



Roj: **SAP M 22294/2013 - ECLI:ES:APM:2013:22294**

Id Cendoj: **28079370132013100430**

Órgano: **Audiencia Provincial**

Sede: **Madrid**

Sección: **13**

Fecha: **10/09/2013**

Nº de Recurso: **921/2012**

Nº de Resolución: **334/2013**

Procedimiento: **CIVIL**

Ponente: **MODESTO DE BUSTOS GOMEZ-RICO**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

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

Audiencia Provincial Civil de Madrid

Sección Decimotercera

C/ Ferraz, 41 - 28008

Tfno.: 914933911

37007740

**N.I.G.:** 28.079.00.2-2012/0015458

**Recurso de Apelación 921/2012**

**O. Judicial Origen:** Juzgado de 1ª Instancia nº 72 de Madrid

Autos de Procedimiento Ordinario 1675/2009

**APELANTE:** **BRUGAL** & CO. POR A

PROCURADOR D./Dña. MARIA ISABEL CAMPILLO GARCIA

DIEGO ZAMORA S.A.

PROCURADOR D./Dña. MANUEL LANCHARES PERLADO

**SENTENCIA N° 334/2013**

**TRIBUNAL QUE LO DICTA**

**ILMO. SR. PRESIDENTE**

D. MODESTO DE BUSTOS GÓMEZ RICO

**ILMOS. SRES. MAGISTRADOS**

D. CARLOS CEZON GONZÁLEZ

D. JOSÉ LUIS ZARCO OLIVO

Siendo Magistrado Ponente D. MODESTO DE BUSTOS GÓMEZ RICO

En Madrid, a diez de septiembre de dos mil trece. La Sección Decimotercera de la Audiencia Provincial de Madrid, compuesta por los Señores Magistrados expresados al margen, ha visto en grado de apelación los autos de Juicio Ordinario sobre reclamación de cantidad, procedentes del Juzgado de Primera Instancia nº 72 de los de Madrid, seguidos entre partes, de una, como demandante-apelante DIEGO ZAMORA S.A., representado por el Procurador D. Manuel Lanchares Perlado y asistido de los Letrados D. José Antonio



Caínzos Fernández y D<sup>a</sup> Irene Arévalo González, y de otra, como demandado-apelante **BRUGAL & CO**, C POR A, representado por la Procuradora D<sup>a</sup> M<sup>a</sup> Isabel Campillo García y asistido del Letrado D. Francisco Javier Béjar García.

## ANTECEDENTES DE HECHO

**PRIMERO.-** Por el Juzgado de Primera Instancia nº 72, de los de Madrid, en fecha once de junio de dos mil doce, se dictó sentencia, cuya parte dispositiva es del tenor literal siguiente: "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.-** Contra la anterior resolución se interpuso recurso por ambas partes, que fue admitido, del cual se dio traslado a la parte apelada, elevándose los autos ante esta Sección en fecha **quince de noviembre de 2012**, para resolver el recurso.

**TERCERO.-** Recibidos los autos en esta Sección, se formó el oportuno Rollo turnándose su conocimiento, a tenor de la norma preestablecida en esta Sección de reparto de Ponencias, y conforme dispone la Ley de Enjuiciamiento Civil, quedó pendiente para la correspondiente **DELIBERACIÓN, VOTACIÓN Y FALLO**, la cual tuvo lugar, previo señalamiento, el día **cuatro de septiembre de dos mil trece**.

**CUARTO.-** En la tramitación del presente recurso se han observado todas las disposiciones legales.

Vistos los artículos citados y demás de general y pertinente aplicación.

## FUNDAMENTOS JURIDICOS

**PRIMERO.-** De la sentencia apelada se aceptan los cuatro primeros fundamentos de derecho y el séptimo (intereses legales). La restante fundamentación se rechaza en o que se oponga o resulte modificada por la presente resolución.

**SEGUNDO.-** Los hechos esenciales en los que se sustenta el litigio, a tenor de los respectivos escritos de alegaciones de las partes y de los contratos que documentan la relación comercial mantenida entre ellas, figuran recogidos en los dos primeros fundamentos de la sentencia apelada que, para una adecuada comprensión de esta resolución, pasamos a reproducir en sus literales términos, que son los siguientes:

*"PRIMERO.- Diego Zamora S.A. presentó demanda contra **Brugal & Co.**, C por A en base a los siguientes hechos: en el año 1996 se iniciaron las relaciones comerciales entre el grupo Diego Zamora y **Brugal** que se materializaron el 1 de febrero de 1996 en un contrato de distribución entre **Brugal**, como fabricante, y Zamora Distribuciones de Bebidas S.L. -del grupo Diego Zamora- como distribuidor en España y Andorra. La sociedad Zadibe es, desde 2005, de propiedad íntegra de Diego Zamora, y la que realiza la comercialización de todas las bebidas producidas o importadas por las empresas de1 grupo. Diego Zamora fue el importado y titular de1 contrato, aunque la comercialización de los productos se realizó a través de Zadibe hasta su extinción. El 20 de enero de 2002 las partes acordaron una cesión del contrato mediante la que Zadibe cedía su posición contractual a su matriz Diego Zamora S.A. Los acuerdos del contrato de distribución consistían en una distribución exclusiva por Diego Zamora de los productos **Brugal** en España y Andorra incluido el mercado Duty Free, aquel no podía distribuir ningún otro producto equivalente al ron dominicano **Brugal**, ésta se comprometía a vender a1 precio más competitivo que el fabricante practicara en otros mercados concurrentes, las inversiones en marketing serían sufragadas al 50%, y se pactó expresamente el carácter indefinido que no incluía la cláusula de desistimiento unilateral. La actora concibió la relación contractual como un plan a muy largo plazo para crear una marca fuerte con importantes volúmenes de venta.*

*En una primera fase (1996-2001) se realizó una venta selectiva en establecimientos de hostelería especializados para construir una marca demandada por los consumidores. Alcanzando dicho objetivo, en una segunda fase (2001-2003) se proyectó la presencia de la marca en la gran distribución y en los canales de distribución generalista. A partir de 2003 comenzó la tercera fase con políticas de inversión en marketing y publicidad a gran*



escala como más de 6.000 actividades anuales relativos a ron **Brugal**; concluidas dichas fases el producto se vendió masivamente, y se intensificaron las inversiones en publicidad y marketing para ganar cuota de mercado a otros productos competidores. La estrategia desplegada por la actora logró un éxito notorio, según los informes aportados de Audhispana Grant Thornton, de D. Justiniano, y de la auditoría y consultoría Deloitte S.L., tanto en términos cuantitativos como en cuota de mercado. La propia demandada, a través de su vicepresidente Sr Victorino, reconoció dicho éxito calificando de revolución para la compañía lo que se había logrado en España. Se alega que el mercado español abierto por la actora se convirtió en una de las mayores fuentes de ingresos tanto para la compañía **Brugal** como para Diego Zamora. El éxito en el mercado español se debe a la labor desarrollada por el grupo Diego Zamora y las ingentes inversiones en publicidad realizada por la actora. En este último aspecto a pesar de que la estipulación sexta del contrato establecía que el presupuesto de publicidad y promociones sería sufragada al 50% entre el fabricante y del distribuidor, cuando aumentó el coste de promoción y publicidad para lograr clientela y ventas a gran escala la demandada dejó de hacer frente a su 50%. En la adenda suscrita al contrato **Brugal** limitó su aportación al presupuesto de promoción y marketing a 5\$ de los Estados Unidos por caja en un momento en que el cambio Dólar/Euro era especialmente ventajoso. La renegociación de los términos del contrato se produjo abajo la amenaza de una terminación del contrato. En mayo de 2005 se produjo una reunión en Madrid entre la actora, la demandada y la compañía Edrington, en la que **Brugal** pensaba llegar a un acuerdo con Edrington para la distribución internacional de sus productos con una terminación del contrato con la actora; la oferta de Edrington consistía en un periodo transitorio de finales de 2007 hasta 2008 en el que Diego Zamora continuaría con la distribución pero con drástica reducción de sus márgenes y un pago final, cifrado en 55.300.000 Euros, no llegando a un acuerdo la actora y Edrington. Las negociaciones, según manifestó, entre **Brugal** y Edrington tampoco llegaron a buen término. En estas condiciones las partes firmaron el 20 de mayo de 2006 una Adenda al contrato de distribución, en virtud de la cual se aumentaba los precios de venta a la actora en un 70% para el ron **Brugal** añejo, y en un 58,37% para el ron **Brugal** extravejeo y la actora se comprometía a no repercutir el aumento del coste al cliente final, y por ello asumir el sobrecoste disminuyendo sus beneficios, se redujo la aportación económica de **Brugal** a promoción y marketing que paso a 5\$ por caja, y efectos retroactivos de la modificación de precios a 1 de enero de 2006. La finalidad de la adenda era engañar a la actora creando una expectativa de que la relación se mantendría a largo plazo para que siguiera invirtiendo decenas de millones de euros en publicidad de **Brugal** en España y ampliara la clientela, aumentar el beneficio de **Brugal** a corto plazo a costa de que Diego Zamora redujera el suyo; y reducir el margen de beneficio de Diego Zamora a efectos de reducir cualquier indemnización que la actora pudiera exigir a **Brugal** cuando se diera por terminado el contrato de distribución. La adenda preveía cambios dirigidos a incrementar y estrechar la relación entre ambas empresas, incluso los propios actos de **Brugal**, así lo indicaron: en los años 2006 y 2007 la actora invirtió 30 millones de euros en publicidad de **Brugal**, la formulación de proyectos como la creación de una segunda marca - Macorix- que compitiera en otro segmento de mercado, estudios sobre ron **Brugal** Extravejeo, proyectos con El Corte Inglés S.A, viaje publicitario organizado a República Dominicana por Diego Zamora para medios de comunicación españoles, acuerdo de distribución con Mercadona. A finales de 2007 y enero de 2008 hubo rumores sobre una negociación entre The Edrington Group y **Brugal** que fueron desmentidos. El 6 de febrero de 2008 la prensa informó que Edrington había adquirido una participación mayoritaria en el capital de la compañía **Brugal**. El 8 de febrero de 2008 la actora recibió un burofax en que se daba por terminado el contrato de distribución. El 9 de febrero de 2008 el director general de Edrington Group explicaba la trama urdida para perjudicar a la actora. Concluye la actora que se trata de un caso manifiesto de dolo, en el que **Brugal** sólo desea apropiarse del beneficio que obtenía la actora gracias a las inversiones y esfuerzo realizado, y la mala fe con que impuso a la actora el cambio de condiciones en la adenda al contrato de distribución. La mala fe de la demandada resulta patente al negarse a hacer frente a cualquier tipo de indemnización, tampoco procedió a la recompra del material que había quedado pendiente de venta, tampoco respetó, durante el periodo de preaviso, la exclusividad de la actora en la distribución y realizó visitas a clientes con perjuicio en la reputación de la actora. Se reclaman en la demanda las cantidades que la actora dejará de obtener como consecuencia de la ruptura del contrato dolosa y abusiva por parte de **Brugal**, cantidades que se determinan en dos informes periciales, elaborados por D. Justiniano y la firma de auditoría y consultoría Deloitte, fundada en los resultados que aporta la metodología del descuento de flujos de caja libre, que arroja una cifra más conservadora.

**Brugal & Co.**, C por A se opuso a la demanda en base a los siguientes hechos: En 1996 se suscribió un contrato de distribución entre **Brugal** como fabricante y Zadibe como distribuidor para España y Andorra, aunque Zadibe en una sociedad participada por Diego Zamora, es una persona jurídica independiente. En la adenda de 2006 se reconoce que Diego Zamora adquirió la condición de distribuidor de **Brugal** en enero de 2002. En dicha fecha Zadibe cedió todos sus derechos, y obligaciones del contrato de distribución a Diego Zamora, en dicho acuerdo Zadibe reconoce no ostentar frente a **Brugal** crédito o derecho alguno por ningún concepto derivado directamente o indirectamente del contrato de distribución, y se da por totalmente saldada y finiquitada en la relación



contractual con **Brugal**. Tras la cesión del contrato Diego Zamora ha utilizado en exclusiva a Zadibe como subdistribuidor de los productos **Brugal** en España. En febrero de 2002 la participación de Diego Zamora en Zadibe era del 50%, siendo el otro 50% de Maxxium, empresa independiente y sin vinculación a Diego Zamora. Edrington, entre los años 2002 y 2006 fue accionista indirecto de Zadibe Maxxium. El éxito de las marcas comercializadas por Zadibe Maxxium se debió a la aportación de las marcas de las dos sociedades, Maxxium y Diego Zamora. No acepta que la actora incluya en su demanda datos económicos de Zadibe como si fueran propios, dado que aquella es independiente, con personalidad jurídica, estructura y accionariado diferentes. A principios de 2006 finalizó la relación entre Zadibe-Maxxium, Zadibe dejó de distribuir los productos de las marcas de Maxxium, con motivo de la venta, en dicha fecha de la totalidad de las acciones de Maxxium a Diego Zamora. Desde enero de 2006 hasta agosto de 2008 Diego Zamora llevó a cabo la comercialización de los productos **Brugal** a través de Zadibe, como subdistribuidor en exclusiva. Considera que la actora ha incluido en su reclamación tanto en su margen con el de Zadibe, y así se demuestra en las instrucciones dadas a Leoncio para la elaboración de los informes periciales. Leoncio reconoce que en su informe ha comparado las compras por parte de Diego Zamora a **Brugal** con las ventas de producto **Brugal** por parte de Zadibe a los clientes de Zadibe. Reconoce que el contrato de distribución era de duración indefinida, pero no de duración eterna, pudiendo resolverse por cualquiera de las partes no requiriendo que medie justa causa, sino buena fe, concediendo un plazo de preaviso a la otra parte suficientes para que ésta se adapte a la nueva situación posterior a la resolución. Se afirma que el hecho de que la relación contractual no continúe si alguna de las partes no está satisfecha no constituye indemnización sino práctica habitual en las relaciones comerciales. Durante años la actora se negó a que **Brugal** efectuara modificaciones sustanciales en los precios de venta. **Brugal** no estaba satisfecha con los resultados obtenidos por la venta de sus productos en España, dada la escasa rentabilidad que obtenía el fabricante y valoraba otras alternativas, y así se lo manifestó a Diego Zamora en 2001, varias ocasiones en 2005. Cuando Diego Zamora vio que **Brugal** tenía otras alternativas para la distribución de sus productos, se planteó la posibilidad de acercar los precios de compra de **Brugal** a las condiciones de mercado. El precio se incrementó a iniciativa de la actora y fue -tanto antes como después de la adenda de 2006- inferior a la media del mercado. **Brugal** no engañó a la actora haciéndole creer que el contrato de distribución se mantendría a largo plazo. La actora negoció con Edrington en el año 2005 como la adquisición por esa multinacional de los derechos internacionales de la marca **Brugal** podía afectar al contrato de distribución, lo que constituye una prueba de que el contrato podría ser resuelto. No es cierto que Edrington influyera en la decisión de **Brugal** de aumentar sus precios a Diego Zamora. En 2007 Edrington y **Brugal** iniciaron conversaciones para la entrada de la primera en el accionariado de **Brugal** que por confidencialidad y prudencia no se dieron a conocer, cuando la compra fue aprobada por la Junta de accionista de **Brugal** -febrero de 2008- se comunicó a Diego Zamora. En la adenda de 2006 se pactó que los gastos de publicidad y promoción debían ser asignados, a no ser que se acordase otra cosa entre las partes, en un 50% cada una. Se incluyeron en la adenda cláusulas a favor de la actora, como el cambio de sumisión para la resolución de conflictos al arbitraje de la cámara de comercio internacional de París, a la sumisión expresa a los juzgados y tribunales de Madrid, resultando incongruente que la actora litiga en base dicha cláusula de jurisdicción contenida en una adenda de 2006 y que al mismo tiempo demanda su nulidad. En la adenda se pactó que los incrementos de precios futuros para los años 2006 y 2007 debían estar siempre justificados y no ser superiores al 5% del IPC de la República Dominicana. **Brugal** comunicó a la actora la resolución de contrato concediendo un plazo de preaviso de seis meses. No es cierto que **Brugal** se negara a recomprar los stocks de productos en poder de la actora en junio de 2008, tampoco ofreció la venta de productos **Brugal** al mercado durante el periodo de preaviso. Diego Zamora incumplió el contrato de distribución al dejar de pagar los gastos de publicidad y promoción durante el periodo de preaviso, ya que solo sufragó 2.109.289 euros, 8.594.411,24 euros menos de la cantidad acordada. Considera improcedente la indemnización reclamada por daños y perjuicios ya que no ha existido mala fe en la resolución del contrato, ni abuso. Tampoco procede indemnización por clientela ya que se concedió un plazo de preaviso razonable, la actora incumplió sus obligaciones contractuales, y **Brugal** no se va beneficiar de la clientela de la actora -Aldeasda y Zadibe-. El nuevo distribuidor de **Brugal** - Maxxium- tiene su propia cartera de clientes. Durante el periodo de preaviso Diego Zamora forzó las ventas de producto **Brugal**, ofreciéndolo a través de Zadibe en condiciones más atractivas de precio y pago que las ofrecidas hasta entonces para la venta del producto, obteniendo por ello beneficios extraordinarios. La venta excesiva de stocks provocó que los mayoristas y minoristas tuvieran stocks tan elevados que dejaron de comprar productos **Brugal** durante un largo tiempo. En caso de conceder indemnización, ésta debería reducirse en la cantidad que la actora incrementó de forma artificial los beneficios en el periodo de preaviso. El resultado de la marca es el resultado de un número de factores, y no sólo del trabajo realizado por la actora. En caso de acordar indemnización por clientela ésta, debería ser equivalente a las comisiones percibidas por el agente en el periodo de un año, calculado sobre la base del promedio de los últimos cinco años, por aplicación analógica de la Ley de Agencia. La jurisprudencia limita la indemnización a un año de beneficio neto calculado sobre el promedio de los últimos cinco años. La actora no tiene derecho a indemnización por inversiones no amortizadas.





Formula **Brugal & Co.**, C por A demanda reconvenional en base a la obligación impuesta en el contrato de distribución a Diego Zamora de pagar los gastos de publicidad promoción -cláusula sexta del contrato-. Dicha obligación se cuantificaba anualmente entre las partes, y que para el año 2008 se reflejaron en un plan de marketing. Normalmente Diego Zamora, año a año, realizaba las acciones de publicidad y promoción previstas en el plan marketing, pagaba su totalidad del presupuesto acordado, refacturando posteriormente a **Brugal** la parte que le correspondía conforme a lo pactado. Para el año 2008 se aprobó un presupuesto de 23.793.000 €, de las que **Brugal** debía pagar 2.576.742,19 euros, Diego Zamora debería haber pagado gastos por este concepto por importe de 18.694.500 € para el año 2008. La obligación de asumir gastos de publicidad y promoción se mantenía vigente hasta el 8 de agosto de 2008. La actora invirtió en los meses de enero a junio de 2008, en publicidad en prensa, la cantidad de 163.949 €, y a partir del mes de abril desapareció hasta la finalización del contrato de distribución. Partiendo de las cifras del informe pericial de Deloitte, los gastos de publicidad y promoción por Diego Zamora ascendió a 2.109.289 €, dejando pagar la suma de 8.594.411,24 euros. **Brugal** requirió, en varias ocasiones, a Diego Zamora para que respetara el contrato de distribución y el plan de marketing de 2008. Diego Zamora con mala fe reclamó a **Brugal**, en septiembre de 2008 el pago urgente de varias facturas correspondiente a gastos de publicidad y promoción que no estaban vencidas. El incumplimiento por parte de Diego Zamora originó unos daños y perjuicio consistente en la diferencia entre la cantidad que DZ debería haber sufragado, y que se cifra en 8.594.411,24 euros que reclama en el presente pleito o la mayor que se determine por el perito.

Diego Zamora se opuso a la demanda reconvenional dado que el plan de marketing de 2008 no era aplicable puesto que no había sido aprobado por **Brugal**; el plan de marketing aportado por **Brugal** sólo era un borrador preliminar que la directora de marketing de Diego Zamora, junto con otras personas, pretendía presentar al Sr. Victorino cuando viajó a República Dominicana a finales de octubre de 2007. En noviembre de 2007 el Sr. Carlos Daniel trató de contactar con el Sr. Victorino en varias ocasiones, para discutir la estrategia de marketing sin conseguirlo, por ello Diego Zamora sólo estaba obligado a soportar la parte proporcional que contractualmente le correspondiese en los gastos de publicidad efectuados hasta el 8 de agosto de 2008. Siendo nula la adenda del contrato de fecha de 20 de mayo de 2006, Diego Zamora sólo estaba obligada a soportar el 50% de los gastos de inversión de cada año, según lo pactado en el contrato de 1 de febrero de 1996, y dado que el gasto real por este concepto ascendió a 5.322.175 €, Diego Zamora sólo debía pagar la suma de 2.661.087,50 euros -50%-.

Diego Zamora no invirtió más en publicidad en el año 2008 porque **Brugal** no fijó las líneas necesarias para implementar una estrategia de marketing. En caso de declarar que existió incumplimiento por Diego Zamora en relación a la inversión en publicidad y promoción, no se ocasionó ningún daño a **Brugal** por cuanto las ventas de **Brugal** en 2008 no descendieron sino que aumentaron un 3.8 %.

SEGUNDO.- De la documental obrante en autos consta que con fecha 1 de febrero de 1996 **Brugal & Co**, C por A, en calidad de fabricante, y Zamora Distribuciones de Bebidas S.L (Zadibe) suscribieron un contrato de distribución ( documento núm tres de la demanda) en virtud del cual **Brugal** nombra a Zadibe distribuidor exclusivo para España y Andorra para la promoción, distribución y venta de los productos especificados en el Anexo I; 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 es equivalente a ninguno de los que actualmente ya distribuye, y a suministrar a **Brugal** el presupuesto de compras anualmente que será revisado cada tres meses. **Brugal** no podrá vender su producto o cualquier otra empresa que opere o pueda operar con el mismo en el territorio, domiciliada en éste o fuera de él, mediante la incorporación directa o indirecta del producto. **Brugal** asumió el compromiso de tener inventarios suficientes del producto para atender la demandada de Zadibe. Zadibe compraría a los precios y condiciones de entrega indicada en la lista de precios, que serán los más competitivos que **Brugal** practique en los mercados concurrentes. **Brugal** deberá preavisar de cualquier modificación de la lista de precios con una antelación de al menos cuatro meses a su entrada en vigor. En la cláusula Sexta del contrato, se señalaba que anualmente Zadibe establecerá un Plan de marketing del que informará a **Brugal**, conteniendo 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, será sufragado al 50%. La aprobación del plan deberá ser consensuada entre Zadibe y **Brugal**. La implementación será responsabilidad exclusiva de Zadibe. Zadibe no puede ceder los derechos obtenidos del contrato sin la expresa autorización de **Brugal**. En la cláusula Décima pactaron las partes una cláusula de sumisión a la Cámara de Comercio Internacional de París para resolver las desavenencias derivadas del contrato.

El 20 de enero de 2002 (documento núm cuatro) **Brugal**, Zadibe S.L, y Diego Zamora S.A suscribieron un contrato, en virtud del cual Zadibe, con pleno consentimiento de **Brugal**, cede a favor de Diego Zamora S.A el contrato de distribución de Ron **Brugal** que tiene suscrito con **Brugal**. Diego Zamora SA sustituye y reemplaza a Zadibe en el contrato de distribución, asumiendo los derechos y obligaciones dimanantes del contrato. Zadibe declara, expresamente, que no conserva frente a **Brugal** instancia, crédito, derecho, acción o reclamación por ningún concepto derivado directa o indirectamente de la relación contractual, y por ello otorga a favor de

**Brugal** formal recibo de descargo y finiquito en ocasión de la terminación de la relación comercial entre ellas. Diego Zamora S.A declaró tener pleno conocimiento de los términos y condiciones del contrato de distribución, asumiendo íntegramente, sin reserva ni limitación alguna, los derechos y obligaciones que se derivan del contrato.

El 20 de mayo de 2006 se firmó una Adenda al contrato de distribución entre **Brugal & Co**, C por A y Diego Zamora S.A. *en la que acordaron iniciar un periodo de conversaciones e intercambio de criterios, tendentes a modificar su relación para hacerla lo más provechosa posible para ambas empresas, con un límite temporal hasta el 31 de diciembre de 2006. Se modificó la cláusula quinta del contrato de distribución de fecha de 1 de febrero de 2006 relativo al precio de adquisición del producto. La aportación máxima de **Brugal** en concepto de inversión publicitaria, promocional y marketing será de 5 dólares Usa por cada caja de productos vendida en firme Diego Zamora S.A. Pactaron -cláusula décima- la sumisión a juzgados y tribunales españoles, renunciando al fuero que pudieran corresponderles para las relaciones y eventuales desavenencias que tengan las partes."*

La precedente exposición se precisa y completa en los siguientes extremos:

En la estipulación séptima del contrato de distribución que suscribieron el **1 de febrero de 1996 Brugal-Co**, C por A (**Brugal**), como fabricante, y Zamora Distribuciones de Bebidas, S.L. (**Zadibe**), como distribuidor, establecieron 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 que, pese al carácter indefinido de aquél previeran el desistimiento unilateral ni el preaviso con que debiera efectuarse.

En la estipulación novena se prohíbe ceder los derechos obtenidos a través del contrato sin la expresa autorización del fabricante. Y en la estipulación décima sometieron la regulación del contrato a las leyes españolas, así como la resolución de todas las desavenencias a la conciliación y arbitraje de la Cámara de Comercio Internacional de París, debiendo ser dos el número de árbitros y los idiomas el español y el francés.

**B) El 20 de enero de 2002** Zadibe (cedente), con el pleno consentimiento de **Brugal** (concedente) cedió a favor de Diego Zamora, S.A.(cesionaria) el contrato de distribución de Ron **Brugal** suscrito el 1 de febrero de 1996, que sustituye y reemplaza a la cedente en el citado contrato de distribución, **asumiendo íntegramente todos los derechos** y obligaciones dimanantes del mismo sin reserva ni limitación ninguna (estipulaciones segunda y tercera).

El contrato de distribución permanecerá inalterado en todos sus términos (estipulación cuarta) -folios 103 y 104-.

**C) El 20 de mayo de 2006** D. Victorino, en representación de **Brugal-Co**, C por A, y D. Carlos Daniel, en nombre y representación de Diego Zamora, acordaron modificar parcialmente el contrato de distribución 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 siguientes 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.- Ambas empresas acuerdan que la aportación máxima del Fabricante, en concepto de inversión publicitaria, promocional y marketing será de 5 dólares USA por cada caja de productos vendida en firme al Distribuidor. No obstante, esta cantidad podrá ser objeto de reducción en el caso que se evidencie que el crecimiento en cuota de mercado no justifica tal aportación. 4.- **Brugal & Co**, C por A y Diego Zamora, S.A. acuerdan dejar sin efecto alguno la estipulación décima del contrato de distribución en relación con la Ley aplicable y el fuero. En su lugar, se pacta que todas las relaciones, contratos, anexos y adendas vigentes entre las partes, se regirán, interpretarán y deberán ser cumplidos con arreglo a la legislación española. Del mismo modo, ambas empresas, con renuncia expresa al fuero que pudiere corresponderles, se someten expresamente a los Juzgados y Tribunales de Madrid Capital.

Finalmente dispusieron que **en lo no regulado en la adenda, se estará a lo previsto en las estipulaciones del contrato de distribución en exclusiva, que se mantiene vigente** -folios 106 a 110-.

D) A tenor de la documental obrante en las actuaciones cabe apreciar que a partir de la distribución del Ron **Brugal** en España, 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 la venta de la Compañía **Brugal**. Anualidad última en la que las ventas no descendieron sino que se incrementaron 3,8%.

E) Con base en el incumplimiento del contrato de distribución que unía a **Brugal** con Diego Zamora por parte de aquélla o bien por el abuso de derecho en la resolución a su instancia del mencionado contrato, así como en la nulidad de la modificación de precios contenida en la Adenda de 20 de mayo de 2006, Diego Zamora solicita que **Brugal** sea condenada al pago de una indemnización de daños y perjuicios conforme a las siguientes peticiones:



"En primer lugar, 32.020.449 Euros que **Brugal** debe restituir a mi representada como consecuencia de la nulidad por vicios del consentimiento de las nuevas condiciones económicas impuestas en la Adenda de 2006 (Fundamento Jurídico Material Segundo de esta demanda). La nulidad de la Adenda, evidentemente, afectará a las bases de cálculo de las demás partidas indemnizatorias que se solicitan.

En segundo lugar, y de forma acumulada a la petición anterior, Diego Zamora tiene derecho a ser resarcida como consecuencia de la ruptura abusiva y de mala fe del contrato de distribución que le unía con **Brugal** y que representa un verdadero incumplimiento contractual. El importe de la indemnización que se debe a mi representada por este concepto es de 343.290.447 Euros (o bien 223.461.443 Euros si no se aceptara la nulidad del sobrecoste impuesto en la Adenda).

Subsidiariamente a la petición formulada en el apartado (b) anterior, si se considera que la terminación del contrato de distribución por **Brugal** forma parte de un derecho de desistimiento unilateral ejercitado de buena fe (y no un incumplimiento), corresponde a mi representada una indemnización por clientela y por inversiones no amortizadas fundada en la prohibición de enriquecimiento injusto y el deber de buena fe. Por lo que se refiere a la cuantía de los deberes indemnizatorios:

Una indemnización por clientela de 343.290.447 Euros (o bien 223.461.443 Euros si no se aceptara la nulidad del sobrecoste impuesto en la Adenda) que es la medida en la que mi representada se empobrece -y en la que se enriquece **Brugal**- como consecuencia de la finalización del contrato.

Subsidiariamente a la cuantificación prevista en el apartado (l.) anterior, si se acudiese por analogía a lo dispuesto en los artículos 28 y 29 de la Ley del Contrato de Agencia, correspondería recibir a mi representada una indemnización por clientela de 50.515.828 Euros (o 44.420.343 Euros si no se aceptara la nulidad del sobrecoste impuesto por la Adenda) más 13.600.811 Euros en concepto de indemnización por inversiones no amortizadas. Es decir, un total de 64.116.639 Euros (50.515.828 + 13.600.811 Euros) o bien de 58.021.154 Euros (44.420.343 + 13.600.811 Euros) si no se aceptara la nulidad del sobrecoste impuesto en la Adenda."

Además de los correspondientes intereses legales sobre las cantidades objeto de la condena y pago de las costas del procedimiento.

**Brugal**, según ya ha quedado expuesto, se opuso a tal pretensión y además, aprovechando la existencia de procedimiento, formuló reconvencción en reclamación de **8.594.411,24 ?** por el incumplimiento por Diego Zamora, de su obligación de pagar los gastos de publicidad.

La Juzgadora de Primera Instancia rechazó las peticiones indemnizatorias, por daños y perjuicios y por clientela, deducidas por Diego Zamora con sustentó en una resolución unilateral del contrato por **Brugal** con abuso de derecho y en una supuesta nulidad de la adenda al contrato en 2006, en cuya virtud se produjo un notable incremento en el precio del ron oscuro fabricado por **Brugal**, y únicamente estimó la reclamación de 13.600.811 ? en concepto de inversiones no amortizadas.

Asimismo desestimó la pretensión reconvenccional por no considerar acreditada la aprobación del plan de publicidad para el año 2008 y no quedar vinculada Diego Zamora a su cumplimiento en los términos que figuran en el Documento nº 15 de la contestación-reconvencción.

Contra dicha sentencia interpusieron sendos recursos de apelación, naturalmente por contrapuestos motivos, las dos partes litigantes, formulando respectivos escritos de oposición, que analizaremos de forma separada, no sin antes efectuar unas indicaciones generales sobre el contrato de distribución, su resolución por desistimiento unilateral, consecuencias o efectos que produce y normas aplicables.

**TERCERO.-** El contrato de concesión mercantil o de distribución es aquel por el cual un empresario se compromete a adquirir durante un período de tiempo, previamente determinado o indefinido, los productos de un fabricante en las condiciones convenidas, que le otorga un exclusividad en una zona territorial y a revenderlo en nombre y por cuenta propia, siendo elementos peculiares y definidores de este contrato: a) Su carácter atípico, de naturaleza mercantil, tanto desde el punto de vista objetivo como subjetivo, consensual y sinalagmático. b) Sustentarse en la recíproca confianza o consideración profesional recíproca de quienes lo conciertan ("intuitu personae"). c) **No ser un contrato perpetuo o eterno sino de duración, con independencia de que esté determinada o no.** d) La obligación del distribuidor de adquirir solo del fabricante el producto objeto del mismo para revenderlo únicamente en una zona determinada (exclusividad activa), correlativa de la que asume el fabricante de no designar a otros distribuidores en esa misma zona o hacerlo conforme a las condiciones pactadas al respecto (exclusividad pasiva). e) La reventa del producto por el distribuidor siempre en nombre y por cuenta propia, asumiendo el riesgo de la operación, sin que el fabricante se obligue a abonar ninguna remuneración. f) El régimen convencional de las causas de resolución. g) **La revocabilidad del contrato establecido sin límite temporal por la sola voluntad de uno de los contratantes**. Desistimiento unilateral que no genera derecho alguno de indemnización por los daños y perjuicios que haya podido sufrir la otra parte,



salvo que se proceda de manera maliciosa, abusiva o contraria a la mala fe, que no cabe apreciar cuando hay un preaviso razonable o concurre una justa causa para la resolución del contrato, sin perjuicio de aquéllas otras indemnizaciones que puedan provenir de la aplicación analógica de las disposiciones reguladoras de otras figuras contractuales semejantes cuando concorra identidad de razón.

#### **CUARTO.- Recurso de apelación interpuesto por Diego Zamora, S.A. (DZ), contra la sentencia de primera instancia.**

La parte apelante dedica los **dos primeros motivos** a realizar una síntesis de los antecedentes fácticos y procesales de la controversia y un resumen de los pronunciamientos que contiene la sentencia de primera instancia, enunciando los fundamentos del recurso, con cita de los preceptos que considera infringidos del siguiente modo:

Se infringen los artículos 57 del Código de Comercio y 1258 del Código Civil, al estimar que la resolución de **Brugal** no resultó abusiva simplemente por respetar un preaviso de 6 meses, cuando en realidad fue abusiva y maliciosa, por mantener engañado a DZ durante años con el único fin de apropiarse de su negocio.

Se infringe el artículo 28 de la Ley de Contrato de Agencia, al rechazarse que DZ tenga derecho a una indemnización por clientela por haberse organizado internamente de forma que era su filial Zadibe la que realizaba la distribución efectiva en el mercado. La realidad es que DZ cumple todos los requisitos para ser indemnizado por ser quien ha obtenido el fondo de comercio del que **Brugal** se está aprovechando.

Se infringen los artículos 1267, 1269 y 1275 del Código Civil, por refrendar la validez de la Adenda, cuando ésta fue suscrita por DZ bajo intimidación de **Brugal**, que actuó de forma dolosa para conseguir recortar el beneficio de DZ bajo falsas promesas de continuidad contractual.

#### **Motivo Tercero.- Infracción de los artículos 57 del Código de Comercio y 1258 del Código Civil y jurisprudencia relativa a la indemnización por daños y perjuicios en caso de resolución abusiva de contratos de duración indefinida.**

Los dos preceptos que se invocan se refieren de modo general a la perfección de los contratos, la obligación de las partes de cumplir de buena fe lo expresamente convenido y cuanto, según su naturaleza, sea conforme a la ley y al uso, infiriendo la recurrente de la forma en que se comunicó por **Brugal** el desistimiento unilateral del contrato que lo hizo sin ajustarse a la buena fe objetiva y con abuso de derecho, lo que la legítima para solicitar la indemnización de los daños y perjuicios que considera se le han causado.

Como tiene establecido el Tribunal Supremo en la sentencia de **15 de marzo de 2011**, las partes tienen la facultad de desvincularse unilateralmente de los contratos de duración y, en concreto, del de distribución de duración indefinida - Sentencias de 21 de noviembre de 2005 -, sin que, como regla general, nazca la obligación de indemnizar, sobre todo cuando se ha avisado a la otra parte con un tiempo razonable la terminación del contrato, pudiendo considerarse abusiva la resolución o no conforme con la buena cuando no media preaviso o no se estima razonable el plazo del mismo e imposibilita el reajuste empresarial de la otra parte a consecuencia de la extinción del contrato - sentencias de 28 de enero de 2002, 16 de diciembre de 2003, 9 de febrero de 2004 y 6 de junio de 2006 -, pues, según señala la sentencia de 29 de septiembre de 2006, esa falta de preaviso o el escaso margen temporal del mismo es susceptible de causar un daño específico o una agravación que no se habría producido con un plazo prudentemente superior.

En conclusión, como se dice en la citada sentencia de 15 de marzo de 2011, "**el desistimiento unilateral del contrato de distribución, como regla, no da lugar a indemnización alguna a favor de la otra parte, y en caso de mediar mala fe o abuso en la forma de ejercitar la facultad de desistir la indemnización nada más comprende los eventuales daños y perjuicios provocados por ilicitud pero no los derivados del desistimiento, ya que, a la postre, son los contratantes quienes definen la duración, exclusividad, territorio, cuantía de la comisión, plazo de preaviso en su caso, posible indemnización por clientela, etc., en función de las características del producto o servicio distribuido, tiempo necesario para rentabilizar la inversión y cuantos otros factores que influyen en las decisiones comerciales**".

En este caso, una vez transcurridos doce años desde el inicio del contrato de distribución, cuando habían cambiado sustancialmente las circunstancias iniciales, adquirió consolidando una importante clientela, **Brugal** había recibido ofertas más ventajosas de otras empresas y había dispuesto de un período de tiempo suficiente para amortizar las inversiones y rentabilizar su valiosa actividad como distribuidor del ron oscuro marca **Brugal**, dicha fabricante demandada, mediante burofax cursado el **6 de febrero de 2008** - folios 1077 y 1078- hizo saber a Diego Zamora "**la decisión de resolver y finalizar**, sin posibilidad de ulterior continuación, **el contrato de distribución otorgado el 1 de febrero de 1996** entre **Brugal-Co, C por A** y Zamora Distribuciones de Bebidas, S.L., que fue transferido a Diego Zamora, S.A., en virtud de pacto de 20 de enero de 2002. **La finalización efectiva del contrato se producirá en el plazo de seis meses a contar desde la recepción de esta comunicación.**"





La posible negociación con anterioridad de **Brugal** con otras empresas competidoras y los posibles rumores al efecto (ver declaraciones de Doña Carla y Doña Julieta , anterior y actual directoras de marketing de DZ), entran dentro de la libertad contractual de las partes y particulares intereses comerciales, sin que su existencia y ulterior consumación sean relevantes a los fines de hacer surgir un derecho de indemnización en la distribuidora (DZ), por constituir un derecho legítimo de la contraparte el poner fin a la relación contractual vigente de duración indefinida, siempre que no se ejercite de modo abusivo o malicioso, no ajustándose a la exigida buena fe contractual. Circunstancia que en este caso no se ha producido, lo que no empece el derecho que pudiera asistir a D.Z. a obtener una indemnización por concepto distinto a resultas de la aplicación analógica de las normas reguladoras de una figura contractual semejante.

**Motivo Cuarto.** (En el recurso se enumera erróneamente como Tercero). **Infracción del artículo 28 de la Ley de Contrato de Agencia .**

En la sentencia de primera instancia se rechazó esta pretensión, sustancialmente con base en dos circunstancias fácticas, una la distinta personalidad jurídica de Zadibe (distribuidora inicial hasta el 20 de enero de 2002) y DZ, cesionaria del primer contrato y titular del mismo como distribuidor desde el 20 de enero de 2002 hasta el 8 de agosto de 2008, y otra, la falta de aprovechamiento por el distribuidor posterior de la clientela creada por D.Z.

A su vez **Brugal** se opuso al motivo por considerar que la aplicación analógica del artículo 28 de la Ley 12/1992, de 27 de mayo , en adelante L.C.A., no se adapta automáticamente al contrato de distribución, sin que concurren además las circunstancias previstas en el artículo 28 ; inexistencia de una unidad empresarial y económica indivisible entre DZ y Zadibe que permita su indiferenciación a los efectos de poder afirmar que existe aprovechamiento de la clientela (de Zadibe) por parte de **Brugal**; no haber aportado el distribuidor mayoritariamente la clientela de los productos **Brugal** en España; y no se cierto que concorra en este supuesto la equidad, como requisito necesario.

Con relación a la procedencia de la indemnización por clientela se ha de estar, **en primer lugar**, a lo que las partes hayan pactado al respecto, por lo que, como se establece en las sentencias del Tribunal Supremo de 22 de junio de 2007 , 10 de marzo de 2010 y 15 de marzo de 2011 , no habrá lugar a indemnización alguna al distribuidor cuando así se haya pactado por las partes y deberá estarse a sus presupuestos o condiciones cuando se hayan fijado en el contrato; y, **en segundo lugar** , en defecto de pacto se habrá de examinar si en el caso concreto procede aplicar analógicamente el artículo 28 de la L.C.A ., pues como se sintetiza en la sentencia del Tribunal Supremo de **4 de marzo de 2009** , *"La cuestión de la aplicación analógica a los contratos de concesión y de distribución de las reglas del contrato de agencia ha sido una cuestión que ha venido ocupando de forma intermitente a esta Sala, que no ha negado dicha posibilidad por lo que se refiere a la compensación por clientela establecida para la solución de las relaciones en los contratos de agencia, aunque rechaza su aplicación de forma automática, porque debe probarse la concurrencia de la identidad de razón necesaria para la aplicación analógica. Así, como resumen de esta jurisprudencia, entre otras, la **sentencia de 20 julio 2007** dijo que "la indemnización por clientela no es exclusiva del contrato de agencia, y, pese a las diferencias estructurales con otros instrumentos jurídicos de distribución de productos, puede ser posible su apreciación cuando se dan las circunstancias oportunas, en otros contratos atípicos[...], y, entre ellos, los de concesión o distribución caracterizados por actuar el concesionario o distribuidor en nombre y por cuenta propia [...] de modo que su objeto se circunscribe a la reventa de los productos del concedente" (asimismo las sentencias que se citan). La **sentencia de 22 junio 2007** recuerda que para "la aplicación analógica de los preceptos de la LCA sobre 'indemnización por clientela', que se postula por la doctrina jurisprudencial contenida en las sentencias antes indicadas, requiere identidad de razón ( SSTS de 10 julio y 6 noviembre 2006 )", de modo que "no se aplica la norma, sino el principio que la norma revela o que es reconocido a través de ella, y tiene que darse una situación de igualdad jurídica sustancial, lo que supone la apreciación de que en el caso concurren los requisitos previstos en el precepto" (asimismo, STS de 27 noviembre 2006 ). La **sentencia de 15 enero 2008** , **dictada por el pleno de esta Sala** , señala que "[...]en los casos de extinción de un contrato de concesión o de 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", por lo que "en consecuencia, se sigue manteniendo como doctrina de esta Sala la posible procedencia de compensación por clientela al extinguirse los contratos de concesión o distribución [...]"; la sentencia de **26 marzo 2008** dice que "[...]son muchas las sentencias de esta misma Sala favorables a la aplicación de tal precepto [el art. 28 LCA ] al contrato de distribución cuando, como en el caso examinado, se declare probada la creación por el distribuidor de una clientela de la que se aprovechará en exclusiva el concedente" , y en este mismo sentido, la de **21 de enero de 2009** señala que "sin perjuicio de que la indemnización por clientela no es exclusiva del contrato de agencia", "en los casos de extinción de un contrato de distribución o concesión, 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", **debiendo probarse la efectiva aportación de clientela y el potencial aprovechamiento por el concedente.** ". En sentido coincidente las sentencias de **24 de octubre de 2008** , **12 de julio de 2010** y **la ya citada de 15 de marzo de 2011** .

Siendo de duración indefinida el contrato de distribución disuelto y concurriendo la exigida identidad de razón con el contrato de agencia, hemos de examinar si concurren los requisitos que exige el artículo 28, a saber: a) Haber aportado el distribuidor nuevos clientes al empresario o incrementado sensiblemente las operaciones con la clientela preexistente. b) Que la actividad anterior del distribuidor continúe produciendo ventajas sustanciales al empresario o, lo que es lo mismo, se aproveche de la clientela conseguida. c) Que la indemnización sea equitativamente procedente. d) Que la indemnización, si procediese, no exceda del importe medio anual de las remuneraciones percibidas por el distribuidor durante los últimos cinco años, máximo que es susceptible de ser moderado con los factores de corrección que la equidad aconseje.

La aportación de clientela por la demandante es un hecho incontestable y exhaustivamente acreditado, pues de ser prácticamente desconocido en el mercado español el ron oscuro marca "**Brugal**" pasó a ostentar en el año 2008 una cuota de mercado en volumen sobre el total de ron oscuro del 20'4% -informe Nielsen de 21 de enero de 2009, aportado como documento nº 15 con el escrito de demanda, folio 430-. Según el informe pericial emitido por D. Justiniano , en tan solo once años el mercado español ha pasado del 0% a representar un 36% de la facturación total del Grupo **Brugal** -documento nº 13D, folios 250 a 331, cuadros de evolución a los folios 268 a 271-. Los propios directivos tienen reconocido por escrito el éxito de ventas del ron **Brugal** en España, del que fue distribuidor la demandante -documento 21 a 27, sustancialmente los obrantes a los folios 500, 504 y 507-, en los que se califica de "vertiginoso y constante el crecimiento de la marca Ron **Brugal**". Finalmente en el informe elaborado el 30 de junio de 2009 por Deloitte se atribuye el éxito en la difusión de la marca y notorio consumo del ron **Brugal** a las campañas de publicidad y marketing desarrollada por DZ, cuyo coste fue de **3.080.602 ?** en el año 2003, **5.848.069 ?** en el año 2004, **8.419.678 ?** en el año 2005, **12.575.598 ?** en el año 2006, **17.564.885 ?** en el año 2007 y **3.171.554 ?** en el año 2008 (enero/agosto). En total **50.660.386 ?** -folio 352-.

En razón a lo expuesto se estima acreditado el primero de los requisitos relacionados en el artículo 28 de la L.C.A .

Sobre el aprovechamiento de la actividad desplegada por la demandante para la difusión, comercialización y venta del ron **Brugal** por el fabricante tras la resolución del contrato se toma en consideración la probabilidad o pronóstico razonable de que el titular de la marca o fabricante del producto va a continuar disfrutando y aprovechándose de la clientela conseguida por el distribuidor, que se convierte en realidad cierta cuando la clientela no va ligada a una marca conocida (en este caso el ron oscuro **Brugal** no tenía difusión en el mercado español en el año 1996) sino que es fruto de la acción directa desplegada durante la vigencia del contrato por el distribuidor - Sentencias del Tribunal Supremo de 11 de febrero de 2007 , 15 de enero y 24 de octubre de 2008 , 10 de enero y 15 de marzo de 2011 -. En torno a la importancia en este caso de la intervención del distribuidor en el conocimiento de la marca y la captación de la clientela, sustancialmente a consecuencia de la publicidad y los actos de marketing realizados, resulta concluyente el informe de D. Salvador de fecha 21 de febrero de 2011 -folios 2623 a 2712-.

Frente a tal resultado que estimamos acreditado, no se puede oponer con eficacia, como pretende **Brugal**, el hecho de que la nueva distribuidora de los productos **Brugal**, Maxxium, no haya realizado ventas a Zadibe, Aldeasa o a ninguno de los restantes clientes a los que facturó DZ en los veinte meses posteriores a la resolución del contrato, ni la distinta personalidad jurídica de las sociedades Zadibe (distribuidora desde 1 de febrero de 1996 hasta el 20 de enero de 2002) y DZ (distribuidora desde 20 de enero de 2002 hasta el 8 de agosto de 2008); y ello porque, **en primer lugar** , el concepto de clientela no se puede reducir a los subdistribuidores, intermediarios o almacenistas a los que el distribuidor cede el producto, sino que dicho concepto está referido al conjunto de personas que, por lo general, acuden con asiduidad a un establecimiento para recibir un determinado servicio o adquirir un producto y, en particular, a quienes por sus características o calidad consumen bienes de una marca concreta publicitada. En definitiva, la clientela está formada por los consumidores finales de un producto conocido a través de una marca determinada, que accede y se acredita en el mercado por medio de la publicidad realizada y las especiales cualidades de aquél, con independencia de quien sea el suministrador o intermediario, ajeno a la relación jurídica de distribución, que materialmente lo hace llegar al establecimiento de consumo. Concepto abstracto, susceptible de evaluación económica, que pasa a formar parte del fondo de comercio de la empresa e influye de modo relevante en su valoración patrimonial. Y, **en segundo lugar** , porque independientemente de que consta acreditado que Zadibe pertenecía íntegramente al Grupo Diego Zamora hasta el año 2002, en que Maxxium adquirió el 50% del capital social, del que luego se desprendió en el año 2005, dicha sociedad siempre constituyó el departamento o brazo comercial



de Diego Zamora, formando parte de una unidad patrimonial, según declararon los testigos Doña Carla , Doña Julieta , D. Justino y D. Santiago , y además tiene reconocido **Brugal** en sus comunicaciones escritas obrantes a los folios 500, 999, 1015 a 1032, y de que a partir del mes de enero del año 2002, hasta el final de la relación contractual Zadibe, continuó ligada a DZ al asumir las funciones de subdistribuidor de los productos de **Brugal**, existe un hecho más relevante que impide distinguir dos fases en la relación contractual mantenida entre las partes litigantes y separar sus resultados y efectos, cual es **la cesión del contrato de distribución** suscrito el 1 de febrero de 1996 entre **Brugal** y Zadibe por esta última a DZ con el pleno y expreso consentimiento de **Brugal**, en virtud del cual DZ adquirió **todos** los derechos dimanantes del mismo que pudiera haber conseguido la cedente, y entre ellos naturalmente el que derivaba de la clientela formada hasta ese momento, unificándose los derechos que pudiera haber adquirido Zadibe, en su consideración actual o futura, por lo que la demandante goza de plena legitimación, procesal y sustantiva, para deducir la reclamación de la indemnización que pudiera corresponderle por clientela, al amparo de la aplicación analógica del artículo 28 de la L.C.A ., pues, como cesionaria, adquirió los derechos que ostentaba la cedente en la relación contractual **como si hubiese sido el contratante inicial**. Al respecto resulta de aplicación la doctrina sentada en la sentencia del Tribunal Supremo de **3 de noviembre de 2008** , que dice: *"Ello configura este tipo de cesión como un contrato trilateral, como ha sostenido la jurisprudencia de esta Sala en diversas sentencias. La de 6 noviembre 2006 dice que "La cesión de contrato consiste "en el traspaso a un tercero, por parte de un contratante, de la posición íntegra que ocupaba en el contrato cedido", de manera que el cesionario adquiere los derechos que ostentaba el cedente en la relación contractual como si hubiese sido el contratante inicial. Esta figura ha sido admitida por la jurisprudencia de esta Sala, al no estar regulada en el del Código civil,[...]. Para que la cesión sea efectiva, la jurisprudencia ha exigido que en el negocio jurídico concurren las tres partes, es decir, el contratante cedente de su posición contractual, el nuevo que la adquiere y el cocontratante que va a resultar afectado por el cambio de deudor. ( sentencias de 9 diciembre 1997 , 9 diciembre 1999 , 21 diciembre 2000 y 19 septiembre 2002 )". Sin el consentimiento de éste, no existe cesión, o como afirma la sentencia de 9 diciembre 1997 , "la necesidad de mediar consentimiento es requisito determinante de la eficacia de la referida cesión contractual". La sentencia de 29 junio 2006 , señala que "La cesión del contrato implica la transmisión de la relación contractual en su integridad, admitida en el ordenamiento a través de la doctrina jurisprudencial ( sentencia de 7 de noviembre de 1998 ), que sin afectar a la vida y virtualidad del contrato que continúa en vigor, mantiene sus derechos y obligaciones con los que son continuadores de los contratantes ( sentencia de 4 de abril de 1990 ) y la primitiva relación contractual se amplía a un tercero, pasando al cesionario sus efectos ( sentencia de 4 de febrero de 1993 ). Su esencia es, pues, la sustitución de uno de los sujetos del contrato y la permanencia objetiva de la relación contractual"*.

La demandada aduce también la ausencia de equidad como óbice al reconocimiento de la indemnización solicitadas por clientela, sin embargo la referencia contenida en el inciso último del apartado 1 del artículo 28 de la L.C.A . no constituye un elemento o presupuesto determinante de la indemnización, al quedar estos ya delimitados por el propio precepto, como señala la sentencia del Tribunal Supremo de 31 de mayo de 2012 , sino una regla de interpretación que permite ponderar la indemnización que resulte procedente según existan pactos de limitación de competencia, comisiones que se pierden, inviabilidad de una sustitución negocial equivalente, eficacia de la labor del distribuidor en la comercialización del producto o cualquier otra circunstancia concurrente. Sin que sean hechos que excluyan el derecho a indemnización por clientela y ni siquiera de moderación de aquélla los esgrimidos por **Brugal**, pues el margen de beneficio obtenido por DZ no puede reputarse extraordinario, teniendo en consideración el absoluto desconocimiento e implante del ron oscuro **Brugal** en el mercado español, la cuota de mercado obtenida y gastos soportados por la demandante; la inexistencia de incumplimiento de las obligaciones que le incumbían a DZ con anterioridad a la resolución, como evidencia que no se adujera como causa de ella; la absoluta disimilitud con el ron **Brugal** del ron Matusalen que comenzó a distribuir DZ con posterioridad a la extinción de la relación jurídica con **Brugal**, tanto por la calidad como por el precio y consiguiente reducido consumo; ni la comprensible venta del producto que tuviera almacenado DZ en los últimos meses de vigencia del contrato que, en otro caso, debería ser devuelto al fabricante, según lo dispuesto en la estipulación séptima del contrato.

Así pues, tal y como solicita DZ, de conformidad con lo establecido en el artículo 28 de la L.C.A ., de aplicación analógica al caso, por darse la precisa identidad de razón, se le reconoce el derecho de indemnización por clientela , cuya cuantificación es objeto del motivo sexto.

**QUINTO.- Motivo Quinto. Infracción de los artículos 1267 , 1269 y 1275 del Código Civil y jurisprudencia concordante.** La completa y acertada argumentación contenida en el fundamento de derecho tercero de la sentencia, sustentada en el análisis y valoración, entre otros elementos de prueba, de los documentos obrantes a los folios 834, 836, 1313, 1345 a 1347 y 1356 de las actuaciones, por la que se desvirtúa de modo pleno la alegación encaminada a obtener la nulidad de la Adenda al contrato inicial suscrita el 20 de mayo de 2006, no ha quedado desacreditada por la existencia de error o arbitrariedad en la valoración de los referidos medios de prueba, sin que los tratos preliminares con otra sociedad interesada en la distribución del ron fabricado por



**Brugal** o la lícita pretensión de elevar los precios del producto, consustanciales al libre comercio y a la libertad de pactos, pueda inspirar el temor racional y fundado de sufrir un mal inminente en la persona y bienes de uno de los contratantes, a que se refiere el artículo 1267 del Código Civil, ni desde luego constituya la maquinación insidiosa que refiere el artículo 1269 del mismo Código como vicios que invaliden el consentimiento prestado, sobre todo cuando, como revela la prueba practicada, no hubo ocultación o confabulación ilícita con un tercero a fin de que **Brugal** lograra un desproporcionado incremento del precio, que tampoco se acredita lo fuera en relación a los vigentes en el mercado para productos de clase análoga, permaneciendo inmutable la causa del contrato, que tan solo se modificó en la lista de precios y en la exclusión del arbitraje. Así pues, frente al razonamiento de la Juzgadora de Primera Instancia en torno a la inexistencia de que el consentimiento emitido en la perfección de la deuda estuviera viciado o que ésta careciera de causa, no pueden prevalecer las inespecíficas declaraciones de los testigos D. Bernardino sobre la subsistencia de negociaciones de **Brugal** con TEG, que además por ser posteriores a aquélla no pudieron viciarla, y Doña Carla, sustentadas en una suposición sobre la continuidad del contrato que, además, se hacía depender de las conversaciones e intercambio de criterios a que se hacía alusión en el acuerdo primero de la adenda suscrita el 20 de mayo de 2006.

Por ello, sin abundar más en la insostenibilidad del motivo nos remitimos a cuanto se argumenta en el fundamento de derecho tercero de la resolución impugnada, haciendo lícita la aplicación de la doctrina de la **motivación por remisión** sentada, entre otras, en las sentencias del Tribunal Constitucional 108/2001, 5/2002, 21/2004, 70/2004 y 111/2004 y del Tribunal Supremo de 5 de marzo de 2000, 29 de diciembre de 2001, 25 de noviembre de 2002, 2 de julio de 2004, 27 de septiembre de 2005 y 16 de noviembre de 2006.

**SEXTO.- Motivo Sexto. Consecuencias indemnizatorias de la revocación de la sentencia.** Rechazada la resolución abusiva y con mala fe del contrato de distribución, así como la nulidad de la adenda suscrita en el año 2006, únicamente procede cuantificar, no en los términos solicitados, sino conforme a los criterios establecidos en el artículo 28 de la L.C.A., la indemnización por clientela, si bien partiendo de dos premisas o postulados correctores, **uno**, que el **límite máximo** de la indemnización, si no es modificado en beneficio del distribuidor por voluntad de las partes mediante un pacto expreso, no puede exceder del importe medio anual de las remuneraciones percibidas por el distribuidor durante los cinco últimos años, de haber sido superior a este plazo la vigencia del contrato, como así, en estricta aplicación del precitado artículo, declara la sentencia del Tribunal Supremo de 10 de enero de 2011; y **dos**, que al circunscribirse la regulación contenida en el artículo 28 de la Ley 12/1992 de la indemnización por clientela al contrato de agencia, en el que el agente percibe una **remuneración** que puede consistir en una cantidad fija, en una comisión o en una combinación de los dos sistemas y, en defecto de pacto, la retribución se fija de acuerdo con los usos de comercio del lugar y, si estos no existieran, la retribución del agente es la razonable, teniendo en cuenta las circunstancias que hayan concurrido -artículos 1 y 11-, mientras que en el contrato de distribución, en el que el distribuidor actúa siempre en nombre y por cuenta propia y no percibe una remuneración del empresario, sino que la contraprestación se concreta en la ganancia que pueda obtener con la reventa del producto objeto del contrato, asumiendo los riesgos que entraña la operación, necesariamente hemos de acomodar el término "remuneraciones" a la peculiaridad y naturaleza del contrato de distribución, debiendo entenderse por tal la ganancia obtenida por el distribuidor, una vez deducido: a) el importe de las ventas extraordinarias efectuadas en el período de preaviso, de un modo más concreto en los meses de julio y agosto de 2008, por exceder de las ventas habituales o normales en el período inmediato anterior y alterar de modo anómalo el cálculo de la media de las retribuciones percibidas por el distribuidor en las cinco anualidades precedentes, con grave perjuicio para el fabricante, que de no haber mediado aquéllas hubiera readquirido los productos almacenados y no vendidos por el distribuidor sin que ello repercutiera en el mencionado cálculo; y b) aquéllos gastos que está obligado a realizar el distribuidor en virtud de un pacto contractual expreso, como ocurre con los correspondientes a publicidad y marketing -estipulación sexta del contrato de 1 de febrero de 1996-, constituyendo una condición y contraprestación específica por la concesión de la distribución y, por tanto, ajena a la actividad empresarial del distribuidor. Sin embargo, no cabe deducir los gastos asociados e implícitos al propio negocio de distribución ni los impuestos que gravan el beneficio, que además no han sido debidamente probados, pues como se razona en el fundamento de derecho sexto de la sentencia del Tribunal Supremo de **12 de marzo de 2012**, en la cuantificación de la indemnización por clientela en el apartado 3 del artículo 28 se fija un máximo representado por el importe medio anual de las remuneraciones del agente " **elemento que pertenece al ámbito de sus relaciones contractuales con el empresario, no de sus beneficios, elemento que pertenece al ámbito interno de la organización del propio agente**" (distribuidor).

Así pues, partiendo del margen bruto medio anual obtenido por DZ en la distribución de los productos **Brugal** en el período comprendido entre el 1 de septiembre de 2003 y el 31 de agosto de 2008, que Deloitte establece en **44.420.343 ?** -folios 374 a 380-, estimando válida la adenda suscrita el 20 de mayo de 2006, que **Brugal** hace suya, hemos de deducir, según la argumentación precedente, la cantidad de **6.092.716 ?** (una vez corregido





el error de resta cometido en el escrito presentado por **Brugal** formulando oposición al recurso interpuesto por DZ), con arreglo a las conclusiones alcanzadas por KPMG en su dictamen fechado el 10 de noviembre de 2010 -folios 1919 a 1930-, que no han sido refutadas ni demostradas erróneas; así como la cantidad de **9.721.331 ?** correspondiente al gasto medio de publicidad realizado por DZ en los cinco años inmediatamente anteriores a la resolución del contrato, partiendo de un gasto acreditado de 48.606.651, pues, como bien se dice en el informe de KPMG, la suma de 50.660.386 que estableció Deloitte se remonta a un período temporal más amplio (1 de enero de 2003 a 8 de agosto de 2008) -folios 352 y 1931 y 1932-, sin que quepa incrementar esa cifra inicial con el gasto que, según **Brugal**, debería haber realizado DZ en publicidad y marketing entre los meses de febrero y agosto que, repetimos, según dicha demandada deberían haber sido de 8.549.411 ? y no 3.171.554 ?, que es la cantidad que se recoge en el informe de Deloitte -folio 1579-.

En definitiva, la indemnización por clientela la fijamos en **28.606.296 ?** y, en tal sentido, estimamos el recurso de apelación interpuesto por DZ.

#### **SÉPTIMO.- Recurso de apelación interpuesto por Brugal-Co, C por A contra la sentencia de primera instancia.**

El recurso se sustenta en tres motivos. **El primero**, sobre la improcedencia de la indemnización concedida en la sentencia a DZ **por inversiones no amortizadas**. **El segundo**, tiene por objeto **la procedencia de la demanda reconvenicional**, en la que solicitaba fuese condenada DZ a pagarle la suma de **8.594.411 ?** en concepto de daños y perjuicios o, en su caso, la mayor suma que resulte del informe pericial a realizar, por el incumplimiento de la obligación de pagar los gastos de publicidad de conformidad con la estipulación sexta del contrato. **Y el tercero**, sobre la improcedente falta de condena en costas a DZ.

El artículo 29 de la Ley 12/1992, también de aplicación analógica al contrato cuya resolución da causa a este procedimiento, dispone "Sin perjuicio de la indemnización por clientela, el empresario que denuncie unilateralmente el contrato de agencia de duración indefinida, vendrá obligado a indemnizar los daños y perjuicios que, en su caso, la extinción anticipada del contrato haya causado al agente, siempre que la misma no permita la amortización de los gastos que el agente, **instruido por el empresario**, haya realizado para la ejecución del contrato".

La Juzgadora de Primera Instancia sin entrar a analizar la naturaleza del gasto soportado por DC, de modo compartido con **Brugal**, en publicidad y promoción del ron oscuro de la marca **Brugal**, ni el origen o causa del mismo, llegó a la siguiente conclusión: "*Según el informe pericial de Deloitte las inversiones realizadas por Diego Zamora, S.A. en publicidad y marketing ascendió a 42.394.046 ? en el período comprendido entre septiembre de 2003 y agosto de 2008, aplicando a dicho importe las ponderaciones del valor residual por año de vida útil cada uno de los importes mensuales de gasto neto de marketing incurrido (sic) y no recuperado por la actora ascendería a 13.600.811 ?; cantidad que debe ser estimada...*". Este razonamiento es transcripción parcial del contenido del informe emitido por Deloitte -folios 380 a 388-.

Dejando al margen la cuestión de aplicación del artículo 29 de la L.C.A. al contrato de distribución, por ser de aplicación la doctrina expuesta con relación al artículo 28 (indemnización por clientela), así como el aducido por la recurrente incumplimiento de sus obligaciones por DZ, que en cualquier caso, de haberse producido, lo fueron con posterioridad a la notificación de la resolución del contrato y no constituyó la causa determinante de ésta, es lo cierto: a) Que la contribución de DZ a los gastos de publicidad y marketing no fue una instrucción o exigencia del empresario surgida al margen del contrato, sino un pacto o estipulación libremente convenida por las partes que en el porcentaje imputable a DZ ha de considerarse como contraprestación o parte del precio de la venta del producto para su distribución por la sociedad demandante (en un momento inicial Zadibe). b) Que dichos gastos no fueron asumidos de modo exclusivo por DZ sino que fueron compartidos al 50% con **Brugal** hasta el día 1 de enero de 2006, fecha en la que el ron de la marca **Brugal** alcanzaba en España una cuota de 16,4%, que en el momento de la resolución (año 2008) se elevó al 20,4%, comprometiéndose **Brugal** a satisfacer desde ese momento 5 dólares Usa por cada caja de productos **Brugal** vendida. Y c) Que atendiendo al período de vigencia del contrato (más de doce años) beneficios obtenidos por DZ y precio de adquisición del ron **Brugal**, consideramos que el gasto en publicidad ha quedado equitativamente amortizado y no da lugar a que DZ deba ser indemnizado, máxime cuando el cálculo en que se basa la Juzgadora de Primera Instancia se sustenta en ponderaciones de valores residuales teóricas de difícil concreción material.

Así pues, acogeremos este primer motivo del recurso.

#### **Motivo Segundo. Procedencia de la demanda reconvenicional.**

La Juzgadora de primera instancia rechazó esta pretensión porque no existe documento o correo electrónico que haga referencia a la aprobación del plan, ni constancia en forma alguna de que se celebrara una reunión, que por lo habitual es precedida de comunicaciones escritas fijando lugar, día y hora que tuviera por objeto tal cuestión ni, por tanto, de que fuera aprobado en ella el plan.



En la estipulación sexta del contrato se pactó que el distribuidor debería establecer anualmente un plan de marketing del que **informará** al fabricante, presupuesto lógico y necesario de la necesaria aprobación, para que ésta pudiera ser consensuada entre distribuidor y fabricante, acto directo del que surgió la responsabilidad exclusiva del distribuidor respecto a su

"implementación".

Doña Carla , que fue directora de marketing de DZ, pero que ya no trabaja para dicha sociedad, declaró con rotundidad en el acto del juicio que el plan de marketing para el año 2008 no fue aprobado.

Doña Julieta , actual directora de Marketing de DZ explicó, también en el acto del juicio, que el plan lo hacía DZ y lo presentaba a **Brugal**, que era quien debía aprobarlo, llevándose a cabo tales gestiones con D. José , que es el director comercial de **Brugal**. Este, en su declaración como testigo, coincidió con la Sra. Julieta en lo concerniente al proceso de elaboración y presentación del plan, **que requería la aprobación de Brugal**, lo que, por lo general, se efectuaba en el marco de las reuniones, pero no en un acta formal. Y además precisó que el plan del año 2008 se recibió y se comenzó a implementar a partir de enero de 2008. Sin embargo, no dio razón cierta de cuándo, cómo, dónde, y medio a través del cual exteriorizó su aprobación al referido plan.

Esta carencia de prueba directa la ha tratado de suplir **Brugal** de modo indirecto mediante comentarios incluidos en algunas cartas cruzadas con DZ, pero su contenido tampoco permite considerar cumplida la finalidad perseguida. En efecto, en la carta fechada el 27 de febrero de 2008 D. Carlos Daniel , en la manifestación de posición 3ª **requirió a Brugal** para que urgentemente definiese en **qué términos debe procederse a ejecutar las actuaciones de marketing** necesarias para que la marca y el mercado del producto no resulten perjudicados, y **considerando** además que el **último plan de marketing ha sido ya implementado en parte con su conocimiento expreso** -folios 1088 a 1091-. Este documento pone de manifiesto que el plan no se había probado, pues de haber sido así resultaba innecesario pedir instrucción alguna, sin que el hecho de que ya se hubiera implementado en parte, pues ello, según manifestó el Sr. José , correspondía al modo habitual de operar, esto es, para que no se causaran perjuicios la propuesta de plan se empezaba a implementar a la espera de su aprobación, sin que tal proceder de hecho comportara una tácita aprobación que se hacía de modo expreso, aunque no constara por escrito.

Asimismo, en la posterior carta **que el 22 de mayo de 2008** DZ (D. Carlos Daniel ) dirigió a **Brugal** (D. Victorino ) decía: **"En nuestras comunicaciones anteriores os hemos pedido expresamente instrucciones precisas al respecto de la implementación del propio plan de marketing de cara a una ordenada transición con el nuevo distribuidor, y nada habéis contestado al respecto. Resulta por ello aún más sorprendente cuando, a pesar de haber seguido trabajando por nuestra parte como habitualmente, y dotando fondos a un plan de marketing que no podemos amortizar, pretendáis ahora crear una apariencia de incumplimiento por nuestra parte..."** -folio 1118-.

En las comunicaciones que **Brugal** (D. Victorino ) dirigió a D. Carlos Daniel los días 21 de mayo de 2008 y 6 de junio de 2008 expresó la queja de que el nivel de publicidad y promoción de la marca **Brugal había descendido dramáticamente** desde el momento que dimos el preaviso de terminación del contrato de distribución y recordaba la obligación de DZ hasta que terminara el preaviso de implementar el plan de marketing, siendo en la segunda en la que añadía: **" Como ya hemos comentado tanto verbalmente como por escrito, las acciones de marketing ya están acordadas por medio del plan de marketing..."** -folios 1461 a 1468-. Es decir, da por producido un hecho o manifestación que no consta probado y, si con la mencionada carta de 6 de junio de 2008 pudiera entenderse aprobado el plan, se efectúa en un momento tan próximo a la extinción del preaviso que resultaba inoperante.

Pero es que, además, las circunstancias concurrentes (notificación de la resolución del contrato el 6 de febrero de 2008) hacía comprensible, y hasta beneficioso para ambas partes, la reducción del gasto en publicidad, pues de continuar en los niveles precedentes una gran parte pasaría a constituir un concepto resarcible, pues parece claro que fijada la fecha de extinción del contrato el 8 de agosto de 2008, en tal época no podría haberse amortizado por DZ. No obstante, el distribuidor no dejó de cumplir la obligación publicitaria que asumió, pues, pese a no haberse aprobado el plan de marketing, como era norma habitual, comenzó a implementar el plan que había presentado a **Brugal** el 1 de enero de 2008 hasta que se produjera su aprobación, contabilizándose pericialmente una inversión de 3.171.554 €, sin que se haya acreditado perjuicio alguno evaluable por **Brugal**, como base necesaria de su reclamación, pues lejos de ello en tal período se incrementaron las ventas en casi un 4%, lo que permite considerar que la marca, que consta había sido objeto de una adecuada y satisfactoria publicidad por DZ desde el inicio de la relación contractual, continuó estando bien acreditada en el mercado a su conclusión.

En consecuencia, la pretensión reconventional, al igual que en la precedente instancia, debe ser desestimada en ésta.



**Motivo Tercero.** Falta de condena en costas a Diego Zamora. El fundamento de derecho octavo de la sentencia recurrida contiene el siguiente razonamiento: *"al haberse estimado parcialmente la demanda principal no ha lugar a imponer costas procesales al respecto de la demanda principal, en cuanto a la demanda reconventional habiéndose desestimado en su integridad deben imponerse las costas procesales a Brugal-Co, C por A."*

Las normas sobre imposición de costas son de orden público y se aplican de oficio. Corresponde al órgano judicial pronunciarse sobre los gastos del proceso en las sentencias definitivas o resoluciones decisorias de incidentes, lo hayan pedido o no las partes. El artículo 1.168 del Código Civil atribuye a los tribunales la facultad de decidir respecto al pago de costas judiciales con arreglo a la Ley de Enjuiciamiento Civil, sustrayendo así a la esfera de la autonomía de la voluntad el régimen de imposición de costas ( Tribunal Supremo, Sentencias de 30 de noviembre de 1971 , 17 de mayo de 1993 , 25 de mayo de 1999 y 9 de mayo de 2000 ), que por tanto son de aplicación imperativa.

El artículo 394 de la Ley de Enjuiciamiento civil se asienta en el principio del vencimiento objetivo, de modo que en los procesos declarativos las costas de la primera instancia se impondrán a la parte que haya visto rechazadas todas sus pretensiones. **En el caso que fuere parcial la estimación o desestimación de las pretensiones cada parte abonará las costas causadas a su instancia y las comunes por mitad.**

La norma es clara y terminante y sólo caben dos atenuaciones. Una, cuando la parte no estimada de las pretensiones sea irrelevante y no sustancial, de modo que, pese a la reducción de la pretensión, pueda considerarse que existe una estimación íntegra de la demanda. Y dos, cuando el tribunal aprecie y razonadamente funde que la parte demandada ha litigado con temeridad.

En definitiva, en caso de estimación parcial de la demanda, sea o no sustancial, solo habrá lugar a imponerlas a la parte cuya pretensión ha sido acogido parcialmente en el caso que se aprecie que ha litigado con temeridad. Proceder que no puede estimarse concurrente en DZ, que se ha limitado a ejercitar lícitamente el derecho que creía asistirle y, que parcialmente le ha sido reconocido, sin que con ello haya exteriorizado o perseguido un fin ilícito o una intención de perjudicar o causar daño a la demandada. Su actuación se ha dirigido únicamente a solicitar la tutela de su derecho sin ninguna finalidad espuria. Por todo lo cual también desestimaremos este motivo impugnatorio.

**OCTAVO.-** Al estimarse en parte los recursos de apelación interpuestos por DZ y por **Brugal** contra la sentencia de primera instancia, no haremos imposición a ninguna de ellas de las costas generadas por su respectiva tramitación, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 398-2 de la Ley de Enjuiciamiento Civil .

## 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.

Contra la presente resolución cabe recurso de **casación y recurso extraordinario por infracción procesal** , ambos ante la Sala Primera del Tribunal Supremo, que deberán interponerse ante este Tribunal en el plazo de **VEINTE DIAS** desde el siguiente al de la notificación de la sentencia.

Haciéndose saber a las partes que al tiempo de la interposición de los mismos, deberán acreditar haber constituido el **depósito** que, por importe de **50 ?** por cada tipo de recurso, previene la Disposición Adicional Decimoquinta de la L.O.P.J ., establecida por la Ley Orgánica 1/09, de 3 de noviembre, sin cuyo requisito, el recurso de que se trate no será admitido a trámite.

Dicho depósito habrá de constituirse expresando que se trata de un "Recurso", seguido del código y tipo concreto de recurso del que se trate, en la Cuenta de Depósitos y Consignaciones de esta Sección abierta con el nº 2580, en la sucursal 1036 de Banesto, sita en la calle Ferraz nº 43.

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

**PUBLICACION.-** Firmada la anterior resolución es entregada en esta Secretaría para su notificación, dándosele publicidad en legal forma y expidiéndose certificación literal de la misma para su unión al rollo. Doy fe