



Roj: **STS 4327/2018** - ECLI: **ES:TS:2018:4327**

Id Cendoj: **28079110012018100707**

Órgano: **Tribunal Supremo. Sala de lo Civil**

Sede: **Madrid**

Sección: **1**

Fecha: **19/12/2018**

Nº de Recurso: **3351/2015**

Nº de Resolución: **712/2018**

Procedimiento: **Civil**

Ponente: **FRANCISCO JAVIER ORDUÑA MORENO**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Resoluciones del caso: **SAP PO 1770/2015,**  
**STS 4327/2018**

## **TRIBUNAL SUPREMO**

### **Sala de lo Civil**

#### **Sentencia núm. 712/2018**

Fecha de sentencia: 19/12/2018

Tipo de procedimiento: CASACIÓN

Número del procedimiento: 3351/2015

Fallo/Acuerdo:

Fecha de Votación y Fallo: 10/10/2018

Ponente: Excmo. Sr. D. Francisco Javier Orduña Moreno

Procedencia: Audiencia Provincial de Pontevedra, sección 6.<sup>a</sup>

Letrada de la Administración de Justicia: Ilma. Sra. Dña. María Angeles Bartolomé Pardo

Transcrito por: RDG

Nota:

CASACIÓN núm.: 3351/2015

Ponente: Excmo. Sr. D. Francisco Javier Orduña Moreno

Letrada de la Administración de Justicia: Ilma. Sra. Dña. María Angeles Bartolomé Pardo

## **TRIBUNAL SUPREMO**

### **Sala de lo Civil**

#### **Sentencia núm. 712/2018**

Excmos. Sres.

D. Francisco Marin Castan, presidente

D. Ignacio Sancho Gargallo

D. Francisco Javier Orduña Moreno

D. Rafael Saraza Jimena



D. Pedro Jose Vela Torres

En Madrid, a 19 de diciembre de 2018.

Esta sala ha visto el recurso de casación, interpuesto contra la sentencia dictada en recurso de apelación núm. 684/2013 por la sección 6.ª de la Audiencia Provincial de Pontevedra, como consecuencia de autos de juicio ordinario núm. 159/2012, seguidos ante el Juzgado de Primera Instancia número 2 de Redondela, cuyo recurso fue interpuesto ante la citada Audiencia por el procurador D. José Jaime Pérez Alfaya en nombre y representación de Warsteiner Brauerei Haus Cramer KG compareciendo en esta alzada en su nombre y representación el procurador D. Juan Antonio Escrivá de Romaní Vereterra en calidad de recurrente y la procuradora D.ª María José Bueno Ramírez en nombre y representación de Cervigal S.L., en calidad de recurrido.

Ha sido ponente el Excmo. Sr. D. Francisco Javier Orduña Moreno.

## ANTECEDENTES DE HECHO

**PRIMERO.**- El procurador don José Jaime Pérez Alfaya en nombre y representación de Warsteiner Brauerei Haus Cramer KG, interpuso demanda de juicio ordinario, contra Cervigal S.L., bajo la dirección letrada de D.ª Dorothea von Drahosch y alegando los hechos y fundamentos de derecho que consideró de aplicación, terminó suplicando al Juzgado se dictara sentencia por la que:

"1.- declarando resueltos cuantos contratos se hayan firmado entre las partes, y también los correspondientes a los locales: Cervecería Mix bocata, Cervecería Barbería, Hotel Talasco Atlántico, Cervecería Masterpool, Cervecería Friday#s, Cervecería La Granja, Cervecería Werther.

"2.- condenando a la mercantil Cervigal S.L. a abonar a la demandante la cantidad de 22.311,50 euros (Veintidós mil trescientos once euros con cincuenta céntimos) más el interés legal de dicha cantidad desde la fecha de interpretación judicial en concepto de cantidades pendientes por préstamos recibidos y no amortizados con consumos.

"3.- que condene a Cervigal S.L. a abonar a Warsteiner el importe de 47.997,17 euros (Cuarenta y siete mil novecientos noventa y siete euros con diecisiete céntimos) en concepto de mercancía suministrada y no pagada, más el interés legal desde la interpelación judicial.

"4.- que condene a Cervigal S.L. a la devolución de los 852 barriles vacíos que se encuentran en su poder y que está reteniendo indebidamente, concediendo el plazo de ocho días; subsidiariamente, para el caso de no proceder a la devolución de los mismos en el plazo de ocho días contados a partir de la sentencia firme, que se condene a la demandada al pago del valor a nuevo menos el 20% de dichos barriles, lo que asciende a 50.370,24 euros.

"5.- que se impongan las costas a la parte demandada, por imperativo legal".

**SEGUNDO.**- El procurador don Javier Toucedo Rey, en nombre y representación de Cervigal SL., contestó a la demanda, bajo la dirección letrada de D. Javier Romano Egea 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, así como condene a la actora al pago de la totalidad de las costas causadas a mi representada".

En el mismo escrito formuló reconvencción, alegando los hechos y fundamentos de derecho que estimó de aplicación y terminaba suplicando se dicte sentencia por la que:

"1.- Se declare el derecho de mi representada a recibir el pago de las facturas impagadas cuya cuantía asciende a la cantidad de setenta y cuatro mil novecientos ochenta y dos euros con treinta y tres céntimos (74.982,33 €).

"2.- Se declare el derecho de Cervigal S.L. a recibir el pago de sesenta y nueve mil setecientos diecisiete euros con seis céntimos (69.717,06 €), en concepto de indemnización por incumplimiento y/o resolución ilegal del contrato, así como por la mala fe contractual.

"3.- Se declare el derecho de Cervigal S.L. a recibir el pago de ochenta mil ciento setenta y nueve euros con ochenta céntimos (80.179,90 €), en concepto de indemnización por cliente la.

"Y en su virtud, se condene a la demanda al abono de dichas cantidades por dichos conceptos, y las costas".

**TERCERO.**- Previos los trámites procesales correspondientes y la práctica de la prueba propuesta por las partes y admitida, el Ilmo. Sr. Magistrado-Juez del Juzgado de Primera Instancia número 2 de Redondela, dictó sentencia con fecha 10 de septiembre de 2013, cuya parte dispositiva es como sigue:



"[...]ESTIMO PARCIALMENTE la demanda interpuesta por el procurador Sr. Pérez Alfaya, en nombre y representación de "WARSTEINER BRAUEREI HAUS KRAMER KG", y dispongo:

"a) Declaro resueltos, en los términos indicados en los fundamentos de derecho de esta resolución, tanto el contrato de "colaboración" celebrado entre ambas partes en agosto de 1992, como los contratos de financiación comercial de concretos establecimientos especificados en el hecho tercero del escrito de demanda, y aportados al procedimiento como documentos nº 3 bis a nº 9 bis de la demanda.

"b) Condono a "CERVIGAL, S.L." a abonar a "WARSTEINER BRAUEREI HAUS KRAMER KG", en concepto de importes pendientes por préstamos recibidos y no amortizados en su totalidad mediante los consumos de cerveza correspondientes, la cantidad de cinco mil ciento sesenta y cuatro euros con cuarenta céntimos de euro (5.164,40). ESTIMO PARCIALMENTE la demanda reconventional interpuesta por el procurador Sr. Toucedo Rey, en nombre y representación de "CERVIGAL, S.L.", y dispongo:

"a) Condono a "WARSTEINER BRAUEREI HAUS KRAMER KG" a abonar a "CERVIGAL, S.L.", en concepto de saldo de la actividad comercial Ordinaria entre ambas empresas en ejecución del contrato de colaboración por ellas celebrado, la cantidad de trece mil setecientos setenta y nueve euros con treinta y siete céntimos de euro (13.779,37).

"b) Condono a "WARSTEINER BRAUEREI HAUS KRAMER KG" a abonar a "CERVIGAL, S.L.", en concepto de indemnización por los perjuicios derivados del incumplimiento contractual en que incurrió "WARSTEINER", en relación con su actuación dolosa lo negligente en el desarrollo y cumplimiento de las obligaciones y consecuencias derivadas del contrato suscrito, la cantidad de once mil doscientos cuarenta y cinco euros con cuatro céntimos de euro (111245,04).

"No procede la condena en costas de ninguna de las partes, por lo que cada una deberá abonar las causadas a su instancia, y las comunes por mitad".

**CUARTO.**- Interpuesto recurso de apelación por ambas partes, la Sección 6.<sup>a</sup> de la Audiencia Provincial de Pontevedra, sede en Vigo, dictó sentencia con fecha 31 de julio de 2015, cuya parte dispositiva es como sigue:

"Que, al acoger en parte el recurso de apelación interpuesto por WARSTEINER BRAUEREI HAUS CRAMER KG, debemos revocar y revocamos la sentencia dictada en autos Juicio Ordinario número 159/2012, del Juzgado de Primera Instancia número 2 de Redondela, en el sentido de afirmar la legitimación activa de la demandante para reclamar el importe de las facturas emitidas por Warsteiner Hispania.

"Se estima también en parte el recurso de apelación interpuesto por CERVIGAL, S.L. y, en consecuencia, se incrementa la condena acordada en la primera instancia en 30.420,58 euros más, sobre los allí establecidos.

"No se hace condena en costas a ninguna de las apelantes. Procédase a la devolución del depósito constituido para recurrir a cada parte litigante".

**QUINTO.**- Contra la expresada sentencia interpuso recurso de casación el procurador D. José Jaime Pérez Alfaya en nombre y representación de Warsteiner Brauerei Haus Cramer KG, con apoyo en un único motivo: Art. 28 de la Ley de Contrato de Agencia, Ley 12/1992, y el cálculo de la cuantía y alcance de la indemnización y pruebas que se deben exigir para poder concretar la existencia del derecho de indemnización. Dicho motivo se funda igualmente en la interpretación errónea del principio general de derecho, del enriquecimiento sin causa en relación con el art. 1124 CC.

**SEXTO.**- Remitidas las actuaciones a la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo, por auto de fecha 6 de junio de 2018 se acordó admitir el recurso interpuesto y dar traslado a la parte recurrida para que formalizaran su oposición en el plazo de veinte días. Evacuado el traslado conferido, la procuradora doña María José Bueno Ramírez, en nombre y representación de Cervigal S.L. 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 10 de octubre del 2018, en que tuvo lugar.

## FUNDAMENTOS DE DERECHO

### PRIMERO.- *Resumen de antecedentes*

1. La entidad Warsteiner Brauerei Haus Cramer KG, fabricante de la marca de cerveza "Warsteiner", presentó contra la entidad Cervigal S.L, empresa distribuidora una demanda en la que solicitó la resolución de los contratos suscritos con la distribuidora y su condena al pago de 44.748,67 € derivados de la liquidación de su relación negocial.



En lo que aquí interesa, la demandada formuló demanda reconvenional en la que, entre otros extremos, solicitó la condena de la demandante al pago de 80.179,80 € en concepto de indemnización por clientela con base en el art. 28 Ley de Contrato de Agencia (en adelante, LCA).

2. La sentencia de primera instancia estimó en parte tanto la demanda como la demanda reconvenional. En este sentido, tras declarar resueltos tanto el contrato de colaboración suscrito por las partes, como los contratos de financiación comercial, condenó a la entidad Cervigal SL. al pago a Warsteiner de los importes pendientes por los préstamos recibidos y no amortizados. Y a la entidad Warsteiner al pago a Cervigal S.L. de los daños y perjuicios derivados de su incumplimiento contractual. En lo que aquí interesa, la sentencia de primera instancia no concedió la indemnización por clientela solicitada por la demandada reconviniente Cervigal S.L., en los siguientes términos:

"Esta petición debe rechazarse por razones prácticamente idénticas a las que determinan la desestimación de la petición de indemnización por el lucro cesante derivado de la pérdida del ventas de cerveza "Warsteiner" en los últimos tres meses del contrato, conforme a lo que indicábamos en el fundamento de derecho anterior.

"Así, reproduciendo prácticamente de forma literal el argumento utilizado en el anterior fundamento de derecho, no está acreditada la realidad y veracidad de las cuentas y datos que aporta la reconviniente en relación con las compras y ventas de "Warsteiner", en las que se basa el cálculo de la indemnización pretendida. La prueba documental aportada para acreditar la realidad de dichos datos, el bloque documental núm. 9 de la demanda reconvenional, no son más que estadísticas de consumo cuya fiabilidad desconocemos, cuyo valor probatorio ha sido expresamente impugnado por la reconvenida, y que además no han sido corroboradas por ningún tipo de perito o técnico imparcial tras el análisis de los correspondientes documentos contables de la empresa, como sería pertinente, sino únicamente por el testigo D. Francisco . Este último es el responsable de Administración de "Cervigal" y encargado de preparar documentos contables como los presentados en el bloque documental núm. 9, por lo que difícilmente se podrían esperar de él otras manifestaciones que las realizadas en el acto del juicio, sin perjuicio por otro lado de que prácticamente se limitó a referir que los documentos aportados están sacados directamente del programa de gestión de la empresa".

3. Interpuestos recursos de apelación por ambas partes, la sentencia de la Audiencia los estimó en parte. En lo que aquí interesa, estimó la pretensión de la demandada con relación a la indemnización por clientela y condenó a la demandante al pago de 30.420,58 € por dicho concepto. En este sentido, declaró:

"[...] Otra de las reclamaciones hechas por Cervigal S.L. se refiere a la indemnización por clientela, por cuyo concepto reclama la cantidad de 80.179,33 €. Es indudable que la actividad comercial de Cervigal ha generado, al cabo de los años, un cúmulo de clientes a los que proveía de la cerveza fabricada por Warsteiner, por tanto, no sólo contribuyó, mediante su actividad de distribución, a introducir la marca en la zona, sino que creó y mantuvo una clientela. Sobre ser algo que corresponde la propia naturaleza de las cosas y dinámica del contrato, así resulta además de lo declarado por Gregorio , que fue responsable comercial de la demandante para España y Portugal, dice este testigo que los clientes los adquiere el distribuidor, que es quien hace la labor de su captación. Quien sea el siguiente distribuidor o proveedor, por una parte, y la demandante como fabricante y vendedora de la cerveza que lleva su nombre cuenta pues con una clientela ya formada, que conocen y adquieren la cerveza en cuestión. Esto es, sin duda indemnizable. Ningún inconveniente hay en la aplicación analógica del art. 28 de la Ley 12/1992, del 27 de mayo, sobre contrato de agencia. Ocurre, ciertamente, que no conocemos las ganancias obtenidas durante los últimos cinco años para aplicar el criterio del precepto antes citado, como hemos dicho, no podemos tomar en consideración las referencias de cuadros sinópticos o exposiciones de Cervigal no verificadas por prueba objetiva. En el caso del lucro cesante no se trataba de no poder cuantificar las ganancias dejadas de obtener, sino de que no podíamos afirmar siquiera el presupuesto primero (ganancia no obtenida). Pero, ahora, partimos de un dato real que tenemos por cierto que es la efectiva generación de una clientela que, al menos, hay que entender que en parte continuará, por ello, sería injusto no reconocer compensación alguna por esa adquisición a favor de la actora, la falta de aquel dato referencial que contempla el art. 28 de la ley antes citada impedirá que se aplique al criterio legal, pero se paliará la omisión de toda reparación si se fija un mínimo que se estima prudencialmente habría de estar en todo caso en el ámbito de la indemnización que se hubiera reconocido de constar el dato de las ganancias del último quinquenio. Estima la Sala que tal cantidad puede cifrarse en 30.000 €. En este extremo, por consiguiente, ha de estimarse el recurso de Cervigal".

4. Frente a la sentencia de apelación, la demandante interpone recurso de casación.

Recurso de casación

**SEGUNDO.-** *Contrato de distribución: aplicación analógica del art. 28 LCA . Necesidad de aportar las remuneraciones percibidas como base del cálculo de la indemnización solicitada*



1. La demandante, al amparo del ordinal 3.º del art. 477.2 LEC, interpone recurso de casación que articula en un único motivo.

En dicho motivo, la recurrente denuncia la infracción del art. 28 LCA, así como la interpretación errónea del principio general del enriquecimiento sin causa en relación con el art. 1124 CC. El desarrollo del motivo no contiene referencia a esta última cuestión.

En el desarrollo del motivo, en primer lugar, argumenta que la aplicación automática del art 28 LCA en el contrato de distribución no resulta admitida por la jurisprudencia de esta sala, sin que además concurren en el presente caso los requisitos de su aplicación. En segundo lugar, cuestiona la indemnización concedida, porque en el presente caso Cervigal S.L. no ha aportado prueba alguna que acredite las ganancias obtenidas durante los últimos cinco años.

2. El motivo debe ser estimado, con las siguientes precisiones. En primer lugar, con relación a la posible aplicación analógica del art. 28 LCA al contrato de distribución, esta sala, entre otras, en la doctrina contenida en la STS 569/2013, de 8 de octubre, ha destacado que en los casos de extinción de un contrato de concesión o distribución, supuesto aquí enjuiciado, la aplicación analógica del art. 28 LCA no puede obedecer a criterios miméticos o de mero automatismo. Sin que ello suponga que resulte improcedente, en todo caso, la referida aplicación analógica. En el presente caso, la sentencia de la Audiencia entiende acreditado que la actividad comercial desplegada por Cervigal S.L. durante los años de la relación negocial no sólo contribuyó a introducir la marca de la referida cerveza en la zona de distribución, sino también a generar y mantener una clientela. Por lo que, en contra del criterio sustentado por la recurrente, la sentencia recurrida justifica correctamente la aplicación analógica del art. 28 LCA.

En segundo lugar, sin perjuicio de lo expuesto, esta sala también ha reiterado la doctrina, contenida entre otras en las SSTs 569/2013, de 8 de octubre y 163/2016, de 16 de marzo, que cuando no existe previsión contractual sobre su determinación o liquidación, este potencial aprovechamiento por el concedente, respecto de la clientela generada o acrecentada gracias al esfuerzo del distribuidor, requiere de un necesario módulo o parámetro para calcular y concretar el alcance de la compensación pretendida, tal y como expresamente prevé el núm. 3.º del art. 28 LCA para la determinación de la compensación máxima exigible. Por lo que la concreción de la compensación pretendida no puede quedar justificada correctamente en atención a criterios de mera equidad, o a una interpretación amplísima de los criterios de fijación y concreción del daño indemnizable que establecen los arts. 1101 y 1108 CC.

3. En el presente caso, la sentencia recurrida se aparta de la jurisprudencia expuesta, pues pese a reconocer, coincidiendo con el criterio sostenido por la sentencia de primera instancia, que la demandada apelante no ha aportado, tal y como le incumbía, los datos de las ganancias obtenidas durante los últimos cinco años, acuerda conceder la indemnización por clientela por razones de "justicia" y concreta su contenido, según su prudente arbitrio, en 30.000 €; sin sujeción alguna a dato o módulo que permita su cálculo de un modo verificable y objetivable. En consecuencia, procede casar la sentencia recurrida en este extremo, y al asumir la instancia estimar en parte el recurso de apelación interpuesto por la demandante Warsteiner y desestimar el recurso de apelación interpuesto por la demandada Cervigal S.L.

### **TERCERO.- Costas y depósito**

1. La estimación del recurso de casación comporta que no se haga expresa imposición de las costas causadas por el mismo, de conformidad con lo dispuesto en el art. 398.2 LEC.

2. La estimación del recurso de casación comporta la desestimación del recurso de apelación de la demandada Cervigal S.L., por lo que procede imponerle las costas de su recurso de apelación, conforme a lo dispuesto en el art. 398.1 LEC.

3. Asimismo, procede ordenar la devolución del depósito constituido para la interposición del recurso de casación, de conformidad con lo establecido en la disposición adicional 15.ª LOPJ.

### **FALLO**

Por todo lo expuesto, en nombre del Rey y por la autoridad que le confiere la Constitución, esta sala ha decidido

1. Estimar el recurso de casación interpuesto por la representación procesal de la sociedad Warsteiner Brauerei Haus Cramer KG contra la sentencia dictada, con fecha 31 de julio de 2015, por la Audiencia Provincial de Pontevedra, sección 6.ª con sede en Vigo, en el rollo de apelación núm. 684/2013, que se casa y anula en parte.

2. Desestimar el recurso de apelación interpuesto por la demandada Cervigal S.L. y mantener el resto de los pronunciamientos de la sentencia recurrida.



3. No hacer expresa imposición de costas de recurso de casación.
4. Imponer a Cervigal S.L. las costas de su recurso de apelación.
5. Ordenar la devolución del depósito constituido para la interposición del recurso de casación.

Notifíquese esta resolución a las partes e insértese en la colección legislativa.

Así se acuerda y firma.

Francisco Marin Castan Ignacio Sancho Gargallo

Francisco Javier Orduña Moreno Rafael Saraza Jimena

Pedro Jose Vela Torres

FONDO DOCUMENTAL CENDOJ