



Roj: **SAP B 12911/2018 - ECLI:ES:APB:2018:12911**

Id Cendoj: **08019370012018100722**

Órgano: **Audiencia Provincial**

Sede: **Barcelona**

Sección: **1**

Fecha: **21/12/2018**

Nº de Recurso: **906/2016**

Nº de Resolución: **717/2018**

Procedimiento: **Recurso de apelación**

Ponente: **PATRICIA BROTONS CARRASCO**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Sección nº 01 de la Audiencia Provincial de Barcelona. Civil

Paseo Lluís Companys, 14-16 - Barcelona - C.P.: 08018

TEL.: 934866050

FAX: 934866034

EMAIL:aps1.barcelona@xij.gencat.cat

N.I.G.: 0801942120148210472

Recurso de apelación 906/2016 -B

Materia: Juicio Ordinario

Órgano de origen: Juzgado de Primera Instancia nº 22 de Barcelona

Procedimiento de origen: Procedimiento ordinario 996/2014

Parte recurrente/Solicitante: Benigno , TRANSACCIONES ALIMENTARIAS EUROPEAS, S.A.

Procurador/a: Laia Gallego Uriarte, Laia Gallego Uriarte

Abogado/a: Merce Ribatallada De Juana

Parte recurrida: NV GOURMAND

Procurador/a: Cristina Borrás Mollar

Abogado/a:

SENTENCIA N° 717/2018

Barcelona, 21 de diciembre de 2018.

La Sección Primera de la Audiencia provincial de Barcelona, formada por las Magistradas Doña M^a Dolors PORTELLA LLUCH, Doña Amelia MATEO MARCO y Doña Patricia Brotons Carrasco, actuando la primera de ellas como Presidenta del Tribunal, ha visto el recurso de apelación nº **906/16**, interpuesto contra la sentencia dictada el día 5 de mayo de 2016 en el procedimiento nº 996/14, tramitado por el Juzgado de Primera Instancia nº 22 de Barcelona en el que son recurrentes TRANSACCIONES ALIMENTARIAS EUROPEAS y Don Benigno y apelada **NV GOURMAND**, y previa deliberación pronuncia en nombre de S.M. el Rey de España la siguiente resolución.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- La sentencia antes señalada, tras los correspondientes Fundamentos de Derecho, establece en su fallo lo siguiente: " **ESTIMO PARCIALMENTE la demanda interpuesta por la representación procesal de TRANSACCIONES ALIMENTARIAS EUROPEAS CONTRA GOURMAND y LA CONDENO A PAGAR A LA ACTORA**



LA SUMA DE VEINTE MIL OCHOCIENTOS VEINTICUATRO EUROS (20.824 euros), más su interés legal elevado en dos puntos desde la fecha del vencimiento de las facturas (aportadas por la demandante) hasta hoy, devengando el global que resulte interés legal elevado en dos puntos desde esta fecha hasta la completa satisfacción del actor, sin pronunciamiento sobre costas procesales."

SEGUNDO.- Las partes antes identificadas han expresado en sus respectivos escritos de apelación y, en su caso, de contestación, las peticiones a las que se concreta su impugnación y los argumentos en los que las fundamentan, que se encuentran unidos a los autos.

Fundamenta la decisión del Tribunal la Ilma. Sra. Magistrada Ponente **Doña Patricia Brotons Carrasco**.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Planteamiento del litigio en primera instancia y en apelación.

La entidad TRANSACCIONES ALIMENTARIAS EUROPEAS S.A. (en adelante TAE) presentó demanda de juicio ordinario contra la mercantil NV GOURMAND en la que solicitaba la condena de la parte demandada a abonarle una indemnización por clientela por valor de 160.183 euros en virtud del contrato de agencia suscrito entre las partes el 25 de julio de 2012 y resuelto por NV NV GOURMAND el 19 de mayo de 2014, así como la condena al pago de una serie de facturas pendientes de abonar por importe de 54.111 euros, todo ello junto con los intereses legales y las costas procesales.

Alegó en fundamento de sus pretensiones, en síntesis, que el 25 de julio de 2012 suscribió con la demandada un contrato de agencia bajo la denominación de "contrato de servicios" por el que se le encomendaron las funciones propias de un agente comercial; que el objeto del contrato era la prestación por TAE de servicios consistentes en seleccionar y contratar a un equipo de ventas para promocionar en España la marca NV GOURMAND, ampliar la cartera de clientes de la demandada, proporcionar servicios administrativos de oficina de apoyo y promover la venta siguiendo las instrucciones de NV NV GOURMAND, que contaba con una lista de clientes preexistentes y deseaba desarrollar más su penetración en el mercado de España y Portugal; que en el Anexo I en el que se fijaban los clientes preexistentes de NV GOURMAND sólo aparecían cuatro sociedades: DIGEM XXI, EUROPASTRY SA, PASTELERÍA QUINCOCES y ADRIAN INDUSTRIA ALIMENTARIA, los tres primeros en España y el cuarto en Portugal; que se estableció un sistema mixto de remuneración consistente en la cantidad fija de 13.000 euros mensuales, más el 2% de los costes netos asumidos por TAE en relación a los trabajadores (Equipo de Ventas), así como en relación a otros gastos relacionados con el cumplimiento del contrato y además la demandada debía sufragar todos los gastos incurridos por el Agente que debía facturar TAE junto con el 2% adicional; que el contrato era de duración indefinida y de naturaleza exclusiva, de modo que TAE no podía competir ni directa ni indirectamente en negocio que pudiera concurrir con NV GOURMAND, bajo sanción por incumplimiento; que mediante comunicación de 19 de mayo de 2014, la demandada dio por resuelto unilateralmente el contrato, alegando que el nivel de ventas en el mercado ibérico era significativamente inferior al previsto en un 20%; que en el contrato no se fijaron objetivos mínimos, por lo que la causa alegada no justificaba la resolución contractual; que NV GOURMAND contestó a una comunicación enviada por la asistencia letrada de TAE, mediante burofax de 25 de junio de 2014, reconociendo la naturaleza jurídica del contrato como de agencia, negando la procedencia de indemnización alguna y en cuanto a las facturas, reconociendo adeudar la suma de 11.586'44 euros así como la de 17.448 euros, a la que se debían restar 13.000 euros correspondientes al depósito, según la demandada; que hubo negociaciones entre las partes sin resultado; que las facturas pendientes ascienden a la suma de 54.111 euros y en cuanto a la indemnización por clientela, que se adeuda la cantidad de 160.183 euros, arrojando un total de 214.294 euros.

La parte demandada formuló declinatoria por falta de jurisdicción y de competencia territorial, de la que se dio traslado a la parte actora y al Ministerio Fiscal, con suspensión del plazo de contestación a la demanda.

La parte actora se opuso a la declinatoria formulada. El Ministerio Fiscal informó en el sentido de estimar la falta de jurisdicción y de competencia territorial del Juzgado.

Mediante auto dictado por el Juzgado de Primera Instancia nº 22 de Barcelona, en fecha 19 de diciembre de 2014, se acordó desestimar la declinatoria. La parte demandada formuló recurso de reposición contra el auto dictado que, tras la tramitación correspondiente, fue asimismo desestimado.

NV GOURMAND se opuso a la demanda formulada alegando en síntesis, que se suscribió un contrato de prestación de servicios, que el plazo de duración era indefinido y se pactó que podía resolverse en cualquier momento mediando notificación por escrito con dos meses de antelación, que TAE se obligó a potenciar las ventas de NV GOURMAND en España y en Portugal, que se pactó en favor de TAE una retribución fija y una variable, que la resolución fue justificada porque el volumen de ventas se encontraba un 20% por debajo



del objetivo marcado, que no procedía indemnización alguna por clientela y que ninguna de las facturas reclamadas se adeudaban.

La sentencia de instancia estimó parcialmente la demanda formulada. Tras analizar la relación jurídica entre las partes calificó el contrato suscrito como de agencia, desestimó la indemnización por clientela al estimar que no se había acreditado un aumento de los clientes de NV GOURMAND ni los daños y perjuicios concretos que la resolución contractual ocasionó a TAE y estimó parcialmente la reclamación relativa a una serie de facturas, -tras su análisis pormenorizado-, por importe total de 20.894 euros, condenando a la demandada a su pago junto con los intereses de la ley 3/2004, sin condena en costas.

Frente a tal resolución se alza la parte actora TAE alegando como motivos de apelación: 1) Error en la valoración de la prueba, al existir un incremento de clientela de NV GOURMAND gracias a su labor, de tal forma que estima que procede la indemnización en su cuantía máxima; 2) Error en la valoración de la prueba respecto a las facturas NUM000 , NUM001 y la NUM002 , debiendo la demandada hacer frente a las mismas y por último y de forma subsidiaria 3) la no imposición de costas en segunda instancia por la existencia de dudas de hecho y de derecho.

La parte demandada NV GOURMAND se opuso al recurso de apelación formulado y a su vez impugnó la sentencia dictada alegando: 1) Falta de jurisdicción y de competencia de los Tribunales españoles para conocer del litigio al existir una cláusula de sumisión expresa a los Tribunales y a la normativa belga; 2) no resultar de aplicación la Ley tuitiva de Consumidores y Usuarios; 3) Infracción del artículo 144 de la LEC por haberse admitido en la Audiencia Previa las traducciones al castellano de parte de los documentos adjuntados con la demandada, interesando que no se tuvieran en cuenta; 4) la errónea calificación del negocio jurídico suscrito entre las partes y 5) la improcedencia de la condena al pago de las facturas NUM003 , NUM004 , NUM005 y NUM006 .

La parte actora formuló oposición a la impugnación.

SEGUNDO.- Competencia judicial internacional.

En el contrato suscrito por las partes el 25 de julio de 2012, se hizo constar en el apartado 8.5 de la cláusula 8ª bajo la rúbrica "Ley aplicable y jurisdicción competente" que: "El presente Contrato se regirá por las leyes de Bélgica y se interpretará con sujeción a las mismas. Las partes acuerdan y se someten con carácter irrevocable a la jurisdicción exclusiva de los juzgados y tribunales de Kortrijk en relación con cualquier acción, demanda o cualquier otro procedimiento relativo a la validez, interpretación, ámbito de aplicación, contenido, ejecución o resolución del presente Contrato".

La juzgadora de instancia desestimó la declinatoria de jurisdicción planteada al estimar de aplicación la Disposición Adicional de la Ley del Contrato de Agencia, la ley 12/1992, de 27 de mayo, que dispone que "La competencia para el conocimiento de las acciones derivadas del contrato de agencia corresponderá al Juez del domicilio del agente, siendo nulo cualquier pacto en contrario", añadiendo referencias sobre la nulidad de aquellas cláusulas contractuales en las relaciones jurídicas en que se presume un desequilibrio entre las partes.

La conclusión alcanzada sobre la jurisdicción de los Tribunales españoles se estima acorde y ajustada a derecho.

Refiriéndonos a las acciones ejercitadas por la mercantil española TAE, se estima, por lo que se expondrá en el fundamento de derecho siguiente, que tienen su base o fundamento en el contrato de agencia suscrito entre las partes el 25 de julio de 2012, cuyo marco territorial es esencialmente el territorio español (y portugués), país donde la actora realiza la actividad como agente de la sociedad demandada.

Debe aplicarse al supuesto de autos el Reglamento del Consejo núm. **44/2001**, de 22 de diciembre, sobre competencia judicial, reconocimiento y ejecución de resoluciones judiciales en material civil y mercantil y no el vigente I Reglamento UE 1215/2012 del Parlamento Europeo y del Consejo que derogó el anterior, porque este último establece en su artículo 66 que tan solo se aplicará a las acciones judiciales ejercitadas a partir del 10 de enero de 2015 y la actual fue interpuesta con anterioridad.

En el supuesto sometido a consideración, nos encontramos ante un contrato de agencia suscrito entre dos mercantiles domiciliadas en dos Estados distintos, ambos miembros de la Unión Europea, por lo que conforme al artículo 3 del indicado Reglamento **44/2001** de 22 de diciembre de 2000 es de general aplicación el fuero del domicilio del demandado, que en este caso se halla en el reino de Bélgica.

Sin embargo, las partes contratantes convinieron someterse a la ley y a los tribunales belgas, por lo que también por la vía de la sumisión expresa debería declararse la competencia de los indicados tribunales belgas.



No obstante, concurren otros elementos de juicio a considerar que nos llevarán finalmente a concluir que debe mantenerse la jurisdicción de los tribunales españoles.

Ante todo, es preciso indicar que el contrato de autos es un contrato de agencia para cuya regulación se dictó la Directiva 86/653/CEE, de 18 de diciembre de 1986, relativa a la coordinación de los estados miembros en lo referente a las agencias comerciales independientes, que fue traspuesta al Derecho español a través de la ley 12/1992, de 27 de mayo, de régimen jurídico del contrato de agencia, y que siguiendo las pautas de la Directiva recoge en su Exposición de Motivos (apartado III) que "El régimen jurídico del contrato de agencia se configura bajo el principio general de la imperatividad de los preceptos de la ley, salvo expresa previsión en contrario".

Partiendo de este carácter imperativo, hay que considerar indisponible la regla de competencia establecida en la Disposición Adicional de la ley 12/1992, según la cual "La competencia para el conocimiento de las acciones derivadas del contrato de agencia corresponderá al juez del domicilio del agente, siendo nulo cualquier pacto en contrario".

Normativa que encuentra su reflejo también en la propia Ley Belga del Contrato de Agencia Comercial ("Moniteur belge" de 2 de junio de 1995), que dispone, en su artículo 27 que: "Sin perjuicio de la aplicación de los convenios internacionales de los que Bélgica es parte, toda actividad de un agente comercial con establecimiento principal en Bélgica quedará sujeta a la ley belga y a la competencia de los tribunales belgas".

Para reforzar este criterio interpretativo resulta relevante traer a colación la Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (Sala Tercera) de 17 de octubre de 2013 que, en el asunto C-184/2012 resuelve que "tiene por objeto una petición de decisión prejudicial planteada, con arreglo al Primer Protocolo, de 19 de diciembre de 1988, relativo a la interpretación por el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas del Convenio sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales, abierto a la firma en Roma el 19 de junio de 1980, por el Hof van Cassatie (Bélgica), mediante resolución de 5 de abril de 2012, recibida en el Tribunal de Justicia el 20 de abril de 2012, en el procedimiento" seguido entre una entidad belga (Unamar) y una entidad búlgara (NMB), en el marco de un contrato de agencia, en la que la entidad belga era el agente y el contrato contenía una cláusula de sumisión expresa a los Tribunales y a la normativa búlgara.

El Tribunal concluye en los siguientes términos:

"52 Habida cuenta de las consideraciones anteriores, procede responder a la cuestión planteada que los artículos 3 y 7, apartado 2, del Convenio de Roma deben interpretarse en el sentido de que la ley de un Estado miembro de la Unión que garantiza la protección mínima prescrita en la Directiva 86/653, ley elegida por las partes en un contrato de agencia comercial, podrá dejar de ser aplicada por el tribunal que conoce del asunto, radicado en otro Estado miembro, para aplicar en su lugar la lex fori, basándose a tal efecto en el carácter imperativo que, en el ordenamiento jurídico de este último Estado miembro, tienen las normas que regulan la situación de los agentes comerciales independientes, pero ello únicamente si dicho tribunal comprueba de manera circunstanciada que, en el marco de la transposición, el legislador del Estado del foro consideró crucial, en el seno del correspondiente ordenamiento jurídico, conceder al agente comercial una protección más amplia que la protección prevista en la citada Directiva, teniendo en cuenta a este respecto la naturaleza y el objeto de tales disposiciones imperativas".

El nuevo Reglamento 1215/2012 recoge esta interpretación al establecer en el artículo 25 que el pacto de sumisión expresa a los órganos jurisdiccionales de un Estado miembro es válido "A menos que el acuerdo sea nulo de pleno derecho en cuanto a su validez material según el derecho de dicho estado miembro", y ya hemos visto el carácter imperativo de la ley reguladora del contrato de agencia y el especial cuidado que han tenido tanto la ley belga como la ley española en prohibir la sumisión a órganos jurisdiccionales diferentes de los propios del domicilio del agente, precisamente porque buscan otorgarle la protección "crucial" a que se refiere la citada sentencia del TJUE.

Por lo expuesto, siendo la finalidad de la Ley de Contrato de Agencia española, en transposición de la Directiva Comunitaria, la protección de los agentes que desarrollen su actividad dentro del territorio nacional y de conformidad con el Reglamento de la C.E. **44/2001** de 22 de diciembre de 2000, no puede más que declararse la competencia de los órganos jurisdiccionales españoles para conocer del litigio planteado.

TERCERO.- Naturaleza del contrato suscrito entre las partes.

El siguiente punto controvertido, siguiendo un orden lógico de resolución de las cuestiones planteadas, radica en la calificación del contrato en que el presente pleito tiene su origen, suscrito entre las partes litigantes en fecha 25 de julio de 2012 y plasmado en el documento nº 1 de la demanda.

Tanto la parte actora como la sentencia de instancia, consideran el contrato como de agencia, mientras que la entidad NV GOURMAND mantiene que resulta más adecuado calificarlo como de prestación de servicios,



habida cuenta de que no puede considerarse que el agente prestara los servicios con sus propios medios y estructura empresarial, en la medida que tales gastos eran sufragados por NV GOURMAND y existía una dependencia laboral de facto de TAE respecto NV GOURMAND.

A tal fin, es preciso tener en consideración no sólo la letra del propio contrato sino también los actos coetáneos y posteriores de las partes en el desarrollo de la relación contractual, y sin que pueda obviarse, por bien que no sea determinante, el contexto que rodeó la vida del contrato, esto es las circunstancias concurrentes en su conclusión, desarrollo y resolución.

Por otra parte, el artículo 1 de la Ley 12/1992 sobre Contrato de Agencia (LCA), dictada en incorporación al Derecho Español de la Directiva Comunitaria 86/653 CEE de 18 de diciembre de 1986, define el contrato de agencia como aquel por el que una persona natural o jurídica, denominada agente, se obliga frente a otra de manera continuada o estable a cambio de una remuneración, a promover actos u operaciones de comercio por cuenta ajena, o a promoverlos y concluirlos por cuenta y en nombre ajenos, como intermediario independiente, sin asumir, salvo pacto en contrario, el riesgo y ventura de tales operaciones.

De esa definición pueden destacarse las siguientes notas: 1) el agente es un empresario que actúa como intermediario independiente, no pudiendo encuadrarse dentro de esta figura las personas vinculadas por una relación laboral con el principal; 2) la actividad del agente se dirige a promover y a concluir actos u operaciones de comercio, excepto las que se efectúen en mercados secundarios oficiales o reglamentado de valores (art. 3 LCA); 3) no asume riesgos en las operaciones que promueve, salvo que se pacte expresamente, y sólo podrá concluirlos cuando tenga expresamente atribuida esta facultad (art. 6); 4) origina una relación estable, pudiendo establecerse un plazo determinado o indefinido (art. 23); 5) es una actividad remunerada (art. 11.5), pudiéndose establecer distintas modalidades de remuneración; 6) es un contrato consensual, si bien las partes pueden compelerse a formalizarlo por escrito (art. 22); 7) las partes pueden establecer por escrito cualquier otra condición que, de otro modo, afectaría a su validez, como las cláusulas de garantía por las que, el agente responde de las operaciones concluidas, a cambio de una remuneración o comisión de garantía, o las cláusulas de exclusividad y los pactos de no competencia, por un plazo determinado y en una zona concreta, por lo general, en la que el agente ha desplegado su actividad.

En el supuesto sometido a consideración, este Tribunal estima adecuada la calificación y la argumentación jurídica realizada por la juzgadora de instancia.

De la propia redacción del contrato resulta que el objeto del mismo era que TAE promoviera y concluyera actos u operaciones de comercio por cuenta de NV GOURMAND estableciéndose en concreto, en la cláusula como "objeto del acuerdo", la promoción de las ventas de los productos de NV NV GOURMAND en España y Portugal, ampliar la cartera de clientes de la demandada y dar apoyo logístico en el territorio, a cambio de una remuneración (cláusula 3ª en relación al artículo 11 de la Ley del Contrato de Agencia), sin que TAE asumiera riesgo alguno en estas operaciones. Ambas partes, pese a su lógica interacción, funcionaban de forma independiente (manifiesto 5º y cláusula 2.1), sin subordinación o dependencia acreditada, organizándose TAE según sus propios criterios, estableciéndose además una relación estable (cláusula 4ª, contrato de duración indefinida) y con pacto de no competencia (cláusula 6ª).

En cuanto a la única declaración testifical practicada, la del Sr. Leoncio , resulta que el mismo, en el lapso temporal que duró la relación contractual de TAE y NV GOURMAND, se encontraba laboralmente vinculado con TAE y ello con independencia de quien asumiera finalmente su coste, lo que no implica, como pretende la impugnante, que existiera una dependencia laboral de facto, sino que se encuadra dentro de la exclusión de asunción de riesgos por el agente.

Por último, de la comunicación remitida por la Letrada en España de NV GOURMAND a TAE y aportada como documento nº 11 de la demanda, resulta que se acude a la Ley de Contrato de Agencia española para rehusar las pretensiones de la actora, lo que supone un reconocimiento tácito de la naturaleza del contrato existente.

En atención a lo expuesto, se estima que el contrato suscrito entre las partes, debe, de conformidad con Ley 12/1992, de 27 de mayo, del Contrato de Agencia y por la concurrencia de todas las notas características del contrato de agencia, ser calificado como tal y no como un contrato de arrendamiento de servicios.

CUARTO.- Infracción del artículo 144 LEC .

Impugna NV GOURMAND la resolución dictada alegando infracción del artículo 144 de la LEC, al haberse admitido en el acto de la Audiencia Previa las traducciones al castellano de los documentos redactados en inglés y francés aportados con la demanda.

Cabe recordar que el apartado primero del artículo 144 de la LEC, prevé la aportación de la traducción de los documentos redactados en idioma que no sea el castellano o, en su caso, la lengua oficial propia de la



Comunidad Autónoma de que se trate y el apartado segundo establece expresamente que la traducción podrá ser hecha privadamente y que solo si alguna de las partes la impugna, se podrá acudir a la traducción oficial del documento.

El referido artículo 144 no establece un plazo determinado para la aportación de las traducciones.

En el supuesto sometido a consideración, en el acto de la Audiencia Previa se aportaron las traducciones de las comunicaciones intercambiadas entre las partes y aportados en su lengua original como documentos nº 3, 4, 5, 6, 7, 14, 16, 21, 23, 24, 26 y 27 de la demanda. NV GOURMAND no había alegado en su contestación indefensión alguna por la falta de traducción de los indicados documentos aportados junto a la demanda, lo que por otra parte hubiera resultado ilógico, habida cuenta de que se trataba de comunicaciones intercambiadas entre las partes, de tal forma que no cabía alegar desconocimiento.

Por lo expuesto, procede la desestimación del motivo de impugnación alegado, al no haberse infringido precepto alguno, ni haberse causado indefensión con la admisión efectuada por la juzgadora, en el acto de la audiencia previa, de la traducción de parte de la documental acompañada junto a la demanda consistente en comunicaciones intercambiadas por las partes.

QUINTO.- Indemnización por clientela.

La juzgadora de instancia desestima la indemnización por clientela reclamada por TAE, exponiendo detalladamente los argumentos para no estimar procedente la indemnización, indicando que "No debe olvidarse que ninguna prueba se ha aportado que acredite el supuesto perjuicio que se dice ha sufrido su representado TAE tras la resolución del contrato, lo que pudo hacer sin dificultad aportando las bases de su cuantificación económica, por más que aplique un criterio jurisprudencial relativo al citado art. 28 de la Ley 12/92, porque como se ha dicho, la mera existencia de clientela no da el pretendido derecho a la indemnización.

Y nada de ello se ha demostrado porque la afirmación de la existencia de nuevos clientes no ha quedado acreditada, asimismo no ha podido probarse que ello produzca ventajas sustanciales a la demandada y finalmente, no hay pérdida evidente de comisiones que se haya cuantificado, habiendo elegido la demandante un parámetro genérico basado en cálculos no rigurosos que sin duda, de haber aportado una pericial contable, hubiera sido de gran utilidad para ver el incremento o el descenso de volumen de clientes y su correspondencia económica para la demandada NV GOURMAND".

El art. 17. 2 a) de la Directiva del Consejo de las Comunidades Europeas de 18 diciembre 1986, relativa a la coordinación de los derechos de los estados miembros en lo referente a los Agentes Comerciales independientes (86/653 CEE), establece el derecho del agente comercial, tras la terminación del contrato, a una indemnización o compensación económica siempre que hubiera aportado nuevos clientes al empresario o hubiere desarrollado sensiblemente las operaciones con los clientes existentes, y cuando dicha actividad pueda reportar todavía ventajas sustanciales al empresario, y que el pago de dicha indemnización fuese equitativo.

Tales previsiones fueron recogidas en el art. 28 de la Ley del contrato de agencia, y tal derecho tiene por base el principio de enriquecimiento sin causa reconocido expresamente en la sentencia de la Sala 1ª Tribunal Supremo de 22 marzo 1988, que ya establecía el derecho a la compensación por clientela en los supuestos de denuncia unilateral del contrato en que el empresario disfrute posteriormente de la clientela aportada por el agente.

En el supuesto sometido a consideración, la relación habida entre los ahora litigantes se califica de contrato de agencia que ha tenido una duración de un año y 9 meses y, asimismo, que tal contrato fue resuelto de forma unilateral por NV GOURMAND por medio de comunicación de fecha 19 de febrero de 2014 sin que en dicha comunicación se dejara constancia de incumplimiento contractual imputable al agente que justificara tal decisión, indicando exclusivamente que "el actual nivel de ventas en el mercado Ibérico es significativamente inferior al planeado en un 20%". Por otra parte, no consta tampoco en los últimos meses de vida del contrato, comunicación alguna donde se pusiera de manifiesto la insatisfacción del empresario con el agente, ni le requiriese para que adoptara medidas tendentes a evitar los pretendidos incumplimientos contractuales sostenidos por la demandada en la oposición al recurso de TAE, -relativos a los flojos resultados y a prácticas desleales del agente-, no constando queja alguna al respecto durante el último periodo de vigencia del contrato.

De ello resulta, que tal y como recoge la sentencia de instancia, la resolución del contrato por NV GOURMAND no estaba justificada, lo que determina que no pueda negarse a la actora la indemnización reclamada en base al art.30 a) de la Ley del contrato de agencia.

En cuanto a la concurrencia de los requisitos exigidos para la indemnización por clientela, el artículo 28 de la Ley 12/1992, de 27 de mayo, sobre Contrato de Agencia establece lo siguiente: " Indemnización por clientela.



1. 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 puede 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.
2. El derecho a la indemnización por clientela existe también en el caso de que el contrato se extinga por muerte o declaración de fallecimiento del agente.
3. 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 ".

Se trata, por lo tanto, de compensar económicamente al agente a quien se le extingue su contrato, sin concurrir alguno de los supuestos del artículo 30, y tiene su origen en la aportación o incremento de clientes que permitirá seguir beneficiándose a la empresa por la tarea llevada a cabo por dicho agente, sin contraprestación alguna para éste comercial que ha desplegado una actividad de la que ya no se va a favorecer, y en cambio, seguirá produciendo beneficios a la empresa.

El primer requisito, por tanto, para que pueda resultar de aplicación analógicamente el artículo 28 citado, es que el agente " hubiese aportado nuevos clientes al empresario o incrementado sensiblemente las operaciones con la clientela preexistente ".

Y sobre este extremo, el Tribunal no puede compartir la conclusión alcanzada por la juzgadora de instancia en relación a la falta de acreditación de la existencia de nuevos clientes e incluso de aprovechamiento por NV GOURMAND de las ventajas derivadas de los mismos.

Valorando la prueba practicada, resulta que en el propio contrato de agencia (documento nº 1 de la demanda), en su Anexo 1, se consigna que NV GOURMAND contaba el momento de suscripción del contrato, con tres clientes en España (DIGEM XXI, EUROPASTRY y PASTELERÍA QUINOCES) y uno en Portugal (ADRIAN INSDUSTRIA ALIMENTARIA).

NV GOURMAND no se opuso en su escrito de contestación al incremento de clientes, sino que puso el acento en el beneficio reportado por los mismos, consignando expresamente que "lo realmente importante no son los clientes que aportó sino la cifra de ventas que estos clientes generan a mi defendida y son susceptibles de seguir generándola una vez resuelto el contrato" (hecho cuarto de la contestación de la demanda), consignando expresamente en las páginas 15 a 17 de la contestación la lista de clientes aportados por TAE, resaltando en negrita los que habían dejado de ser clientes de NV GOURMAND tras la salida de TAE, manifestando que de los 89 clientes aportados por TAE -que no discute-, más de 50 dejaron de ser clientes, de lo que resulta que se reconoce el incremento de clientes, en un origen en 89, restando como tales, por lo menos, a la fecha de contestación, 39.

El único testigo deponente en el acto, el Sr. Leoncio , manifestó, de forma veraz, que TAE, en atención al contrato de agencia suscrito, trabajaba exclusivamente para NV GOURMAND y que esta experimentó, por la labor de TAE, un crecimiento grande y rápido, detallando que el Presidente de NV GOURMAND le trasladó su satisfacción por la labor de la actora. Asimismo indicó que, tras la resolución del contrato de TAE, empezó a trabajar directamente para NV GOURMAND y que siguió trabajando con los clientes aportados por TAE, "intentando incrementar las ventas".

Del documento nº 27 de la demanda (traducción aportada en el acto de la Audiencia Previa), resultan comunicaciones intercambiadas entre las partes en septiembre de 2013, en las que constan los clientes en ese momento de NV GOURMAND en España (62) y en Portugal (7), lo que refleja un claro e importante incremento de la clientela de NV GOURMAND reflejada en el contrato, sin que tales documentos fueran impugnados en momento alguno, guardando el incremento de clientes una clara correspondencia con el documento nº 29 de la demanda, consistente en un email enviado por la empresa proveedora de servicios informáticos de NV GOURMAND a la entidad TAE (en concreto a Doña Aurora), con copia a NV GOURMAND, en el que se indica que se incorporan a los archivos de NV GOURMAND unos 1100 contactos de TAE.

De lo expuesto, resulta un claro incremento de la clientela de NV GOURMAND por la labor realizada por TAE, pasando de contar con 3 clientes en España a 89e y de 1 en Portugal a 7.

Y además, de la prueba practicada resulta además, un aprovechamiento sustancial de NV GOURMAND de los clientes aportados por TAE, tal y como resultó también de la declaración del Sr. Leoncio .

Y sobre este extremo, resulta esencial la relación de ventas de los años 2014 y 2015 (de enero 2014 a septiembre de 2015) aportada por la demandada mediante escrito de 19 de octubre de 2015, -en atención al



requerimiento admitido en el acto de la Audiencia Previa-, de la que resulta, no tan sólo el reconocimiento de los clientes captados por TAE, sino también el aprovechamiento de los mismos por NV GOURMAND, durante la vigencia de la relación e incluso una vez finalizada la relación con TAE.

Asimismo, NV GOURMAND relaciona en su escrito de oposición al recurso de apelación, página 16, los clientes captados por TAE que dejaron de ser clientes de NV GOURMAND tras la finalización del contrato de agencia, resultando de la fecha de finalización de las ventas consignada por NV GOURMAND, que la inmensa mayoría de estos clientes, dejaron de realizar compras entre julio y septiembre del 2015, esto es, más de un año después de la finalización del contrato de agencia, de tal forma que el aprovechamiento de la captación de clientes de TAE resulta incuestionable durante el primer año tras la finalización del contrato, no pudiendo ser imputada al agente la ruptura de relaciones acaecida más de un año posterior, en tanto no consta prueba en tal sentido, habiendo además manifestado el Sr. Leoncio que fue contratado directamente por NV GOURMAND para seguir trabajando sobre la red de clientes captados por TAE.

Por otra parte, de la relación aportada y del desglose efectuado por TAE en el recurso de apelación, resulta que las ventas de NV GOURMAND a clientes captados por TAE en el año 2014, tras la finalización del contrato de agencia, supusieron un 79,44% de sus ventas y en el año 2015 un 69,39%, sin que el descenso de facturación sufrido por NV GOURMAND en los años 2014 y 2015 pueda ser imputado a TAE, en tanto no existe prueba alguna en tal sentido, resultando que el cliente EUROPASTRY, -cliente preexistente de NV GOURMAND-dejó de serlo en septiembre de 2013, según declaración escrita de EUROSPAstry, lo que pudo afectar de modo muy relevante a la facturación de NV GOURMAND.

En virtud de todo lo expuesto, considera este Tribunal que resulta suficientemente acreditado un incremento sustancial de los clientes por la actividad del agente, tal y como exige el artículo 28 de la Ley del Contrato de Agencia y que además, dicha captación supuso un beneficio incuestionable para NV GOURMAND, lo que deriva en el derecho del agente a percibir una indemnización por clientela desde el momento en que el empresario ha continuado vendiendo el producto a los clientes aportados por el agente, pero ahorrándose las comisiones.

En cuanto a la indemnización interesada, la Sala Primera del Tribunal Supremo recuerda en su sentencia de 30 de octubre de 2014 que la procedencia de la indemnización por clientela "presupone, además de la extinción de la relación contractual, que con su actividad profesional el reclamante hubiera aportado nuevos clientes al empresario o incrementado sensiblemente las operaciones con la clientela del mismo preexistente; que se considere razonablemente posible que la actividad desarrollada por el primero continúe produciendo en el futuro sustanciales ventajas al segundo; y que sea equitativo el abono de la indemnización a la vista de las circunstancias. Por tanto, la indemnización por clientela tiene por fundamento el enriquecimiento del empresario por aprovechamiento sin remuneración de la clientela creada o aumentada sensiblemente por el agente."

TAE insta una indemnización de 160.183 euros correspondiente a las retribuciones percibidas durante los últimos 12 meses del contrato de agencia.

El apartado 3 del artículo 28 de la Ley del Contrato de Agencia dispone 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".

De ello resulta que TAE insta la indemnización por clientela en su grado máximo, a lo que se opone NV GOURMAND, apelando a la facultad moderadora de jueces y Tribunales.

Y en atención a las circunstancias concurrentes, este Tribunal aprecia razones justificadas para moderar la indemnización máxima que por clientela tiene derecho a percibir la actora.

En especial, se tiene en cuenta que pese a la exclusividad del agente durante la vigencia del contrato, la relación contractual duró escasamente un año y nueve meses, que NV GOURMAND asumió prácticamente el pago de la totalidad de los gastos asumidos por TAE y que TAE pudo continuar comercializando a los clientes productos similares a los de NV GOURMAND tras la finalización del contrato, en la medida en que no existía un pacto de limitación de competencia post- contractual, por lo que se estima que resulta adecuado moderar la indemnización solicitada y reconocerla en un 30%.

En virtud de ello, procede la estimación del recurso formulado por la actora en relación a la indemnización por clientela, reconociendo su procedencia y su importe en 48.054,90 euros.

SEXTO.- Facturas reclamadas.

TAE interesó en la demanda el importe de 54.111 euros en concepto de facturas debidas e impagadas, en concreto:



- 1) factura 2014/1021 de 23 de abril de 2014 por importe de 15.700 euros, de la que quedarían por abonar 13.000 euros.
- 2) factura NUM001 de 30 de abril de 2014 por importe de 899'10 euros; en concepto de facturación realizada por TAE a Grupo Distribuidor Alimentario del Sur.
- 3) factura NUM007 de 7 de mayo de 2014 por importe de 6.500 euros en concepto de gastos del comercial Sr. Leoncio .
- 4) factura NUM003 de 7 de mayo del 2014 por importe de 7.200 euros en concepto de coste de alquiler de oficina de TAE durante 12 meses y a razón de 600 euros al mes.
- 5) factura NUM008 de 7.5.14 por importe de 600 euros en concepto de gastos de teléfono devengados.
- 6) factura NUM004 de 7 de mayo de 2014 por importe de 1.540'52 euros por gastos de kilometraje, alojamientos y otros de los Sres. Carlos Miguel y Luis Angel (empleados de TAE).
- 7) factura NUM005 de 9 de mayo de 2014 por importe de 1.408'40 euros en concepto del coste del despido del Sr. Carlos Miguel .
- 8) factura NUM002 de 9 de mayo de 2014 por importe de 18.788'19 euros en concepto del coste del despido de la Sra. Aurora .
- 9) factura NUM006 de fecha 12 de mayo de 2014 por importe de 4.175'08 euros en concepto de gastos de desplazamiento del Sr. Benigno en abril de 2014.

La sentencia estimó parcialmente la demanda en cuanto a las facturas debidas por NV GOURMAND, por importe total de 20.824 euros y en concreto, estimó la pretensión de la actora respecto a las facturas NUM007 , NUM003 , NUM004 , NUM005 y NUM006 .

TAE en su recurso de apelación alega error de valoración de la prueba en cuanto a las facturas NUM009 , NUM001 y NUM002 .

NV GOURMAND por su parte, formula impugnación respecto a la condena a abonar las facturas NUM003 , NUM004 , NUM005 y NUM006 y defiende la improcedencia de la condena respecto a las facturas NUM009 , NUM001 y NUM002 .

De ello resulta que las únicas facturas no discutidas son la 2014/1024, a cuyo pago resulto condenada la demandada y la 2014/1026, sobre la que no recayó condena.

Valorando la prueba documental obrante en autos, este Tribunal estima adecuada la valoración jurídica y probatoria llevada a cabo por la juzgadora de instancia en cuanto a las facturas NUM009 , NUM001 , NUM002 y NUM006 .

Sin embargo, no compartimos la valoración en relación a las facturas NUM003 , NUM004 y NUM005 por los motivos que pasamos a exponer.

En cuanto la factura NUM009 de 23 de abril de 2014 por importe de 15.700 euros, estando pendiente de pago la cantidad de 13.000 euros, según reconocía la propia actora, la juzgadora estimó que debía compensarse con el depósito constituido por NV GOURMAND por valor de 13.000 euros y que debía devolverse al finalizar el contrato, cuya existencia reputa como hecho no controvertido.

TAE alega que NV GOURMAND no probó en modo alguno la constitución del depósito, si bien tal afirmación no puede ser compartida en tanto su existencia resulta del propio contrato de agencia, cláusula tercera apartado tercero, su pago resulta del documento nº 3 de la contestación y además consta en el documento nº 4 de la contestación que NV GOURMAND le indicó a TAE que compensará la factura NUM009 con el importe del depósito, resultando a favor de TAE 2.700 euros, que es justo la cantidad que la actora reconoce que la demandada había abonado.

En cuanto a la factura NUM001 de 30 de abril de 2014 por importe de 899'10 euros, alega la actora que se trató de un importe que facturó a Grupo Distribuidor Alimentario del Sur por problemas informáticos de TAE que le impidieron facturar directamente, cuya existencia pretende acreditar a través del documento nº 14 de la demandada, cuya traducción se acompañó en el acto de la Audiencia Previa, sin embargo, tal y como estimó la juzgadora de instancia, de la documental nº 14, consistente en una serie de emails, no resulta ni el pago de TAE ni que fuera imputable a NV GOURMAND.

En cuanto a la factura NUM002 de 9 de mayo de 2014 por importe de 18.788'19 euros en concepto del coste del despido de la Sra. Aurora , así como los costes de sus seguros sociales de abril de 2014. La cláusula tercera del contrato prevé el abono por parte de NV GOURMAND de los "gastos de los comerciales"; la Sra. Aurora



consta integrada en el departamento de Administración de TAE, por lo que no se trata de una comercial y además consta empleada por la empresa GREENWICH PRODUCTS SL (documentos nº 21 y 22 de la demanda), sin explicar TAE la relación con la indicada entidad, por lo que el abono del coste de su despido y seguros sociales no puede repercutirse a la demandada, tal y como concluye la sentencia de instancia.

Valorando las facturas objeto de condena en sentencia, resulta que en la factura NUM003 de 7 de mayo del 2014 por importe de 7.200 euros, la actora factura el coste de alquiler de su oficina de junio a diciembre de 2012 y de enero a mayo de 2013, a razón de 600 euros al mes, alegando que NV GOURMAND abonó las rentas a partir de mayo de 2013, pero no las anteriores. La demandada se opuso a tal pretensión, alegando la existencia de un pacto verbal de abonar exclusivamente las rentas desde mayo de 2013; la sentencia de instancia estima no acreditado el acuerdo verbal, por lo que estima procedente la condena.

Valorando la prueba, este Tribunal estima que, si bien es cierto que no se practicó prueba alguna sobre el supuesto acuerdo verbal, no lo es menos que de conformidad con el contrato suscrito entre las partes, NV GOURMAND, no venía obligada al pago de las rentas de la oficina, sin que resulte justificado tampoco que TAE no facturara tales conceptos durante la vigencia del contrato, por lo que no procede la condena a su abono.

Respecto la factura NUM004 de 7 de mayo de 2014 por importe de 1.540'52 euros por gastos de kilometraje, alojamientos y dietas de los Sres. Carlos Miguel y Luis Angel, se trata de conceptos incluidos en el contrato suscrito, sin resultar necesaria la autorización previa de NV GOURMAND, en tanto no se prevé en el contrato, sin embargo, del documento nº 21 de la demandad resulta que el Sr. Carlos Miguel estaba empleado por la entidad Grenwich Product S.L. y no por la actora, por lo que no puede repercutir sus gastos a la demandada, de conformidad con ello, de la factura reclamada deben detraerse los gastos incurridos por el Sr. Carlos Miguel que ascienden a 441,71 euros, por lo que de la condena debe detraerse esta cantidad; y por el mismo motivo, se estima que no procede la condena al pago de la factura NUM005 de 9 de mayo de 2014 por importe de 1.408'40 euros en concepto del coste del despido del Sr. Carlos Miguel, por no tratarse de un empleado de la actora.

Por último, se estima correcta la valoración efectuada en relación a la factura NUM006 de fecha 12 de mayo de 2014 por importe de 4.175'08 euros en concepto de gastos de desplazamiento del Sr. Benigno en abril de 2014, en tanto se trata de gastos incluidos en el contrato cuyo pagó incumbía a la demandada, sin que conste contractualmente pactada la necesidad de autorización previa.

De lo expuesto resulta que debe estimarse parcialmente la impugnación formulada por NV GOURMAND en relación al pago de las facturas NUM003, NUM004 (parcialmente) y NUM005, de tal forma que la condena de NV GOURMAND debe reducirse de 20.824 euros a 11.773,89 euros.

SÉPTIMO.- Costas.

De conformidad con el artículo 398 LEC, no se hace expresa imposición de las costas causadas en esta segunda instancia, en tanto se estima parcialmente el recurso de apelación de TAE y de Don Benigno y se estima parcialmente la impugnación efectuada por NV GOURMAND.

Vistos los preceptos legales citados y demás de general aplicación;

FALLO

El Tribunal acuerda: ESTIMAR parcialmente el recurso de apelación interpuesto por TRANSACCIONES ALIMENTARIAS EUROPEAS S.A. y DON Benigno, así como la impugnación formulada por NV NV GOURMAND contra la *sentencia dictada el día 5 de mayo de 2016 en el procedimiento nº 996/14, tramitado por el Juzgado de Primera Instancia nº22 de Barcelona*, por lo que se REVOCA PARCIALMENTE la citada resolución, condenando a NV GOURMAND al pago a la actora de CUARENTA Y OCHO MIL CINCUENTA Y CUATRO EUROS CON NOVENTA CÉNTIMOS DE EURO (48.054,90 euros) en concepto de indemnización por clientela y se reduce el importe de la condena en concepto de facturas impagadas de VEINTE MIL OCHOCIENTOS VEINTICUATRO EUROS (20.824 euros) a ONCE MIL SETECIENTOS SETENTA Y TRES EUROS CON OCHENTA Y NUEVE CÉNTIMOS DE EUROS (11.773,89 euros), dejando el resto de pronunciamientos inalterados.

Todo ello sin expresa condena en costas a ninguna de las partes.

Procedase a la devolución del depósito consignado al apelante.

La presente sentencia podrá ser susceptible de recurso de casación si concurren los requisitos legales (art. 469- 477- disposición final 16 LEC), y se interpondrá, en su caso, ante este Tribunal en el plazo de veinte días a contar desde la notificación de la presente.

Firme esta resolución, devuélvanse los autos al Juzgado de su procedencia, con certificación de la misma.



Pronuncian y firman esta sentencia los indicados Magistrados integrantes de este Tribunal.

FONDO DOCUMENTAL CENDOJ