

Roj: **STS 3184/2015** - ECLI: **ES:TS:2015:3184**Id Cendoj: **28079110012015100395**Órgano: **Tribunal Supremo. Sala de lo Civil**Sede: **Madrid**Sección: **1**Fecha: **03/06/2015**Nº de Recurso: **1532/2013**Nº de Resolución: **206/2015**Procedimiento: **CIVIL**Ponente: **FRANCISCO JAVIER ORDUÑA MORENO**Tipo de Resolución: **Sentencia**

SENTENCIA

En la Villa de Madrid, a tres de Junio de dos mil quince.

Visto por la Sala Primera del Tribunal Supremo, integrada por los Magistrados al margen indicados, los recursos de casación e infracción procesal interpuestos contra la sentencia dictada en recurso de apelación núm. 472/2012 por la Sección 1ª de la Audiencia Provincial de León, como consecuencia de autos de juicio ordinario núm. 11/2011, seguidos ante el Juzgado de Primera Instancia núm. 6 de León, cuyo recurso fue interpuesto ante la citada Audiencia por el procurador don Fernando Álvarez Tejerina en nombre y representación de PYMEPHONE 2006 S.L., compareciendo en esta alzada en su nombre y representación la procuradora doña Carmen Dominguez Cidoncha en calidad de recurrente y el procurador don Pablo Hornedo Muguero en nombre y representación de FRANCE TELECOM ESPAÑA, S.A.U., en calidad de recurrido.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- El procurador don Fernando Álvarez Tejerina, en nombre y representación de PYMEPHONE 2006 S.L. interpuso demanda de juicio ordinario, contra FRANCE TELECOM ESPAÑA, S.A. y alegando los hechos y fundamentos de derecho que consideró de aplicación, terminó suplicando al Juzgado se dictara sentencia por la que *"...declarando que el litigioso reviste la naturaleza jurídica propia del contrato de **agencia**, condene a la demandada a estar y pasar por tal declaración y además a que pague a mi representada, PYMEPHONE 2006 SL, las siguientes cantidades, de acuerdo con lo razonado especialmente en el fundamento jurídico VII de esta demanda: a) la cantidad que se determine en el período de ejecución de sentencia por comisiones sin liquidar a mi representada, más el IVA que corresponda a la cantidad concedida en sentencia; b) la cantidad de 2.439.435 €, en concepto de indemnización por clientela, más el IVA que corresponda a la cantidad concedida en sentencia; y c) la cantidad de 412.174 € a que asciende la indemnización por falta de preaviso; condenando subsidiaria o alternativamente a la misma demandada al pago de la cantidad de 2.364.392 € por daños y perjuicios derivados de incumplimiento contractual, si no son acogidas las pretensiones anteriores, decretando al efecto todo lo demás que sea procedente en derecho"*.

SEGUNDO .- El procurador don Pablo Juan Calvo Liste, en nombre y representación de FRANCE TELECOM ESPAÑA, S.A.U., contestó a la demanda y oponiendo los hechos y fundamentos de derecho que consideró de aplicación, terminó suplicando al Juzgado dictase en su día sentencia por la que: *"...se desestime íntegramente la demanda formulada de contrario con expresa imposición de costas a la adversa"*.

TERCERO .- Previos los trámites procesales correspondientes y práctica de la prueba propuesta por las partes y admitida, el ilmo. sr. Magistrado-Juez del Juzgado de Primera Instancia número 6 de León, dictó sentencia con fecha 6 de junio de 2012, cuya parte dispositiva es como sigue: **FALLO:** *"...Estimo parcialmente la demanda formulada por el procurador Sr. Álvarez Tejerina, en nombre y representación de PYMEPHONE 2006 S.L. frente a FRANCE TELECOM ESPAÑA S.A.U., y en su virtud, condeno a dicha demandada a que abone a la actora la cantidad de CIENTO DIEZ MIL CIENTO SESENTA Y SIETE EUROS, más el interés legal, sin imposición de las costas"*.



CUARTO .- Interpuesto recurso de apelación por las representaciones procesales de FRANCE TELECOM ESPAÑA, S.A.U. y de PYMEPHONE 2006 S.L., respectivamente, la Sección 1ª de la Audiencia Provincial de León, dictó sentencia con fecha 8 de abril de 2013 , cuya parte dispositiva es como sigue: *FALLAMOS: "...DESESTIMAMOS el recurso de apelación formulado por la representación procesal de PYMEPHONE 2006 S.L. y de FRANCE TELECOM ESPAÑA, S.A., contra la Sentencia dictada por el Juzgado de Primera Instancia núm. 6 de León de fecha 6 de junio de 2012 , CONFIRMÁNDOLA en su totalidad, con imposición de las Costas de esta alzada a los apelantes"*.

QUINTO .- Contra la expresada sentencia interpuso recursos de casación e infracción procesal la representación procesal de PYMEPHONE 2006 SL, argumentando **el recurso extraordinario por infracción procesal** en los siguientes **MOTIVOS**:

Primero.- Artículo 469.1 2ª LEC por infracción del artículo 218.1 LEC .

Segundo.- Artículo 469.1.2º LEC por vulneración artículo 218.1 LEC .

Tercero.- Artículo 469.1.4º LEC por vulneración artículo 24.1 CE en relación con los artículos 120.3 y 218.2 LEC .

Cuarto.- Artículo 469.1 LEC por infracción del artículo 218.2 LEC .

Quinto.- Artículo 469.1.2º LEC , por infracción del artículo 218.1 LEC .

El recurso de casación , lo argumentó en los siguientes **MOTIVOS** :

Primero.- Artículo 477.1 y 2.2º LEC por infracción del artículo 28.1 y 3 en relación al artículo 3.1 Ley Contrato de **Agencia** 12/1992, 27 de mayo.

Segundo.- Artículo 477.1 y 2.2º LEC por infracción artículo 11.2 en relación con el artículo 28.3 ambos Ley de Contrato de **Agencia** de 12/1992, de 27 de mayo.

Tercero.- Artículo 477.1 y 2.2º LEC por infracción de los artículos 1 y 28.1 Ley de Contrato de **Agencia** en relación con el artículo 1090 CC .

Cuarto.- Artículo 477.1 y 2.2º LEC , por infracción de los artículos 24.2 y 25.1 de la Ley de Contrato de **Agencia** en relación con el artículo 1101 CC .

SEXTO .- Remitidas las actuaciones a la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo, por auto de fecha 4 de marzo de 2014 se acordó admitir el recurso interpuesto y dar traslado a la parte recurrida para que formalizaran su oposición en el plazo de veinte días. Admitido el recurso y evacuado el traslado conferido, el procurador don Pablo Hornedo Muguero, en nombre y representación de FRANCE TELECOM ESPAÑA, S.A.U. presentó escrito de impugnación al mismo.

SÉPTIMO .- No habiéndose solicitado por todas las partes la celebración de vista pública, se señaló para votación y fallo el día 26 de marzo del 2015, en que tuvo lugar, no habiéndose dictado la sentencia en el plazo establecido debido a la excesiva carga de trabajo que pesa sobre el ponente.

Ha sido Ponente el Magistrado Excmo. Sr. D. **Francisco Javier Orduña Moreno** ,

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- 1. El presente caso plantea, como cuestión de fondo, la interpretación y alcance del artículo 28 de la Ley 12/1992, de 27 mayo, sobre contrato de **agencia** , en orden a la determinación de la denominada indemnización por clientela.

2. En síntesis, Pymephone 2006 S.L., hoy recurrente, interpuso una demanda de juicio ordinario frente a France Telecom España S.A.U, en la que ejercita una acción de condena dineraria derivada del incumplimiento de un contrato de **agencia**, y solicita una indemnización por clientela, más el IVA correspondiente, y por falta de preaviso y, subsidiariamente, otra cantidad en concepto de daños y perjuicios.

La demandada se opuso. Alegó que el contrato que vinculaba a las partes era un contrato de suministro y distribución, y que la reclamación era improcedente.

La sentencia de primera instancia estimó parcialmente la demanda. Consideró que se trataba de un contrato de **agencia** resuelto de forma unilateral por la demandada, a la que condena a abonar la cantidad de 88.773 euros como indemnización por clientela y 21.394 euros por lucro cesante. En el auto que deniega la aclaración solicitada por la actora, concreta que no procede el pago del IVA de la indemnización por clientela al excluir la Ley reguladora de dicho impuesto las cantidades percibidas por razón de la indemnización.



Contra la anterior resolución, las partes litigantes interpusieron sendos recursos de apelación, que fueron desestimados por la AP por sentencia de 8 de abril de 2012. La actora solicitó su complemento y aclaración, que fue denegado.

La Audiencia considera que el contrato que vincula a las partes es un contrato de **agencia** celebrado el 1 de enero de 2009, con una duración de seis meses, prorrogable hasta un máximo de 18 meses; resuelto por France Telecom España S.A. en enero de 2010, sin el preaviso correspondiente, alegando incumplimientos que no han quedado probados.

En lo que respecta a la indemnización por clientela, considera la Audiencia que, teniendo en cuenta lo dispuesto en el art. 28 LCA y la prueba practicada, el informe pericial aportado por el demandado es más exhaustivo puesto que toma en consideración no solo los ingresos brutos sino los gastos para generarlos y las ventas, costes, personal y gastos de explotación, y fija ésta en cuanto a la pérdida de clientela en 88.773 euros, según el informe pericial antes aludido. Teniendo en cuenta el mismo informe pericial, determina en 21.394 euros, cantidad correspondiente al lucro cesante.

En lo que respecta a la infracción del art. 78. 2. 1º de la Ley del Impuesto del Valor Añadido alegada por el demandante como un motivo de apelación, la Audiencia transcribe dicho precepto y el art. 219 LEC, y concluye que "no es posible acceder a la reclamación de comisiones pendientes de liquidar, sin que se haya infringido el precepto mencionado por la actora".

Recurso extraordinario por infracción procesal.

Congruencia y motivación de la sentencia.

SEGUNDO.- 1. La parte demandante, al amparo del original segundo del artículo 477. 2 LEC, interpone recurso extraordinario por infracción procesal que articula en cinco motivos.

En el motivo primero, al amparo del art. 469.1.2º LEC, denuncia la infracción del art. 218.1 LEC por incongruencia. Argumenta que la sentencia recurrida fija la cuantía de la indemnización por clientela en atención a unas reducciones ajenas a los términos en que se planteó el debate.

En el motivo segundo, al amparo del art. 469.1.2º LEC, denuncia la infracción del art. 218.1 LEC por incongruencia. Según el recurrente, la sentencia recurrida practica la deducción de determinadas cantidades a la suma máxima que correspondería en concepto de indemnización a modo de compensación judicial.

En el motivo tercero, al amparo del art. 469.1.4º LEC, denuncia la infracción del art. 24 CE, en relación con el art. 218.2 LEC por falta de motivación en lo referente a la fijación de la indemnización por clientela.

En el motivo cuarto denuncia, al amparo del art. 469.1.2º LEC, la infracción del art. 218.2 LEC por falta de motivación.

Argumenta que en la demanda se solicitaba la condena de la demandada al pago de distintas cantidades más el IVA correspondiente, pretensión ésta última que fue desestimada por la sentencia de primera instancia, que la infracción de la norma tributaria fue objeto del recurso de apelación, y la Audiencia lo ha desestimado sin argumentación alguna, limitándose a reproducir el texto del art. 78 de la Ley del Impuesto del Valor Añadido.

En el motivo quinto, al amparo del art. 469.1.2º LEC, denuncia la infracción del art. 218 LEC por falta de motivación en lo que respecta a la indemnización por falta de preaviso, ya que se remite al informe pericial, pero tomando como base de su pronunciamiento las que dicho informe utiliza para la pretensión alternativa de indemnización de daños y perjuicios.

En el presente caso, por la fundamentación que a continuación se expone, los motivos primero, segundo, tercero y quinto deben ser desestimados. Por el contrario, el motivo cuarto debe ser objeto de estimación.

2. Dada la correlación de los motivos planteados en orden a combatir los requisitos internos de la sentencia recurrida, se procede a su examen conforme a la doctrina jurisprudencial reiterada por esta Sala al respecto.

3. En relación al presupuesto de congruencia debe señalarse, tal y como se expone en la STS de 18 mayo 2012 (núm. 294, 2012), que constituye doctrina de esta Sala que el deber de congruencia, consistente en la exigencia derivada de la necesaria conformidad que ha de existir entre la sentencia y las pretensiones que constituyen el objeto del proceso, se cumple cuando la relación entre el fallo y las pretensiones procesales no está sustancialmente alterada en su configuración lógico-jurídica (STS de 14 de abril de 2011) la confrontación entre su parte dispositiva -dictum- y el objeto del proceso, delimitado, a su vez, por los elementos subjetivos del proceso, las partes, como por los elementos objetivos, la -causa de pedir-, entendida como el hecho o conjunto de hechos que producen efectos jurídicos y resultan esenciales para el logro de las pretensiones solicitadas, y el propio -petitum- o pretensión solicitada, (ST de 13 de junio de 2005). De esta forma, la congruencia no



se mide en relación con los razonamientos o con la argumentación, sino poniendo en relación lo pretendido en la demanda con la parte dispositiva de la sentencia (SSTS de 30 de marzo de 1988 , y 20 de diciembre de 1989 . En parecidos términos, cabe señalar que esta labor de contraste o comparación no requiere que se realice de un modo estricto, esto es, que se constate una exactitud literal o rígida en la relación establecida, sino que se faculta para que se realice con cierto grado de flexibilidad bastando que se de la racionalidad y la lógica jurídica necesarias, así como una adecuación sustancial y no absoluta ante lo pedido y lo concedido; de tal modo que se decide sobre el mismo objeto, concediéndolo o denegándolo en todo o en parte. (STS de 4 de octubre de 1993). En esta línea, y en términos generales, también hay que señalar que las sentencias absolutorias no pueden ser tachadas de incongruencia por entenderse que resuelven todas las cuestiones suscitadas en el pleito, salvo casos especiales (SSTS de 10 de diciembre de 2004 y 5 de febrero de 2009). Con lo que la incongruencia extra petita (fuera de lo pedido), en relación con el principio de iura novit curia, se produce en la medida en que la facultad que tiene el tribunal para encontrar o informar el derecho aplicable a la solución del caso comporta la alteración de los hechos fundamentales, causa de pedir, en que las partes basen sus pretensiones (SSTS de 6 de octubre de 1988 y 1 de octubre de 2010).

Respecto a la relevancia constitucional del vicio de incongruencia hay que señalar que se produce, por entrañar una alteración del principio de contradicción constitutiva de una efectiva denegación del derecho a la tutela judicial efectiva, cuando la desviación sea de tal naturaleza que suponga una sustancial modificación de los términos en que discurrió, la controversia procesal (STC 18 de octubre de 2004 RTC 2004, 174). En esta línea, el Tribunal Constitucional ha reiterado que para que la indefensión alcance relevancia constitucional es necesario que sea imputable y que tenga su origen en actos u omisiones de los órganos judiciales, esto es, que la indefensión sea causada por la actuación incorrecta del órgano jurisdiccional. Quedando excluida de la protección del artículo 24 CE , la indefensión debida a la pasividad desinterés, negligencia, error técnico o impericia de la parte o de los profesionales que la representen o defiendan (STS de 29 de noviembre de 2010).

4. La motivación de las sentencias consiste en la exteriorización del iter decisorio o conjunto de consideraciones racionales que justifican el fallo. De esta forma, la motivación de las sentencias se presenta como una exigencia constitucional establecida en el artículo 120.3 CE , configurándose como un deber inherente al ejercicio de la función jurisdiccional en íntima conexión con el derecho a la tutela judicial efectiva que establece el artículo 24 CE (STC 144/2003 de julio y STS de 5 de diciembre de 2009). Esta Sala ha venido exigiendo la aplicación razonada de las mismas que consideran adecuadas al caso en cumplimiento de las funciones o finalidades que implícitamente comporta la exigencia de la motivación: la de permitir el eventual control jurisdiccional mediante el efectivo ejercicio de los recursos, la de exteriorizar el fundamento de la decisión adoptada, favoreciendo la comprensión sobre la justicia y corrección de la decisión judicial adoptada, y la de operar, en último término, como garantía o elemento preventivo frente a la arbitrariedad (SSTS 5 de noviembre de 1992 , 20 de febrero de 1993 y 18 de noviembre de 2003 , entre otras). Pero también, como resulta lógico, hay que señalar que esta, exigencia de motivación no autoriza a exigir un razonamiento judicial exhaustivo y pormenorizado de todos los aspectos y perspectivas que las partes pudieran tener de la cuestión que se decide, sino que deben considerarse suficientemente motivadas aquellas resoluciones que vengan apoyadas en razones que permitan invocar cuáles han sido los criterios jurídicos esenciales fundamentadores de la decisión, es decir, la ratio decidendi que ha determinado aquélla (SSTS de 29 de abril de 2008 , de 22 de mayo de 2009 y 9 de julio de 2010).

A lo anterior cabe añadir que no es lo mismo falta de motivación que motivación satisfactoria para la parte; y que, como se indica en la sentencia de 15 de octubre de 2001 , debe distinguirse la ausencia de motivación de las peculiares interpretaciones de valoración de la prueba y de la fijación de los hechos probados que esgrime la parte, sin que pueda ampararse en la falta de motivación la revisión del acervo probatorio.

5. La aplicación de la doctrina jurisprudencial expuesta, llevada al supuesto de enjuiciamiento, conduce a la clara desestimación de los dos primeros motivos del recurso interpuesto en donde se denuncia la falta de congruencia de la sentencia recurrida.

En efecto, lo que realmente impugna la parte recurrente son las conclusiones obtenidas por la sentencia tras la valoración probatoria llevada a cabo, particularmente referidas a la aplicación de deducciones de determinadas cantidades en el informe pericial que toman por referencia ambas instancias. Pero, en cualquier caso, este hecho no supone incongruencia alguna pues, conforme a la causa de pedir, la parte demandante solicita una indemnización y la sentencia la estima en la cantidad que considera ajustada de acuerdo al marco legal que sustenta la pretensión, a las circunstancias concurrentes y a los elementos de prueba aportados por las partes.

6. En parecidos términos, debemos pronunciarnos acerca de la desestimación de los motivos tercero y quinto del recurso interpuesto, en donde la parte recurrente, esta vez, con la alegación de la falta de motivación, reitera



que lo que realmente impugna son las conclusiones obtenidas por la sentencia tras la valoración de la prueba practicada.

En este sentido debe señalarse, contrariamente a lo denunciado, que la sentencia recurrida ofrece, también en el plano de la valoración de la prueba, una motivación suficiente al respecto. En efecto, en modo alguno puede sustentarse que la sentencia tenga en cuenta bases de cuantificación de la indemnización solicitada distintas a las que resultaron objeto de contraste o de debate por las partes procesales; de forma que ninguna indefensión se ha producido en el pleito. Del mismo modo, se justifica con insuficiencia los motivos que determinan la preferencia por el informe pericial aportado por la parte demandada.

A mayor abundamiento, la falta de motivación denunciada en el quinto motivo del recurso encuentra una cumplida respuesta en la sentencia de primera instancia (fundamento de derecho quinto).

7. Por último, el motivo cuarto del recurso debe ser estimado de acuerdo con la doctrina jurisprudencial expuesta.

En este caso, debe señalarse que la mera cita del artículo 78, número dos, primero, de la Ley del Impuesto del Valor Añadido y del artículo 219 LEC, no permite, por ella sola, exteriorizar el fundamento de la decisión adoptada y, con ello, el eventual control jurisdiccional implícito en la exigencia de la motivación de las sentencias, máxime cuando el artículo 219 LEC no resulta de aplicación a la cuestión debatida.

Estimación que se realiza a los efectos de este recurso extraordinario por infracción procesal interpuesto, sin que prejuzgue el alcance sustantivo de la cuestión planteada que es objeto de examen en el correspondiente recurso de casación.

Recurso de casación.

Contrato de *agencia*. Extinción del contrato: compensación por clientela. Naturaleza y alcance del artículo 28 LCA . Doctrina jurisprudencial aplicable.

TERCERO.- 1. La parte demandada, al amparo del ordinal segundo del artículo 477.2 LEC, interpone recurso de casación que articulan cuatro motivos.

En el motivo primero, denuncia la infracción de los arts. 28.1 y 2, y 3. 1 LCA. Argumenta la recurrente que para concretar la indemnización por clientela debe atenderse a los ingresos brutos del agente y no a los ingresos netos.

El motivo segundo, en estrecha conexión con el anterior motivo, denuncia la infracción de lo dispuesto en el artículo 11.2, en relación con el artículo 28. 3, ambos de la LCA, dado que ninguna cantidad calificada de ingreso puede considerarse excluida del concepto de comisión.

En el motivo tercero, denuncia la infracción de los artículos 1 y 28.1 LCA, en relación con el artículo 1090 del código civil. Argumenta la parte recurrente que la indemnización por clientela tiene la calificación jurídica de retribución del agente con carácter diferido, por lo que debe incrementarse con el correspondiente impuesto sobre el valor añadido.

Por último, *en el motivo cuarto*, alega la infracción de los artículos 24. 2 y 25. 1 y 2 de la LCA, en relación con el artículo 1101 del código civil, todo ello respecto de la pretensión de la demanda relativa a la reclamación de indemnización por falta de preaviso y al carácter indefinido del contrato que sustenta la parte actora.

En el presente caso por la fundamentación que a continuación se expone, los motivos primero y segundo del recurso deben ser objeto de estimación; no así los motivos tercero y cuarto que deben ser desestimados.

2. Naturaleza y alcance de la compensación por clientela (artículo 28 LCA).

Con relación a los dos primeros motivos planteados, y desde una perspectiva general de la interpretación normativa a considerar, debe señalarse que la finalidad del artículo 28, conforme a la propia naturaleza y dinámica del contrato de *agencia*, responde, básicamente, a una función compensatoria legalmente prevista en el plano de la liquidación patrimonial tras la extinción de la relación contractual de las partes. Este valor de compensación se presenta de modo objetivable, sobre los beneficios o ventajas que, como consecuencia de la actividad desplegada por el agente permanecen, a su cese, a favor del empresario para quien realizó los correspondientes servicios de promoción y, en su caso, de conclusión comercial.

De esta forma, y de acuerdo a la interpretación sistemática de la normativa, también debe precisarse que el objeto de esta función compensatoria, en el plano de la liquidación patrimonial de la relación contractual, resulta diferenciado o, si se prefiere, especializado, respecto del marco general del resarcimiento contractual que pueda derivarse por los daños y perjuicios causados (1101 del Código Civil) que tiene un cauce, propio y autónomo, en el artículo 29 de la citada Ley.



Desde una perspectiva más concreta, esto es, en atención al mecanismo o proceso de aplicación del artículo 28, conviene recordar que este precepto tiene su origen en el artículo 17. 2 de la Directiva 1966/653/CEE, de 18 diciembre, de coordinación de los derechos de los Estados miembros en la referente a los agentes comerciales independientes. En este sentido, también conviene señalar que el Tribunal de Justicia de la Unión Europea, sentencia de 26 marzo 2009, Caso Turgay Senen contra Deutsche Tanoil Ombh, precisó el procedimiento compensatorio establecido por el artículo 17 destacando la correlación de tres fases consecutivas en su aplicación. La primera, referida al cálculo de las ventajas o beneficios resultantes para el empresario (artículo 17, apartado 2, letra a). La segunda, dirigida a verificar si el importe obtenido con base a los criterios del anterior cálculo resulta equitativo, teniendo en cuenta todas las circunstancias del caso en cuestión. La tercera, por último, dirigida a contrastar el importe de la indemnización resultante respecto del tope o límite máximo previsto por la norma (artículo 17, apartado 2, letra -b- de la Directiva y 28. 3 de la LCA).

Pues bien, de este contexto de interpretación normativa debe señalarse, en primer término, que la determinación del importe máximo de la compensación por clientela (28. 3 LCA) responde a la propia configuración legal que la norma establece en orden al concepto y sistema de remuneración del agente (arts. 11 a 18 LCA). De forma que la remuneración queda configurada como una contraprestación a la actividad desarrollada por el agente, esto es, por la promoción y, en su caso, la conclusión de los actos u operaciones que le fueron encomendados (arts. 1 y 3 de la Directiva y 1, 5 y 9 de la LCA). De ahí, entre otros extremos, que el concepto de remuneración no consista en el beneficio neto obtenido por el agente en el ejercicio de su actividad, sino en la cantidad realmente percibida por la prestación realizada. Del mismo modo que, por aplicación del artículo 18 LCA, en principio, la remuneración tampoco comprende el reembolso de los gastos que al agente le hubiese originado el ejercicio de su actividad como profesional independiente.

De lo expuesto, debe concluirse que la sentencia recurrida (fundamento de derecho tercero), sobre la base del informe pericial que toma por referencia, efectúa un cálculo incorrecto de la cantidad máxima objeto de la compensación por clientela pues toma en consideración el beneficio neto del agente y no la remuneración.

3. Aplicación de la doctrina jurisprudencial al supuesto objeto de enjuiciamiento.

En el presente caso, conforme a la doctrina expuesta y teniendo en cuenta los informes aportados por las partes, referidos ambos al importe máximo de la indemnización por clientela, debe señalarse su concordancia respecto de las bases que realmente se ajustan al concepto legal de remuneración del agente referenciadas, en ambos casos también, en las dos primeras partidas con relación a los conceptos de "ingresos según facturas" e "ingresos no comisiones" que arrojan, a su vez, un saldo favorable a la remuneración máxima del agente en la cantidad de 836.631 ?.

Descartándose a estos efectos, las partidas referidas al análisis de la explotación empresarial (costes de venta y personal, gastos de explotación), así como las referidas a la posible irregularidad de determinadas altas y a las bajas no deducidas.

4. En el motivo tercero, la parte recurrente sustenta que lo que realmente contempla el artículo 28 LCA es una auténtica remuneración que tiene el carácter de una retribución diferida y, por tanto, la posibilidad de exigir el IVA determinado por la legislación especial; todo ello, de conformidad con el artículo 1090 del Código Civil .

El motivo debe ser desestimado por varias razones.

En primer lugar, debe tenerse en cuenta que esta configuración de la compensación por clientela, que realiza la parte recurrente, no resulta correcta respecto a la naturaleza y alcance que la caracteriza normativamente. En efecto, de acuerdo con la doctrina jurisprudencial expuesta, el artículo 28 LCA no establece una auténtica retribución diferida de prestaciones futuras, sino una compensación legal por los beneficios o ventajas que se derivan para el empresario por los servicios ya prestados por el agente.

En segundo lugar, debe precisarse, conforme a la reiterada doctrina jurisprudencial de esta Sala, [SSTS de 21 de octubre de 2014 (núm. 558/2014) y 15 de enero de 2013 (núm. 803/2012)] que, en principio, la indemnización de daños y perjuicios, entendido el concepto en su sentido lato, no comprende el IVA. Pues según lo previsto en el artículo 78.3.1º de la Ley 37/1992, de 28 de diciembre, reguladora del Impuesto sobre Valor Añadido, las cantidades percibidas por razón de indemnización que no constituyan contraprestación o compensación de la entrega de bienes o prestaciones de servicios sujetos al impuesto quedan excluidas de su base imponible.

Todo ello, sin perjuicio de su inclusión en el propio resarcimiento integral del daño cuando el perjudicado deba pagar por ello a un tercero que ha realizado el servicio en cuestión.

En el presente caso, por lo demás, la desestimación del motivo resulta clara, pues se pretende la aplicación diferida del citado impuesto a operaciones comerciales que en su día ya lo devengaron.



5. En el motivo cuarto se denuncia infracción de los artículos 24.2 y 25.1 y 2 LCA , en relación con el artículo 1101 CC .

Afirma la demandante que la sentencia recurrida infringe el artículo 1101 CC puesto que no indemniza los daños y perjuicios causados, ya que únicamente toma en consideración para su determinación el periodo comprendido entre el 1 de enero y el 30 de junio de 2009, en vez de tomar en consideración la duración indefinida del contrato y, en consecuencia, aplicar el periodo de dos años de vigencia del contrato como exigiría el artículo 25.2 LCA , lo que le hubiera permitido adecuar la indemnización a una cuatro veces mayor.

El motivo debe ser igualmente desestimado.

En el contrato celebrado entre las partes se acordó por una duración inicial de seis meses, prorrogable tácitamente, de no mediar comunicación, por periodos semestrales sucesivos, hasta un máximo de dieciocho meses.

La sentencia recurrida entendió que:

"De la documental aportada concluimos que estamos en presencia de un contrato celebrado el 1 de enero de 2009 con una duración de seis meses, prorrogable hasta un máximo de 18 meses.

El contrato fue resuelto por France Telecom España S.A. en enero de 2010 sin que conste el preaviso correspondiente y alegando graves incumplimientos por parte de Pymephone 2006 S.L., pero sin hayan quedado probados...".

En consecuencia, la sentencia recurrida, como ya hiciera la sentencia de primera instancia, condena a la demandada al pago de 21.394 euros en concepto de lucro cesante, por los casi seis meses que restaban hasta el vencimiento del periodo renovado.

Un contrato de duración inicial de seis meses, prorrogable tácitamente por periodos semestrales sucesivos, hasta un máximo de dieciocho meses, es un contrato de duración determinada y no indeterminada, como sostiene la recurrente, por el mero hecho de que se haya procedido a la primera prórroga. No estamos en presencia del ámbito de aplicación ni del artículo 24.2 ni 25.1 y 2 LCA .

CUARTO.- Estimación parcial de los recursos y costas.

1. La estimación de los motivos señalados comporta la estimación parcial de los recursos interpuestos.
2. Por aplicación del artículo 398. 2 en relación con el artículo 394 LEC , no procede hacer expresa imposición de costas del recurso extraordinario por infracción procesal y del recurso de casación interpuestos.
3. La estimación parcial del recurso de casación comporta la estimación parcial del recurso de apelación interpuesto por la parte actora y apelante. Por aplicación del artículo 398. 2 en relación con el artículo 394 LEC , no procede hacer expresa imposición de costas de segunda instancia. Tampoco procede hacer expresa imposición de costas de primera instancia.

Por lo expuesto, en nombre del Rey y por la autoridad conferida por el pueblo español.

FALLAMOS

1. Haber lugar al recurso extraordinario por infracción procesal y al recurso de casación interpuestos por la representación procesal de la mercantil "Pymephone 2006, S.L.", contra la sentencia dictada, con fecha 8 de abril de 2013, por la Audiencia Provincial de León, Sección 1ª, en el rollo de apelación nº 472/2012 , que casamos y anulamos en parte, conforme al siguiente pronunciamiento:

Declarar el derecho de la parte actora al abono de la cantidad de 836.631 ? en concepto de indemnización por clientela, más el interés legal; sin expresa imposición de costas por los recurso interpuestos.

2. No procede hacer expresa imposición de costas de primera y segunda instancia.

Así por esta nuestra sentencia, que se insertará en la COLECCIÓN LEGISLATIVA pasándose al efecto las copias necesarias, lo pronunciamos, mandamos y firmamos **Ignacio Sancho Gargallo, Francisco Javier Orduña Moreno, Rafael Saraza Jimena, Sebastian Sastre Papiol. Firmado y rubricado.** PUBLICACIÓN.- Leída y publicada fue la anterior sentencia por el EXCMO. SR. D. **Francisco Javier Orduña Moreno** , Ponente que ha sido en el trámite de los presentes autos, estando celebrando Audiencia Pública la Sala Primera del Tribunal Supremo, en el día de hoy; de lo que como Secretario de la misma, certifico.