



Roj: **STS 3845/2016** - ECLI: **ES:TS:2016:3845**

Id Cendoj: **28079110012016100503**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **1**

Fecha: **22/07/2016**

Nº de Recurso: **2009/2013**

Nº de Resolución: **523/2016**

Procedimiento: **CIVIL**

Ponente: **FRANCISCO JAVIER ORDUÑA MORENO**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Resoluciones del caso: **SAP GI 610/2013,**  
**STS 3845/2016**

## **SENTENCIA**

En la Villa de Madrid, a veintidós de Julio de dos mil dieciséis.

Visto por la Sala Primera del Tribunal Supremo, integrada por los Magistrados al margen indicados, el recurso extraordinario por infracción procesal y de casación interpuesto contra la sentencia dictada por la Audiencia Provincial de Girona (Sección 1.ª), en el rollo de apelación n.º 89/2013, dimanante de los autos de incidente concursal n.º 194/2010 del Juzgado de lo Mercantil n.º 1 de Girona; cuyo recurso fue interpuesto por la representación procesal de Cris Conf SPA, siendo parte recurrida el procurador don Francisco Velasco Muñoz-Cuellar, en nombre y representación de Saló 2000, S.L.

## **ANTECEDENTES DE HECHO**

**PRIMERO.-** La procuradora doña Rosa Boadas Villoria, en nombre y representación de Saló 2000, S.L. interpuso demanda incidental de resolución de contrato y reclamación de cantidad frente a Cris Conf, S.P.A. y alegando los hechos y fundamentos de derecho que consideró de aplicación, terminó suplicando al Juzgado se dictara sentencia por la que: estimándose íntegramente la presente demanda incidental se declare la resolución del contrato de distribución de fecha mayo de 2005 suscrito entre las partes, y se condene a las demandas a abonar a mi representada la suma de dos millones novecientos quince mil ochenta y ocho euros con cuarenta y siete céntimos de euros (2.915.088,47 ?) en concepto de cantidades adeudadas por la adversa a Saló 2000, S.L, por daños y perjuicios, con imposición de las costas causadas en la presente demanda incidental, a la demandada.

**SEGUNDO.-** El procurador, don Joaquín Garcés Padrosa, en nombre y representación de Cris Conf, SPA, contestó a la demanda y oponiendo los hechos y fundamentos de derecho que consideró de aplicación, terminó suplicando al Juzgado dictase en su día sentencia por la que:

«1.- Desestime íntegramente las pretensiones contenidas en la misma, absolviendo a mi mandante de las peticiones formuladas por la parte contraria, con expresa imposición en costas a la parte actora; y 2.- Subsidiariamente, en el supuesto de que se condene a Cris Conf al pago de una indemnización a Saló 2000, que se acuerde la compensación de dicha indemnización con el crédito que Cris Conf tiene reconocido a su favor en el concurso de Saló 2000. Y formulando demanda reconvencional, alegó los hechos y fundamentos de derecho que consideró de aplicación para terminar suplicando se dicte sentencia estimando la misma: Declare que la resolución del Contrato por Cris Conf de 1 de agosto de 2008 resulta justificada por los incumplimientos contractuales de Saló 2000 descritos en el escrito de contestación y demanda reconvencional; en consecuencia, condene a Saló 2000 al pago a Cris Conf de una indemnización por daños y perjuicios en concepto de daños económicos ocasionados a ésta por el daño a la imagen que los incumplimientos de Saló 2000 le ha supuesto. La cuantía de dicha indemnización será fijada mediante informe



de perito independiente que se aportará en el presente procedimiento. En todo caso, condene a Saló 2000 a abonar las costas e intereses del procedimiento».

**TERCERO.**- La procuradora doña Rosa Boadas Villoria, en nombre y representación de Saló 2000, S.L, contestó a la demanda reconvenional y oponiendo los hechos y fundamentos de derecho que consideró de aplicación terminó suplicando al juzgado dicte sentencia desestimándola íntegramente, con imposición de las costas causadas en la presente demanda reconvenional incidental, a la adversa.

**CUARTO.**- Previos los trámites procesales correspondientes y la práctica de la prueba propuesta por las partes y admitida, el Ilmo. Sr. Magistrado Juez del Juzgado de lo mercantil número 1 de Girona, dictó sentencia con fecha 5 de abril del 2012 , cuya parte dispositiva es como sigue:

«Que desestimando la demanda interpuesta por la Procuradora de los Tribunales Rosa Boadas Villoria, en nombre y representación de Salo 2000 S.L., defendida por el Letrado Santiago Ballester, contra Cris Conf S.P.A., representada por Joaquín Garcés Padrosa y defendida por el Letrado Íñigo Villoria, debo absolver y absuelvo a la entidad Cris Conf S.P.A. de la pretensión ejercitada con todos los pronunciamientos favorables y ello con expresa imposición de costas a la entidad Salo 2000 S.L.».

**QUINTO.**- Interpuesto recurso de apelación por la representación procesal de SALÓ 2000, S.L., la Sección 1.ª de la Audiencia Provincial de Girona, dictó sentencia con fecha 10 de junio del 2013 , cuya parte dispositiva es como sigue:

«Se ESTIMA PARCIALMENTE el recurso de apelación formulado por la parte actora SALÓ 2000 SL contra la Sentencia de fecha 5 abril 2012 dictada por la Sra. Magistrado del Juzgado de lo Mercantil de Girona, en Incidente Concursal 194/10, que se revoca y deja sin efecto acordando en su lugar estimar parcialmente la demanda formulada por SALÓ 2000 SL y declarar la resolución del contrato de distribución de Mayo de 2005, suscrito entre las partes, condenando a la demandada Cris Conf S.P.A. a abonar a la parte actora la cantidad de 985.937,08?, como indemnización por clientela. Se desestiman el resto de las peticiones de la parte actora. No se hace imposición de las costas de ambas instancias».

**SEXTO.**- Contra la expresada sentencia interpuso recursos por infracción procesal y de casación, el procurador, don Joaquín Garcés Padrosa, en nombre y representación de Cris Conf, SPA, lo argumentó con apoyo en los siguientes motivos: Motivos de casación: Primero.- Se ampara en el artículo 477.1 de la Ley de Enjuiciamiento Civil y se denuncia por la infracción de los artículos 28, 1 , 25.2 y 30 a y b de la Ley 12/1992, de 27 de mayo, sobre contrato de agencia y 4,1 , 7,1 , 1101 , 1106 , 1124 y 1258 del Código civil , 57 del Código de Comercio , y enriquecimiento injusto. Segundo.- Se ampara en el artículo 477.1 de la Ley de Enjuiciamiento Civil y se denuncia la infracción de los artículos 4,1 , 1101 , 1106 del Código civil , 28,3 de la Ley 12/1992, de 27 de mayo sobre contrato de agencia .

**SÉPTIMO** .- Remitidas las actuaciones a la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo, por auto de fecha 9 de septiembre de 2014 se acordó: 1.º) No admitir el recurso extraordinario por infracción procesal interpuesto por la representación procesal de la mercantil Cris Conf, SPA contra la sentencia dictada, con fecha 10 de junio de 2013, por la Audiencia Provincial de Girona (sección 1.ª), en el rollo de apelación n.º 89/2013 , dimanante de los autos de incidente concursal n.º 194/2010 del Juzgado de lo Mercantil n.º 1 de Girona., con pérdida del depósito constituido del referido recurso. 2.º) Imponer las costas de la inadmisión del recurso extraordinario por infracción procesal a la parte recurrente. 3.º) Admitir el recurso de casación interpuesto frente a la referida. El procurador don Francisco Velasco Muñoz-Cuellar, en nombre y representación de Saló 2000, S.L., presentó escrito de oposición al recurso interpuesto de contrario.

**OCTAVO** .- No habiéndose solicitado por todas las partes la celebración de vista pública, se señaló para votación y fallo el día 12 de noviembre del 2015, en que tuvo lugar.

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

## FUNDAMENTOS DE DERECHO

**PRIMERO.**- *Resumen de antecedentes.*

1. El presente caso, en el marco de un contrato de distribución en exclusiva, por tiempo indefinido y con fijación del plazo de preaviso, plantea, como cuestión de fondo, el derecho del distribuidor o concesionario a la indemnización por clientela.

2. La entidad Saló 2000, S.L, declarada en concurso voluntario, interpuso demanda incidental de resolución de contrato y reclamación de cantidad frente a la entidad Cris Conf, S.P.A.



En síntesis, los hechos en que se fundaba la demanda parten de la celebración de un contrato de distribución entre las partes por el que la demandante adquiriría el compromiso de distribución para España, Portugal y Andorra de la marca comercial Pinko. La duración del contrato era por un periodo mínimo de cinco años, renovable por iguales periodos temporales, mientras no hubiera intención de dar por finalizada la relación mediante preaviso de seis meses. Saló 2000 se comprometía a no comercializar marcas distintas de la proporcionada por Cris Conf, relativas al mencionado grupo «Pinko».

En fecha 27 junio 2008, la entidad Cris Conf comunicó a Saló 2000 que no estaba cumpliendo con los objetivos de ventas mínimas acordadas, por lo que, tras un periodo de negociaciones entre las partes, en cuyo periodo se produjeron nuevas aperturas de puntos de venta por parte de la ahora demandante, Cris Conf, mediante carta remitida a Saló 2000 en fecha 7 agosto 2008, notificó a aquélla la extinción del acuerdo iniciado el 1 de julio de 2005 y, a la vez, procedió a nombrar un nuevo distribuidor para España, Portugal y Andorra en la persona jurídica de Vía Emilia, S.L.

Frente a la demanda de resolución, la demandada formuló oposición y demanda reconvenional, solicitando que Saló 2000 le indemnizara por lucro cesante, por la pérdida de imagen por el cierre precipitado de las tiendas y por los beneficios dejados de percibir. Posteriormente desistió de dicha demanda reconvenional, extremo que fue aceptado en Auto de 25 de octubre de 2011.

**3.** La sentencia de primera instancia desestimó la demanda. Consideró ajustada a derecho la resolución unilateral de la demandada por estar en presencia de un contrato *intuitu personae* y de tracto sucesivo que permitía a Cris Conf su resolución unilateral por pérdida de confianza. Consecuencia de todo ello es que no podía resolverse lo que ya estaba resuelto y que la entidad demandante incurrió en incumplimiento previo.

**4.** Interpuesto recurso de apelación por la demandante, la sentencia de la Audiencia estimó en parte el recurso de apelación, de forma que declaró la resolución del contrato de distribución de 2005 y condenó a la demandada al abono de la indemnización por clientela solicitada, esto es, 985.937,08 ?; desestimando el resto de peticiones de la demandante. En síntesis, consideró que no se había acreditado el incumplimiento previo de la demandante (fundamento de derecho sexto) y que la demandada no cumplió con el plazo del preaviso de seis meses, pues al tercer mes de la resolución, sin acreditación de la causa justificativa alegada, ya había comunicado a la distribuidora su sustituto en la entidad Vía Emilia.

Con relación a la indemnización por clientela, en el fundamento de derecho octavo, con cita de la sentencia de esta Sala de 4 de marzo de 2009 , declaró:

«[...] La demanda solicita por dicho concepto la suma de 985.937,07?.

»La indemnización por clientela tiene por fundamento el eventual enriquecimiento injusto que se produciría cuando, sin motivo fundado de resolución del contrato, el comitente a su finalización se hiciese con la clientela que el esfuerzo del agente había conformado o bien contribuido a consolidar, mientras que éste dejaría de percibir las comisiones correspondientes a los mismos.

»La indemnización por clientela, que tiene por fundamento el enriquecimiento del cedente por aprovechamiento sin remuneración de la clientela creada o aumentada por el distribuidor; y que pretende compensar económicamente al agente a quien se le extingue su contrato, sin concurrir alguno de los supuestos del art. 30 LCAg, no requiere de una resolución unilateral sin preaviso o realizada de forma abusiva o con mala fe.

»Por ello, el artículo 28 de la Ley de Contrato de Agencia , bajo la rúbrica de Indemnización por clientela, establece en su número primero que: «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 preexistentes tendrá derecho a una indemnización si su actividad anterior puede continuar produciendo ventajas sustanciales al empresario y resulta equitativamente procedente por la existencia de pactos de limitación de competencia, por las comisiones que pierde o por las demás circunstancias que concurran».

»Cuando se extinga el contrato de agencia, el agente tiene derecho a una indemnización por clientela cuando concurran, acumuladamente, las siguientes circunstancias:

- »a) Aportación de clientela o aumento sensible de las operaciones con la clientela preexistente.
- »b) La actividad del agente susceptible de seguir produciendo ventajas sustanciales al empresario después de extinguido el contrato.
- »c) Que resulte equitativamente procedente por la existencia de limitación de competencia (artículo 21 ab initio), por las comisiones que pierda o por las demás circunstancias que concurran.



»No fundándose la resolución del contrato en incumplimiento del agente, si concurren las circunstancias del art. 28 LCA, aun cuando no se pueda calificar de abusiva o maliciosa la resolución unilateral del contrato, procederá la indemnización por clientela.

»[...] La indemnización por clientela en los contratos de distribución, dependerá de lo expresamente pactado, y a falta de pacto, cual es el caso, de la concurrencia de aquellas circunstancias en las que sea procedente, aplicando los criterios que emergen en la regulación de la indemnización por clientela en el contrato de agencia».

Con relación a la justificación de la indemnización por clientela, en el fundamento de derecho noveno, declaró:

»[...] Con arreglo a lo expuesto la indemnización por clientela es procedente. Con independencia de conocer el número concreto de clientes y si alguno de ellos pudo haber sido aportado por Cris Conf, es un hecho probado que Cris Conf, no cumplió con el plazo pactado de preaviso de seis meses y al tercer mes de su resolución unilateral (sin acreditación de la causa invocada para ello, como ya se expuso precedentemente) informaba a la clientela de Saló 2000 del nombre y dirección del nuevo distribuidor Via Emilia.

»La STS Pleno de 15 Enero 2008, alude a la necesidad de efectiva aportación de clientela y su potencial aprovechamiento por el concedente, así como la ponderación por parte del tribunal de 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.

»Por parte de Cris Conf, no se hace énfasis sobre este extremo, a pesar de venir solicitado expresamente y de manera subsidiaria en la demanda rectora del presente recurso (folio 34), tal vez por el planteamiento inicial y mantenido durante todo el proceso por parte de dicha demandada, acerca de la validez de su rescisión unilateral, por lo que sólo contamos con la prueba practicada por la demandante.

»Pues bien, de los documentos aportados con la demanda números 70 y 71, se desprende relación de todos los pedidos relativos a ventas de PINKO GIRL y PINKO SUNDAY MORNING de las temporadas 2007 y 2008 en que se desarrollaron las ventas con normalidad. Se parte del importe neto de las ventas medias anuales y de la aplicación al mismo del margen del 33%, para conocer el importe de la indemnización por clientela de PINKO y, finalmente, a dicho importe se ha sumado el 33% sobre el importe de las ventas obtenidas a clientes respecto de PINKO BABY, PINKO GIRL y PINKO SUNDAY MORNING, cálculos de la demanda que no han sido contradichos mediante contraprueba de contrario y ni siquiera son controvertidos en la oposición al recurso, a pesar de que en el mismo se reclamaban las indemnizaciones de la demanda.

»Como tiene declarado el Tribunal Supremo, así en la Sentencia de 22 de junio de 2010: «... al distribuidor no le es exigible una prueba plena de que el fabricante va a aprovecharse de su clientela, pues basta que el aprovechamiento sea potencial según un pronóstico razonable».

»Para conocer las ventas realizadas de la marca PINKO, Salo 2000 parte de la comunicación recibida de Cris Conf en fecha 27 junio 2008 (doc 10 de la demanda), en la que aquella reconoce a Salo 2000 la obtención de ventas a precio neto, a partir de cuyos importes es posible determinar las ventas de la demandante y recurrente a precio España, tal y como se explica en la pág. 6 de la Memoria aportada a las actuaciones.

»De otro lado, es cierto que la jurisprudencia del TS reconoce la contribución del prestigio de la marca y de la publicidad del fabricante para el aumento y conservación de la clientela, pero como dice la STS 12 de marzo de 2012: «Si se dan los presupuestos de la compensación por clientela no pueden quedar neutralizados por el prestigio de las marcas a los efectos de aplicar la idea inspiradora del artículo 28 de la Ley sobre Contrato de Agencia al contrato de distribución».

»Partiendo de los datos aportados con la demanda, se desprende que la facturación media anual por ventas de Salo 2000 respecto de prendas suministradas por Cris Conf, durante los tres años de relaciones comerciales (2005 a 2008), asciende a la suma de 2.987.688,12?, el promedio de ventas anuales de la marca del grupo Pinko. Aplicada a dicha suma el margen del 33% que Salo 2000 obtenía como beneficios por dichas ventas (extremo no desvirtuado por la demandada) se desprende que la indemnización a satisfacer, en concepto de lucro cesante, mediante la aplicación analógica del precitado art. 28 LCAg., asciende a la suma solicitada de 985.937,08?, resultado de dividir los ingresos netos totales por ventas, entre los tres años en que se mantuvieron las relaciones entre las partes».

5. Frente a la sentencia de apelación, la demandada interpone recurso extraordinario por infracción procesal, que resulta inadmitido, y recurso de casación.

#### **Recurso de casación.**

**SEGUNDO.-** *Contrato de distribución. Resolución contractual e indemnización por clientela.*



1. La demandada, al amparo del ordinal tercero del artículo 477.2 LEC , interpone recurso de casación que articula en dos motivos.
2. En el primer motivo, denuncia la infracción de los artículos 28.1 , 25.2 y 30 a y b de la Ley 12/1992, de 27 de mayo sobre contrato de agencia y 4.1 , 7.1 , 1101 , 1106 , 1124 y 1258 del Código Civil y 57 del Código de Comercio . En el planteamiento del motivo, con cita abundante de sentencias de esta Sala para acreditar el interés casacional, se denuncia la infracción de las normas citadas en orden a la indemnización por clientela concedida, ante la falta de los presupuestos marcados por esta jurisprudencia para su concesión. En este sentido, se alude a que existió incumplimiento por parte del distribuidor, que aunque el cumplimiento del plazo de preaviso no es relevante para la indemnización de la clientela se otorgó un plazo de preaviso suficiente y, en último término, no se acredita la obtención de nuevos clientes por Salo 2000, S.L., ni su aprovechamiento por Cris Conf, S.P.A.
3. Por la fundamentación que a continuación se expone, el motivo planteado debe ser estimado.

Con relación a la indemnización por clientela en el contrato de distribución esta Sala, entre otras, en su sentencia núm. 273/2015 de 27 de mayo , tiene declarado lo siguiente:

»[...]La jurisprudencia de esta Sala se halla contenida en la sentencia de Pleno 1392/2007, de 15 de enero de 2008 : «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 LCA 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». En sentencias posteriores nos hemos 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, como afirmamos en la Sentencia 569/2013, de 8 de octubre , «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».

»En cualquier caso, [...] en esta jurisprudencia se afirma que el demandante que pretenda esta indemnización por clientela debe probar la efectiva aportación de clientela y su potencial aprovechamiento por el concedente ( Sentencias 652/2008, de 9 de julio ; 904/2008, de 15 de octubre ; 28/2009, de 21 de enero ; y 560/2012, de 2 de octubre ).

»Esta última exigencia responde a la idea de que, como se ha afirmado en otras ocasiones, no cabe presumir que la relación de distribución haya tenido que generar por sí una aportación de clientela a favor del comitente y que, con la resolución del contrato, esta clientela vaya a seguir siendo aprovechada por dicho comitente. De ahí que se imponga la acreditación de estos dos presupuestos fácticos necesarios para que pueda surgir el derecho del distribuidor a una indemnización por clientela».

En el presente caso, como se desprende del contenido de la sentencia recurrida, la Audiencia, de forma incorrecta, concede la indemnización por clientela solicitada sin que haya quedado justificada la efectiva aportación de la misma por el distribuidor y su potencial aprovechamiento por el concedente, por lo que el motivo debe ser estimado.

4. La estimación de este motivo hace innecesario que se entre en el examen del motivo segundo planteado.
5. La estimación del motivo comporta la estimación del recurso de casación y, en consecuencia, que se entre en la valoración del recurso de apelación. En este sentido, tras su examen, procede su desestimación pues, con independencia de la resolución del contrato, la demandante apelante tanto en la demanda incidental como en el propio recurso de apelación tampoco concreta o determina la efectiva aportación de clientela y el potencial aprovechamiento para el concedente que justifique su petición subsidiaria de indemnización por clientela.

#### **TERCERO.- Costas y depósitos.**

1. La estimación del recurso de casación comporta que las costas causadas por el mismo no se impongan a ninguna de las partes, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 398.2 LEC .



2. La estimación del recurso de casación comporta la desestimación del recurso de apelación, por lo que las costas de este recurso deben imponerse a la parte demandante apelante, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 398.1 LEC .

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

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

## FALLO

### FALLAMOS

1. Estimar el recurso de casación interpuesto por la representación procesal de la entidad Cris Conf SPA contra la sentencia dictada, con fecha 10 de junio de 2013, por la Audiencias Provincial de Girona, Sección 1.ª, en el rollo de apelación núm. 89/2013 , que casamos y anulamos, confirmando en su lugar el fallo de la sentencia del Juzgado de lo Mercantil, n.º 1 de Girona, de fecha 5 de abril de 2012 , dimanante de los autos de incidente concursal núm. 194/2010.

2. No hacer expresa Imposición de costas del recurso de casación.

3. Imponer las costas de apelación a la parte demandante y apelante.

4. Ordenar la devolución del depósito constituido para la interposición del recurso de casación.

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