



Roj: **SAP IB 599/2013 - ECLI:ES:APIB:2013:599**

Id Cendoj: **07040370032013100137**

Órgano: **Audiencia Provincial**

Sede: **Palma de Mallorca**

Sección: **3**

Fecha: **19/03/2013**

Nº de Recurso: **459/2012**

Nº de Resolución: **125/2013**

Procedimiento: **CIVIL**

Ponente: **CATALINA MARIA MORAGUES VIDAL**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

AUD.PROVINCIAL SECCION N. 3

PALMA DE MALLORCA

SENTENCIA: 00125/2013

SENTENCIA Nº 125

ILMOS. SRES.

PRESIDENTE:

Don Carlos Gómez Martínez

MAGISTRADOS:

Doña Catalina M^a Moragues Vidal

Don Gabriel Oliver Koppen

En Palma de Mallorca a diecinueve de marzo de dos mil trece.

VISTOS en grado de apelación ante esta Sección 3, de la Audiencia Provincial de PALMA DE MALLORCA, los Autos de PROCEDIMIENTO ORDINARIO 1956/2010, procedentes del JDO. PRIMERA INSTANCIA N. 2 de PALMA DE MALLORCA, a los que ha correspondido el Rollo RECURSO DE APELACION 459/2012, en los que aparece como parte actora apelante, FONYFON SL, representada por el Procurador de los tribunales, Sr. Miguel Socías Rossello, asistido por el Letrado D^a Amparo Lafuente Balle; y como parte demandada apelada, FRANCE TELECOM ESPAÑA SA, representada por el Procurador de los tribunales, Sr. Antonio M. Buades Garau y asistido por el Letrado D. Santiago Alvarez-Sala Sanjuán.

ES PONENTE la Magistrada Ilma Sra. D^a Catalina M^a Moragues Vidal.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO .- Por el Ilmo. Sr. Magistrado Juez del Juzgado de Primera Instancia número 2 de Palma, se dictó sentencia en fecha 27 febrero 2012 , cuyo Fallo es del tenor literal siguiente: "Se desestima íntegramente la demanda interpuesta por la entidad "Fonyfon SL" representada por el Procurador Don Miguel Socías Rosselló, contra la entidad la entidad "France Telecom España SA (Orange)", representada pro el Procurador don Antonio Buades Garau y, en consecuencia, se absuelve a dicha entidad demandada de las pretensiones en su contra ejercitadas, con expresa imposición de las costas al actor."

SEGUNDO .- Contra la expresada sentencia, y por la representación de la parte actora, se interpuso recurso de apelación, que fue admitido y seguido el recurso por sus trámites se señaló para votación y fallo el día 27 febrero 2013.

TERCERO .- En la tramitación del presente recurso se han observado las prescripciones legales.



FUNDAMENTOS JURIDICOS

PRIMERO .- La sentencia que concluye la primera instancia resuelve desestimar la demanda interpuesta por la entidad FONFON SL contra la también mercantil FRANCE TELECOM ESPAÑA SA, demanda mediante la que se pretendía el abono de la cantidad de 180.026 € en concepto de indemnización por clientela, en aplicación del artículo 28 de la Ley 12/1992 , por causa de haber resuelto unilateralmente la demandada, en fecha 14 de julio de 2010, el contrato suscrito entre ambas el 17 de octubre de 2008. Justifica el juez "a quo" el fallo desestimatorio de la pretensión deducida en la demanda en que, por una parte, la indemnización por clientela prevista en el contrato de agencia no es de aplicación automática al contrato de autos que es de distribución, y que, por otra parte, ha resultado acreditada, por parte de la demandada, las causas invocadas para denegar el pago de dicha indemnización, y relativas (pacto decimotercero del contrato) a no haber alcanzado la actora -en su calidad de distribuidora- el objetivo de asignaciones anuales, o no alcanzar los objetivos mensuales durante tres meses de manera consecutiva, incumplimiento de objetivos que ha sido reconocido por la propia parte actora en su demanda. Se alza contra al meritada resolución la parte actora que solicita, de este Tribunal, su revocación y el dictado de otra, en su lugar, por la que se estime la demanda por dicha parte interpuesta, afirmando, en fundamento de tal pretensión revocatoria, que la resolución unilateral realizada por la France Telecom el 14 de julio de 2010, " es arbitraria, discriminatoria, injusta y vulneradora del principio constitucional a la igualdad en relación a los demás distribuidores ", ello en aplicación del principio que ha venido siendo denominado por la doctrina "**Drittwirkung**", porque la demandada mantiene en vigor el resto de los contratos de aquellos otros distribuidores de su red que mantienen un nivel de actividad menor que la actora, hecho que fue afirmado por los testigos don Donato y don Fidel que mantuvieron que FONFON SL estaba dentro de la media de los demás distribuidores, por lo que, se pregunta, ¿porqué fue expulsado FONFON SL?, y, al no darse respuesta, afirma que tal decisión fue arbitraria y por ello debe ser indemnizado; se añade a lo anterior que la Audiencia Provincial de Barcelona en sentencia de 17 de noviembre de 2005 "estimó el derecho a indemnización de un distribuidor de Amena cuando sus medias de producción están muy proximos a sus objetivos".

La parte demandada y hoy apelada, se opone al recurso interpuesto de adverso y solicita la confirmación de la sentencia apelada.

SEGUNDO .- Lo primero que debe ponerse de manifiesto por este Tribunal es que, el planteamiento del recurso de apelación, se aparta considerablemente de los términos en que fue planteada la demanda pues, si bien es cierto que en el "HECHO QUINTO" de dicho escrito inicial, se trae a colación "la Drittwirkung", se hace en relación al "cumplimiento razonable de los objetivos" tal como se dice por la parte actora, pero no en relación a una resolución contractual que, ahora afirma, es discriminatoria comparándola con el resto de distribuidores . Así, en el hecho TERCERO de la demanda se dice, " esta parte entiende que esta resolución unilateral es injustificada, abrupta, dolosa e ilegal por lo que debe ser indemnizada ex art. 28 de la Ley de Contrato de Agencia ", afirmando que concurren en el presente caso los requisitos para conceder tal indemnización como son: aportación de nuevos clientes o sensible incremento de las operaciones, permanencia de ventajas sustanciales para el empresario y concurrencia de pactos de limitación o pérdidas de remuneración del agente. Pues bien, la sentencia dictada en la primera instancia da respuesta completa y razonada a las cuestiones planteadas por las partes, sin que por la parte actora hoy apelante se manifieste en que concreto razonamiento de la antedicha resolución discrepa para sostener su pretensión revocatoria pues, lo que imputa al juez "a quo" es que " no contesta a la acción que esta parte plantea", afirmación que a la vista del contenido de la sentencia apelada debe ser rechazada de plano. Como reiteradamente ha puesto de manifiesto este Tribunal, la tutela judicial efectiva (artículo 24 de la Constitución) comprende el derecho a obtener una resolución motivada sobre la solicitud formulada al órgano judicial, que además ha de ser congruente, lo que consiste en que se ajuste o responda a lo pedido por los justiciables y a los fundamentos de sus peticiones, como tantas veces ha dicho el Tribunal Constitucional (Sentencias 215/1999 , 141/2002 , 191/1995). Ello es consecuencia de los principios de justicia rogada o dispositivo y de aportación de parte que rigen nuestro proceso civil que implican que la ley deja a la libertad de los litigantes entablar el proceso, configurar a voluntad el objeto litigioso en su doble vertiente fáctica y jurídica y aportar los materiales sobre los que ha de fundarse la respuesta judicial. Así lo establece con términos taxativos el artículo 216 de la LEC cuando previene que *los tribunales civiles decidirán los asuntos en virtud de las aportaciones de hechos, pruebas y pretensiones de las partes, excepto cuando la ley disponga otra cosa en casos especiales* . El deber de congruencia de las sentencias que consagra el artículo 218 de la LEC emana de tales principios rectores. El numeral primero del precepto determina en este sentido que las sentencias deben ser claras, precisas y congruentes con las demandas y con las demás pretensiones de las partes deducidas oportunamente en el pleito, y, ordena al tribunal, que resuelva conforme a las normas aplicables al caso, pero siempre sin apartarse de la causa de pedir acudiendo a fundamentos de hecho o de derecho distintos de los que las partes hayan querido hacer valer. La doctrina del Tribunal Supremo advierte con reiteración de la necesidad imperiosa de que las sentencias se ajusten al planteamiento que las partes



otorgan a la controversia, cuidando de no resolver cuestiones distintas de las suscitadas por los contendientes -salvo que se trate de puntos sometidos a control jurisdiccional de oficio- o sobre sustrato fáctico diverso del invocado. Consecuencia de lo anterior es que a los litigantes se le ha vetado que, con ocasión del recurso de apelación, puedan introducir hechos o cuestiones nuevas que no fueron oportunamente alegadas en la primera instancia, ya que con tal conducta se estaría vulnerando el artículo 456 de la Ley de Enjuiciamiento Civil que delimita el ámbito del recurso de apelación y que impide, so pena de vulnerar el principio de defensa y de igualdad de las partes en el proceso, introducir en esta alzada hechos o planteamientos nuevos que no pueden ser contrarrestados por la otra parte litigante, prohibición que, conocida desde antiguo bajo el aforismo *pendente appellationes nihil innovetur*, continúa rigiendo la segunda alzada en el proceso civil.

La aplicación de la doctrina acabada de relatar al caso hoy sometido a la decisión de este Tribunal, justificaría sin más el rechazo del motivo, ahora bien, y a los efectos de dar cumplida respuesta a la alegación de la parte apelante relativa a la *posibilidad* de vulneración, por parte de la demandada al resolver el contrato de autos, de un derecho fundamental, el derecho a la igualdad, se estima procedente manifestar que el principio de igualdad en la aplicación de ley, no opera con eficacia horizontal ("**Drittwirkung**"), y así lo ha declarado la Sala 1ª del Tribunal Supremo en sentencias de 13 de julio de 2007, 5 de octubre de 2009 y 5 de febrero de 2013, pues, afirma, dicho principio es aplicable únicamente a la actuación de los Poderes Públicos, resultando que la polémica sobre la eficacia horizontal (al menos en ciertas relaciones jurídicas) cuando se trata de las circunstancias o condiciones de discriminación que menciona el propio artículo 14 CE, resulta aquí irrelevante por no tener nada que ver con ellas el supuesto litigioso.

TERCERO .- No discute la parte actora hoy apelante la naturaleza jurídica del contrato suscrito con la demandada el 17 de octubre de 2008, que no es la del contrato de agencia sino más bien de suministro y distribución mercantil; ni las concretas cláusulas del mismo, ni sus anexos; como tampoco discute el hecho, cuya trascendencia es fundamental para la adecuada justificación de la resolución contractual, del incumplimiento de objetivos, pues es la propia actora la que afirma que sólo ha alcanzado el 86% de los objetivos, relatando el juez "a quo" como, de lo manifestado por la Sra. Melisa, el incumplimiento en algunas líneas era de un 0% y que en varias líneas de negocio no se alcanzaba el 50% y que los objetivos no se compensaban entre sí. Datos todos ellos que no se discuten en el recurso, como tampoco se discute que la duración del meritado contrato y la facultad de resolución unilateral del mismo sin derecho a indemnización se hallan expresamente previstas en su pacto TERCERO y DECIMOTERCERO que regula, éste último, las causas de resolución y extinción del contrato. Debe reseñarse que la sentencia apelada cita la jurisprudencia de aplicación al caso relativa a la validez de las cláusulas excluyentes de indemnización al finalizar el contrato -entre otras, las SSTS de 18 de marzo y 26 de abril de 2004-, en cuanto que pactadas libremente por las partes, amparadas por el principio de autonomía de la voluntad y no resultar contrarias a la moral, la ley, ni al orden público. En definitiva, comparte la Sala no solo las consideraciones jurídicas vertidas por el juez "a quo" a la hora de definir el contrato de autos y aplicar al mismo la doctrina jurisprudencial a la que se ha hecho referencia, sino también en relación a la valoración y apreciación que de la prueba practicada ha realizado aquel en orden a tener por acreditado el incumplimiento de los objetivos acordados contractualmente, conclusión que no ha sido desvirtuada por prueba alguna de contrario pues el examen testifical del Sr. Fidel no es útil a tal finalidad dadas las relaciones existentes entre dicho testigo y el administrador de la mercantil actora, como así se reconoce por el juez "a quo" con cita expresa del artículo 376 LEC.

Por último, merece señalarse que tampoco se discute en el recurso la afirmación contenida en la sentencia apelada (fundamento de derecho TERCERO in fine) relativa al hecho acreditado de que el representante legal de FONYFON se dedicaba a otras líneas de negocio en la misma oficina o en la contigua, al igual que sus comerciales, con la consiguiente repercusión en la utilización de recursos, y que, durante el desarrollo del contrato, la parte actora no mostró queja o disconformidad con los objetivos fijados en el contrato, lo que hizo luego de resolverse el mismo por causa de incumplimiento a dicha parte imputable, pues, y así se ha acreditado, mantuvo "un nivel de actividad insuficiente" en relación a los objetivos pactados.

CUARTO .- La desestimación del recurso de apelación y la consiguiente confirmación de la sentencia apelada conlleva en materia de costas procesales y a tenor de lo dispuesto en el artículo 398.1 LEC, la expresa imposición a la parte apelante de las costas procesales causadas en esta alzada.

Asimismo y de conformidad con lo dispuesto en la Disposición Adicional Decimoquinta de la Ley Orgánica del Poder Judicial introducida por la LO 1/2009 de 3 de noviembre, en su apartado 9, se declara la pérdida del depósito para recurrir constituido por la apelante, al que se le dará el destino previsto en dicha disposición.

FALLAMOS



SE DESESTIMA el RECURSO DE APELACIÓN interpuesto por la entidad FONYFON SL, representada por el procurador Sr. Socias, contra la Sentencia de fecha 27 de febrero de 2012, dictada por el Ilmo. Sr. Magistrado Juez del Juzgado de Primera Instancia número 2 de Palma , en el procedimiento de juicio ordinario del que trae causa la presente alzada, y, en consecuencia, SE CONFIRMA dicha resolución.

Se imponen a la parte apelante las costas procesales devengadas en esta alzada.

Con pérdida del depósito consignado para recurrir.

Así por esta nuestra sentencia, de la que se llevar certificación al Rollo de la Sala, definitivamente Juzgando, la pronunciamos, mandamos y firmamos.

PUBLICACION.- Dada y pronunciada fué la anterior Sentencia por los Ilmos. Sres. Magistrados que la firman y leída por el/la Ilmo. Magistrado Ponente en el mismo día de su fecha, de lo que yo el/la Secretario certifico.

Así, por esta nuestra Sentencia, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

FONDO DOCUMENTAL CENDOC