



Roj: **STS 2308/2016** - ECLI: **ES:TS:2016:2308**

Id Cendoj: **28079110012016100342**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **1**

Fecha: **30/05/2016**

Nº de Recurso: **148/2014**

Nº de Resolución: **356/2016**

Procedimiento: **CIVIL**

Ponente: **PEDRO JOSE VELA TORRES**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Resoluciones del caso: **SAP M 22294/2013,**
STS 2308/2016

SENTENCIA

En la Villa de Madrid, a 30 de mayo de 2016

Esta sala ha visto los recursos extraordinarios por infracción procesal y los recursos de casación interpuestos, en concepto de partes recurrentes y recurridas, por Brugal & Co, C por A., representada por la procuradora D.ª María Isabel Campillo García y defendida por D. Francisco Javier Béjar García; y por Diego Zamora S.A., representada por el procurador D. Manuel Lanchares Perlado, bajo la dirección letrada de D. José Antonio Caínzos Fernández, D. Fernando Lanzón Martínez y D.ª Irene Arévalo González, contra la sentencia dictada el 10 de septiembre de 2013, por la Sección Decimotercera de la Audiencia Provincial de Madrid, en el recurso de apelación núm. 921/2012 ; dimanante de las actuaciones de juicio ordinario núm. 1675/2009, del Juzgado de Primera Instancia n.º 72 de Madrid.

Ha sido ponente el Excmo. Sr. D. Pedro Jose Vela Torres

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- *Tramitación en primera instancia.*

1.- El procurador D. Manuel Lanchares Perlado, en nombre y representación de Diego Zamora S.A, interpuso demanda de juicio ordinario contra Brugal & Co, C. por A. en la que solicitaba se dictara sentencia por la que:

«1. Declare que Brugal & Co., C. por A., ha incumplido el contrato de distribución que le unía con Diego Zamora S.A. o bien que ha cometido un abuso de derecho en su resolución que, en uno u otro caso, debe dar lugar a una indemnización de daños y perjuicios.

»2. Declare la nulidad de la modificación de precios contenida en la Adenda al contrato de distribución entre Brugal & Co., C. por A. y Diego Zamora, S.A. de fecha 20 de mayo de 2006.

»3. Condene a Brugal & Co., C. por A., a pagar a Diego Zamora, S.A. una indemnización de daños y perjuicios por importe de:

a) 343.290.447€ (trescientos cuarenta y tres millones doscientos noventa mil cuatrocientos setenta (sic) y siete Euros);

b) Subsidiariamente a lo previsto en el apartado 3 (a) anterior, para el caso de que no se hubiera estimado la nulidad de la Adenda, una indemnización de daños y perjuicios por importe de 223.461.443€ (doscientos veintitrés millones cuatrocientos sesenta y un mil cuatrocientos cuarenta y tres Euros).



»4. Subsidiariamente a la petición (3) anterior, condene a a Brugal & Co., C. por A. a pagar a Diego Zamora S.A. una indemnización por clientela por importe de:

a) 343.290.447 € (trescientos cuarenta y tres millones doscientos noventa mil cuatrocientos setenta y siete Euros);

b) Subsidiariamente a lo previsto en el apartado 4 (a) anterior, para el caso de que no se hubiera estimado la nulidad de la Adenda, una indemnización por clientela por importe de 223.461.443 € (doscientos veintitrés millones cuatrocientos sesenta y un mil cuatrocientos cuarenta y tres euros).

»5. Subsidiariamente a las peticiones (3) y (4) anteriores, condene a Brugal & Co., C. por A. a pagar a Diego Zamora, S.A las siguientes indemnizaciones:

a) Una indemnización por clientela por importe de:

i) 50.515.828 € (cincuenta millones quinientos quince mil ochocientos veintiocho Euros);

ii) Subsidiariamente a lo previsto en el apartado 5 (a) (i) anterior, para el caso de que no se hubiera estimado la nulidad de la Adenda, una indemnización por clientela por importe de 44.420.343 € (cuarenta y cuatro millones cuatrocientos veinte mil trescientos cuarenta y tres Euros).

b) Acumuladamente a la petición contenida en el apartado 5 (a) anterior una indemnización por inversiones pendientes de amortizar de 13.600.811 € (trece millones seiscientos mil ochocientos once Euros).

»6. Conde a Brugal & Co. C. por A. a restituir a Diego Zamora, S.A. como consecuencia de la nulidad de la Adenda al contrato de distribución de fecha 20 de mayo de 2006 la cantidad de 32.020.449 € (treinta dos millones veinte mil cuatrocientos cuarenta y nueve Euros).

»7. Condene a Brugal & Co. C. por A. a pagar a Diego Zamora, S.A. los correspondientes intereses legales sobre las cantidades a las que sea condenada

»8. Condene a a Brugal & Co. C. por A. a pagar a Diego Zamora, S.A. las costas del presente procedimiento.»

2.- La demanda fue presentada el 31 de julio de 2009 y repartida al Juzgado de Primera Instancia n.º 72 de Madrid y fue registrada con el núm. 1675/2009 . Una vez fue admitida a trámite, se procedió al emplazamiento de la parte demandada.

3.- La procuradora D.ª María Isabel Campillo García, en representación de Brugal & Co., C. por A., contestó a la demanda mediante escrito en el que solicitaba:

«[...] se dicte sentencia desestimando íntegramente la demanda y absolviendo a mi principal de cuantas pretensiones se deducen en su contra con expresa imposición de costas a la actora».

4.- Asimismo la demandada formuló demanda reconvenzional en la que solicitaba:

«se dicte sentencia por la que se condene a la sociedad demandada:

1.- A pagar la suma de ocho millones quinientos noventa y cuatro mil cuatrocientos once euros con veinticuatro céntimos (8.594.411,24 €) en concepto de daños y perjuicios o, en su caso, la mayor suma que resulte del informe pericial a realizar en cuanto a este extremo por el perito designado por esta parte, de conformidad con lo expuesto en el cuerpo de la presente demanda reconvenzional o subsidiariamente por el perito a designar judicialmente.

2.- A abonar a la actora los intereses legales devengados de dicha suma, computándolos desde la fecha última de pago de los gastos de publicidad y promoción, esto es, el 8 de agosto de 2008, por ser la fecha de terminación del Contrato de Distribución.

3.- A abonar las costas derivadas de este procedimiento».

5.- La representación procesal de Diego Zamora S.A. presentó escrito de contestación y oposición a la demanda reconvenzional, en el que solicitaba su desestimación íntegra con expresa condena en costas a la demandante reconvenzional.

6.- Tras seguirse los trámites correspondientes, la Magistrada-juez del Juzgado de Primera Instancia n.º 72 de Madrid dictó sentencia de fecha 11 de junio de 2012 , con la siguiente parte dispositiva:

«FALLO: Que estimando parcialmente la demanda presentada por el Procurador Sr. Lanchares Perlado, en nombre y representación de Diego Zamora S.A contra Brugal & Co, C por A, debo condenar y condeno a la demandada a pagar a la actora la cantidad de TRECE MILLONES SEISCIENTOS MIL OCHOCIENTOS ONCE



EUROS (13.600.811 euros) más los intereses legales desde el 31 de julio de 2009 hasta el día de hoy, e intereses del art. 576 desde el día hoy hasta su completo pago; sin expresa imposición de las costas procesales.

Que desestimando la demanda reconvenicional presentada por la Procuradora Sra. Campillo García en nombre y representación de Brugal & Co, C por A contra Diego Zamora S.A, debo absolver y absuelvo a la demandada de las pretensiones ejercitadas contra ella; todo ello con expresa imposición de las costas procesales devengadas por la demanda reconvenicional a Brugal & Co, C por A.».

SEGUNDO.- *Tramitación en segunda instancia.*

1.- La sentencia de primera instancia fue recurrida en apelación por las representaciones respectivas de Diego Zamora S.A. y de Brugal & Co, C por A.

2.- La resolución de estos recursos correspondió a la Sección Decimotercera de la Audiencia Provincial de Madrid, que lo tramitó con el número de rollo 921/2012 y, tras seguir los correspondientes trámites, dictó sentencia en fecha 10 de septiembre de 2013, cuya parte dispositiva dispone:

«FALLAMOS: Que debemos estimar, y estimaremos, parcialmente los recursos de apelación interpuestos por Diego Zamora, S.A. y Brugal-Co, C por A. contra la sentencia dictada el 11 de junio de 2012 por la Ilma. Sra. Magistrada-Jueza del Juzgado de Primera Instancia nº 72 de los de esta Capital en los autos de juicio ordinario 1675/2009; resolución que revocamos en el sentido de declarar el derecho de Diego Zamora, S.A., a percibir indemnización por clientela y denegar la indemnización por inversiones no amortizadas y condenar, en consecuencia, a Brugal-Co, C por A. a pagar a dicha demandante la cantidad de 28.606.296 €, más los intereses legales de dicha suma desde el 31 de julio de 2009, que serán los de mora procesal desde la fecha esta sentencia, manteniendo el pronunciamiento emitido en la primera instancia en materia de costas, sin hacer imposición de las generadas en esta por los respectivos recursos».

TERCERO .- *Interposición y tramitación de los recursos extraordinarios por infracción procesal y de los recursos de casación.*

1.- El procurador D. Manuel Lanchares Perlado, en representación de Diego Zamora S.A., interpuso recurso extraordinario por infracción procesal y recurso de casación.

El motivo del recurso extraordinario por infracción procesal fue:

«Único.- Vulneración de los derechos fundamentales de DZ reconocidos en el artículo 24 CE, al incurrir la Sentencia en incongruencia interna, por existir contradicción entre el pronunciamiento del fallo y los fundamentos del mismo (art. 469.1.4º LEC)».

Los motivos del recurso de casación fueron:

«Primero.- Infracción de la doctrina jurisprudencial que interpreta el art. 1267 CC, en lo relativo al concepto de intimidación como causa de nulidad de los contratos (SSTS núm. 4096/2013 de 29 de julio, núm. 894/2002 de 4 de octubre y núm. 854/1995 de 5 de octubre).

»Segundo.- Infracción de doctrina jurisprudencial interpretativa del concepto de remuneración del art. 28.3 LCA (STS núm. 105/2012 de 12 de marzo, STS núm. 39/2010 de 22 de febrero, STS núm. 953/1999 de 17 de noviembre de 1999, SAP Barcelona (Sección 1ª) núm. 53/2010 de 16 de febrero, SAP Barcelona (Sección 11ª) núm. 612/2011 de 15 de diciembre) y SAP Alicante (Sección 9ª) núm. 61/2011 de 10 de febrero).

»Tercero.- Infracción del art. 29 LCA y doctrina jurisprudencial que lo interpreta (SSTS (Sala 1ª) núm. 1296/2007 de 11 de diciembre, núm. 1071/2003 de 19 de noviembre y núm. 506/2007 de 16 de mayo, SAP A Coruña (Sección 4ª) núm. 252/2008 de 21 de mayo)».

2.- La procuradora D.ª María Isabel Campillo García, en representación de Brugal & Co., C por A, interpuso recurso extraordinario por infracción procesal y recurso de casación.

El motivo del recurso extraordinario por infracción procesal fue:

«Único.- Infracción del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva reconocido por el artículo 24.1 de la Constitución (que es uno de los "derechos fundamentales reconocidos en el artículo 24 de la Constitución", por lo que su vulneración es, por tanto, uno de los motivos en los que legalmente puede fundarse el recurso extraordinario por infracción procesal de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 469.1.4º de la LEC), por causa de haber incurrido la sentencia recurrida en un error patente en la apreciación de la prueba».

Los motivos del recurso de casación fueron:

«Primero.- Infracción del artículo 28.1 de la Ley 12/1992, de 27 de mayo, del Contrato de Agencia (en adelante, "LCA"), así como de la doctrina jurisprudencial de la Sala Primera del Tribunal Supremo en cuanto a la



interpretación y aplicación de tal precepto, dado que, de apreciarse por esta Excm. Sala la infracción procesal denunciada en el recurso extraordinario por infracción procesal interpuesto conjuntamente, la Sentencia recurrida infringe el citado precepto por inaplicación al no ser equitativamente procedente la indemnización por clientela a la vista de incumplimiento por Diego Zamora de su obligación contractual de realizar publicidad.

»Segundo.- Infracción del artículo 1257 del Código Civil (en adelante "CC"), así como de la doctrina jurisprudencia de la Sala Primera del Tribunal Supremo en cuanto a la interpretación y aplicación de tal precepto, al haber incluido en la determinación de la indemnización por clientela las cifras de ventas del distribuidor y las de un tercero, que no es parte del contrato de distribución ni del proceso.

»Tercero.- Infracción del artículo 28.3 de la LCA , así como de la doctrina jurisprudencial de la Sala Primera del Tribunal Supremo en cuanto a la interpretación y aplicación de tal precepto, y en concreto, de la indemnización por clientela, al haber incluido en la misma, la indemnización del distribuidor y de un tercero, que no es parte del contrato de distribución ni del proceso.

»Cuarto.- Infracción del artículo 28.3 de la LCA , así como de la doctrina jurisprudencial de la Sala Primera del Tribunal Supremo en cuanto a la interpretación y aplicación de tal precepto de "remuneración" al que se refiere el citado precepto para la determinación de la indemnización por clientela, al margen bruto de DIEGO ZAMORA, en lugar del margen neto o beneficio.

»Quinto.- Infracción de los artículos 1091 , 1256 y 1124 del CC , así como de la doctrina jurisprudencial de la Sala Primera del Tribunal Supremo en cuanto a la interpretación y aplicación de tales preceptos relativos a la fuerza vinculante de las obligaciones contractuales y las consecuencias derivadas del incumplimiento contractual, dado que, de apreciarse por esta Excm. Sala la infracción procesal denunciada en el recurso extraordinario por infracción procesal interpuesto conjuntamente, la Sentencia recurrida infringe los citados preceptos por inaplicación a la vista del incumplimiento por DIEGO ZAMORA de su obligación contractual de realizar publicidad».

3.- Las actuaciones fueron remitidas por la Audiencia Provincial a esta Sala, y las partes fueron emplazadas para comparecer ante ella. Una vez recibidas las actuaciones en la Sala y personadas las partes ante la misma, por medio de los procuradores mencionados en el encabezamiento, se dictó Auto de fecha 21 de octubre de 2014, cuya parte dispositiva es como sigue:

«1º Admitir el recurso extraordinario por infracción procesal y el recurso de casación interpuestos por la representación procesal de Brugal & Co., C por A., contra la Sentencia dictada, con fecha 10 de septiembre de 2013, por la Audiencia Provincial de Madrid (sección 13ª), en el rollo de apelación nº 921/2012 , dimanante de los autos de juicio ordinario nº 1675/2009 del Juzgado de Primera Instancia nº 72 de Madrid.

2º Admitir el recurso extraordinario por infracción procesal y el recurso de casación interpuestos por la representación procesal de Diego Zamora, S.A. contra la Sentencia dictada, con fecha 10 de septiembre de 2013, por la Audiencia Provincial de Madrid (sección 13ª), en el rollo de apelación nº 921/2012 , dimanante de los autos de juicio ordinario nº 1675/2009 del Juzgado de Primera Instancia nº 72 de Madrid».

4.- Se dio traslado a las partes recurridas para que formalizaran su oposición lo que hicieron mediante la presentación de los correspondientes escritos.

5.- Por providencia de 4 de abril de 2016 se nombró ponente al que lo es en este trámite y se acordó resolver los recursos con celebración de vista, señalándose a tal fin el día 12 de Mayo de 2016, en el que tuvo lugar.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- *Resumen de antecedentes.*

1.- El 1 de febrero de 1996, Brugal & Co, C. por A., como fabricante (en adelante, Brugal), y Zamora Distribuciones de Bebidas S.L (en adelante, Zadibe), como distribuidor, suscribieron un contrato de distribución, por el que Brugal designa a Zadibe distribuidor exclusivo para España y Andorra para la promoción, distribución y venta de los productos especificados en el Anexo I del contrato.

1.1.- Zadibe se obligaba a comprar producto sólo al fabricante, a no operar fuera del territorio de España y Andorra, a no distribuir, representar, vender o fabricar otro producto equivalente al producto ron dominicano, por sí o por medio de filial, salvo autorización previa y escrita de Brugal, haciendo constar que no era equivalente a ninguno de los que en esa fecha ya distribuía, así como a suministrar a Brugal anualmente un presupuesto de compras, que sería revisado cada tres meses .

1.2. - Brugal se obligaba a no vender su producto o cualquier otra empresa que operase o pudiese operar en el mismo territorio, domiciliada en éste o fuera de él, mediante la incorporación directa o indirecta del



producto. Además, Brugal asumió el compromiso de tener existencias suficientes del producto para atender la demanda de Zadibe.

1.3.- Zadibe compraría a los precios y condiciones de entrega indicados en la lista de precios, que serían los más competitivos que Brugal aplicara en los mercados concurrentes. A su vez, Brugal debería preavisar de cualquier modificación de la lista de precios, con una antelación mínima de cuatro meses anteriores a su entrada en vigor.

1.4.- Anualmente, Zadibe establecería un plan de marketing, del que informaría a Brugal, que contendría el programa y presupuesto de publicidad y promociones, así como la contribución de cada parte para su realización, que salvo pacto expreso en otro sentido, sería sufragado al 50%. La aprobación del plan habría de ser consensuada entre Zadibe y Brugal; pero su ejecución sería responsabilidad exclusiva de Zadibe.

1.5.- Zadibe no podía ceder los derechos obtenidos del contrato sin la expresa autorización de Brugal.

1.6.- Se pactaron expresamente como causas de terminación del contrato: el incumplimiento por cualquiera de las partes, que debería denunciarse mediante notificación escrita, y la insolvencia también de cualquiera de ellas. Sin embargo, pese al carácter indefinido de aquél, no se previó el desistimiento unilateral, ni el preaviso con que debiera efectuarse.

2.- El 20 de enero de 2002, Brugal, Zadibe, S.L. y Diego Zamora, S.A., suscribieron un contrato, en virtud del cual Zadibe, con pleno consentimiento de Brugal, cedió a favor de Diego Zamora, S.A. el contrato de distribución que tenía suscrito con Brugal. En virtud de dicha cesión, Diego Zamora, S.A. sustituyó y reemplazó a Zadibe en el contrato de distribución, asumiendo los derechos y obligaciones dimanantes del mismo.

2.1.- Zadibe declaró expresamente que no conservaba frente a Brugal instancia, crédito, derecho, acción o reclamación por ningún concepto derivado directa o indirectamente de la relación contractual; y por ello otorgaba a favor de Brugal formal recibo de descargo y finiquito por la terminación de la relación comercial entre ellas.

2.2.- Diego Zamora S.A. declaró tener pleno conocimiento de los términos y condiciones del contrato de distribución, y asumió íntegramente, sin reserva ni limitación alguna, los derechos y obligaciones que se derivaban del contrato de distribución. El cual permanecería inalterado en todos sus términos

3.- El 20 de mayo de 2006, se firmó una adenda al contrato de distribución entre Brugal y Diego Zamora, S.A., en la que se acordó la modificación parcial de dicho contrato, en los siguientes extremos: 1.- Iniciar un período de conversaciones e intercambio de criterios hasta el 31 de diciembre de 2006, tendentes a modificar su relación, con el fin de hacerla lo más provechosa posible para ambas empresas. 2.- Establecer, de mutuo acuerdo, con efectos de 1 de enero de 2006, la siguiente lista de precios: Ron Brugal Añejo 40,80 dólares caja (durante el 2005 fue 24,00 dólares). Ron Brugal Extraviejo 58,60 dólares caja (durante 2005 fue 37 dólares). 3.- La aportación máxima del fabricante, en concepto de inversión publicitaria, promocional y marketing sería de 5 dólares USA por cada caja de producto vendida en firme al distribuidor. No obstante, esta cantidad podría ser objeto de reducción, en el caso de que se evidenciara que el crecimiento en la cuota de mercado no justificaba tal aportación. 4.- Las partes se sometían expresamente a los Juzgados y Tribunales de Madrid. 5.- En lo no previsto expresamente en la adenda, se estaría a lo dispuesto en el contrato de distribución, que se mantenía vigente.

4.- A partir de la distribución del Ron Brugal en España por Zadibe y Diego Zamora, donde no era una marca conocida, dicha bebida alcohólica pasó a alcanzar una cuota de mercado en el año 2008 del 20,4%, representando un 82% de las ventas de la Compañía Brugal. En la última anualidad, las ventas se incrementaron un 3,8%.

5.- El 8 de febrero de 2008, Diego Zamora, S.A. recibió un burofax de Brugal, por el que se daba por terminado el contrato de distribución.

6.- Diego Zamora, S.A. formuló demanda contra Brugal, en la que por el incumplimiento por Brugal del contrato de distribución, o bien por el abuso de derecho en la resolución a su instancia del mencionado contrato, así como por la nulidad de la modificación de precios contenida en la adenda de 20 de mayo de 2006, Diego Zamora solicitaba que Brugal fuera condenada al pago de una indemnización de daños y perjuicios conforme a las siguientes peticiones:

a) 32.020.449 € como consecuencia de la nulidad por vicios del consentimiento de las nuevas condiciones económicas impuestas en la adenda de 2006

b) Acumuladamente, 343.290.447 € (o bien 223.461.443 €, si no se aceptara la nulidad del sobre coste impuesto en la adenda), por la ruptura abusiva y de mala fe del contrato de distribución por parte de Brugal.



c) Subsidiariamente a la petición formulada en el apartado (b) anterior, si se considerase que la terminación del contrato de distribución por Brugal era consecuencia de un derecho de desistimiento unilateral ejercitado de buena fe (y no un incumplimiento), una indemnización por clientela y por inversiones no amortizadas, en las siguientes cuantías:

I. Una indemnización por clientela de 343.290.447 Euros (o bien 223.461.443 € si no se aceptara la nulidad del sobrecoste impuesto en la adenda).

II. Subsidiariamente, si se acudiese por analogía a lo dispuesto en los artículos 28 y 29 de la Ley del Contrato de Agencia, una indemnización por clientela de 50.515.828 € (o 44.420.343 €, si no se aceptara la nulidad del sobrecoste impuesto por la adenda), más 13.600.811 €, en concepto de indemnización por inversiones no amortizadas. Es decir, un total de 64.116.639 €, o bien de 58.021.154 €, si no se aceptara la nulidad del sobrecoste impuesto en la adenda.

7.- Brugal se opuso a tales pretensiones, solicitando su desestimación; y formuló reconvencción, en reclamación de 8.594.411,24 €, por el incumplimiento por Diego Zamora de su obligación de pagar los gastos de publicidad.

8.- La sentencia de primera instancia desestimó las peticiones indemnizatorias, por daños y perjuicios y por clientela deducidas por Diego Zamora; y únicamente estimó la reclamación de 13.600.811 €, en concepto de inversiones no amortizadas. Asimismo, desestimó la reconvencción, al no considerar acreditada la aprobación del plan de publicidad para el año 2008 y no quedar vinculada la sociedad Diego Zamora a su cumplimiento.

9.- Recurrída en apelación la sentencia por ambas partes, la Audiencia Provincial estimó parcialmente los dos recursos, en los siguientes y abreviados términos: (i) Concurren los elementos precisos para aplicar analógicamente las disposiciones de la Ley de Contrato de Agencia sobre la indemnización por clientela; al tiempo que se mantiene la validez de lo acordado en la adenda al contrato. (ii) Se fija la indemnización por clientela en 28.606.296 €. (iii) Se revoca la concesión de la indemnización por inversiones no amortizadas, que se deja sin efecto; (iv) Se mantiene la desestimación de la reconvencción; (v) Se confirma el pronunciamiento sobre costas.

Recursos extraordinarios por infracción procesal.

SEGUNDO.- Recurso extraordinario por infracción procesal formulado por Diego Zamora, S.A.

Planteamiento :

1.- Diego Zamora, S.A. formuló un único motivo de infracción procesal, al amparo del artículo 469.1.4º LEC, por vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva del art. 24.1 CE, al incurrir la sentencia de la Audiencia Provincial en incongruencia interna, por existir contradicción entre los fundamentos jurídicos y el fallo.

2.- En el desarrollo del motivo, se argumenta, en síntesis, que lo resuelto en el fallo es contradictorio con lo expresado en el fundamento jurídico sexto, en el que se afirma que para realizar la cuantificación de la indemnización por clientela, conforme al art. 28 de la Ley de Contrato de Agencia (en lo sucesivo, LCA) de las ganancias se restarán las ventas extraordinarias, pese a lo cual no se hace así, sino que se parte de la ganancia media. Lo que supone una diferencia negativa de 4.874.171 €.

Decisión de la Sala :

1.- Aunque la parte recurrente, de acuerdo con la literalidad del art. 469.1.4º LEC, únicamente cita el art. 24 CE, y no hace mención a ninguna norma procesal, se refiere implícitamente al art. 218.2 LEC. Como hemos dicho, entre otras muchas, en la sentencia 169/2016, de 17 de marzo, hay que distinguir entre congruencia y motivación. La congruencia a la que se refiere el art. 218.1 LEC es la denominada «congruencia externa», es decir, la que requiere correlación entre los pedimentos de las partes y los pronunciamientos de la resolución judicial. Sin embargo la llamada «congruencia interna» se refiere a la lógica de la argumentación del tribunal y está más en relación con el segundo apartado del citado art. 218. Estos casos de incongruencia interna han sido considerados por el Tribunal Constitucional como lesivos del derecho a la tutela judicial efectiva en su dimensión de derecho a obtener una resolución fundada en Derecho, puesto que la contradicción entre la fundamentación y el fallo de una resolución no es un vicio de incongruencia, sino un defecto de motivación, al ser la que resulta, irrazonable y contradictoria (por todas, SSTC 42/2005, de 28 de febrero; 140/2006, de 8 de mayo; y 127/2008, de 27 de octubre). Con lo cual, su ámbito de inclusión en un recurso por infracción procesal se encuentra en el número 4º del artículo 469.1 LEC, como correctamente ha identificado la recurrente (sentencia de esta Sala núm. 634/2015, de 10 de noviembre).

2.- En relación con lo expuesto, tiene declarado la jurisprudencia de esta Sala que la lógica a la que se refiere el art. 218.2 LEC es la del entramado argumentativo, exposición de razones o consideraciones en orden a



justificar la decisión, sin que se extienda al acierto o desacierto de las mismas, ni quepa al socaire de dicho precepto traer al campo del recurso extraordinario por infracción procesal el debate sobre las cuestiones de fondo, dentro de las que se comprenden los juicios de valor en relación con la apreciación de los conceptos jurídicos indeterminados, que corresponden al ámbito del recurso de casación (Sentencias 888/2010; de 30 de diciembre ; 232/2012, de 23 de abril ; 586/2013, de 8 de octubre ; 215/2013 bis, de 8 de abril ; y 634/2015, de 10 de noviembre , entre otras muchas). Es decir, como precisó la Sentencia 705/2010, de 12 de noviembre , la exigencia del art. 218.2, *in fine* , LEC de que la motivación debe ajustarse a las reglas de la lógica y de la razón se refiere a la exposición argumentativa del Tribunal y no a si es lógica la interpretación jurídica, ni la conclusión de este orden extraída, efectuadas por la resolución recurrida, pues se trata de cuestiones de fondo propias del recurso de casación.

3.- Desde este punto de vista, tal y como se formula el motivo, más que incoherencia interna o contradicción entre fundamentación jurídica y fallo, lo que habría sería un error material en la traslación de lo resuelto en el fundamento jurídico; que debería haber dado lugar a una solicitud de aclaración o rectificación de error material o aritmético, en los términos del art. 214 LEC . Y no hay tal error, puesto que si se lee en su totalidad el fundamento jurídico sexto de la sentencia recurrida, se aprecia que, tras realizar las operaciones aritméticas que se expresan, se llega a un resultado de 28.606.296 €, que es justamente la cifra que después figura.

Cosa distinta es que la parte considere que las partidas tomadas en consideración en el meritado fundamento jurídico no son correctas, o que los cálculos son erróneos, pero ello es ajeno a una supuesta incongruencia interna de la sentencia que, como hemos visto, no existe.

4.- Y si lo que se denuncia no es la falta de correlación entre fundamentación jurídica y fallo, sino la contradicción entre los argumentos contenidos en la misma fundamentación jurídica, tampoco hay tal, puesto que la sentencia afirma expresamente que se basa en las conclusiones del informe pericial de KPMG, de manera tal que, al establecer la cifra de 6.092.716 € como importe a detraer del margen bruto medio anual obtenido por el distribuidor en los últimos cinco años, emplea sumas homogéneas (media de las ganancias menos media de las ventas), por lo que no existe la supuesta disonancia o falta de coherencia que pretende la recurrente.

Razones por las que este recurso de infracción procesal debe ser desestimado.

TERCERO.- *Recurso de infracción procesal de Brugal & Co., C. por A.*

Planteamiento:

1.- Brugal formula un único motivo de infracción procesal, al amparo del art. 469.1º LEC , en el que denuncia infracción del art. 24.1 CE , por error patente en la valoración de la prueba.

2.- En el desarrollo del motivo, se alega resumidamente que la sentencia recurrida no considera probado que el plan de marketing de 2008 fuera aprobado por las partes, en franca contradicción con lo que se desprende de la prueba documental, en concreto, de las comunicaciones cruzadas entre las partes, de las que resultaría que Diego Zamora, S.A. reconoció expresamente que el plan se había consensuado y puesto en ejecución.

Decisión de la Sala:

1.- La valoración de la prueba es función soberana y exclusiva de los juzgadores que conocen en instancia, que no es revisable en el recurso extraordinario, salvo que se conculque el art. 24.1 de la Constitución , por incurrirse en error de hecho palmario, irracionalidad o arbitrariedad. La sentencia de esta Sala núm. 309/2005, de 29 abril (seguida posteriormente por otras muchas , como la núm. 163/2016, de 16 de marzo), recoge una reiterada jurisprudencia en el sentido de que, como no existen reglas legales preestablecidas que rijan el criterio estimativo de las pruebas, salvo el principio general de la sana crítica, ni este concepto está definido o predeterminado, la conclusión que resulta es, en principio, la imposibilidad de someter la valoración de la prueba a la verificación casacional. Excepcionalmente, cabrá la revisión cuando en la valoración judicial se aprecie un error patente, ostensible o notorio, cuando se extraigan conclusiones contrarias a la racionalidad, absurdas o que conculquen los más elementales criterios de la lógica, se adopten criterios desorbitados o irracionales, o se efectúen apreciaciones arbitrarias o contrarias a las reglas de la común experiencia.

2.- Desde este punto de vista, la valoración de la prueba documental que hace la Audiencia Provincial no puede ser tachada de arbitraria o irracional. En contra de lo pretendido por la parte recurrente, la prueba documental no puede ser valorada o interpretada aisladamente, puesto que en nuestro ordenamiento procesal rige el principio de valoración conjunta de la prueba. La Audiencia contrasta los documentos obrantes en el procedimiento (aportados por ambas partes) con otros medios probatorios, como las testificales y periciales, y concluye razonadamente que no puede considerarse probado que el plan de marketing del año 2008 estuviese aprobado por el distribuidor. Frente a tales conclusiones, extensamente motivadas y argumentadas, Brugal vuelve a



insistir en los mismos argumentos que utilizó en el recurso de apelación, que fueron tratados y desestimados por la sentencia de la Audiencia Provincial, con lo que pretende convertir este recurso extraordinario en una tercera instancia y a este Tribunal Supremo en un segundo órgano de apelación. Lo que debe ser rechazado, por lo que este recurso extraordinario por infracción procesal ha de ser desestimado.

Recurso de casación formulado por Diego Zamora, S.A.

CUARTO.- Primer motivo del recurso de casación de Diego Zamora, S.A. Artículo 1267 CC . La intimidación como causa de nulidad del contrato.

Planteamiento :

1.- Este primer motivo casacional se formula al amparo del art. 477.2.2º LEC , por infracción de la doctrina jurisprudencial que interpreta el art. 1.267 CC , en lo relativo al concepto de intimidación, como causa de nulidad de los contratos. Se citan como infringidas las sentencias de esta Sala núm. 4096/2103, de 29 de julio (realmente, debe referirse a la 497/2013), 894/2002, de 4 de octubre , y 854/1995, de 5 de octubre .

2.- Al desarrollar el motivo, se aduce que la sentencia de la Audiencia Provincial infringe la doctrina jurisprudencial según la cual existe intimidación en el marco del tráfico mercantil cuando una parte suscribe, a petición de la otra, una modificación contractual que le perjudica, con el fin de evitar un perjuicio grave cuyo acaecimiento depende de la parte contraria. En particular, se argumenta que el distribuidor aceptó una modificación contractual que le era claramente perjudicial, al incrementar los precios de compra de la mercancía y hacerle partícipe de una mayor contribución a los gastos de publicidad y marketing, con el fin de evitar la pérdida del contrato de distribución.

Decisión de la Sala :

1.- Según el párrafo segundo del art. 1.267 CC , hay intimidación cuando se inspira a uno de los contratantes el temor racional y fundado de sufrir un mal inminente y grave en su persona o bienes. Es decir, la intimidación consiste en un estado de temor de sufrir un mal, injustamente provocado, que determina una declaración de voluntad, como medio de evitar el mal temido. De tal manera que al sujeto intimidado se le coloca en la tesitura de tener que elegir entre dos males: el mal con el que se le amenaza o el mal que supone concluir el contrato (que no se quiere, o no en esas condiciones). A su vez, la actuación de quien inspira el temor ha de ser ilícita, por contravenir las normas jurídicas o ejercerse abusivamente el propio derecho.

Conforme a tal caracterización, la jurisprudencia de esta Sala considera que hay intimidación cuando concurren los siguientes requisitos: 1) un contratante presta el consentimiento en un estado de temor racional y fundado; 2) este temor deriva de una amenaza de un mal cualificado; 3) nexo causal entre la amenaza y el consentimiento prestado; 4) la amenaza ha de ser dolosa o culpable; 5) la amenaza tiene carácter injusto; 6) ha de ser provocada por el otro contratante o por un tercero (sentencias de 25 de mayo de 1944 , 27 de febrero de 1964 , 31 de diciembre de 1979 , 22 de abril de 1991 , 21 de julio de 1993 , 4 de octubre de 2002 , 21 de octubre de 2005 y 20 de febrero de 2012 , entre otras muchas).

2.- Ninguno de tales requisitos concurre en el caso que nos ocupa. El contrato de distribución en exclusiva no tiene un plazo de duración legal previsto (ni siquiera tiene una regulación legal propia) y se celebra entre dos empresarios, sin que sea presumible una situación de desigualdad negocial o de subordinación económica que, de alegarse, tendrá que ser probada. Además, en el supuesto concreto objeto de enjuiciamiento, se trata de dos empresas de gran potencial económico, que manejan importantes fondos y recursos financieros. Es más, ni siquiera consta que se tratara de un contrato sometido a condiciones generales de la contratación, con cláusulas predispuestas por el concedente que fueran impuestas al distribuidor/adherente.

En ese contexto, que el concedente avise al distribuidor que quiere revisar las condiciones pactadas y le advierta de que, de no llegarse a un acuerdo, puede otorgarle la distribución a un tercero con el que ha pactado mejores condiciones económicas, no puede considerarse intimidación en el sentido indicado. Al contrario, se trata únicamente de condiciones de negociación propias de una economía de libre mercado, en donde rigen las reglas de la oferta y la demanda y de la lícita búsqueda de una mayor rentabilidad por parte de las empresas que operan en el tráfico mercantil. No hubo coacción antijurídica, sino simplemente planteamiento de unas condiciones para la continuidad de la relación, que el concedente no tenía obligación de mantener invariablemente *sine die* , y que el distribuidor, como empresario dedicado a dicho ámbito de negocio, podía evaluar en cuanto a su conveniencia y aceptación o rechazo. Lo contrario supondría consagrar una especie de vinculación contractual perpetua que no tiene amparo legal y que incluso pugna con los principios de libertad de empresa y libre competencia.

3.- En ese marco decisorio, la resolución de la Audiencia Provincial no contraviene la jurisprudencia de esta Sala que ha quedado antes expuesta. Las sentencias que se dicen infringidas no establecen reglas generales



contradictorias con lo expuesto, sino que juzgan casos concretos, partiendo de los hechos declarados probados en la instancia, de donde se deduce la existencia de una coacción ilícita. Así, la sentencia 497/2013, de 29 de julio, se refiere a una amenaza antijurídica para la aceptación de unas condiciones perjudiciales, so pena de paralizar la producción. La núm. 894/2002, de 4 de octubre, se refirió a un caso en que la aceptación de determinadas condiciones era requisito ineludible para la descarga de la mercancía por parte de un barco fondeado fuera del puerto. Y la núm. 854/1995, de 5 de octubre, trató un caso en que se aceptaron unas condiciones desfavorables, previamente impuestas por vía de hecho, ante la obligación ineludible de tener que desalojar un inmueble en un plazo determinado.

Ninguno de tales casos tiene parangón con la situación enjuiciada en este recurso, en el que dos empresas negociaron libremente una modificación de las condiciones contractuales previamente pactadas, con la finalidad de prolongar una relación de concesión mercantil. Por lo que este primer motivo de casación debe ser desestimado.

QUINTO.- Segundo motivo del recurso de casación de Diego Zamora, S.A. Jurisprudencia interpretativa del concepto de remuneración contenido en el art. 28.3 LCA .

Planteamiento :

1.- En este motivo de casación se denuncia infracción de la doctrina jurisprudencial interpretativa del concepto de remuneración del art. 28.3 LCA ; y se citan al efecto las sentencias de esta Sala núm. 105/2012, de 12 de marzo, 39/2010, de 22 de febrero, y 953/1999, de 17 de noviembre, así como diversas sentencias de Audiencias Provinciales.

2.- En el desarrollo del motivo se argumenta, sintéticamente, que la sentencia, pese a afirmar que sigue la doctrina jurisprudencial sobre la aplicación analógica al contrato de distribución de las previsiones legales sobre la indemnización por clientela contenidas en la Ley del Contrato de Agencia, realmente se aparta de dicha jurisprudencia, por cuanto deduce del margen bruto medio los gastos de publicidad y marketing medios en los que incurrió el distribuidor. Mientras que, según la jurisprudencia, el concepto de remuneración del distribuidor que debe tenerse en cuenta para el cálculo de la indemnización por clientela es únicamente el margen bruto de ventas, es decir, la diferencia entre el precio de venta al público del producto distribuido y el precio de compra del mismo al concedente.

Decisión de la Sala :

1.- Según el art. 28.1 LCA , cuando se extinga el contrato de agencia, sea por tiempo determinado o indefinido, el agente que hubiese aportado nuevos clientes al empresario o incrementado sensiblemente las operaciones con la clientela preexistente, tendrá derecho a una indemnización si su actividad anterior pudiese continuar produciendo ventajas sustanciales al empresario y resulta equitativamente procedente por la existencia de pactos de limitación de competencia, por las comisiones que pierda o por las demás circunstancias que concurran. A lo que añade el apartado 3º del mismo precepto que la indemnización no podrá exceder, en ningún caso, del importe medio anual de las remuneraciones percibidas por el agente durante los últimos cinco años o, durante todo el período de duración del contrato, si éste fuese inferior. Como puede comprobarse, tal precepto no fija el concreto importe que por dicho concepto deba percibir el agente; sólo establece su máximo, y ha de entenderse que alude al importe total de lo que perciba del empresario como comisión o contraprestación, por la promoción o conclusión de los actos u operaciones que le fueron encomendados, lo que implica que deba interpretarse que se refiere a remuneraciones brutas, y no netas. Así se deduce de la sentencia de esta Sala núm. 206/2015, de 3 de junio , cuando dice:

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

2.- Ahora bien, como resaltó la sentencia núm. 39/2010, de 22 de febrero , invocada por el recurrente, la aplicación analógica de las normas sobre resolución unilateral del contrato de agencia al contrato de distribución no es absoluta, sino que debe tener en cuenta las particularidades propias de este contrato. Por ello, dice:



«[n]o pueden aplicarse automáticamente al cálculo de la indemnización por clientela las reglas que se entienden infringidas y que se centran en la determinación del sistema de remuneración del agente, contenido en el Art. 11 de la citada ley, en el que se prevé o bien una remuneración fija o bien una comisión, puesto que nada de ello concurre en el contrato de distribución. Como afirma la sentencia de 22 junio 2007 , este tipo de indemnización en los contratos que ahora nos ocupan "constituye una verdadera laguna en la regulación de la extinción de las relaciones de concesión mercantil", que debe resolverse integrando la voluntad de las partes, pero que en el caso de que no exista, "el operador jurídico carece de una respuesta explícita que ha de buscar en último término por medio de la analogía". Dicha sentencia viene a entender que la remuneración en el contrato de distribución vendría constituida por la diferencia del precio de compra y el precio de reventa, que retribuye la concreta operación, dejando aparte el problema del valor de la cartera de clientes que no es objeto de este recurso».

Doctrina reiterada por la sentencia 404/2015, de 9 de julio .

3.- Pero dicha sentencia 39/2010, más allá de remitirse a la de 22 de junio de 2007 , para caracterizar que en el contrato de distribución la remuneración está constituida por la diferencia del precio de compra y el precio de reventa, no es concluyente sobre si dicho cálculo ha de hacerse sobre diferencias brutas o netas. No obstante, sí hay jurisprudencia que considera que en el contrato de distribución, para establecer la cuantía de la indemnización por clientela, ha de utilizarse como criterio orientador el establecido en el citado art. 28 LCA , pero calculado, en vez de sobre las comisiones percibidas por el agente, sobre los beneficios netos obtenidos por el distribuidor (sentencia 296/2007, de 21 de marzo), esto es, el porcentaje de beneficio que le queda al distribuidor una vez descontados los gastos y los impuestos, y no sobre el margen comercial, que es la diferencia entre el precio de adquisición de las mercancías al proveedor y el precio de venta al público (sentencia 346/2009, de 20 de mayo). Cuyo importe tendrá el carácter de máximo.

4.- En la medida en que la sentencia recurrida no se aparta de dicho criterio jurisprudencial, este motivo de casación debe seguir la misma suerte desestimatoria que el anterior. Máxime cuando la deducción de los gastos medios de publicidad y marketing no se hace para pasar del margen bruto al neto, sino que se resta porque dicho coste era una carga contractualmente asumida por el distribuidor.

SEXTO.- Tercer motivo del recurso de casación de Diego Zamora, S.A. Infracción del art. 29 LCA y doctrina jurisprudencial que lo interpreta.

Planteamiento:

1.- En este motivo se denuncia infracción del art. 29 LCA (indemnización por inversiones no amortizadas) y de la jurisprudencia que lo interpreta, citándose como sentencias infringidas las de esta Sala núm. 1296/2007, de 11 de diciembre , 1071/2003, de 19 de noviembre , y 506/2007, de 16 de mayo .

2.- Al desarrollar el motivo se aduce resumidamente que el hecho de que Brugal abonara parte de los gastos de publicidad no es obstáculo para que el distribuidor tenga que ser indemnizado por los gastos de tal naturaleza realizados por él. Ni el art. 29 LCA ni la jurisprudencia exigen que los gastos indemnizables no puedan estar previstos en el contrato de distribución, sino que lo que exigen es que se hayan generado por mandato del empresario y para el cumplimiento del encargo.

Decisión de la Sala:

1.- Conforme al art. 29 LCA , analógicamente aplicable al contrato de distribución, la resolución unilateral del contrato por el concedente puede generar un deber de indemnizar cuando el distribuidor hubiera hecho las inversiones no amortizadas en cumplimiento del contrato. Es decir, si el principal indujo o impuso al distribuidor la realización de determinadas inversiones y le remitió al ulterior desenvolvimiento del contrato para su amortización (recuperación de la inversión mediante los beneficios obtenidos), deberá indemnizarlo si la terminación unilateral del contrato impide dicho desarrollo futuro y, por tanto, la redención de las cantidades invertidas con los beneficios que le reportara la reventa de las mercancías distribuidas (sentencias de esta Sala núm. 1296/2007, de 11 de diciembre , y 57/2009, de 13 de febrero). A *sensu contrario* , no procede la indemnización cuando no haya inversiones que amortizar o éstas debieran estar ya amortizadas cuando se extinguió el contrato.

Doctrina y jurisprudencia son concordes en que las inversiones amortizables son las relativas al inmovilizado y los gastos que deban distribuirse entre varios ejercicios. Se trata de una indemnización del daño emergente, no del lucro cesante (que tendría su amparo, no en este precepto, sino en los arts. 1.101 y 1.106 CC , según la sentencia núm. 346/2009, de 20 de mayo , y las que en ella se citan); y solo de las denominadas «inversiones específicas», es decir, las que pierden su valor a la terminación del contrato. Así, hemos dicho en la sentencia núm. 163/2016, de 16 de marzo , que no son inversiones amortizables, a estos efectos, los gastos inherentes



a las ventas, de manera que una vez que el distribuidor ya no vende los productos distribuidos - precisamente como consecuencia de la extinción del contrato-, no incurre en ellos.

2.- Sobre esta base, y dado que hemos de partir necesariamente de los hechos declarados probados en la sentencia de la Audiencia Provincial (sentencias de esta Sala núm. 142/2010, de 22 de marzo; 56/2011, de 23 febrero; 71/2012 de 20 febrero; 669/2012, de 14 de noviembre; 147/2013, de 20 de marzo; y 5/2016, de 27 de enero; entre otras muchas), no podemos obviar que dicha resolución estableció que la contribución del distribuidor a los gastos de publicidad y marketing no fue consecuencia de una instrucción o imposición del concedente, sino que fue un pacto libremente convenido por las partes en el propio contrato y que formaba parte del precio de la venta del producto. Por tanto, conforme a lo acreditado en la instancia, falta el presupuesto fáctico para la aplicabilidad del art. 29 LCA y de la jurisprudencia que lo interpreta. Antes al contrario, como ha quedado expuesto, lo que la jurisprudencia de esta Sala ha declarado es que la indemnización por inversiones no amortizables solo tiene lugar cuando el principal indujo o impuso al distribuidor la realización de determinadas inversiones, lo que no es el caso.

3.- Como resultado de lo dicho, este motivo de casación debe seguir la misma suerte desestimatoria que los anteriores.

Recurso de casación de Brugal & Co., C. por A.

SÉPTIMO.- Primer motivo de casación de Brugal. Infracción del art. 28.1 LCA .

Planteamiento :

1.- Este primer motivo denuncia la infracción del art. 28.1 LCA , así como de la jurisprudencia de esta Sala que lo interpreta, al no ser equitativamente procedente la indemnización por clientela concedida en la sentencia recurrida, al haberse incumplido por el distribuidor su obligación contractual de realización de publicidad.

2.- En el desarrollo del motivo se indica expresamente que el mismo tiene como presupuesto la estimación del recurso extraordinario por infracción procesal formulado por la propia parte.

Decisión de la Sala:

Dado que en el propio motivo se reconoce su subordinación a la estimación del recurso extraordinario por infracción procesal, al no haber sucedido así, cae por su propia base. Y ello, porque sin haberse realizado alteración fáctica en las conclusiones de la sentencia recurrida, el motivo hace supuesto de la cuestión y debe ser desestimado.

OCTAVO.- Segundo motivo de casación de Brugal. Infracción del art. 1257 CC .

Planteamiento:

1.- Se alega infracción del art. 1.257 CC y de la doctrina jurisprudencial que lo interpreta, por cuanto la sentencia recurrida parte para la determinación de la indemnización por clientela de las ventas del distribuidor y de un tercero, que no fue parte en el contrato de distribución.

2.- En el desarrollo del motivo se alega que la sentencia basa sus cálculos en un informe pericial en que no solo se toman en consideración los datos económicos sobre las ventas realizadas por Diego Zamora, sino también las efectuadas por Zadibe (distribuidor inicial hasta enero de 2002), sin reparar en la distinta personalidad jurídica de ambas sociedades.

Decisión de la Sala :

1.- Aunque el art. 1.257 CC establece como principio general que los contratos sólo producen efecto entre las partes que los otorgan, de modo que en general no puede afectar lo estipulado a quien no intervino en su otorgamiento, la doctrina y la jurisprudencia mantienen la relatividad de los efectos de los contratos, no de un modo general y abstracto, sino de manera concreta y muy determinada, admitiendo algunas excepciones, como por ejemplo, en el supuesto de cesión del contrato; por lo que habrá que estar a las circunstancias de cada caso, ya que la determinación de quién es parte y quién es tercero en una relación contractual es una cuestión de hecho y no de derecho.

2.- En este caso, la Audiencia considera probado que Zadibe siempre constituyó el departamento o brazo comercial de Diego Zamora, de manera que ambas sociedades formaban una unidad patrimonial; así como que la posición contractual de Zadibe fue cedida a Diego Zamora con el consentimiento de Brugal; y que el concedente nunca distinguió si el distribuidor era Zadibe o Diego Zamora.

En su virtud, como debemos partir de tales hechos acreditados, no cabe afirmar que Zadibe fuera ajena a la relación de distribución, ni tercera en los estrictos términos del art. 1.257 CC , por lo que la Audiencia no



infringió ni dicho precepto, ni la jurisprudencia que lo interpreta, cuanto tuvo en cuenta el volumen de ventas de Zadibe a efectos de calcular la indemnización por clientela.

3.- Además, Zadibe tendría la condición de subdistribuidor de Diego Zamora, y esta Sala tiene dicho que la cualidad de distribuidor no se pierde por la existencia de subdistribuidores o agentes del distribuidor (por todas, sentencia núm. 105/2012, de 12 de marzo). Por lo que, a efectos del cálculo de la remuneración del distribuidor, la inclusión del margen de Zadibe es a todas luces correcta.

NOVENO.- *Tercer motivo de casación de Brugal. Infracción del art. 28.3 LCA.*

Planteamiento:

1.- Se denuncia en este motivo la infracción del art. 28.3 LCA y de la jurisprudencia que lo interpreta, dado que para calcular la indemnización por clientela se incluyen derechos que corresponden a un tercero distinto al distribuidor.

2.- En el desarrollo del motivo se alega que el precepto que se cita como infringido permite al agente (en este caso, al distribuidor) reclamar la indemnización por clientela tomando como base su remuneración, pero no la de subagentes o terceros relacionados con él.

Decisión de la Sala:

1.- Este motivo no es sino una reformulación del anterior, si bien con la cita como infringido de un precepto legal diferente, el art. 28.3 LCA, en vez del art. 1.257 CC. Como consecuencia de ello, para evitar inútiles repeticiones, nos remitimos a lo expuesto para resolver el segundo motivo casacional.

2.- La jurisprudencia que se dice infringida, en particular la sentencia núm. 457/2010, de 12 de julio, no es aplicable a este caso, porque en el enjuiciado en aquel caso no había relación contractual alguna entre el subdistribuidor y el concedente, mientras que, como hemos visto, en el que ahora nos ocupa, sí hubo relación entre Zadibe y Brugal. En la meritada sentencia se parte expresamente de la base de que el subdistribuidor es un tercero independiente, lo que aquí no ocurre, puesto que, conforme a lo declarado probado por la Audiencia, Zadibe no era independiente de Diego Zamora, sino que funcionaba como departamento comercial suyo y formaba con dicha sociedad un conjunto patrimonial.

DÉCIMO.- *Cuarto motivo de casación de Brugal. Art. 28.3 LCA. Concepto de remuneración.*

Planteamiento:

1.- Se denuncia infracción del art. 28.3 LCA y de la jurisprudencia que lo interpreta, al entender la sentencia recurrida que el concepto de remuneración contenido en dicho precepto se refiere al margen bruto y no al margen neto.

2.- En el desarrollo del motivo se arguye que, a pesar de que la sentencia equipara la remuneración a que se refiere el precepto citado a la ganancia obtenida por el distribuidor, parte del margen bruto obtenido por Diego Zamora, sin deducir ni los gastos asociados e implícitos al propio negocio de distribución, ni los impuestos que gravan el beneficio.

Decisión de la Sala:

1.- A fin de no incurrir en reiteraciones baldías, sobre el concepto de remuneración a efectos del cálculo de la indemnización por clientela nos remitimos a lo ya expuesto en el fundamento jurídico quinto de esta misma sentencia.

2.- Aparte de que de las sentencias de esta Sala citadas por la recurrente como infringidas no se deduce lo que la parte pretende, ya hemos dicho que el criterio seguido por la Audiencia Provincial es correcto. Por lo que, sin necesidad de extendernos en mayores consideraciones, este motivo casacional debe seguir la misma suerte desestimatoria que los anteriores.

UNDÉCIMO.- *Quinto motivo de casación de Brugal. Infracción de los arts. 1.256, 1.091 y 1.124 CC.*

Planteamiento:

Se alega infracción de los arts. 1.256, 1.091 y 1.124 CC y de la jurisprudencia que los interpreta, dado que, de apreciarse la infracción procesal denunciada en el recurso extraordinario por infracción procesal interpuesto por la misma parte, la sentencia habría vulnerado tales preceptos, dado el incumplimiento por Diego Zamora de su obligación contractual de realizar publicidad.

Decisión de la Sala:



Sucedo con este motivo lo mismo que con el primero. Es decir, la viabilidad del mismo se subordina a la estimación del recurso extraordinario por infracción procesal. Al no haber sucedido así, toda la formulación del motivo incurre en petición de principio, por lo que debe ser desestimado sin más trámite.

DUODÉCIMO.- Costas y depósitos .

1.- La desestimación de los dos recursos extraordinarios por infracción procesal y de los dos recursos de casación conlleva que las costas causadas por cada uno de ellos deban imponerse a las respectivas partes recurrentes, según determinan los artículos 394.1 y 398.1 LEC .

2.- A su vez, tal desestimación implica también la pérdida de los depósitos constituidos para recurrir, tal y como ordena la disposición adicional 15ª, apartado 9, LOPJ .

FALLO

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

1.º- Desestimar los recursos extraordinario por infracción procesal y de casación interpuestos por la compañía mercantil Diego Zamora, S.A., contra la sentencia dictada por la Audiencia Provincial de Madrid (Sección 13ª), en el recurso de apelación nº 921/2012, con fecha 10 de septiembre de 2013 . 2.º- Desestimar los recursos extraordinario por infracción procesal y de casación interpuestos por la compañía mercantil Brugal & Co., C. por A., contra la misma sentencia. 3.º- Imponer a las mencionadas recurrentes las costas causadas por sus respectivos recursos. 4.º- Ordenar la pérdida de los depósitos constituidos para tales recursos. Líbrese al mencionado tribunal la certificación correspondiente, con devolución de los autos y del rollo de Sala.

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

Así se acuerda y firma.