



Roj: **SAP M 4774/2019** - ECLI: **ES:APM:2019:4774**

Id Cendoj: **28079370282019100352**

Órgano: **Audiencia Provincial**

Sede: **Madrid**

Sección: **28**

Fecha: **29/03/2019**

Nº de Recurso: **67/2018**

Nº de Resolución: **172/2019**

Procedimiento: **Recurso de apelación**

Ponente: **PEDRO MARIA GOMEZ SANCHEZ**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Audiencia Provincial Civil de Madrid

Sección Vigésimoctava

c/ Santiago de Compostela, 100 - 28035

Tfno.: 914931988

37007740

N.I.G.: 28.079.00.2-2015/0109301

Recurso de Apelación 67/2018

O. Judicial Origen: Juzgado de lo Mercantil nº 02 de Madrid

Autos de Procedimiento Ordinario 423/2015

APELANTE: PUBLINTERMEDIA S.L.

PROCURADORA DÑA. FLORENTINA DEL CAMPO JIMÉNEZ

LETRADO D. DAVID GARCÍA RAYA

APELADO: ORANGE ESPAGNE S.A.U

PROCURADOR D. JACOBO GARCÍA GARCÍA

LETRADA DÑA. PATRICIA TERESA CASTILLO CEBRIÁN

S E N T E N C I A N° 172/2019

ILMOS. SRS. MAGISTRADOS

D. ÁNGEL GALGO PECO

D. PEDRO MARÍA GÓMEZ SÁNCHEZ (ponente)

D. JOSE MANUEL DE VICENTE BOBADILLA

En Madrid, a 29 de marzo de 2019.

La Sección Vigésimo Octava de la Audiencia Provincial de Madrid, especializada en materia mercantil, integrada por los Ilustrísimos Señores Don ÁNGEL GALGO PECO, Don PEDRO MARÍA GÓMEZ SÁNCHEZ y Don JOSE MANUEL DE VICENTE BOBADILLA, ha visto el recurso de apelación bajo el número de Rollo 67/ 2018, interpuesto contra la Sentencia de fecha 29 de junio de 2017 dictada en el proceso número 423/2015 seguido ante el Juzgado de lo Mercantil número 2 de Madrid .

Han sido partes en el recurso, como apelante, la demandante, siendo apelada la parte demandada, ambas representadas y defendidas por los profesionales más arriba especificados.

Es magistrado ponente Don PEDRO MARÍA GÓMEZ SÁNCHEZ.



ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO .- Las actuaciones procesales se iniciaron mediante demanda presentada con fecha 25 de mayo de 2015 por la representación de la mercantil PUBLINTERMEDIA S.L. contra FRANCE TELECOM ESPAÑA S.A.U., hoy ORANGE ESPAGNE S.A.U., en la que, tras exponer los hechos que estimaba de interés y alegar los fundamentos jurídicos que consideraba apoyaban su pretensión, suplicaba que "... dicte sentencia por la que:

. Condene a la demandada FRANCE TELECOM, S.A.U. al pago de 419.150 € (más su correspondiente IVA) sin perjuicio del importe que resulte finalmente acreditado conforme a lo expuesto en la demanda.

. Condene a la demandada al pago de las costas procesales y los intereses."

SEGUNDO .- Tras seguirse el juicio por los trámites correspondientes, el Juzgado de lo Mercantil número 2 de Madrid dictó sentencia con fecha 29 de junio de 2017 cuyo fallo es del siguiente tenor: "Que desestimando la demanda interpuesta contra PUBLI INTERMEDIA SL contra la mercantil FRANCE TELECOM ahora ORANGE debo absolver a la misma de las pretensiones deducidas en la demanda sin condena en costas."

Notificada dicha resolución a las partes litigantes, por la representación de la demandante se interpuso recurso de apelación que, admitido por el Juzgado y tramitado en legal forma, ha dado lugar a la formación del presente rollo que se ha seguido con arreglo a los trámites de los de su clase. Señalándose para deliberación, votación y fallo el día 28 de marzo de 2019.

TERCERO .- En la tramitación del presente recurso se han observado las prescripciones legales.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO .- La mercantil PUBLINTERMEDIA S.L. (en adelante, PUBLINTERMEDIA) interpuso demanda contra FRANCE TELECOM ESPAÑA S.A.U., hoy ORANGE ESPAGNE S.A.U. (en adelante, ORANGE), en reclamación de 419.150 € y el IVA correspondiente así como su interés legal desde la interposición de la demanda.

La reclamación se funda en lo siguiente: proyectando la actora PUBLINTERMEDIA la exhibición en un teatro madrileño de la obra musical "HAIR LOVE & ROCK MUSICAL" durante el periodo de casi cuatro meses comprendido entre el 6 de octubre de 2011 y el 29 de enero de 2012, alcanzó un acuerdo con ORANGE por virtud del cual esta patrocinaría dicho espectáculo fomentando la celebración entre la demandante y sus distribuidores autorizados de la comunidad de Madrid de contratos mediante los cuales se contraía por parte de estos últimos el compromiso de adquirir una entrada por precio de 25 € (el precio en taquilla era de 40 €) por cada producto "orange" de determinada clase que vendieran, entrada que sería utilizada por dichos distribuidores como reclamo para ser obsequiada a los clientes que adquirirían de tales productos, comprometiéndose por su parte PUBLINTERMEDIA a dispensar a dichos clientes ciertas atenciones o ventajas.

Así las cosas, lo que la actora plantea es que solo le fueron compradas 8.234 entradas siendo así que, de acuerdo con las estimaciones de ventas probables que efectúa la demandante, las ventas de tales productos habrían ascendido en dicho periodo a 25.000. Por lo tanto, la diferencia de 16.766 entradas que no le fueron adquiridas, a razón de 25 €/entrada, representa la suma de 419.150 €, cantidad que se reclama en la demanda.

La sentencia de primera instancia desestimó la demanda y, disconforme con dicho pronunciamiento, contra el mismo se alza PUBLINTERMEDIA a través del presente recurso de apelación.

SEGUNDO .- La sentencia apelada apreció la excepción de falta de legitimación pasiva por entender que la única relación contractual existente y en base a la cual puede ser censurado el incumplimiento de la obligación de comprar a la demandante entradas del referido espectáculo es la integrada por los múltiples contratos que PUBLINTERMEDIA acompaña a la demanda y que celebró con otros tantos distribuidores autorizados de ORANGE pero no con la propia ORANGE, siendo aquellos empresarios independientes.

Compartiríamos dicho punto de vista si lo que se le estuviera reprochando a ORANGE fuera el no haber adquirido ella misma las entradas, pues es patente que la obligación de adquirirlas fue una obligación exclusivamente contraída por los distribuidores. Pero no es ese el fundamento de la acción ejercitada.

En efecto, obra en autos abundante prueba documental consistente básicamente en la relación epistolar mantenida por vía telemática entre PUBLINTERMEDIA y ORANGE (especialmente, Documento 4 de la demanda, folio 280) que pone de relieve que ORANGE se comprometió a llevar adelante la promoción mediante una conducta activa de coordinación y fomentando entre sus distribuidores de la celebración de los contratos correspondientes. Como es natural, ese compromiso de carácter positivo se complementa sin dificultad, de acuerdo con el Art. 1258 del Código Civil, con la obligación negativa de abstenerse de llevar a cabo conductas



capaces de obstaculizar el buen fin de la misma promoción que dicha demandada se obligaba a organizar y fomentar.

Así las cosas, en la demanda no se recrimina a ORANGE haber faltado al compromiso positivo (buena prueba de ello es que la propia demandante acompaña a su demanda abundante documental denotativa de que ORANGE fomentó la contratación entre sus distribuidores) sino haber violado el compromiso negativo de no entorpecer la buena marcha de la promoción: es claro que el incumplimiento atribuido a la demandada se describe en la página 3 de la demanda en el sentido de que en algún momento del periodo de cuatro meses comprometido por parte de ORANGE "...se ha dado la instrucción -obviamente a sus distribuidores- de no mantener la promoción".

No se trata, por lo tanto, de que ORANGE no haya comprado entradas o que no haya fomentado la promoción: se trata -siempre según la demandante- de que en un determinado momento la ha obstaculizado contrariando así la obligación negativa que implícitamente contrajo con PUBLINTERMEDIA.

Y este reproche, sea fundado o infundado, sí se inscribe dentro de la órbita de las obligaciones que ORANGE -y no sus distribuidores- asumió por sí misma. No puede, pues, negarse que ORANGE ostenta capacidad para soportar pasivamente la acción contra ella entablada.

TERCERO .- Aclarado cuando antecede, veamos ahora, entrando ya en el fondo del asunto, si se encuentra o no justificada la reclamación dineraria que se formula en la demanda.

A la hora de cuantificar el número de ventas llevadas a cabo en el periodo contemplado (y, por tanto, el número de entradas que debieran haberse adquirido), no podemos tomar en consideración la cifra de 25.000 que PUBLINTERMEDIA nos propone, porque esa cifra se basa en una proyección sobre el presente de resultados pretéritos o sobre estimaciones genéricas del organismo regulador que desbordan el ámbito circunscrito de la promoción objeto de litigio. Se trata, por lo tanto, de una simple conjetura más o menos soportada, pero conjetura al fin. La única cifra que podemos tener por cierta es la que resulta del voluminoso documento que ORANGE aportó a los autos a petición de la demandante (folios 24 a 297 del Tomo III) y que, de acuerdo con el cálculo aritmético que, sin controversia por la contraparte, efectuó la actora en el acto de la vista, arroja como resultado un número de 10.385 ventas. La actora no ha suministrado prueba alguna de que la cifra real sea superior a esa. Nos encontraríamos, por lo tanto, con que, si durante el periodo de tiempo contemplado solamente se adquirieron 8.234 entradas, existirían 2.151 entradas que nunca se adquirieron debiendo haberlo sido y que, a razón de 25 € por entrada, generarían a la actora un descubierto de 53.775 €.

Ahora bien, deben efectuarse en torno al fundamento de la reclamación dos tipos de consideraciones:

1.- Por un lado, pese a que en los contratos firmados con los distribuidores (y, lógicamente, en sus conversaciones con ORANGE) PUBLINTERMEDIA comprometió un determinado periodo de permanencia de la obra musical en cartelera (del 6 de octubre de 2011 al 29 de enero de 2012; estipulación II de los contratos, véase, vgr., folio 22 del Tomo I), consta, sin embargo, que unilateralmente, sin consensuarlo con la aquí demandada ni con sus distribuidores, decidió poner fin a la exhibición dos semanas antes de lo previsto, en concreto dando su última función el 15 de enero de 2012. De ello se hacían ya eco los medios el día 3 de enero (folio 68).

Así las cosas, y teniendo en cuenta que el sistema de promoción que ORANGE había lanzado a la publicidad en sus redes telemáticas era el consistente en la entrega a los clientes de un código canjeable por la entrada que permitía a estos seleccionar la fecha de su asistencia al espectáculo durante un mes (testimonio de Don Secundino), la referida entidad decidió con toda lógica, en vista de la abrupta finalización de las exhibiciones decidida por la actora, dejar de adquirir entradas para sus clientes desde finales de diciembre de 2011, y ello con el comprensible fin de evitar que esos clientes pudieran sentirse defraudados al no poder disfrutar del periodo de canje de un mes que, no obstante, se encontraba publicitado. PUBLINTERMEDIA arguyó a este respecto que el periodo de un mes para el canje no era algo que se hubiera consensuado sino que fue una iniciativa unilateral de ORANGE. Pues bien, no podemos aceptar este alegato: el periodo de un mes para el canje era uno de los elementos de la oferta de la promoción publicitada por ORANGE y, por lo tanto, PUBLINTERMEDIA no solo lo conocía sino que lo aceptaba al atender sin queja ni controversia conocida las opciones de los clientes al adquirir las entradas. Téngase en cuenta que, así como la relación contractual entre PUBLINTERMEDIA y los distribuidores se plasmó en un contrato escrito, la mantenida con ORANGE fue una relación contractual de documentación imperfecta donde los contenidos volitivos de los contratantes han de inducirse de sus conversaciones telemáticas, sus conductas y sus actitudes. Siendo ello así, no parece razonable que, habiendo aceptado PUBLINTERMEDIA el sistema mensual de canje (no en vano lo atendía), más tarde pretenda desentenderse del mismo alegando que no era de su incumbencia.



2.- Por otra parte, si bien es cierto que las entradas que dejaron de adquirirse desde el 30 de diciembre de 2011 fueron relativamente escasas al ser también escaso el número de ventas producido a partir de esa fecha (véase Documento 9 de la contestación, folio 274 del Tomo II que contiene correo electrónico de la demandada anunciando la paralización de la promoción desde el día 30 de diciembre), no lo es menos que las últimas 2.151 ventas de productos ORANGE que se reflejan en el documento aportado por esta (folios 24 a 297 del Tomo III) se encuentran muy concentradas en el tiempo ya que ninguna de esas ventas se llevó a cabo antes del 20 de diciembre de 2011 (véanse folios 240 a 297 del Tomo III: las últimas 2.151 ventas aparecen reflejadas, precisamente, a partir del folio 240 y las de dicho folio está datadas el 20 de diciembre) .

En relación con este último dato, hemos de tener en cuenta que, en ausencia de otra explicación verosímil que PUBLINTERMEDIA nunca ha facilitado, no resulta aventurado concluir que la prematura desaparición del espectáculo musical de la cartelera madrileña solamente pudo ser decidida por parte de la actora en razón al escaso éxito, falta de aceptación por parte del público o, en definitiva, a los resultados comerciales poco halagüeños que estaba reportando. Pues bien, si en tales circunstancias PUBLINTERMEDIA se consideraba legitimada para decidir esa interrupción contraria a lo pactado de manera unilateral y sin recabar el consenso de ORANGE ni de sus distribuidores, no parece razonable que le pueda reprochar a esta última la decisión de interrumpir, también en vista del escaso éxito del espectáculo y de su falta de atractivo para sus clientes, la adquisición de nuevas entradas. Decisión ésta que ORANGE parece reconocer haber adoptado (véase el segundo párrafo del mensaje obrante el folio 274 del Tomo II) pero que forzosamente hubo de adoptar no antes del 20 de diciembre de 2012, esto es, a tan solo diez escasos días de que, por su parte, PUBLINTERMEDIA adoptase su decisión unilateral de interrumpir la exhibición. Insistimos en que la relación entre las entidades aquí litigantes es una relación contractual imperfectamente documentada y que, por ello mismo, en la interpretación de su contenido obligacional cobran especial relevancia las conductas y actitudes: es la actitud de PUBLINTERMEDIA de poner fin al espectáculo, actitud que ella misma considera no censurable, la que hace que tampoco pueda considerarse censurable que tan solo unos pocos días antes ORANGE decidiera también desincentivar entre sus distribuidores la adquisición de entradas para ese mismo espectáculo.

No ha de prosperar, en consecuencia, el recurso de apelación interpuesto.

CUARTO .- Las costas derivadas de esta alzada deben ser impuestas a la parte apelante al resultar desestimadas todas las pretensiones de su recurso de conformidad con lo previsto en el número 1 del Art. 398 de la L.E.C .

VISTOS los preceptos legales citados y demás de general y pertinente aplicación,

FALLO

En atención a lo expuesto la Sala acuerda:

- 1.- Desestimar el recurso de apelación interpuesto por la representación de PUBLINTERMEDIA S.L. contra la sentencia del Juzgado de lo Mercantil número 2 de Madrid que se especifica en los antecedentes fácticos de la presente resolución.
- 2.- Confirmar íntegramente la resolución recurrida.
- 3.- Imponer a la apelante las costas derivadas de su recurso.

Se acuerda la pérdida del depósito constituido por la parte apelante de conformidad con lo establecido en la Disposición Adicional Decimoquinta de la Ley Orgánica del Poder Judicial .

Contra la presente sentencia las partes pueden interponer ante este Tribunal, en el plazo de los 20 días siguientes al de su notificación, recurso de casación y, en su caso, recurso extraordinario por infracción procesal, de los que conocerá la Sala Primera del Tribunal Supremo, todo ello si fuera procedente conforme a los criterios legales y jurisprudenciales de aplicación.

Así por esta sentencia, lo pronunciamos, mandamos y firmamos los magistrados integrantes de este Tribunal.