



Roj: **STS 6721/2012** - ECLI: **ES:TS:2012:6721**

Id Cendoj: **28079110012012100595**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **1**

Fecha: **02/10/2012**

Nº de Recurso: **1656/2009**

Nº de Resolución: **560/2012**

Procedimiento: **CIVIL**

Ponente: **IGNACIO SANCHO GARGALLO**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Resoluciones del caso: **SAP V 1535/2009,**
STS 6721/2012

SENTENCIA

En la Villa de Madrid, a dos de Octubre de dos mil doce.

Vistos por la Sala Primera del Tribunal Supremo, integrada por los Magistrados al margen indicados, el recurso extraordinario por infracción procesal y recurso de casación interpuestos respecto la sentencia dictada en grado de apelación por la sección 9ª de la Audiencia Provincial de Valencia, como consecuencia de autos de juicio ordinario seguidos ante el Juzgado de Primera Instancia núm. 2 de Mislata.

El recurso fue interpuesto por la entidad Berenguer & López S.L. representada por la procuradora Dª. María del Pilar Vega Valdesueiro.

Es parte recurrida la entidad Hijos de Antonio Barceló S.A., representada por la procuradora Dª. Mercedes Caro Bonilla.

ANTECEDENTES DE HECHO

Tramitación en primera instancia

1. La procuradora Dª. Mª. Angeles Esteban Álvarez, en nombre y representación de la entidad Berenguer y López S.L., interpuso demanda de juicio ordinario ante el Juzgado de Primera Instancia núm. 2 de Mislata, contra la entidad Hijos de Antonio Barceló S.A., para que se dictase sentencia:

"por la que condene a la demandada a:

1.- Abonar la cantidad de trescientos veintitrés mil seiscientos setenta y seis euros con ochenta y dos céntimos (323.676,82 eur.) más los intereses legales desde la reclamación extrajudicial.

2.- Satisfacer el importe que se determine en concepto de daños y perjuicios por el incumplimiento contractual de la demandada de la exclusividad concedida a la demandante en el suministro a las cadenas alimentarias en la provincia de Valencia, más sus intereses legales.

3.- Abonar las costas causadas en el presente procedimiento, por su mala fe."

2. El procurador D. Ramón Antonio Biforcós Sancho, en representación de la entidad Hijos de Antonio Barceló S.A., contestó a la demanda y suplicó al Juzgado dictase sentencia:

"por la que desestime la demanda en todas sus partes, absolviendo a Hijos de Antonio Barceló, S.A. de todos los pedimentos de la misma, imponiendo las costas a la actora con expresa declaración de temeridad."

3. El Juez de Primera Instancia núm. 2 de Mislata dictó Sentencia con fecha 30 de junio de 2008 , con la siguiente parte dispositiva:

"FALLO: Que debo desestimar y desestimo la demanda interpuesta por la representación de Berenguer y López S.L. contra Hijos de Antonio Barceló S.A., declarando no haber lugar a declarar la responsabilidad de la demandada, absolviéndola de pagar la cantidad reclamada, con expresa imposición de las costas procesales a la parte demandante."

Tramitación en segunda instancia

4. La sentencia de primera instancia fue recurrida en apelación por la representación de la entidad Berenguer y López S.L.

La resolución de este recurso correspondió a la Sección 9ª de la Audiencia Provincial de Valencia, mediante Sentencia de fecha 26 de mayo de 2009 , cuya parte dispositiva es como sigue:

"FALLO: Se desestima el recurso de apelación interpuesto por Berenguer y López S.L. contra la sentencia dictada el 30 de junio de 2008 por el Juzgado de Primera Instancia 2 de Mislata , en el juicio ordinario 188/06 de dicho Juzgado, que se confirma, sin expresa imposición de las costas generadas, en ninguna de las instancias."

5. Instada la aclaración de la anterior sentencia por la representación procesal de Berenguer y López S.L., la Audiencia Provincial de Valencia, Sección 9ª, dictó Auto de fecha 4 de junio de 2009 , con la siguiente parte dispositiva:

"LA SALA ACUERDA: HABER LUGAR a la aclaración de la Sentencia dictada por esta Sala en relación a la exposición contenida en el fundamento jurídico 1º) punto d) donde debe decir "supuestamente competidores" en lugar de "consumidores"; concretar la expresión el fundamento jurídico 4º b) en cuanto a que es "la documentación final de la demanda que la propia demandante aporta"; sin que proceda la aclaración del apartado tercero.

Rectificar la parte dispositiva de la sentencia dictada por la Sala en el sentido que resulta del fundamento jurídico sexto, es decir, que se estima, en parte, el recurso de apelación interpuesto por Berenguer y López S.L. contra la sentencia dictada el 3 de junio de 2008 por el Juzgado de Primera Instancia 2 de Mislata , en el juicio ordinario 188/06 de dicho Juzgado, que se confirma, salvo en cuanto a pronunciamiento en costas, sin expresa imposición de las costas generadas, en ninguna de las instancias."

Interposición y tramitación del recurso extraordinario por infracción procesal y recurso de casación

6. La Procurador Dª. Mª. Angeles Esteban Álvarez, en nombre y representación de la entidad Berenguer y López, S.L. interpuso recurso extraordinario por infracción procesal y recurso de casación ante la Audiencia Provincial de Valencia, sección 9ª.

Los motivos del recurso extraordinario por infracción procesal fueron:

"1º) Infracción del art. 460.2.1ª de la Ley de Enjuiciamiento Civil al inadmitirse las pruebas en segunda instancia con infracción del art. 281.1 de la LEC , en relación con los siguientes preceptos:

a) Infracción de los arts. 265.3 y 426.5 de la LEC .

b) Infracción de los arts. 270.1.1 º y 427.1 de la LEC .

c) Infracción de los arts. 327 y 328 de la LEC .

d) Infracción del art. 338.2 de la LEC .

e) Infracción de los arts. 360 y 363 de la LEC .

2º) Infracción de los siguientes preceptos:

a) Infracción del art. 218.1 de la LEC .

b) Infracción del art. 218.2 de la LEC en relación con los arts. 281.3 y 405.2 sobre hechos incontrovertidos.

c) Infracción del art. 218.2 de la LEC en relación con el art. 335.

d) Infracción del art. 218.1.2º de la LEC sobre la obligación del Tribunal de resolver conforme a las normas aplicables al caso.

e) Infracción del art. 218.2 de la LEC sobre fundamentación y motivación de las sentencias.

f) Infracción del art. 217.3 de la LEC sobre la imposición de la carga de la prueba de los hechos impositivos al demandado."

Los motivos del recurso de casación fueron:



1º) *Infracción por interpretación errónea del art. 31, en relación con los arts. 28 y 29, todos ellos de la Ley 12/1992 reguladora del Contrato de Agencia.*

2º) *Infracción de la doctrina jurisprudencial sobre "los contratos son los que son y no lo que las partes dicen que son".*

3º) *Infracción por inaplicación de los arts. 1, 3, 5, 6, 9, 10, 11, 12, 14, 15 y 16 de la Ley de Contrato de Agencia.*

4º) *Infracción del art. 28 de la Ley de Contrato de Agencia.*

5º) *Infracción del art. 25 de la Ley de Contrato de Agencia.*

6º) *Infracción del art. 1.124 del Código Civil.*

7º) *Infracción de la doctrina jurisprudencial sobre el contrato de distribución en exclusiva en lo relativo a la indemnización por aportación de clientela.*

8º) *Infracción de la jurisprudencia relativa a la indemnización por clientela en cuanto que no es necesaria que se imponga al distribuidor la prueba de que la empresa concedente iba a continuar beneficiándose en el futuro de forma relevante de la clientela generada.*

9º) *Infracción de los arts. 6.2.f de la Ley 16/1989 de 17 de julio de Defensa de la Competencia, modificada y ampliada por la Ley 52/1999 de 28 de diciembre y del art. 16.3 de la Ley 3/1991 de Competencia Desleal.*

10º) *Infracción de la jurisprudencia que establece la obligación de indemnizar al distribuidor que se le haya resuelto el contrato sin el preaviso debido."*

7. Por Providencia de fecha de 17 de septiembre de 2009, la Audiencia Provincial de Valencia, sección 9ª, tuvo por interpuestos el recurso extraordinario por infracción procesal y el recurso de casación mencionados, y acordó remitir las actuaciones a la Sala Primera del Tribunal Supremo con emplazamiento de las partes para comparecer por término de treinta días.

8. Recibidas las actuaciones en esta Sala, comparecen como parte recurrente la entidad Berenguer & López, S.L., representada por la procuradora Dª. María del Pilar Vega Valdesueiro; y como parte recurrida la entidad Hijos de Antonio Barcelo, S.A., representada por la procuradora Dª. Mercedes Caro Bonilla.

9. Esta Sala dictó Auto de fecha 22 de junio de 2010, cuya parte dispositiva es como sigue:

"ADMITIR LOS RECURSOS EXTRAORDINARIO POR INFRACCIÓN PROCESAL Y DE CASACIÓN interpuestos por la representación de BERENGUER Y LÓPEZ, S.L. contra la Sentencia dictada por la Audiencia Provincial de Valencia, (Sección 9ª), de fecha 26 de mayo de 2009, en el rollo nº 138/2009, dimanante de los autos de juicio ordinario nº 188/2006 del Juzgado de Primera instancia nº 2 de Mislata."

10. No presentándose escrito de oposición por la representación de la parte recurrida, se señaló para votación y fallo el día 6 de septiembre de 2012, en que ha tenido lugar.

Ha sido Ponente el Magistrado Excmo. Sr. D. **Ignacio Sancho Gargallo**,

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Resumen de antecedentes

1. La actora, Berenguer y López, S.L. (en adelante, Berenguer), alega en su demanda que había mantenido relaciones comerciales de distribución y de agencia de varios productos (los vinos "Peñasal", "Realeza" y "Viña Mayor") de la demandada, Hijos de Antonio Barcelo, S.A. (en adelante, HABSA). En concreto, la demanda distingue entre el canal de hostelería, que comprende hoteles, restaurantes y cafeterías, del canal alimentación, que comprende supermercados, cadenas de alimentación, etc. Respecto del canal de hostelería, la actora sostiene que la relación comercial era la propia del contrato de distribución, mientras que para el canal alimentación la relación, que inicialmente fue de distribución, se había convertido desde hacía años en una agencia comercial. En cualquier caso esta relación contractual no estaba formalizada en un contrato escrito, sino que era verbal.

La demanda narra que el día 30 de julio de 2004 esta relación contractual fue resuelta unilateralmente por HABSA, a través de un requerimiento notarial. Sobre la base de esta resolución contractual, Berenguer ejercita en su demanda cinco acciones distintas.

Las tres primeras se refieren a la relación comercial de agencia en el canal alimentación: la de indemnización por clientela por la extinción del contrato de agencia (111.653,56 euros); la de indemnización de daños y perjuicios por falta de preaviso suficiente en la extinción del contrato de agencia (46.522,30 euros); y la de



indemnización de daños y perjuicios, por incumplimiento del pacto de exclusividad que se había convenido en el contrato de agencia (en una cuantía inicialmente indeterminada).

Las restantes dos acciones afectan a la relación comercial de distribución en el canal de hostelería: la de enriquecimiento injusto por la ventaja obtenida con la clientela alcanzada por Berenguer de la cual va a seguir beneficiándose HABSA después de la resolución del contrato de distribución y que cifra en 116.824'21 euros; y la de indemnización de daños y perjuicios por falta de preaviso suficiente en la extinción del contrato de distribución en exclusiva (48.676,75 euros).

2. La sentencia de primera instancia, con una argumentación clara y completa, analiza en primer lugar las pretensiones relativas a la relación comercial del canal alimentación y, después de analizar las pruebas practicadas, concluye que no queda acreditado que dicha relación sea la propia del contrato de agencia. Entiende que, a falta de un contrato escrito, correspondía a la actora desplegar la actividad probatoria suficiente para justificar que la labor que desarrollaba era la de un agente comercial. En este sentido, analiza cuál es la mecánica ordinaria de un contrato de agencia y echa en falta que no se hubieran aportado las notas de pedido que, como intermediario, habría logrado por cuenta de HABSA. La magistrada de primera instancia entiende que Berenguer prestaba un servicio de almacenamiento y reparto del vino que HABSA vendía directamente a las grandes superficies. De hecho, entiende acreditado que las ventas se firmaban directamente por HABSA con los jefes nacionales de compra de cada cadena de alimentación. Una vez fijadas las condiciones de venta, el precio y el servicio, los centros remitían los concretos pedidos (productos y cantidades) a HABSA, quien buscaba el distribuidor de aquella zona con quien tenía concertado un servicio logístico de almacenamiento y entrega de productos, a quien pasaba el pedido. De este modo, la sentencia de primera instancia acoge la tesis de la demandada y entiende que, respecto de las grandes superficies de alimentación, Berenguer desarrollaba una labor de distribución, junto con servicios de almacenaje y suministro, como la propia actora refleja en algunas de sus facturas, aportadas por la demandada. Consiguientemente, como las tres primeras acciones tenían como presupuesto lógico la existencia de un contrato de agencia, de cuya resolución derivarían dichas acciones, que se apoyaban, además, en la normativa propia del contrato de agencia, la sentencia de primera instancia las desestima después de haber constatado que no concurrían los requisitos propios del contrato de agencia.

En relación con las otras dos acciones que afectan a la distribución de vinos en el canal de hostelería, la sentencia de primera instancia advierte que nadie discute la calificación jurídica del contrato. En cuanto a la primera acción, por la que se pretendía una indemnización por clientela, por entender que concurrían las circunstancias que justificarían una aplicación analógica del art. 28 LCA, la magistrada de primera instancia entiende que para que pudiera prosperar esta pretensión la actora debería haber acreditado: 1º que aportó nuevos clientes a HABSA o que incrementó sensiblemente las operaciones con la clientela preexistente; 2º que su actividad anterior a la extinción del contrato puede continuar produciendo ventajas sustanciales a HABSA; y 3º que la indemnización resulta equitativamente procedente por la existencia de pactos de limitación de la competencia, por las comisiones que pierde o por otras circunstancias. La sentencia de primera instancia deja constancia de que la actora no ha acreditado a qué clientes afectaría la pérdida de clientela, pues ni siquiera indica qué nuevos clientes habría aportado a HABSA o el incremento sensible de pedidos logrado por su mediación respecto de los que ya tenía antes HABSA. Por todo ello desestima la pretensión de indemnización por pérdida de clientela.

La última acción, de indemnización por haberse resuelto el contrato sin preaviso, es también desestimada porque la resolución vino motivada por el incumplimiento contractual de Berenguer, que habría comercializado otros vinos de competidores ("Yllera" frente a "Viña Mayor" y "Realeza"; y vinos Lambrusco frente a "Peñascal"), además de haberse producido una drástica caída de ventas.

3. La sentencia de primera instancia fue recurrida en apelación por Berenguer, quien en su recurso volvió a pedir la prueba que le había sido inadmitida en primera instancia (documental, pericial, exhibición de libros contables y testifical), y la Audiencia denegó esta nueva petición de prueba.

En su recurso de apelación, la Audiencia ratifica el planteamiento y la argumentación de la sentencia apelada y, consiguientemente, desestima íntegramente la apelación.

4. Frente a la sentencia de apelación, Berenguer interpuso tanto recurso extraordinario por infracción procesal como recurso de casación.

i) El recurso extraordinario por infracción procesal se articula a través de dos motivos.

El primer motivo se ampara en el art. 469.1.3º LEC (" *infracción de las normas legales que rigen los actos y garantías del proceso cuando la infracción determine la nulidad conforme a la ley o hubiere podido producir*



indefensión"), y denuncia la infracción del art. 460.2.1ª LEC por la prueba denegada en segunda instancia, que le ha ocasionado indefensión.

El segundo motivo se ampara en el art. 469.1.2º LEC ("*Infracción de las normas reguladoras de la sentencia*") y denuncia: a) defectos graves de claridad y precisión en la sentencia; b) haber omitido hechos que resultaron incontrovertidos; c) defectos en la valoración del dictamen pericial; d) no haber aplicado la normativa pertinente aunque no hubiera sido expresamente alegada en la demanda; e) defectos en la motivación de la sentencia; f) y vulneración de las reglas de la carga de la prueba, pues no se impone a la demandada la carga de probar los hechos impositivos aducidos en su contestación.

ii) El recurso de casación se articula a través de diez motivos. De ellos, los cinco primeros se refieren a las tres acciones que partían, como presupuesto, de la relación de agencia respecto del canal de alimentación: 1º infracción del art. 31 LCA, pues se aprecia de forma equivocada la prescripción de las acciones por el transcurso de un año, al no tener en cuenta que el plazo fue correctamente interrumpido; 2º infracción de la jurisprudencia "sobre que los contratos son lo que son y no lo que las partes dicen que son"; 3º infracción por inaplicación de los arts. 1, 3, 5, 6, 9, 10, 11, 12, 14, 15 y 16 LCA, al no apreciar la sentencia que existía un contrato de agencia comercial; 4º Infracción del art. 28 LCA al declarar que la indemnización por clientela en el contrato de agencia deviene por un pronóstico razonable acerca de cuál será el futuro comportamiento de la clientela; 5º Infracción del art. 25 LCA y de la jurisprudencia que lo interpreta en relación con la falta de preaviso suficiente y sus consecuencias indemnizatorias.

Los siguientes motivos se refieren a las otras dos acciones, ejercitadas en relación con el contrato de distribución de vinos en el canal de hostelería: 6º Infracción del art. 1124 CC al apreciar indebidamente la resolución del contrato por incumplimiento de Berenguer; 7º infracción de la jurisprudencia sobre la aplicación al contrato de distribución de la indemnización por aportación de clientela; 8º infracción de la jurisprudencia sobre la indemnización por clientela porque no es necesario que se imponga al distribuidor la prueba de que la empresa concedente iba a continuar beneficiándose en el futuro de forma relevante de la clientela generada; 9º Infracción de los arts. 6. 2. f) LDC 1989 y 16.3.a) LCD, respecto de la resolución sin preaviso; y 10º infracción de la jurisprudencia que establece la obligación de indemnizar al distribuidor a quien se le hubiera resuelto el contrato sin el preaviso debido.

Primer motivo del recurso extraordinario por infracción procesal: denegación de la prueba propuesta en apelación

5. El primer motivo del recurso extraordinario por infracción procesal se formula al amparo del art. 469.1.3º LEC ("*infracción de las normas legales que rigen los actos y garantías del proceso cuando la infracción determinare la nulidad conforme a la ley o hubiere podido producir indefensión*"). En concreto, denuncia que la Audiencia ha infringido el art. 460.2.1ª LEC al denegar la prueba propuesta por Berenguer con su recurso de apelación, lo que le ha ocasionado indefensión.

Dentro de este motivo, aparecen cinco submotivos, en torno a los cuales el recurso agrupa la prueba propuesta y denegada:

i) El primero se refiere a un bloque de documentos aportados en la audiencia previa y que fueron inadmitidos ya entonces por extemporáneos, porque debían haberse aportado con la demanda, conforme al art. 265.1.1ª LEC. El recurso entiende que con esta denegación, reiterada en apelación, se habrían infringido los arts. 265.3 y 426.5 LEC, y argumenta que se trata de documentos complementarios, cuya aportación viene provocada por alegaciones de la contestación a la demanda.

ii) El segundo submotivo versa sobre una serie de documentos posteriores a la fecha de la demanda, respecto de los que la demandada ni siquiera se opuso a su admisión. El recurso argumenta que el rechazo de esta documental, reiterada en apelación, supone la infracción de los arts. 270.1.1º y 427.1 LEC.

iii) El tercer submotivo afecta a la prueba de exhibición documental y de libros de comercio solicitada y denegada, lo que, según el recurso, supone una infracción de los arts. 327 y 328 LEC.

iv) El cuarto submotivo se refiere a la prueba pericial solicitada y denegada en la audiencia previa, cuya petición se reiteró en el recurso de apelación. Con esta pericial se quería acreditar que no hubo caída de ventas en relación con la distribución de vino de HABSA en el canal hostelería y rebatir la impugnación realizada por la contestación a la demanda de los documentos 42 y 43 de la demanda, que eran los resúmenes contables de los que se desprendían las indemnizaciones interesadas por esta parte. El recurso argumenta que esta denegación supone una infracción del art. 338.2 LEC.

v) Finalmente, el quinto submotivo afecta a la prueba testifical propuesta en segunda instancia, cuya denegación infringe los arts. 360 y 363 LEC.



El motivo, y con él todos los submotivos, debe ser desestimado por las razones que exponemos a continuación.

6. Necesariamente, hemos de partir de la doctrina sentada por la Sala acerca de en qué medida la denegación de prueba puede justificar un recurso extraordinario por infracción procesal. Esta doctrina se haya contenida en la Sentencia 845/2010, de 10 de diciembre :

"Tal y como ha señalado esta Sala (por todas, STS de 23 de marzo de 2010, RC n.º 1335/2006) el derecho a utilizar los medios de prueba pertinentes para la defensa reconocido en el artículo 24.2 CE , implica, según la jurisprudencia constitucional, que este derecho garantiza a las partes la posibilidad de impulsar una actividad probatoria acorde con sus intereses (SSTC 173/2000, de 26 de junio , FJ 3 , 131/1995, de 11 de septiembre, FJ 2 y 1/2004, de 14 de enero , F2).

El alcance de este derecho está sujeto a una delimitación de diverso sentido, a la que se ha referido esta Sala en la STS de 22 de febrero de 2006, RC n.º 2355/1999 , y que se resume en las siguientes características:

i) Pertinencia. El art. 24.2 CE , que se refiere a la utilización de los medios de prueba «pertinentes», implica que su reconocimiento no ampara un hipotético derecho a llevar a cabo una actividad probatoria ilimitada, en virtud de la cual las partes estarían facultadas para exigir cualesquiera pruebas que tengan a bien proponer, sino que atribuye sólo el derecho a la admisión y práctica de las que sean pertinentes, entendiendo por tales aquellas pruebas que tengan una relación con el *thema decidendi* [supuesto que debe decidirse] (SSTC 147/2002, de 15 de junio , FJ 4 ; 70/2002, de 3 de abril , FJ 5 ; 165/2001, de 16 de julio, FJ 2 a); y 96/2000, de 10 de abril , FJ 2]), pues lo contrario significaría que se pudiese alargar indebidamente el proceso o se discutiesen cuestiones ajenas a su finalidad (AATC 96/1981, de 30 de septiembre , FJ 2 ; 460/1983, de 13 de octubre, FJ 6 ; y 569/1983, de 23 de noviembre , FJ 6), vulnerándose así el derecho de las otras partes a obtener un proceso sin dilaciones indebidas reconocido también en el art. 24.2 CE (STC 17/1984, 7 de febrero , FJ 4).

ii) Diligencia. Tratándose de un derecho de configuración legal, la garantía que incorpora ha de realizarse en el marco legal establecido en el ordenamiento jurídico respecto a su ejercicio (SSTC 173/2000, de 26 de junio, FJ 3 , y 167/1988, de 27 de septiembre , FJ 2). Es preciso, por un lado, que la parte legitimada haya solicitado la prueba en la forma y momento legalmente establecido y que el medio de prueba esté autorizado por el ordenamiento (STC 236/2002, de 9 de diciembre , FJ 4 ; 147/2002, de 15 de junio , FJ 4 ; 165/2001, de 16 de julio , FJ 2 ; y 96/2000, de 10 de abril , FJ 2).

iii) Relevancia. Es exigible que se acredite por la parte recurrente, a quien corresponde la carga procesal correspondiente, la existencia de una indefensión constitucionalmente relevante [por todas, STC 157/2000, de 12 de junio , FJ 2 c)]; cosa que se traduce en la necesidad de demostrar que la actividad probatoria que no fue admitida o practicada era decisiva en términos de defensa (STC 147/2002, de 15 de julio , FJ 4), esto es, que hubiera podido tener una influencia decisiva en la resolución del pleito (STC 70/2002, de 3 de abril , FJ 5), al ser susceptible de alterar el fallo en favor del recurrente (STC 116/1983, de 7 de diciembre , FJ 3)".

7. De este modo, al revisar la procedencia de la denegación de la prueba debemos tener presente su pertinencia y su trascendencia para que fueran estimadas las pretensiones de la recurrente. En unos casos, el motivo se desestima porque la prueba fue correctamente denegada y en otros, sin necesidad de analizar si procedía su admisión, porque es clara su falta de relevancia a los efectos de generar indefensión.

La prueba denegada por la Audiencia había sido propuesta en el recurso de apelación. Según el art. 460.2.1ª LEC , que se denuncia infringido con la denegación de la prueba, " en el escrito de interposición se podrá pedir, además, la práctica en segunda instancia de las pruebas siguientes: 1ª Las que hubieren sido indebidamente denegadas en la primera instancia, siempre que se hubiere intentado la reposición de la resolución denegatoria o se hubiere formulado la oportuna protesta en la vista (...)".

i) El primer bloque documental, que había sido aportado por Berenguer en la audiencia previa, trataba de justificar su actuación como agente en relación con el canal de alimentación. La aportación de estos documentos fue rechazada por la magistrada de primera instancia por entender que su aportación era extemporánea, ya que debían haberlo sido con la demanda, conforme a lo prescrito en el art. 265.1.1ª LEC . La denegación fue recurrida en reposición, razón por la cual la aportación de esta prueba documental pudo reiterarse después con el recurso de apelación.

La Audiencia la denegó porque consideró que, contrariamente a lo argumentado por la recurrente, los documentos aportados no eran "complementarios" y no derivaban de la contestación a la demanda ni de las alegaciones complementarias vertidas en la audiencia previa. Con esos documentos la actora pretendía acreditar su actividad promocional frente a las grandes superficies, como rasgo característico de la relación contractual de agencia, que constituye a su vez un presupuesto esencial para que pudieran prosperar las tres primeras pretensiones indemnizatorias (las que afectaban al canal alimentación).



La prueba documental fue correctamente denegada pues, sin perjuicio de que la demandada negara tales hechos constitutivos de la pretensión indemnizatoria de la actora, aquellos que permitirían concluir al tribunal que existía una relación contractual propia del contrato de agencia, pesaba sobre Berenguer la carga de alegarlos en su demanda y de acreditarlos, lo que, en relación con la documental, se manifiesta en la necesidad de aportarla con la demanda, conforme a lo prescrito en el art. 265.1.1ª LEC . Por esta razón, no cabe entender que nos hallemos en el supuesto del art. 265.3 LEC , como pretende la recurrente, pues para ello sería necesario que la "relevancia o interés" de la documental "sólo" se hubiera puesto de manifiesto por las alegaciones vertidas en la contestación a la demanda, que no es el caso. La contestación a la demanda lo que puso en evidencia fue la insuficiencia de la documentación aportada con la demanda para probar la relación de agencia que, por tratarse de un hecho constitutivo de sus tres primeras pretensiones, exigía que desde el principio la actora tuviera que aportar los documentos con los que pretendía probar los hechos propios de esta relación de agencia, como es la actividad promocional frente a las grandes superficies.

ii) El segundo submotivo afecta a otros documentos que eran de fecha posterior a la demanda y que, a pesar de no haberse opuesto inicialmente la demandada, fueron inadmitidos, primero en la audiencia previa y, más tarde, en la segunda instancia. La denegación de estos documentos, sin perjuicio de que estuviera o no justificada, carece de relevancia para la estimación del recurso por infracción procesal.

La recurrente tan sólo argumenta la trascendencia respecto de uno de los documentos, el nº 80, que es una factura de 25 de octubre de 2006, de Sagunto Distribución, SL, actual distribuidor de los productos de la demandada, en la que aparece que vende tanto "Peñasal" como vino Lambrusco. Según Berenguer, este documento es clave para entender que no había motivo real para justificar la resolución del contrato.

Como puede advertirse, este documento afectaría a la resolución del contrato de distribución de vinos en el canal de hostelería, y por lo tanto a las pretensiones cuarta y quinta de la demanda, más en concreto a la quinta, que fue desestimada porque la resolución del contrato por parte de HABSA estaba justificada por el incumplimiento contractual de Berenguer, al comercializar vinos de la competencia, entre los que se encontraba el vino lambrusco, respecto del vino "Peñasal".

Su inadmisión carece de relevancia, pues lo mismo acreditaba el documento nº 79, que sí fue admitido, y no alteró la valoración de la prueba realizada por el tribunal de apelación, que no dejó de concluir que la comercialización de vino lambrusco y el vino "Yllera", por parte de la actora, en el conjunto de la relación comercial con HABSA constituía un incumplimiento contractual, porque se había convenido que no se comercializara vinos de la competencia. Además desconocemos los pactos específicos que se convinieron con estos otros distribuidores en relación a la comercialización de vinos de la competencia. En cualquier caso, lo relevante ya no es la inadmisión del documento 80, sino la valoración que el tribunal hace de la prueba, que es ajena al presente motivo.

iii) El tercer submotivo versa sobre la inadmisión de la prueba de exhibición de libros solicitada por la actora en la audiencia previa, que también le fue denegada. Cuando se reiteró su admisión con motivo del recurso de apelación, la Audiencia la rechazó porque con ello se pretendía acreditar que no había existido una caída de ventas, lo que ya había sido aducido por HABSA antes de que se presentara la demanda, para justificar la resolución del contrato, por lo que no se trata de documentos destinados a enervar alegaciones ulteriores, y respecto de la exhibición de libros, porque la solicitud era excesivamente amplia e inconcreta.

Además de que resulte justificada la inadmisión, porque la propia demanda niega la existencia de la caída de ventas (Hecho Quinto, apartado C), para contrarrestar la razón aducida por HABSA en la comunicación de la resolución del contrato, es irrelevante ya que, como el propio recurso reconoce, la Audiencia no se basó en la caída de ventas para apreciar la procedencia de la resolución por incumplimiento, sino que se basó exclusivamente en la comercialización de otros vinos que hacían competencia a los de HABSA. También carece de relevancia en relación con la cuantificación de la indemnización pues no se ha desestimado esa pretensión indemnizatoria.

iv) El cuarto submotivo versa sobre la inadmisión de una prueba pericial judicial, por haberse solicitado de forma extemporánea. El recurso argumenta que la petición posterior a la contestación a la demanda vino motivada precisamente por dicha contestación, razón por la cual procedía su admisión al amparo del art. 338.2 LEC . Con este dictamen, argumenta el recurso, se pretende acreditar que no hubo caída de ventas y rebatir la impugnación que la contestación a la demanda hacía de los documentos 41 y 42 de la demanda.

Respecto de la acreditación de la caída de ventas, ya hemos advertido en el subapartado anterior, que cualquier prueba que pretenda negar este hecho resulta irrelevante ya que la procedencia de la resolución no se basó en la caída de ventas.



Y en cuanto a la acreditación de la conformidad de la información contenida en los documentos 41 y 42 con la contabilidad, es algo que resulta igualmente irrelevante. Estos documentos versan sobre la cuantificación de las indemnizaciones por la pérdida de clientela, tras la resolución de la relación contractual, que abarca tanto a la de agencia (canal alimentación) como a la de distribución (canal hostelería), por analogía con el art. 28 LC. Para que en ambos casos la constatación de estos datos con la contabilidad tuviera relevancia sería necesario que previamente procediera la declaración de que, respecto del canal alimentación, existía un contrato de agencia, y respecto del canal hostelería se había acreditado la procedencia de la indemnización mediante la justificación de los nuevos clientes conseguidos por la actora o de aquellos respecto de los cuales había conseguido, mientras medie la relación comercial, un aumento significativo de compras. Como la sentencia de la Audiencia denegó la procedencia de la indemnización en ambos casos, porque no se daban los presupuestos que las justificaran, resulta irrelevante la denegación de la prueba que verse o contribuya a cuantificar la indemnización por clientela.

v) El quinto submotivo tiene que ver con la denegación de la prueba testifical solicitada, en concreto el testimonio de Javier, que fue jefe de ventas de Mercadona, Leoncio, que fue jefe de compras de Carrefour en Valencia, y Melchor, Maitre-sommelier de un restaurante. Esta prueba fue denegada tanto en primera como en segunda instancia porque ya había sido solicitada y practicada la prueba de los jefes de venta de Mercadona y de Carrefour, y se entendía innecesaria su admisión. Por supuesto que la declaración de estos tres testigos podría haber aportado algo distinto de lo ya manifestado por los testigos admitidos, pero no consta que, a la vista del resto de las pruebas practicadas, la denegación de estos tres testigos fuera tan relevante que dichas declaraciones por sí mismas hubieran ocasionado un cambio en la convicción del juez sobre la procedencia de estimar las pretensiones de la actora.

Además, como recordamos en la sentencia 845/10, de 10 de diciembre, "no puede obviar la recurrente que, de haber sido admitida la prueba propuesta por concurrir el supuesto legal y apreciarse su pertinencia y utilidad, solo a la AP le competía fijar su alcance en orden a tener o no por acreditado el hecho discutido, pudiendo valorarlo, no aisladamente o con el carácter y la prevalencia sobre las restantes pruebas que se desprende de las alegaciones de la parte sino de forma conjunta con el resto del material probatorio, lo que no asegura un resultado distinto del que se alcanzó en su ausencia, valoración que ya se ha dicho no cabe desvirtuar mediante el análisis aislado de las pruebas practicadas, y con menor razón, con base en las particulares conclusiones que pueda extraer la parte de elementos de prueba no admitidos ni valorados por el tribunal sentenciador".

Finalmente, conviene aclarar algo que sirve también para reforzar la denegación del resto de los submotivos. Aunque la sentencia, al denegar las tres primeras pretensiones de la demanda, que se apoyaban en la existencia de un contrato de agencia respecto del canal alimentación, achaque a la actora que a ella le correspondía acreditar los hechos constitutivos de su pretensión, entre los que se encuentran los que permitirían apreciar la existencia del contrato de agencia, no aplica propiamente las reglas de la carga de la prueba, sino que entra a valorar la pruebas practicadas, que han sido bastantes, y concluye que, por la relación directa existente entre HABSA y los jefes de compras de las grandes superficies, la fijación de las condiciones de compra y la mecánica en que se daba curso a los pedidos, Berenguer no llevaba a cabo una labor propia de agencia sino la de un distribuidor que prestaba además servicios logísticos.

Segundo motivo del recurso extraordinario por infracción procesal: infracción de las normas reguladoras de la sentencia

8. Este segundo motivo, que también está dividido en varios submotivos, se ampara en el art. 469.1.2ª LEC y denuncia que la sentencia recurrida ha infringido las normas reguladoras de la sentencia.

Como veremos a continuación, también este segundo motivo debe ser desestimado.

i) El primer submotivo argumenta que la sentencia carece de claridad, precisión y congruencia. Para ello, entresaca cinco frases de la sentencia, en las que se llevan a cabo apreciaciones respecto de las que el recurso difiere. En realidad, el problema no es de falta de claridad o coherencia interna de la sentencia, sino que la actora no está conforme con la valoración de la prueba realizada por la Audiencia ni con sus conclusiones. La valoración de la prueba corresponde a la instancia y sólo puede ser revisada en casos muy excepcionales, por el cauce adecuado, que no es el presente.

Como hemos recordado en otras ocasiones, por ejemplo en la Sentencia 326/2012, de 3 de mayo, la valoración de la prueba es función de instancia y, aunque excepcionalmente cabría justificar un recurso por infracción procesal en la existencia de un error patente o arbitrariedad en la valoración realizada por la sentencia recurrida que comportara una infracción del derecho a la tutela judicial efectiva (Sentencia 196/2010, de 13 de abril), debía haberse planteado al amparo del apartado 4º del art. 469.1 (" vulneración, en el proceso civil, de derechos fundamentales reconocidos en el artículo 24 de la Constitucional ") y no del apartado 2º (Sentencias 432/2009, de 18 de junio ; 495/2009, de 8 de julio y 211/2010, de 30 de marzo).



ii) El segundo submotivo, que denuncia que la sentencia recurrida no ha tomado en consideración hechos que habían resultado incontrovertidos por las partes, debe ser desestimado porque lo esencial es que la sentencia refleje los hechos que considera relevantes para la resolución del asunto, de tal forma que la omisión de algún posible hecho no discutido, mientras no sea relevante, no puede provocar la nulidad de la sentencia, y en este caso no consta que lo fueran por sí solos. Lo serían si, además, cambiara la valoración de la prueba realizada por el tribunal de apelación, lo que, como ya hemos argumentado no es ahora susceptible de revisión.

iii) El tercer submotivo pretende revisar la valoración realizada en la sentencia recurrida de la prueba pericial, de modo que se denuncia la infracción del art. 335 LEC, en relación con lo que es objeto de esta prueba, y la cuestión de si pueden tenerse en cuenta en dicho informe pericial hechos no aportados previamente al procedimiento. Procede desestimar este submotivo porque lo aducido no constituye propiamente una infracción de las normas reguladoras de la sentencia, sino que afecta, como ya hemos indicado, a la valoración de la prueba, que corresponde a la instancia y que, sólo excepcionalmente, puede revisarse por otro cauce distinto, al amparo del motivo contenido en el art. 469.1.4ª LEC.

iv) El cuarto submotivo entiende que la sentencia ha infringido el art. 218.1.2º inciso LEC, que impone al tribunal resolver conforme a las normas aplicables al caso, aunque no hayan sido acertadamente citadas o alegadas por los litigantes. La sentencia entendió que las tres primeras pretensiones indemnizatorias se apoyaban en la existencia del contrato de agencia en relación con el canal alimentación, y al no apreciar tal relación de agencia, desestima las pretensiones indemnizatorias. El recurso argumenta que cabía haber reconocido estas indemnizaciones aunque la relación contractual fuera distinta, de distribución y depósito, y que el tribunal debía haber aplicado de oficio las normas correspondientes.

Este submotivo debe desestimarse, en primer lugar porque la no aplicación de la normativa aplicable, en caso de que no se haya invocado correctamente por las partes al amparo del principio *iura novit curia*, no puede justificar la nulidad de la sentencia bajo el motivo del art. 469.1.2ª LEC, sino que debía haberse reconducido a través del recurso de casación, por infracción de las normas que se considera debían haber sido aplicadas y no lo fueron. Y, en segundo lugar, porque en este caso no ha existido la infracción denunciada ya que, tal y como se formuló la demanda, la existencia del contrato de agencia forma parte de la causa de pedir, de tal forma que no cabía la aplicación de otras normas que pudieran justificar la indemnización solicitada sin incurrir en incongruencia.

v) El quinto submotivo formalmente denuncia la falta de motivación de la sentencia, pero en realidad muestra la discrepancia con la sentencia respecto de la valoración de las pruebas, que como ya hemos argumentado es ajeno al motivo invocado.

vi) El sexto submotivo, que invoca la infracción de las reglas legales sobre la carga de la prueba, en relación con los hechos impositivos aducidos por el demandado, también debe ser desestimado porque la sentencia de apelación tan sólo ha apreciado que: i) correspondía al actor, como hecho constitutivo de su pretensión, acreditar que la relación que mediaba con HABSA, respecto del canal de alimentación, era la propia del contrato de agencia y, a la vista de las pruebas practicadas, ha concluido que no era así, sino que se trataba de un contrato de distribución en el que además se prestaban servicios logísticos; ii) y, en relación con el canal de hostelería, correspondía a la actora, para que prosperara su pretensión de indemnización por clientela, acreditar qué nuevos clientes había aportado a HABSA y respecto de qué clientes anteriores había logrado un incremento significativo de las compras.

En relación al canal de alimentación, en realidad, el tribunal no ha aplicado las reglas de la carga de la prueba, sino que ha valorado la practicada y ha concluido que la relación contractual no era de agencia. Y, respecto del canal de hostelería, la sentencia, más que apreciar un hecho impositivo aducido en la contestación, ha advertido que no había quedado acreditado un hecho constitutivo de la pretensión del actor. En cualquier caso, no ha existido ninguna vulneración de las reglas de la carga de la prueba.

Cinco primeros motivos de casación: inexistencia del contrato de agencia

9. Los cinco primeros motivos de casación merecen un tratamiento común pues afectan a las tres primeras pretensiones indemnizatorias que se apoyan en la existencia de un contrato de agencia en relación con el canal de alimentación.

Los cinco motivos deben ser desestimados pues, como veremos a continuación, los hechos probados sobre esta relación comercial no permiten calificarla de contrato de agencia y, por lo tanto, falta el presupuesto básico expresamente invocado por la demanda para justificar sus tres primeras pretensiones.

Ya la sentencia de primera instancia entendió no sólo que la actora no había acreditado que la relación mantenida con la demandada hubiese consistido en la promoción y conclusión de operaciones de comercio por cuenta de ésta última, de manera estable y continuada, actuando como intermediario en la misión de



captación y mantenimiento de la clientela, sino que la prueba practicada ponía en evidencia que la función desarrollada por la actora era la de depositario y distribuidor. Esta apreciación fue confirmada en apelación.

Para llegar a esta conclusión y, al margen de la valoración de la prueba practicada, se parte, en primer lugar, del concepto legal de contrato de agencia, contenido en el art. 1 LCA : " *Por el contrato de agencia una persona natural o jurídica, denominada agente, se obliga frente a otra de manera continuada o estable a cambio de una remuneración, a promover actos u operaciones de comercio por cuenta ajena, o a promoverlos y concluirlos por cuenta y en nombre ajenos, como intermediario independiente, sin asumir, salvo pacto en contrario, el riesgo y ventura de tales operaciones* ". El tribunal de instancia resalta con acierto que "la causa económica y jurídica del contrato, con independencia de la denominación que las partes le atribuyan, es la de crear clientela donde falta, aumentar la existente o, al menos, mantenerla, mediante la actuación independiente del agente, vinculado de manera estable y permanente con el empresario por cuya cuenta y encargo realiza las funciones de intermediación propias de este contrato". En este sentido, cabe resaltar que el contrato de agencia tiene por objeto la promoción o conclusión por el agente de actos u operaciones de comercio por cuenta o en interés del principal, sin asumir, salvo pacto en contrario, el riesgo de tales operaciones.

Los hechos acreditados en la instancia muestran claramente que no era esta la actividad desarrollada por la actora. La sentencia recurrida considera probado que en relación con el canal alimentación, las ventas se firmaban directamente por HABSA con los jefes nacionales de compra de las grandes superficies, de tal forma que, una vez fijadas las condiciones de venta, el precio y el servicio, los centros remitían los concretos pedidos (productos y cantidades) a HABSA, quien buscaba el distribuidor de aquella zona con quien tenía concertado un servicio logístico de almacenamiento y entrega de productos, a quien pasaba el pedido, en este caso, Berenguer. Estos hechos ponen en evidencia que la labor de Berenguer no era propiamente la de un agente, en términos generales, pues no cabe hablar, propiamente, de que se dedicara a la promoción de ventas de vinos de la demandada en los centros de las grandes superficies, ni que hubiera generado o gestionado la clientela de la demandada.

10. Lo anterior sirve para desestimar los cinco primeros motivos de casación. Directamente se entienden desestimados los motivos segundo (infracción de lo que se denomina jurisprudencia "sobre que los contratos son lo que son y no lo que las partes dicen que son") y tercero (infracción por inaplicación de los arts. 1 , 3 , 5 , 6 , 9 , 10 , 11 , 12 , 14 , 15 y 16 LCA , al no apreciar la sentencia que existía un contrato de agencia comercial), que cuestionan directamente la calificación contractual realizada por la sentencia recurrida, y que acabamos de confirmar.

Respecto del primer motivo, conviene advertir que la mención contenida en las sentencias de instancia a la prescripción de las acciones de la actora, no fue la razón de la desestimación de las pretensiones de la actora, sino que se invocó a mayor abundamiento, después de apreciar que no existía contrato de agencia, que fue la verdadera *ratio decidendi* . De ahí que la cuestión reseñada en el primer motivo de casación de la supuesta infracción del art. 31 LCA , en relación con la interrupción del plazo de prescripción, resulta irrelevante, una vez confirmado que los hechos acreditados no permiten calificar la relación comercial de contrato de agencia.

Del mismo modo, el cuarto motivo debe ser desestimado una vez confirmado que el contrato no era de agencia, pues versa sobre la infracción del art. 28 LCA , al exigir la sentencia recurrida un pronóstico razonable acerca de cuál será el futuro del comportamiento de la clientela, también se ve afectado, pues la demanda contenía como presupuesto de la reclamación de la indemnización por clientela que, respecto del canal de alimentación, existía una verdadera relación de agencia. La controversia suscitada en el recurso de casación sobre si puede exigirse o no aquel pronóstico razonable resulta irrelevante pues no se cumple el primer presupuesto invocado por el actor para reclamar esta indemnización, la existencia del contrato de agencia, que fue también la *ratio decidendi* de la desestimación de la indemnización por clientela.

El quinto motivo (la infracción del art. 25 LCA en relación con la falta de preaviso suficiente y sus consecuencias indemnizatorias) también se ve afectado por la calificación del contrato, pues la aplicación del precepto mencionado, a tenor de la formulación de la demanda, presupone la existencia de un contrato de agencia.

Resolución del contrato de distribución

11. El sexto motivo de casación guarda relación con la desestimación de la quinta pretensión de la demanda, la indemnización por la falta de preaviso en la extinción del contrato de distribución en exclusiva. Como ya hemos apuntado antes, la razón de la desestimación fue que el contrato había sido resuelto por incumplimiento del distribuidor (Berenguer), al haber comercializado vinos de la competencia de la demandada.

El recurso argumenta que la sentencia infringe el art. 1124 CC y la jurisprudencia que lo interpreta, en relación con la justificación de la resolución, porque, a juicio del recurrente, no consta que la obligación quebrantada fuera grave y esencial, ni que frustrara la finalidad del contrato.



El motivo debe desestimarse por las razones que exponemos a continuación.

El tribunal de instancia ha considerado acreditado que en la relación de distribución de vinos que mediaba entre las partes, existía un compromiso contractual por parte de la actora de no comercializar vinos que fueran competencia de los de HABSA. También ha estimado acreditado que Berenguer, alrededor del año 2002, comenzó a distribuir un vino denominado "Yllera" que hacía competencia a los vinos "Realeza" y "Viña Mayor" de HABSA, y vinos Lambrusco que hacían competencia al vino "Peñascal" de HABSA.

A la vista del requerimiento dirigido por HABSA a la actora, el 15 de octubre de 2002, en el que le recordaba que la comercialización de aquellos vinos competidores constituía un grave incumplimiento de los pactos contractuales de distribución, y de que, si bien Berenguer se comprometió a cesar en esta distribución de los vinos competidores a principios de 2003, continuó con su distribución, la sentencia estima justificado que HABSA resolviera el contrato por incumplimiento de Berenguer.

Es cierto que la jurisprudencia de esta Sala supedita la procedencia de la resolución por incumplimiento contractual al amparo del art. 1124 CC a que el incumplimiento se refiera a una obligación principal y que sea grave, esto es, total y definitivo, en la medida en que frustre la finalidad del contrato. No procede cuando el incumplimiento afecta a una obligación accesoria, pues no se altera la relación de reciprocidad o interdependencia causal (Sentencias 1284/2006, de 20 de diciembre ; 504/2007, de 14 de mayo y 631/2007, de 31 de mayo). Y el incumplimiento ha de ser de tal entidad que impida la satisfacción económica de las partes hasta el punto de obstar al fin normal del contrato, frustrando las legítimas expectativas de la parte (Sentencia 215/212, de 12 de abril).

En este caso, el pacto de exclusividad, según el cual el distribuidor no podía distribuir vinos que hicieran competencia a los vinos HABSA, debe considerarse que afecta a la obligación principal, y su infracción debe estimarse grave, pues frustra la legítima expectativa de la demandada de incrementar las ventas en relación con la competencia.

De este modo la sentencia recurrida no contraviene el art. 1124 CC al apreciar la procedencia de la resolución del contrato por el incumplimiento del pacto de exclusiva.

12. Antes de analizar los motivos séptimo y octavo, analizaremos el noveno y el décimo, que hacen referencia a la pretensión de indemnización por falta de preaviso, y su resolución guarda relación con lo argumentado en el fundamento jurídico anterior.

El motivo noveno, que denuncia que, al no respetarse el plazo de preaviso, se ha infringido lo previsto en los arts. 6.2.f) LDC1989 y el art. 16.3.a) LCD , debe desestimarse porque suscita una cuestión nueva que no ha sido objeto de controversia en la instancia. La lectura de la demanda permite advertir cómo la última de las pretensiones, la indemnización por los daños y perjuicios derivados de la resolución del contrato de distribución sin preaviso, en realidad se fundó en la aplicación analógica del art. 29 LCA y de las normas generales sobre el cumplimiento de los contratos previstas en los arts. 1101 y 1106 CC . Es cierto que en los fundamentos de derecho, al mencionar los relativos a la quinta de las acciones, la de "indemnización de daños y perjuicios por falta de preaviso en la distribución en exclusiva", se afirma genéricamente que resulta "de aplicación analógica en base al artículo 4 del Código Civil , el artículo 29 de la citada Ley 12/1992 ; así como el art. 1101 y 1106 del Código Civil y el artículo 6.2.f) de la Ley 16/1989 de 17 de julio de Defensa de la Competencia ". Pero no basta esta genérica referencia al art. 6.2.f) LDC 1989 , en el apartado de fundamentos de derecho de una demanda, para estimar que la *causa petendi* de la pretensión indemnizatoria era la realización por parte de la demandada de un acto de abuso de posición de dominio, sancionado en el reseñado precepto, cuando en el resto de la demanda no se hace mención alguna a las circunstancias fácticas que podrían justificar el abuso de posición de dominio, ni se añade argumentación alguna al respecto. Se trata, pues, de una simple cita genérica, que no permite entender ejercitada una acción basada en la contravención de las normas sobre la competencia.

Por lo que respecta al art. 16 LCD , todavía es más claro que se trata de una alegación nueva, ajena al objeto litigioso, porque ni siquiera se cita dicho precepto en la demanda. De su lectura, no cabe apreciar que se hubiera ejercitado alguna acción de competencia desleal.

Prueba de todo ello es que ni la sentencia de primera instancia ni la de apelación hizo mención alguna a que se hubiera ejercitado alguna acción basada en la infracción del art. 6 LDC 1989 ni en un acto de competencia desleal tipificado en el art. 16 LCD .

13. Del mismo modo, procede desestimar el motivo quinto que bajo el pretexto formal de que se ha infringido la jurisprudencia que reconoce al distribuidor un derecho a ser indemnizado cuando se hubiera resuelto el contrato sin respetar el preceptivo preaviso, cita la aplicación directa del art. 6.2.f) LDC y la analógica del art.



25 LCA . El supuesto motivo décimo no constituye ningún motivo nuevo, sino una reiteración de los motivos sexto y noveno, ya desestimados.

Indemnización por clientela en caso de resolución del contrato de distribución

14. Los motivos séptimo y octavo se refieren a la desestimación de la pretensión de indemnización por clientela, que había sido solicitada por aplicación analógica del art. 28 LCA , y merecen un tratamiento conjunto, ya que se refieren a la jurisprudencia sobre la indemnización por clientela en el caso de la resolución de los contratos de distribución.

El motivo séptimo cita la Sentencia 1392/2007, de 15 de enero de 2008 y afirma que, como "han quedado acreditados los hechos de aportación de una amplia clientela a la demandada de la que puede sacar provecho, en perjuicio de mi principal -Berenguer- que no podrá seguir en la distribución de ese producto que ha implantado con su labor durante esos 16 años", se cumplieran los presupuestos previstos por la jurisprudencia para la indemnización por clientela en el caso de contratos de distribución.

El motivo octavo denuncia la infracción de la jurisprudencia de la indemnización por clientela, "en cuanto que no es necesario que se imponga al distribuidor la prueba como inevitable de que la empresa concedente iba a continuar beneficiándose en el futuro de forma relevante de la clientela generada, tratándose más bien de un pronóstico suficientemente razonable respecto a un comportamiento que no deja de ser probable por parte de los clientes y trascendente de la gestión llevada a cabo durante la vigencia del contrato".

Los dos motivos, séptimo y octavo, deben ser desestimados porque el recurso hace supuesto de la cuestión. Se basa en unos hechos que la sentencia recurrida expresamente declara que no han sido acreditados. Pero antes de entrar con mayor detalle, vamos a recordar la jurisprudencia sobre la aplicación de la indemnización por clientela a los contratos de distribución, para resaltar cómo fue correctamente aplicada por el tribunal de instancia, a la vista de lo que ni siquiera había sido alegado por el distribuidor demandante.

15. Es cierto que la sentencia de Pleno 1392/2007, de 15 de enero de 2008 , reconoce que cabe la compensación por clientela al extinguirse los contratos de concesión o distribución, mediante una aplicación analógica de la idea inspiradora del art. 28 LCA , pero advierte que esta aplicación no puede obedecer a criterios miméticos o de automatismo. Menos aún cuando la extinción del vínculo contractual se ha debido a una resolución por incumplimiento del propio distribuidor (Sentencia 904/2008, de 15 de octubre). En este sentido, como recuerda esta citada Sentencia de Pleno 1392/2007, de 15 de enero de 2008 , y reiteran otras posteriores (entre otras, Sentencias 652/2008, de 9 de julio ; 904/2008, de 15 de octubre ; y 28/2009, de 21 de enero), la jurisprudencia es clara cuando exige que el demandante que pretenda esta indemnización por clientela debe probar la efectiva aportación de clientela y su potencial aprovechamiento por el concedente.

En nuestro caso, la sentencia de la Audiencia, que ratifica lo argumentado por la sentencia de primera instancia, parte de la anterior doctrina y advierte que correspondía al distribuidor demandante acreditar cuál era la clientela objeto de compensación, esto es, qué clientes había aportado durante la vigencia del contrato de distribución y respecto de los cuales había logrado un incremento sensible de facturación. Como la demanda no identificó esta clientela ni menos aún acreditó su aportación, faltaba uno de los presupuestos esenciales para que pudiera apreciarse la procedencia de la compensación por clientela.

Lo anterior sirve para desestimar tanto el motivo séptimo como el octavo. El séptimo porque respecto del requisito de la aportación de clientela hace supuesto de la cuestión, ya que se basa en una afirmación no acreditada en la instancia; y el octavo porque si faltaba el anterior presupuesto, la acreditación de la aportación de una clientela, resulta irrelevante la cuestión de si debía exigirse o no una justificación de que la demandada iba aprovecharse de tal clientela, una vez resuelto el contrato.

Costas

16. Desestimados los dos recursos, el recurso extraordinario por infracción procesal y el de casación, procede imponer al recurrente las costas generadas por cada uno de estos recursos (art. 398.1 LEC).

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

FALLAMOS

Desestimamos el recurso extraordinario por infracción procesal y el recurso de casación formulados por la representación procesal de Berenguer y López, S.L., frente a la Sentencia de la Audiencia Provincial de Valencia (sección 9ª) de fecha 26 de mayo de 2009 (rollo de apelación 138/2009), que resuelve un recurso de apelación formulado contra la sentencia del Juzgado de Primera Instancia e Instrucción nº 2 de Mislata de 30 de junio de 2008 (juicio ordinario 188/06). Imponemos a la parte recurrente las costas generadas por ambos recursos.



Publíquese esta resolución conforme a derecho, y devuélvanse a la Audiencia de procedencia los autos originales y rollo de apelación remitidos con testimonio de esta resolución a los efectos procedentes.

Así por esta nuestra sentencia, que se insertará en la COLECCIÓN LEGISLATIVA pasándose al efecto las copias necesarias, lo pronunciamos, mandamos y firmamos .- Jose Ramon Ferrandiz Gabriel.- Antonio Salas Carceller.- **Ignacio Sancho Gargallo**.- Rafael Gimeno-Bayon Cobos.- Firmado y Rubricado. PUBLICACIÓN.- Leída y publicada fue la anterior sentencia por el EXCMO. SR. D. **Ignacio Sancho Gargallo** , 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.

FONDO DOCUMENTAL CENDOJ