



Roj: **STS 4938/2013** - ECLI: **ES:TS:2013:4938**

Id Cendoj: **28079110012013100547**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **1**

Fecha: **08/10/2013**

Nº de Recurso: **1176/2011**

Nº de Resolución: **569/2013**

Procedimiento: **CIVIL**

Ponente: **IGNACIO SANCHO GARGALLO**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Resoluciones del caso: **SAP B 1637/2011,**
STS 4938/2013

SENTENCIA

En la Villa de Madrid, a ocho de Octubre de dos mil trece.

La Sala Primera del Tribunal Supremo, integrada por los Magistrados al margen indicados, ha visto el recurso extraordinario por infracción procesal y el recurso de casación interpuestos respecto la sentencia dictada en grado de apelación por la sección 11ª de la Audiencia Provincial de Barcelona, como consecuencia de autos de juicio ordinario seguidos ante el Juzgado de Primera Instancia núm. 26 de Barcelona.

El recurso fue interpuesto por la entidad Comercial Dimac, S.L., representada por la procuradora Cristina Deza García.

Es parte recurrida la entidad Sera GmbH, representada por la procuradora Beatriz Ruano Casanova.

ANTECEDENTES DE HECHO

Tramitación en primera instancia

1. El procurador Ricard Simó Pascual, en nombre y representación de la entidad Comercial Dimac, S.L., interpuso demanda de juicio ordinario ante el Juzgado de Primera Instancia núm. 26 de Barcelona, contra la entidad Sera GmbH, para que se dictase sentencia:

"por la que, estimando íntegramente la demanda, condene a la demandada a pagar a mi representada la cantidad de ochocientos veintiséis mil ciento setenta y dos euros con catorce céntimos de euro (826,172'14 ?), más los intereses que legalmente se fije, así como el pago de las costas del juicio."

2. El procurador Angel Montero Brusell, en representación de la entidad Sera GmbH, contestó a la demanda y suplicó al Juzgado dictase sentencia:

"mediante la que se desestime íntegramente la demanda con imposición de las costas a la parte demandante."

3. El Juez de Primera Instancia núm. 26 de Barcelona dictó Sentencia con fecha 8 de febrero de 2010, con la siguiente parte dispositiva:

"FALLO: Que debo desestimar y desestimo la demanda formulada por el procurador Sr. Simo, en nombre y representación de Comercial Dimac SL contra Sera GmbH y, en consecuencia, absuelvo a esta última de las pretensiones ejercitadas en su contra, con imposición de costas a la actora."

Tramitación en segunda instancia

4. La sentencia de primera instancia fue recurrida en apelación por la representación de la entidad Comercial Dimac S.L.



La resolución de este recurso correspondió a la sección 11ª de la Audiencia Provincial de Barcelona, mediante Sentencia con fecha 22 de marzo de 2011, cuya parte dispositiva es como sigue:

"FALLAMOS: Que desestimando el recurso de apelación interpuesto por la representación procesal de Comercial Dimac S.L. contra la sentencia dictada el 8 de febrero de 2010 por el Juzgado de Primera Instancia nº 26 de Barcelona en las presentes actuaciones, debemos confirmar y confirmamos la sentencia recurrida; se imponen las costas del recurso a la parte apelante."

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

5. El procurador Ricard Simo Pascual, en representación de la entidad Comercial Dimac, S.L., interpuso recurso extraordinario por infracción procesal y recurso de casación ante la Audiencia Provincial de Barcelona, sección 11ª.

El motivo del recurso extraordinario por infracción procesal fue:

"1º) Infracción de los arts. 348 de la LEC y 24 de la Constitución Española ."

Los motivos del recurso de casación fue:

"1º) Infracción de los arts. 1258 y 1106 del Código Civil ."

"2º) Infracción del art. 28 de la LCA ."

6. Por diligencia de ordenación de fecha 19 de mayo de 2011, la Audiencia Provincial de Barcelona, sección 11ª, 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.

7. Recibidas las actuaciones en esta Sala, comparecen como parte recurrente la entidad Comercial Dimac, S.L., representada por la procuradora Cristina Deza García; y como parte recurrida la entidad Sera GmbH, representada por la procuradora Beatriz Ruano Casanova.

8. Esta Sala dictó Auto de fecha 10 de enero de 2012, cuya parte dispositiva es como sigue:

"ADMITIR LOS RECURSOS EXTRAORDINARIO POR INFRACCIÓN PROCESAL Y DE CASACIÓN interpuestos por la representación procesal de COMERCIAL DIMAC, S.L., contra la Sentencia dictada con fecha 22 de marzo de 2011, por la Audiencia Provincial de Barcelona (Sección 11ª), en el rollo de apelación nº 386/2010, dimanante de los autos de juicio ordinario nº 249/2009 del Juzgado de Primera nº 26 de Barcelona."

9. Dado traslado, la representación procesal de la entidad Sera GmbH, presentó escrito de oposición a los recursos formulados de contrario.

10. Al no solicitarse por todas las partes la celebración de vista pública, se señaló para votación y fallo el día 12 de septiembre de 2013, en que ha tenido lugar.

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

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Resumen de antecedentes

1. Para la resolución del presente recurso debemos partir de la relación de hechos relevantes acreditados en la instancia.

En virtud de un contrato verbal, la demandante Comercial Dimac, SL. (en adelante, Dimac) distribuía en exclusiva productos de Sera GmbH (en adelante, Sera), en concreto alimentos para peces y acuarios, en la zona norte de España (Cataluña, Galicia y País Vasco). Esta relación contractual que se inició en 1988, fue resuelta unilateralmente por Sera, mediante una carta fechada el 29 de mayo de 2008, sin que hubiera existido ningún preaviso.

El volumen de ventas había descendido desde el año 2004 más de 140.000 euros: del año 2004 a 2005, descendió más de 90.000 euros; del 2005 al 2006, más de 12.000 euros; y del 2006 al 2007, más de 36.000 euros.

2. Dimac en la demanda solicitaba que Sera fuera condenada a abonar una indemnización de 826.172,14 euros, como consecuencia de la resolución contractual, en concreto: 7.000 euros por la reedición de catálogos y eliminación de rótulos; 273.057,38 euros por la falta de preaviso, sobre la base del art. 29 LCA; y 546.114,75 euros por indemnización por clientela, al amparo del art. 28 LCA.



La sentencia de primera instancia, que desestima íntegramente la demanda, entiende que no procede la indemnización por clientela prevista en el art. 28 LCA porque, de acuerdo con la jurisprudencia, esta indemnización sólo es aplicable analógicamente en caso de resolución de un contrato de distribución cuando quedara acreditado la aportación de clientela y su potencial aprovechamiento por el concedente, tras la resolución del contrato, y en el presente caso no constaba probado cuales serían los clientes aportados, respecto de los que se daría ese aprovechamiento por el concedente, después de la resolución del contrato. Respecto de la indemnización de los daños y perjuicios ocasionados con la resolución injustificada y sin preaviso, la magistrada de primera instancia, después de considerar acreditado que la resolución se realizó sin preaviso, deniega la indemnización porque su ausencia no justifica la obtención automática de una indemnización al amparo del art. 29 LCA , pues es necesario probar la producción de un daño, que no se considera acreditado en este caso.

La Audiencia Provincial, que desestima el recurso de apelación y confirma la sentencia de primera instancia, entiende que no procede la indemnización por clientela porque no consta acreditado ni la aportación de los clientes ni que la comitente fuera a aprovecharse de esta clientela tras la resolución del contrato. Respecto de la indemnización por falta de preaviso, argumenta que la demandante no ha acreditado estos perjuicios, en concreto no ha probado las inversiones realizadas para gestionar la mercancía de la demandada, lo que impide calcular su amortización, máxime si se tiene en cuenta que Dimac vendía otros productos.

3. Frente a la sentencia de apelación se interponen sendos recursos, extraordinario por infracción procesal, basado en un único motivo, y de casación, basado en dos motivos, el primero relacionado con la pretensión de indemnización por falta de preaviso y el segundo con la indemnización por clientela. Alteraremos el orden de análisis de estos dos motivos de casación, para adecuarlos al orden en que fueron examinados en la instancia.

Recurso extraordinario por infracción procesal

4. *Formulación del único motivo* . El único motivo del recurso extraordinario por infracción procesal se formula al amparo del art. 469.1.2º LEC , por la vulneración de lo regulado en el art. 348 LEC y en el art. 24 CE , así como la jurisprudencia sobre dichos preceptos, como consecuencia de no haber valorado correctamente el informe pericial aportado al procedimiento sobre las compras y ventas realizadas por Dimac de productos de Sera. El recurso entiende que la valoración de esta prueba realizada por el tribunal de instancia es notoriamente arbitraria, al concluir que en este informe no consta el volumen de compras a clientes ni los beneficios.

Procede desestimar el recurso por las razones que exponemos a continuación.

5. *Desestimación del motivo* . 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 tan sólo cabe, excepcionalmente, justificar un recurso por infracción procesal, al amparo del apartado 4º del art. 469.1 LEC , en la existencia de un error patente o arbitrariedad en la valoración realizada por la sentencia recurrida que comporte una infracción del derecho a la tutela judicial efectiva (Sentencias 432/2009, de 18 de junio ; 196/2010, de 13 de abril ; 495/2009, de 8 de julio y 211/2010, de 30 de marzo)". La valoración del informe pericial realizada por el tribunal de instancia es razonable y se encuentra entre las posibles, en relación con el resto de las pruebas practicadas. No cabe, como pretende el recurrente, impugnar esta valoración simplemente porque no está de acuerdo con ella. Si atendemos a los requisitos exigidos por la sentencia, tomados de la jurisprudencia, para aplicar analógicamente el derecho a una indemnización por clientela del art. 29 LC en caso de resolución de un contrato de distribución, no incurre en arbitrariedad el tribunal de instancia cuando entiende que el informe pericial resulta insuficiente para acreditar las circunstancias que justificarían esta aplicación de una indemnización por clientela, en concreto la identificación de los clientes aportados y el volumen de compras de cada uno de ellos, ni el presumible aprovechamiento por la demandada.

Segundo motivo de casación: indemnización por clientela

6. *Formulación del motivo* . El segundo motivo de casación se funda en la infracción del art. 28 LC y de la jurisprudencia que lo interpreta, pues no atiende a la presunción de captación y aprovechamiento de la clientela, en casos en que se ha acreditado la aportación de la clientela, atendida la duración del contrato de distribución por más de 20 años.

Procede desestimar el motivo por las razones que exponemos a continuación.

7. *Desestimación del motivo* . La doctrina de la Sala sobre esta materia, aparece expuesta con claridad en la sentencia de pleno núm. 1392/2007, de 15 de enero de 2008 , según la cual, "en los casos de extinción de un contrato de concesión o distribución, la compensación por clientela y la aplicación analógica de la idea inspiradora del art. 28 de la Ley del Contrato de Agencia no pueden obedecer a criterios miméticos o de automatismo. Lejos de ello, como la jurisprudencia viene reiterando sin fisuras, el demandante que pretenda aquella compensación habrá de probar la efectiva aportación de clientela y su potencial aprovechamiento



por el concedente, del mismo modo que corresponderá a los tribunales ponderar todas las circunstancias del caso, como en especial sería la integración o no del concesionario en una red comercial que aproxime significativamente su posición a la del agente". Las sentencias posteriores se han hecho eco de esta doctrina, sin perjuicio de su aplicación al caso concreto (Sentencias 239/2010, de 30 de abril ; 457/2010, de 12 de julio ; y 149/2011, de 3 de marzo). En realidad, lo que puede justificar la compensación no es la discutida semejanza entre el contrato de agencia y el de distribución, cuyas diferencias han sido expuestas por esta Sala en otras ocasiones (Sentencias 897/2008, de 15 de octubre ; y 88/2010, de 10 de marzo), sino que el propio contrato obligue a considerar como "activo común" la clientela creada o acrecentada gracias al esfuerzo del distribuidor y no exista previsión contractual sobre su liquidación.

La sentencia recurrida no conculca esta jurisprudencia cuando desestima la pretensión compensatoria del distribuidor, al no apreciar acreditado qué clientes concretos habrían sido aportados como "activo común" por la actividad del distribuidor, susceptible de un aprovechamiento (o apropiación) exclusivo del concedente después la resolución del contrato, sin que en casación sea posible revisar esta valoración probatoria.

Primer motivo del recurso de casación: indemnización en caso de resolución del contrato sin preaviso

8. Formulación del motivo . El primer motivo de casación se funda en la infracción de los arts. 1258 y 1106 CC , y de la jurisprudencia que los interpretan, pues la sentencia recurrida no admite que la indemnización por clientela incluya también el lucro cesante dejado de obtener desde la resolución del contrato hasta que el día en que habría terminado si hubiera mediado preaviso.

Procede estimar el motivo por las razones que exponemos a continuación.

9. Estimación del primer motivo de casación . La sentencia recurrida es conforme con la doctrina de esta Sala cuando confirma el criterio de la sentencia de primera instancia de que, a pesar de constatarse que el contrato de distribución era por tiempo indefinido y no existió preaviso de resolución unilateral, esta ausencia de preaviso no justifica la concesión automática de una indemnización al amparo del art. 29 LCA . La sentencia de la Audiencia advierte que la indemnización por falta de preaviso había sido fundada, por la demandante, en el incumplimiento de las obligaciones impuestas por el art. 25 LCA , respecto del preaviso en caso de contrato de duración indefinida.

La doctrina jurisprudencial sobre la improcedencia de una aplicación la aplicación mimética o automática del régimen jurídico del contrato de agencia al contrato de distribución se extiende no sólo a la compensación por clientela sino también a otras previsiones legales, como es la que se refiere a la obligación de preaviso en caso de resolución de un contrato de duración indefinida (Sentencia 378/2010, de 22 de junio , con cita de otra anterior 239/2010, de 30 de abril).

Pero lo anterior no obsta que, en supuestos como el presente de contratos de distribución en exclusiva que han operado durante largo tiempo, en nuestro caso por veinte años, la jurisprudencia haya considerado el preaviso una exigencia de la buena fe con que deben ejercitarse los propios derechos y de la lealtad que debe imperar en las relaciones mercantiles. Como recuerda la sentencia 480/2012, de 18 de julio , "en nuestro sistema, como regla, las partes tienen la facultad de desvincularse unilateralmente de los contratos de duración indefinida (Sentencia 130/2011, de 15 marzo), pese a lo cual, el deber de lealtad, cuya singular trascendencia en el tráfico mercantil destaca el artículo 57 Ccom , exige que la parte que pretende desistir unilateralmente sin causa preavise a la contraria incluso cuando no está así expresamente previsto, de conformidad con lo establecido en el artículo 1258 CC , salvo que concurra causa razonable para omitir tal comunicación". Aunque "es, desde luego, innecesario el preaviso para resolver los contratos de duración indefinida (...), que un ejercicio de la facultad resolutoria de una forma sorpresiva o inopinada, sin un margen de reacción en forma de un prudente preaviso, puede ser valorado como un ejercicio abusivo de derecho, o constitutiva de conducta desleal incurso en la mala fe en el ejercicio de los derechos, que si bien no obsta a la extinción del vínculo, sí debe dar lugar a una indemnización cuando ocasione daños y perjuicios" (sentencia 130/2011, de 15 de marzo , que reitera la anterior sentencia 1009/2005, de 16 de diciembre).

En nuestro caso, aunque en sí misma la resolución de la relación contractual es razonable en atención a los legítimos intereses del comitente frente a una bajada ostensible de la facturación de su distribuidor, sin embargo la falta de preaviso, que permitiera a la distribuidora reorientar su actividad comercial, sí supone una infracción de los reseñados deberes de lealtad y buena fe en el desarrollo de una relación contractual como la presente, sin que concurra ninguna circunstancia que justifique su omisión. En atención a la larga duración del contrato de distribución resuelto unilateralmente por la comitente, veinte años, el preaviso debería haber sido de al menos seis meses, por analogía con lo regulado en el art. 25 LCA , que aunque no resulte directamente de aplicación, sirve de referencia para determinar prudencialmente la antelación del preaviso en un supuesto como el presente. Los perjuicios derivados del incumplimiento de este preaviso no quedan reducidos únicamente al daño emergente, como serían las inversiones realizadas por motivo de la distribución



y no amortizadas al tiempo de la resolución del contrato, sino que pueden extenderse también al lucro cesante, al amparo de lo previsto en el art. 1106 CC, tal y como es interpretado por la jurisprudencia. Y a este respecto estimamos el recurso de casación, pues la sentencia de instancia, al juzgar que no constaba acreditado que se hubiera producido un perjuicio como consecuencia del incumplimiento del preaviso, reducía el posible daño indemnizable derivado de la falta de preaviso a las inversiones no amortizadas y excluía de su consideración el lucro cesante.

10. Al casar la sentencia respecto de este pronunciamiento, debemos analizar, como tribunal de instancia, si está justificada la pretensión indemnizatoria por lucro cesante solicitada.

La jurisprudencia de esta Sala, recogida en las sentencias 289/2009, de 5 de mayo, y 662/2012, de 12 de noviembre, entiende que "el art. 1.106 CC señala como concepto indemnizatorio el de 'la ganancia que haya dejado de obtener el acreedor', o lo que es lo mismo, los incrementos patrimoniales que el acreedor esperaba obtener y que se han visto frustrados por la actuación de la parte contraria (sentencia 175/2009, de 16 de marzo), cuya fijación, en cuanto que se refiere a beneficios futuros, debe obtenerse mediante apreciaciones prospectivas, fundadas en criterios objetivos de experiencia, entre los que pueden servir los que operan en el mundo económico, contable, actuarial, asistencial o financiero según las disciplinas técnicas o científicas correspondientes, de acuerdo con el examen y ponderación de las circunstancias de cada asunto (sentencia 274/2008, de 21 de abril)". La existencia del perjuicio por este concepto debe "ser probada con una razonable verosimilitud, cosa que no ocurre cuando la ganancia o beneficio futuro se presenta como meramente posible o hipotético, existen dudas sobre su producción o no se aprecia su existencia en el marco de una lógica presunción sobre cómo habrían sucedido los acontecimientos en el caso de no haber tenido lugar el suceso dañoso" (sentencias 289/2009, de 5 de mayo; 274/2008, de 21 de abril; y las citadas por esta última: SSTS de 6 de septiembre de 1991, 5 de octubre de 1992, 67/2005, de 4 de febrero, 631/2007, de 31 de mayo, 977/2007, de 18 de septiembre).

La demanda solicita como lucro cesante el beneficio que dejó de obtener el distribuidor durante los seis meses de duración del contrato que hubiera tenido de haberse respetado el plazo de preaviso.

Es lógico pensar que si hubiera existido un preaviso de seis meses, durante ese tiempo, mientras reorientaba su actividad comercial, la distribuidora hubiera podido continuar con las ventas de productos de la actora y obtener el beneficio que solía conseguir con ello. Este beneficio, a la vista del que había obtenido durante los últimos cinco años, se muestra verosímil. De tal forma que acudir al beneficio medio mensual obtenido durante los últimos cinco años de contrato, y proyectarlo sobre los seis meses posteriores al preaviso en que habría continuado el contrato, es una manera razonable, aunque no la única, de calcular estimativamente el beneficio dejado de obtener con el incumplimiento del deber de preaviso.

Pero para la determinación de este beneficio la demanda, que se apoya en el informe pericial de Donato (documento núm. 7), tan sólo tiene en cuenta las cifras de compras y ventas realizadas por Greyco durante los cinco últimos años de contratos (de 2003 a 2007), de modo que identifica el beneficio obtenido con la diferencia entre el importe de las ventas y el de las compras, cuya media mensual la proyecta después durante seis meses (273.057,38 euros). No le falta razón a la demandada cuando advierte que este cálculo realizado por el perito es insuficiente para conocer el beneficio obtenido por Dimac durante aquel periodo de los cinco últimos años de contrato, pues el beneficio no se corresponde con la simple diferencia entre compras y ventas, sino que debería haber tenido en cuenta el resto de gastos a los que tuvo que hacer frente para obtener el producto de las ventas (gastos de personal, transportes, gastos financieros, y la repercusión de los gastos generales).

La contestación a la demanda aporta las cuentas anuales de Dimac correspondientes a estos ejercicios y concluye, después de su análisis, que el beneficio neto obtenido durante los cinco últimos años fue del 11,51%. Si proyectamos este tanto por ciento de beneficio neto sobre el importe total de ventas realizadas en este periodo de cinco años (5.685.884,24 euros), y calculamos después la parte proporcional a seis meses, podemos cifrar estimativamente el presumible beneficio dejado de obtener en 65.444,52 euros. De este modo procede estimar parcialmente esta pretensión indemnizatoria y condenar a la demandada al pago esta indemnización de 65.444,52 euros, más los intereses legales desde la interpelación judicial, tal y como fueron solicitados.

Costas

11. Desestimado el recurso extraordinario por infracción procesal, procede imponer las costas generadas por este recurso a la parte recurrente (art. 398.1 LEC).

Estimado el recurso de casación, no procede imponer las costas a ninguna de las partes (art. 398.2 LEC).



La estimación del recurso de casación ha supuesto la estimación parcial del recurso de apelación y la estimación parcial de la demanda, motivo por el cual procede dejar sin efecto la condena en costas realizada en ambas instancias (art. 398.2 LEC).

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

FALLAMOS

Desestimamos el recurso extraordinario por infracción interpuesto por la representación de Comercial Dimac, S.L. contra la sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona (sección 11ª) de 22 de marzo de 2011, que resuelve el recurso de apelación (rollo 386/2010) interpuesto frente a la sentencia del Juzgado de Primera Instancia núm. 26 de Barcelona de 8 de febrero de 2010 (juicio ordinario 249/2009), e imponemos las costas de este recurso a la parte recurrente.

Estimamos el recurso de casación interpuesto por la representación de Comercial Dimac, S.L. contra la reseñada sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona (sección 11ª) de 22 de marzo de 2011, que modificamos en el sentido de estimar parcialmente el recurso de apelación (rollo 386/2010) interpuesto por la representación de Comercial Dimac, S.L. frente a la sentencia del Juzgado de Primera Instancia núm. 26 de Barcelona de 8 de febrero de 2010 (juicio ordinario 249/2009), y condenamos a Sera GmbH a pagar a Comercial Dimac, S.L. la suma de 65.444,52 euros, más los intereses legales desde la interpelación judicial, tal y como han sido solicitados. Sin que proceda hacer expresa condena de las costas de la primera y la segunda instancia, ni tampoco de la casación.

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 Saraza Jimena.- Sebastian Sastre Papiol.- 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.