terceros. Este es el criterio sostenido por la jurisprudencia del Tribunal Supremo, Sentencia de 22 de febrero de 2.010 (FJ 5º) con cita de la de 22 de junio de 2.007 en la que se lee: " este tipo de **indemnización** en los contratos que ahora nos ocupan "constituye una verdadera laguna en la regulación de la extinción de las relaciones de concesión mercantil", que debe resolverse integrando la voluntad de las partes, pero que en el caso de que no exista, "el operador jurídico carece de una respuesta explícita que ha de buscar en último término por medio de la analogía". Dicha sentencia viene a entender que la remuneración en el contrato de distribución vendría constituida por la diferencia del precio de compra y el precio de reventa, que retribuye la concreta operación, dejando aparte el problema del valor de la cartera de clientes que no es objeto de este recurso. Por ello no tiene razón la recurrente cuando pretende que el cálculo debe efectuarse sobre los descuentos que ha realizado la concedente en la venta de cada una de las remesas, sobre lo que se denomina en el peritaje aceptado por ambas partes, como "precio de tarifa" y constituye un sofisma el argumento usado en este motivo relativo a que si se calcula como se está propugnando, se está introduciendo la cuestión de las relaciones del concesionario con los terceros clientes, porque aquí de lo que se trata es de la remuneración por la creación de **clientela**, que es precisamente ajena al contrato inicial entre concedente y concesionario o distribuidor."

En definitiva, la Sala no puede acoger la tesis de la recurrente según la cual, al criterio establecido por el Tribunal Supremo para el cálculo de la **indemnización** por **clientela**, debieran añadirse unos conceptos -descuentos y valor de las mercancías sin cargo- que ya fueron tomados en consideración para hallar el coste neto de las mercancías.

b.- las comisiones que la concedente abonaba a la distribuidora, por respeto a la exclusividad provincial (testifical sr. Abrate 29m.:50s. de la videograbación), por las ventas directas que aquélla realizaba a Pastelería Bornaechea S.L. (interrogatorio ILLYCAFFÈ, a partir

8m.:32s.). Estas cantidades, aunque no deriven de una actividad directa de EXCLUSIVAS HERMANOS BARREDA, S.L., conformaban la remuneración que obtenía la recurrente por el cumplimiento del contrato y por ello deberán ser computadas.

Por todo lo que antecede, el primer submotivo será parcialmente estimado de tal forma que la **indemnización** por **clientela**, reconocida conceptualmente en la instancia, deberá calcularse sobre el promedio anual de los últimos cinco ejercicios de: - el margen comercial obtenido por EXCLUSIVAS HERMANOS BARREDA, S.L. (71.612,61? : 5 = 14.322,52?) más - las comisiones satisfechas a la anterior por la concedente por ventas directas (1.049,04?), lo que arroja un total de 15.371,56?.

2º Reducción del 50% aplicada por la Sentencia recurrida.

Revisadas las actuaciones, la Sala comparte el criterio del magistrado de instancia según el cual la **indemnización** por **clientela** que corresponde percibir a la recurrente, sobre el máximo legalmente previsto, debe reducirse al 50%.

En nuestra Sentencia de 17 de junio de 2.009 ya destacábamos que "la regla que dóna l'art. 28.3 és de màxims i és sempre susceptible de moderació (arg. sent. AP Barcelona -14a- 30-10-2008 -), essent pacífic que no s'ha de donar sempre, quan pertoca indemnitzar, el màxim legal previst, sinó allò que resulti equitatiu ateses totes les circumstàncies, si resulta, en suma "equitativament procedent" conforme s'expressa l'art. 28.1 Llei". En dicha resolución, con profusa cita jurisprudencial, hacíamos mención a los elementos a ponderar a los efectos de concretar el importe de la **indemnización** por **clientela** destacando los siguientes: - existencia de pacto de limitación o de prohibición de concurrencia postcontractual; - volumen de beneficios perdido tras la resolución; - importancia del distribuidor en la captación de la **clientela** que perdura; - publicidad y difusión del producto realizadas por la concedente; - duración de la relación.

La Sentencia de primer grado, para concretar la **indemnización** por **clientela**, pone el acento en el escaso volumen que los productos ILLY suponían en relación al total comercializado por la recurrente. De ahí deduce que la pérdida de su distribución no debió ser significativa para su economía. Este elemento está expresamente previsto por el legislador para el establecimiento de la **indemnización** por **clientela** en el art. 28.1º Ley 12/92 ("por las comisiones que pierda") y resulta aplicable al caso por analogía. Además no resulta arbitrario pues está apoyado por:

a.- los documentos números 24 de la demanda, 1 de la contestación a la demanda y testifical del sr. Sebastián (1h.:05m.:44s. de la videograbación) en cuanto al número de referencias (marcas de productos) con las que trabaja la actora, más de un millar y b.- por el documento 2 de la contestación puesto en relación con el cuadro al folio 9 vuelto de las actuaciones por lo que hace referencia al porcentaje que suponía la comercialización de los productos ILLY sobre la total facturación de EXCLUSIVAS HERMANOS BARREDA, S.L.





Frente a esto no cabe aducir que el margen dejado por el café es mucho mayor que el de otros productos pues no hay prueba del porcentaje que corresponde a cada uno de ellos -hubiera sido precisa una prueba pericial- y de las cuentas depositadas en el Registro Mercantil por la antigua distribuidora de los productos ILLY, aportadas en la fase intermedia del proceso, no cabe deducir, con el enlace preciso y directo requerido por el art. 386.1º LECivil, que

la disminución del volumen de negocio que reflejan sea únicamente achacable, y en qué proporción, a la pérdida de dicha referencia.

Si a lo anterior le añadimos: - que la relación jurídica no llegó a una década de duración, - que es notorio que ILLY realiza campañas para publicitar sus productos, con lo que contribuyó también al incremento de ventas y formación de **clientela**, y - que la recurrente no tiene ninguna cortapisa para comercializar productos de terceros que pudieran entrar en competencia directa con los de la recurrida, concluimos que la moderación aplicada por la Sentencia recurrida resulta ajustada a Derecho.

### **III.- Indemnización por falta de preaviso.**

EXCLUSIVAS HERMANOS BARREDA, S.L. se alza frente a los razonamientos contenidos en el fundamento jurídico 7º de la Sentencia de primer grado por considerar que, aunque es cierto que no sería merecedora de la **indemnización** a que se refiere el art. 29 de la Ley de Contrato de Agencia -no hay prueba de los gastos en que hubiere incurrido y que no pudiera amortizar tras la repentina e injustificada finalización del contrato (daño emergente) tal como concluye el magistrado de instancia-, sí merecería ser indemnizada por el lucro cesante, por la ganancia dejada de percibir durante el plazo de seis meses de preaviso -conforme al art. 25.2 Ley de contrato de agencia aplicado por analogía- que le correspondería y que no fue respetado por la contraparte ( arts. 1.100 y ss. del Código Civil común a todo el país).

El motivo así planteado ha de ser parcialmente estimado por las razones que seguidamente se exponen.

Con carácter general diremos que:

1º Tiene razón la recurrente cuando afirma que no hay duplicidad conceptual, y por ello resulta perfectamente compatible la simultánea **indemnización** por **clientela** y por daños y perjuicios derivados de la infracción del deber de preaviso. Así lo declara reiterada jurisprudencia sirviendo como ejemplo las Sentencias del Tribunal Supremo de 15 de marzo de 2.011 , 20 de mayo de 2.009 y 22 de marzo de 2.007 en la que se lee: "**La indemnización por clientela** es distinta de la que cabe conceder por razón de abuso o mala fe por parte de la concedente en la finalización de la relación establecida ( Sentencias de 17 de mayo de 1999 , 13 y 31 de octubre de 2001 , 28 de enero y 3 de octubre de 2002 , 26 de abril de 2004 , 31 de mayo de 2005 , 29 de septiembre de 2006 , etc.).

2º Aunque la jurisprudencia más reciente, por ejemplo STS de 22 de junio de 2.010 , "*rechaza la aplicación mimética o automática del régimen jurídico del contrato de agencia al contrato de distribución incluso para la compensación o **indemnización** por **clientela** (por todas STS 15-1-2008, del Pleno, en rec. 4344/000 ), menos aún cabe la aplicación analógica que pretende la recurrente en materia de **indemnización** de daños y perjuicios por lucro cesante ( STS 30-4-10 en rec. 677/06 )*", no es menos cierto que el Tribunal Supremo tampoco la descarta de manera tajante y

así se ha reconocido el derecho del distribuidor a ser indemnizado por la resolución injustificada del contrato celebrado por tiempo indefinido por ejemplo en Sentencia de 22 de marzo de 2.007 , con cita de numerosos antecedentes: "*El ejercicio de esta facultad de provocar la extinción, que asiste a ambas partes, no requiere la invocación ni menos la prueba de una justa causa, pero ha de ajustarse, por imperativo de lo dispuesto en preceptos como los artículos 7.1 y 1258 del Código civil, a la buena fe en sentido objetivo que consiste en el deber de observar un comportamiento honesto y leal, ajustado a los cánones éticos imperantes, que integra las relaciones contractuales y se requiere en el ejercicio de los derechos. Sólo una resolución o un desistimiento que implique un ejercicio abusivo o constituya una conducta desleal puede ser tenido en cuenta para, en tales casos, fundar una **indemnización** por los daños que este comportamiento pueda haber generado ( Sentencias de 17 de mayo de 1999 , 13 de junio y 31 de octubre de 2001 , 28 de enero y 3 de octubre de 2002 , 26 de junio de 2004 , 3 de mayo y 22 de diciembre de 2006 , entre otras).*"

3º El problema se traslada a conocer cuándo la resolución instada por el concedente merece el calificativo de abusiva a los efectos de generar la correspondiente **indemnización** a favor del distribuidor. La jurisprudencia establece el deber del proveedor de indemnizar al distribuidor en el caso en que no respete el plazo de preaviso; según Sentencia del Tribunal Supremo de 22/3/1.988 si no se pacta la fecha en que el contrato debe dejar de producir sus efectos "*podrá darse por concluido en la fecha en que convenga al interés de las partes*" sin perjuicio de las consecuencias indemnizatorias a que hubiere lugar ( STS de 16/12/2003 ). Las Sentencias del Tribunal Supremo de 22 de junio y 15 de marzo del corriente año 2.011 ahondan en esta idea leyendo en la



última de estas resoluciones que "Como sostiene la sentencia 892/2006 de 29 septiembre , citada por la STS de 15 de marzo de 2.011 , tal **indemnización** está subordinada a que "se acredite que la falta de preaviso o el escaso margen temporal del mismo causó un daño específico o una agravación que no se habría producido con un plazo prudentemente superior ( sentencias de 18 de julio de 2000 , 13 de junio de 2001 , 22 de abril de 2002 , 16 de diciembre de 2003 , 9 de febrero de 2004 , 6 de junio de 2006 )." En igual sentido se pronuncia la ya citada STS 22/3/07 .

4º Por lo que hace referencia a los conceptos indemnizables al finalizar el contrato de distribución estipulado por tiempo indefinido, siguiendo la Sentencia del Tribunal Supremo de 20 de mayo de 2.009 , además de la **indemnización** por **clientela** a la que nos hemos referido en el punto anterior y los denominados "gastos no amortizados" a los que se refiere el art. 29 Ley 12/92 ( SsTS de 13/2/09 y 11/12/07 ) y que no son objeto de reclamación en el presente litigio, el distribuidor que ve resuelto el contrato puede además instar la **indemnización** por lucro cesante al amparo del régimen general de los artículos 1.101 y 1.106 CCivil "siempre que se trate de ganancias, si no totalmente seguras, al menos sí verosímiles de obtener de no haber mediado la extinción contractual y la consiguiente pérdida de confianza en el mercado " ( SsTS de 22/3/88 , 16/2/90 , 19/11/03 , 30/4/04 , 23/6 , 7/10 y 19/12 de 2.005).

Si aplicamos al caso sometido a nuestra consideración los anteriores pronunciamientos generales podemos afirmar:

1º La resolución unilateral instada por la concedente el 23 de febrero de 2.009, por no ser contraria a Derecho atendido el carácter indefinido de la relación, no puede generar, por sí sola, el deber de indemnizar a la otra parte contractual; el ejercicio de una prerrogativa legal por parte de Illycaffè S.P.A. no puede entrañar una sanción para ella.

2º Ahora bien, a juicio de la Sala el ejercicio de esa facultad resolutoria por la concedente no se ajustó a las pautas de conducta que imponía la buena fe negocial a que se refieren los arts. 7.1 y 1.258 CCivil, 57 CCom . y 111.7 CCCat.: tal como declara la Sentencia de primer grado en el punto 1º del fallo -consentido por ambas partes- la concedente puso fin de manera súbita e inopinada a una relación que se había prolongado durante más de siete años. Ninguna comunicación libró Illycaffè S.P.A. a la distribuidora para que conociera con antelación suficiente la decisión adoptada. La necesidad del preaviso a que se refiere el art. 25.1.i.f. de la Ley del Contrato de Agencia , aunque no resulta imperativa para el contrato de distribución, no fue excluida por las partes en litigio y es aplicable por vía analógica por concurrir la identidad de razón prevista en el art. 4.1º CCivil: relación jurídica estable concertada por tiempo indefinido que va a llegar a su fin por la unilateral decisión de una de las partes ( SAP Barcelona, sec. 15ª, S 2-12-2010 , FJ 8º).

Concluimos por tanto que si el contrato se desarrolló durante un período de tiempo dilatado sin contratiempos - art. 26 Ley 12/92 a sensu contrario-, la buena fe exigía que el ejercicio de la facultad resolutoria por parte de Illycaffè S.P.A. viniera precedida de un aviso a la contraparte con una antelación de seis meses atendida la duración de la relación (superior a los seis años) y por aplicación analógica del art. 25.2.inciso primero Ley 12/92 .

3º Ante esta tesitura, resolución del contrato de distribución concertado por tiempo indefinido sin respetar el plazo de preaviso que imponía el principio general de la buena fe, EXCLUSIVAS HERMANOS BARREDA, S.L. tiene derecho a ser indemnizada por el lucro cesante, por la ganancia dejada de percibir desde que se derogó de hecho el contrato, 23/2/09, hasta el día en que habría terminado el mismo de haber mediado el preaviso de seis meses ( SAP de Salamanca, Sec. 1ª, de 17/12/2010 ). Se trata de unas expectativas de negocio razonables si tenemos en cuenta que en el semestre anterior la distribuidora, comercializando los productos ILLY, obtuvo ciertos beneficios.

4º Para compensar esta ganancia perdida, esa frustración de beneficios que legítimamente podía esperar la recurrente durante los seis meses que deberían de haber transcurrido entre la comunicación de la resolución contractual por parte de ILLYCAFFÈ S.P.A. y su efectividad (art. 1.106 CCivil), y en consonancia con el criterio de cálculo mantenido en el punto anterior, se establecerá una **indemnización** de 7.266,16? por falta de respeto del período de preaviso (1/2 del promedio anual del margen comercial + comisiones de los últimos cinco años).

#### **IV.- Recapitulación.**

Si retomamos lo visto en los anteriores apartados I y II procederá acoger en parte el recurso interpuesto por EXCLUSIVAS HERMANOS BARREDA, S.L. y dictar Sentencia por la que:

1º Se revocará el pronunciamiento número 2 de la parte dispositiva de la Sentencia de primer grado añadiendo 524,52? a la suma fijada (7.161,26 euros) en concepto de **indemnización** debida a la apelante por razón de **clientela** al dar por resuelto la contraria, sin causa justificada, el contrato de distribución que las unía.



2º Se revocará el tercero de los pronunciamientos de la parte dispositiva de la Sentencia recurrida y con estimación parcial del apartado 2.b) de la súplica de la demanda se condenará a ILLYCAFFÈ S.P.A. al pago de 7.266,16? a favor de la actora en concepto de **indemnización** de daños y perjuicios, en su modalidad de lucro cesante, por la falta de preaviso.

3º El interés legal incrementado en dos puntos devengado por las anteriores cantidades desde hoy y hasta el pago completo por aplicación del art. 576.1 º y 2º LECivil .

4º Consecuencia de los anteriores pronunciamientos 1º y 2º, se confirmará la no imposición de costas a ninguna de las partes por el seguimiento del proceso durante la primera instancia jurisdiccional por aplicación del art. 394.2º LECivil sin que: - se aprecie temeridad o mala fe por parte de la empresa italiana y - resulte de aplicación la conocida doctrina sobre la estimación sustancial de las pretensiones de la accionante atendida la rebaja, cuantitativa y cualitativa, operada.

#### **Tercero.- COSTAS DE APELACIÓN.**

La estimación, aunque sea parcial, de las pretensiones de EXCLUSIVAS HERMANOS BARREDA, S.L. comporta que las costas causadas por el seguimiento del recurso por ella interpuesto no se impongan a ninguna de las partes por aplicación del art. 398.2º LECivil .

#### **Cuarto. DEPÓSITO PARA RECURRIR.**

Estimado en forma parcial el recurso de apelación, conforme al punto 8º de la Disposición Adicional Decimoquinta de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial , introducida por Ley Orgánica 1/2009, de 3 de noviembre, complementaria de la Ley de reforma de la legislación procesal para la implantación de la nueva Oficina judicial, se dispondrá la devolución de la totalidad del depósito constituido por EXCLUSIVAS HERMANOS BARREDA, S.L.

### **FALLAMOS**

Que estimamos en parte el recurso de apelación interpuesto por EXCLUSIVAS HERMANOS BARREDA, S.L. contra la sentencia dictada en fecha 12 de noviembre de 2.010 en los autos de juicio ordinario 270/10 seguidos ante el Juzgado de Primera Instancia número 31 de los de Barcelona y en consecuencia:

1º **REVOCAMOS** los puntos segundo y tercero de su parte dispositiva por lo que **CONDENAMOS** a ILLYCAFFÈ S.P.A. a que pague a la actora:

1.1.- QUINIENTOS VEINTICUATRO EUROS CON CINCUENTA Y DOS CÉNTIMOS DE EURO (524,52?), a añadir a los 7.161,26 ? ya reconocidos en la primera instancia en concepto de **indemnización** por **clientela**.

1.2.- SIETE MIL DOSCIENTOS SESENTA Y SEIS EUROS CON DIECISÉIS CÉNTIMOS DE EURO (7.266,16?) en concepto de **indemnización** por falta de preaviso.

1.3.- El interés legal incrementado en dos puntos devengado por las anteriores cantidades desde hoy y hasta el pago completo.

2º **CONFIRMAMOS** el punto cuarto del fallo de la sentencia recurrida (costas de primera instancia).

3º Las costas causadas por la tramitación del recurso de apelación no se imponen a ninguna de las partes.

4º El depósito en su día constituido para recurrir será restituido íntegramente a EXCLUSIVAS HERMANOS BARREDA, S.L.

Inclúyase en el libro de Sentencias dejando testimonio en el rollo de apelación procediendo a la devolución de las actuaciones originales al juzgado junto con certificación de la presente para que cumpla lo ordenado.

Notifíquese a las partes esta sentencia en legal forma comunicándoles que contra ella no cabe interponer recurso ordinario alguno.

Así por esta nuestra sentencia, juzgando de manera definitiva en segunda instancia, lo pronunciamos y firmamos.

**PUBLICACIÓN.-** En este día, y una vez firmada por todos los Magistrados que la han dictado, se da a la anterior sentencia la publicidad ordenada por la Constitución y las leyes.