

BASE DE DATOS DE Norma DEF.-

Referencia: NCJ066667

TRIBUNAL SUPREMO

Sentencia 944/2023, de 13 de junio de 2023

Sala de lo Civil

Rec. n.º 5713/2019

SUMARIO:

Contrato de colaboración mercantil. Calificación del contrato: agencia o distribución. Cálculo de la indemnización por clientela tras su extinción. En el contrato de agencia, el agente actúa en nombre del empresario promoviendo sus productos y a cambio recibe una remuneración, mientras que, en el contrato de distribución, el distribuidor compra y revende los productos del fabricante o empresario y actúa en nombre propio, asumiendo el riesgo de las operaciones emprendidas. La calificación como una u otra modalidad de contrato de colaboración mercantil o empresarial es relevante, por cuanto si bien la jurisprudencia de la sala considera aplicable la indemnización por clientela del art. 28 LCA a los contratos de distribución, siempre y cuando se cumplan los requisitos establecidos por dicho precepto, el modo de cálculo de la indemnización no es el mismo. Como consecuencia de ello, la Audiencia Provincial debería haber calificado expresamente el contrato como de agencia o distribución, o si considerase que tenía rasgos mixtos, determinar cuáles eran más relevantes o prominentes de una u otra figura, a fin de realizar el cálculo de la indemnización por clientela mediante uno u otro de los sistemas de liquidación antes indicados. En el contrato celebrado entre las partes, aparte de que se utiliza expresamente el término distribuidor, se establecen unas condiciones que van más allá de la mera promoción comercial, propia del contrato de agencia, puesto que el distribuidor se compromete a vender, facturar, aplicar los precios mínimos establecidos por el concedente y prestar asistencia post venta a los clientes; lo que encaja en un contrato de distribución comercial. Por otro lado, la aplicación analógica de las normas sobre resolución unilateral del contrato de agencia al contrato de distribución no es absoluta, sino que debe tener en cuenta las particularidades propias de este contrato. En el contrato de distribución, para establecer la cuantía de la indemnización por clientela, ha de utilizarse como criterio orientador el establecido en el art. 28 LCA, pero calculado, en vez de sobre las comisiones percibidas por el agente, sobre los beneficios netos obtenidos por el distribuidor, esto es, el porcentaje de beneficio que le queda al distribuidor una vez descontados los gastos y los impuestos, y no sobre el margen comercial, que es la diferencia entre el precio de adquisición de las mercancías al proveedor y el precio de venta al público. La sala estima el recurso de casación y declara que la indemnización que debe abonar la demandada a la demandante no se calculará conforme a la media de las comisiones de los últimos cinco años, sino sobre la media de los beneficios netos obtenidos por el distribuidor en ese período, esto es, el porcentaje de beneficio que le queda al distribuidor una vez descontados los gastos y los impuestos, y no sobre el margen comercial, que es la diferencia entre el precio de adquisición de las mercancías al proveedor y el precio de venta al público.

PRECEPTOS:

Ley 12/1992 (Contrato de Agencia), arts. 1 y 28.
Código Civil, arts. 1.281 y 1.282.

PONENTE:

Don Pedro José Vela Torres.

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Civil

Sentencia núm. 944/2023

Fecha de sentencia: 13/06/2023

Tipo de procedimiento: CASACIÓN E INFRACCIÓN PROCESAL

Número del procedimiento: 5713/2019

Fallo/Acuerdo:

Fecha de Votación y Fallo: 31/05/2023

Ponente: Excmo. Sr. D. Pedro José Vela Torres

Procedencia: AUD.PROVINCIAL DE BARCELONA SECCION N. 16

Letrada de la Administración de Justicia: Ilma. Sra. Dña. M^a Teresa Rodríguez Valls

Transcrito por: MAJ

Nota:

CASACIÓN E INFRACCIÓN PROCESAL núm.: 5713/2019

Ponente: Excmo. Sr. D. Pedro José Vela Torres

Letrada de la Administración de Justicia: Ilma. Sra. Dña. M^a Teresa Rodríguez Valls

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Civil

SENTENCIA

Excmos. Sres.

D. Ignacio Sancho Gargallo
D. Rafael Sarazá Jimena
D. Pedro José Vela Torres

En Madrid, a 13 de junio de 2023.

Esta Sala ha visto el recurso extraordinario por infracción procesal y el recurso de casación interpuestos por CaseWare Idea INC, representada por la procuradora D.^a Margarita Ribas Iglesias, bajo la dirección letrada de D. Eric Jordi Cubells, contra la sentencia núm. 140/2019, de 28 de marzo, dictada por la Sección 16.^a de la Audiencia Provincial de Barcelona, en el recurso de apelación núm. 523/2017, dimanante de las actuaciones de juicio ordinario núm. 351/2015, del Juzgado de Primera Instancia n.º 43 de Barcelona. Ha sido parte recurrida Safe Consulting Group S.L., representada por el procurador D. Antonio Nicolás Vallellano y bajo la dirección letrada de D. Miguel Gómara Los Arcos.

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

ANTECEDENTES DE HECHO

Primero. *Tramitación en primera instancia.*

1.- La procuradora D.^a Paloma Villamana Herrera, en nombre y representación de Safe Consulting Group, interpuso demanda de juicio ordinario contra Caseware Idea INC, en la que solicitaba se dictara sentencia:

"en la que estimando, en todas sus partes, la presente Demanda, se condene a la demandada al PAGO DE LA CANTIDAD TOTAL DE: Ciento noventa y nueve mil setecientos cinco euros con setenta y dos céntimos (199.705,72 euros) más el interés legal sobre esa cantidad devengado entre la fecha de interposición de la demanda y la fecha en que se dicte Sentencia en el presente procedimiento, y con posterioridad a la misma se devengará el

interés previsto en el artículo 576 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, todo ello con expresa imposición de costas a la demandada".

2.- La demanda fue presentada el 23 de marzo de 2015 y repartida al Juzgado de Primera Instancia n.º 43 de Barcelona, se registró con el núm. 351/2015. Una vez admitida a trámite, se emplazó a la parte demandada.

3.- La procuradora D^a Margarita Ribas Iglesias, en representación de CaseWare Idea INC, contestó a la demanda mediante escrito en el que solicitaba la desestimación íntegra de la demanda y la condena en costas a la contraparte.

E igualmente formuló demanda reconvenzional en la que solicitaba:

[...], se sirva dictar sentencia en la que se estime íntegramente esta reconvección y se declare y condene:

1.º- La resolución del Memorando o contrato acompañado a la demanda principal de documento nº 5, por incumplimiento de obligaciones esenciales por y de la contraparte. Y

2.º- La obligación de SAFE CONSULTING GROUP, S.L. de pagar a mi representada la cantidad de 101.763,81. -euros y 12.021,22. -dólares USA así como lo que se devengue en concepto y por causa de intereses."

4.- El procurador a D. Antonio Nicolás Vallellano, en representación de Safe Consulting Group S.L., contestó a la demanda reconvenzional mediante escrito en el que solicitaba:

"[...] dicte sentencia en su día:

"1.º- Declare la falta de legitimación absoluta, tanto activa como pasiva, de CASEWARE INTERNATIONAL INC para ser parte en este procedimiento, contestar a la demanda y formular reconvección.

"2.º- Desestime íntegramente tal demanda reconvenzional, en todos sus términos, absolviendo de la misma a mi representada.

"3.º- Subsidiariamente se contemple la compensación de saldos deudores y acreedores entre las partes y condene, en su caso, a la contraparte al pago del saldo resultante a favor de mi mandante."

5.- Tras seguirse los trámites correspondientes, la magistrada-juez del Juzgado de Primera Instancia n.º 43 de Barcelona dictó sentencia n.º 17/2017, de 27 de enero, con la siguiente parte dispositiva:

"DESESTIMO LA DEMANDA interpuesta por SAFE CONSULTING GROUP SL, representada por el Procurador Antonio Nicolás Vallellano, contra CASEWARE IDEA INC, representada por el Procurador Margarita Ribas, con condena en costas a la parte actora.

"DESESTIMO LA DEMANDA RECONVENZIONAL interpuesta por CASEWARE IDEA INC, representada por el Procurador Margarita Ribas contra SAFE CONSULTING GROUP SL, representada por el Procurador Antonio Nicolás Vallellano, con condena en costas a la actora reconvenzional".

Segundo. *Tramitación en segunda instancia.*

1.- La sentencia de primera instancia fue recurrida en apelación por las representaciones respectivas de ambas partes.

2.- La resolución de estos recursos correspondió a la sección 16.ª de la Audiencia Provincial de Barcelona, que lo tramitó con el número de rollo 523/2017 y tras seguir los correspondientes trámites, dictó sentencia en fecha 28 de marzo de 2019, cuya parte dispositiva establece:

"1.- Estimamos parcialmente la demanda formulada por SAFE CONSULTING GROUP, S.L., sin costas de instancia a ninguna de las partes.

"2.- Desestimamos la reconvección formulada por CASEWARE IDEA INC, con costas de instancia.

"3.- Desestimamos el recurso de apelación interpuesto por la representación de CASEWARE IDEA INC, contra la sentencia dictada por el Juzgado de Primera Instancia núm. 43 de Barcelona en fecha 27 de enero de 2017. Se imponen las costas de alzada y se declara la pérdida del depósito constituido.

"4.- Estimamos parcialmente el recurso formulado por la representación de SAFE CONSULTING GROUP, S.L., sin costas de alzada y devolución del depósito constituido.

En consecuencia:

"5.- Revocamos la sentencia de 27/01/2017, dictada en el procedimiento y por el juzgado de referencia y condenamos a la demandada CASEWARE IDEA INC a abonar a la demandante la cantidad de 163.429,72 euros, más intereses legales desde la interpelación judicial".

Tercero. Interposición y tramitación del recurso extraordinario por infracción procesal y recurso de casación

1.- La procuradora D.^a Margarita Ribas Iglesias, en representación de CaseWare Idea, INC, interpuso recurso extraordinario por infracción procesal y recurso de casación.

Los motivos del recurso extraordinario por infracción procesal fueron:

"Primero.- Al amparo del artículo 469.1.4º de la LEC, por cuanto se ha producido una infracción del artículo 218.2 de la LEC -en relación con el artículo 28, apartados 1 y 3, de la LCA- en cuanto la Audiencia Provincial de Barcelona incurre en una arbitraria e ilógica valoración de la prueba en relación con los presupuestos de la indemnización por clientela y su procedencia, que comporta una vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva del artículo 24 de la Constitución Española, al no quedar probado el trasvase de clientela y su aprovechamiento por CASEWARE tras la terminación del contrato.

"Segundo.- Al amparo del artículo 469.1.2º DE LA LEC, por cuanto se ha producido una infracción del artículo 217, apartados 1, 2 y 7, de la LEC -en relación con el artículo 28.1 de la LCA- por inaplicación, en orden a la determinación o fijación de los hechos, de las reglas de la carga de la prueba en virtud del principio de disponibilidad y facilidad probatoria, en relación con la prueba de la indemnización por clientela reclamada, al no aportar SAFE CONSULTING prueba alguna para determinar el alcance del beneficio neto obtenido durante la vigencia del contrato.

"Tercero.- Al amparo del artículo 469.1.4º DE LA LEC, por cuanto se ha producido una infracción de los artículos 216, 326.1 y 386.1 de la LEC por falta de valoración de prueba admitida en la audiencia previa por el Juzgado de Primera Instancia n.º 43 de Barcelona, tratándose de una prueba que refuerza un hecho no impugnado por la parte a la que perjudica, que comporta una vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva del artículo 24 de la Constitución Española".

Los motivos del recurso de casación fueron:

"Primero.- Al amparo del artículo 477.2.3º de la LEC, por infracción del artículo 1 de la LCA y artículos 1281 y 1282 del Código Civil y oposición a la doctrina jurisprudencial del Tribunal Supremo, Sala 1.^a [...].

"Segundo.- Infracción del artículo 1 de la LCA y oposición a la doctrina jurisprudencial del Tribunal Supremo, Sala 1.^a [...].

"Tercero.- Infracción del artículo 28.3 de la LCA y oposición a la doctrina jurisprudencial del tribunal supremo, Sala 1.^a [...].

"Cuarto.- Infracción del artículo 28.1 de la LCA y oposición a la doctrina jurisprudencial del tribunal supremo, sala 1.^a[...]"

2.- Las actuaciones fueron remitidas por la Audiencia Provincial a esta Sala, y las partes fueron emplazadas para comparecer ante ella. Una vez recibidas las actuaciones en la Sala y personadas las partes por medio de los procuradores mencionados en el encabezamiento, se dictó auto de fecha 22 de diciembre de 2021, cuya parte dispositiva es como sigue:

"Admitir los recursos de casación y extraordinario por infracción procesal interpuestos por la representación procesal de CaseWare Idea, Inc. contra la sentencia dictada, con fecha 28 de marzo de 2019 por la Audiencia Provincial de Barcelona, Sección 16.^a, en el rollo de apelación n.º 523/2017, dimanante del juicio ordinario n.º 351/2015 del Juzgado de Primera Instancia n.º 43 de Barcelona".

3.- Se dio traslado a la parte recurrida para que formalizara su oposición, lo que hizo mediante la presentación del correspondiente escrito.

4.- Al no solicitarse por las partes la celebración de vista pública se señaló para votación y fallo el 31 de mayo de 2023, en que tuvo lugar.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero. Resumen de antecedentes

1.- Desde el año 2002, la sociedad Caseware Idea INC (en adelante, Caseware) y la compañía mercantil Safe Consulting Group S.L. (en adelante, Safe) mantuvieron una relación de colaboración mercantil por la que Safe comercializaría en España licencias de software de Caseware.

2.- El 1 de junio de 2009, las partes formalizaron por escrito un contrato, denominado Memorando de entendimiento, con una duración de cinco años prorrogables. Transcurrido dicho plazo, el contrato no se prorrogó, por desavenencias entre las partes.

En el documento, las partes se denominan licenciante (Caseware) y distribuidor (Safe).

3.- Safe formuló una demanda contra Caseware, en la que, al partir de que la relación jurídica entre las partes era un contrato de agencia, solicitó que se condenara a la demandada a indemnizarla conforme a lo previsto en el art. 28 de la Ley de Contrato de Agencia (LCA), por el trasvase directo de clientes y el beneficio reportado, además de los daños y perjuicios causados por la conducta obstruccionista desplegada por la demandada en los últimos meses del contrato (corte a los accesos, eliminación de la web de su dirección como distribuidor, pérdida de ventas y de prestigio, etc). En su virtud, solicitó que se condenara a Caseware al pago de 199.705,72 €, desglosada en los siguientes conceptos: a) indemnización por clientela (162.429,72 €); b) lucro cesante (18.138 €); c) daños morales (18.138 €).

4.- Caseware se opuso a la demanda por las siguientes y resumidas alegaciones: (i) el contrato que ligaba a las partes no era de agencia, sino de distribución, porque Safe asumía un riesgo al comprar las licencias para después venderlas a los clientes, por lo que Caseware le facturaba descontando previamente el beneficio o margen comercial en concepto de comisión; (ii) no hubo incumplimiento alguno por parte de Caseware, sino al contrario, fue Safe quien no aportaba los planes de marketing anuales, no alcanzaba la facturación mínima y se retrasaba en los pagos; (iii) fue Safe quien no contestó a las comunicaciones reiteradas de Caseware tendentes a prorrogar la relación comercial y el contrato se extinguió simplemente por el transcurso de los cinco años previstos en el mismo, sin que tenga derecho la demandante a ninguna indemnización por ese hecho.

5.- Asimismo, Caseware formuló reconvencción, en la que solicitó el importe adeudado por determinadas facturas que no fueron liquidadas por Safe tras la finalización del contrato, concretamente por un importe de 101.763,81 €, más 12.021,22 dólares USA. Las facturas referidas no se presentaron con la demanda reconvenccional, sino en el acto de audiencia previa.

6.- Safe se opuso a la reconvencción, alegó que si no contestó a la petición para prorrogar el contrato fue porque se le exigía por la contraparte que previamente retirase unas acciones legales que tenía entabladas en Brasil contra una de las empresas del grupo Caseware y con uno de los distribuidores de aquel país, y que ella cumplió en todo momento con sus obligaciones comerciales.

Con respecto a la cantidad reclamada, alegó que no se justificaba documentalmente su cuantía y subsidiariamente alegó compensación de deuda.

7.- En la audiencia previa, Caseware aportó las facturas en que basaba su pretensión reconvenccional. A lo que se opuso Safe alegando su extemporaneidad y la falta de liquidez, así como que las facturas estaban emitidas por Caseware International INC y no por la reconviniante Caseware Idea INC.

8.- La sentencia de primera instancia desestimó la demanda y la reconvencción, por considerar, resumidamente, respecto de la demanda, que la relación entre las partes consistía en un contrato mixto de distribución/agencia, y que aunque teóricamente procedieran las indemnizaciones solicitadas, no se había justificado su cuantía, aparte de que la reclamación debía haberse calculado conforme a las comisiones netas, es decir deducidos los gastos, y no sobre los importes brutos; y en cuanto a la reconvencción, porque las facturas eran posteriores a su fecha de interposición.

9.- Recurrida en apelación la sentencia por ambas partes, la Audiencia Provincial estimó en parte el recurso de Safe y desestimó el de Caseware. Como consecuencia de lo cual, estimó en parte la demanda, desestimó la reconvencción y condenó a Caseware a abonar a Safe 163.429,72 €, más los intereses legales desde la interpelación judicial.

La Audiencia Provincial consideró que no era preciso calificar el contrato como de distribución o de agencia, puesto que la jurisprudencia también admite la indemnización por clientela en los contratos de distribución mediante una aplicación analógica del art. 28 LCA, y en este caso el contrato participa de ambas figuras. Asimismo, consideró acreditado que la concedente se había aprovechado del fondo de comercio generado por la actividad de la distribuidora durante los doce años de ventas de licencias y concretamente, durante los últimos cinco años que duró

su vínculo, por lo que la simple finalización del contrato tras la expiración de su duración determinada no era óbice para rechazar la pretensión, por lo que concedió la indemnización por clientela en la cuantía solicitada (la media de las comisiones de los últimos cinco años). Finalmente, rechazó los importes reclamados por lucro cesante y daños morales, al confirmar la falta de legitimación activa ya que las facturas se emitieron por la sede central de Canadá y contra una mercantil con sede en Argentina.

10.- Caseware ha interpuesto un recurso extraordinario por infracción procesal y un recurso de casación, que han sido admitidos a trámite.

Recurso extraordinario por infracción procesal

Segundo. *Primer motivo de infracción procesal. Error en la valoración de la prueba*

Planteamiento:

1.- El primer motivo de infracción procesal, formulado al amparo del artículo 469.1.4º LEC, denuncia la infracción del art. 218.2 LEC, en relación con el art. 28.1 y 3 LCA y el art. 24 CE, por cuanto la Audiencia Provincial yerra al apreciar los requisitos para conceder la indemnización por clientela, al considerar que hubo trasvase de clientela y aprovechamiento por la concedente tras la terminación del contrato.

2.- En el desarrollo del motivo, la parte recurrente argumenta, en síntesis, que la Audiencia Provincial hace una interpretación ilógica e incurre en error patente al valorar la prueba documental, puesto que deduce que hubo un traspaso de clientela de Safe a Caseware cuando en ningún documento consta dicha circunstancia.

Además, también incurre en error patente en el cálculo de la indemnización por clientela, puesto que utiliza el criterio del margen bruto, en vez del margen neto.

Decisión de la Sala:

1.- En primer lugar, el motivo entremezcla alegaciones relativas a la lógica de la argumentación y a la contradicción entre la fundamentación y el fallo de la resolución (art. 218.2 LEC), con alegaciones sobre el error patente en la valoración de la prueba.

2.- Respecto de la primera cuestión, no existe ninguna contradicción entre lo argumentado por la Audiencia Provincial en la fundamentación jurídica de la sentencia y lo resuelto en el fallo. Al contrario, es coherente que razone que hubo un traspaso de clientes del que se benefició la empresa concedente tras extinguirse el contrato y, como consecuencia de ello, acabe concediendo la indemnización prevista legalmente para tales casos.

Además, tiene declarado la jurisprudencia de esta sala (sentencias 443/2014, de 24 de julio, 484/2018, de 11 de septiembre y 825/2022, de 23 de noviembre) que la lógica a la que se refiere el art. 218.2 LEC es la del entramado argumentativo, exposición de razones o consideraciones en orden a justificar la decisión, sin que se extienda al acierto o desacierto de las mismas, ni quepa al socaire de dicho precepto traer al campo del recurso extraordinario por infracción procesal el debate sobre las cuestiones de fondo, en este caso, la procedencia de la indemnización por clientela.

3.- En cuanto al error en la valoración de la prueba, el recurso por infracción procesal no puede convertirse en una tercera instancia. Para que un error en la valoración de la prueba tenga relevancia para la estimación de un recurso de esta naturaleza, con fundamento en el art. 469.1.4º LEC, debe ser de tal magnitud que vulnere el derecho a la tutela judicial efectiva del art. 24 CE. En las sentencias 418/2012, de 28 de junio, 262/2013, de 30 de abril, 44/2015, de 17 de febrero, 303/2016, de 9 de mayo, 411/2016, de 17 de junio, 208/2019, de 5 de abril; 141/2021, de 15 de marzo; 59/2022, de 31 de enero; y 391/2022, de 10 de mayo (entre otras muchas), tras reiterar la excepcionalidad de un control, por medio del recurso extraordinario por infracción procesal, de la valoración de la prueba efectuada por el tribunal de segunda instancia, recordamos que no todos los errores en la valoración probatoria tienen relevancia a estos efectos, dado que es necesario que concurren, entre otros requisitos, los siguientes: 1º) que se trate de un error fáctico, -material o de hecho-, es decir, sobre las bases fácticas que han servido para sustentar la decisión; y 2º) que sea patente, manifiesto, evidente o notorio, lo que se complementa con el hecho de que sea inmediatamente verificable de forma incontrovertible a partir de las actuaciones judiciales.

4.- Sobre esta base, la Audiencia Provincial consideró, con fundamento en la documentación aportada por la demandante (informes sobre clientes, relación de clientes activos tras la finalización de la relación y ejemplos concretos de trasvase de clientes) que, una vez finalizado el contrato litigioso, cada cliente de Safe pasó a ser cliente de Caseware, al continuar vigentes las licencias de software y/o soporte técnico, correspondiendo a Caseware el seguimiento y control de tales contratos. Y al respecto, no se aprecia ningún error patente, sino que se trata de una deducción racional y argumentada basada en los mencionados documentos.

5.- Por lo demás, la alegación relativa al margen bruto no tiene carácter fáctico, sino jurídico, y es impropia del recurso extraordinario por infracción procesal, correspondiendo, en su caso, al recurso de casación, por tratarse de una valoración jurídica.

6.- Razones por las que este primer motivo de infracción procesal debe ser desestimado.

Tercero. Segundo motivo de infracción procesal. Carga de la prueba

Planteamiento:

1.- El segundo motivo de infracción procesal, formulado al amparo del art. 469.1.2º LEC, denuncia la infracción del art. 217, apartados 1, 2 y 7, LEC, en relación con el art. 28.1 LCA, en orden a la aplicación de las reglas de la carga de la prueba.

2.- Al desarrollar el motivo, la parte recurrente aduce, resumidamente, que Safe no aportó ninguna prueba que permitiera determinar el alcance del beneficio neto obtenido durante la vigencia del contrato, pese a que era ella quien podía tener en su poder la documentación acreditativa de tales extremos.

Decisión de la Sala:

1.- La carga de la prueba no tiene por finalidad establecer mandatos que determinen quién debe probar o cómo deben probarse ciertos hechos, sino establecer las consecuencias de la falta de prueba suficiente de los hechos relevantes. Solo se infringe dicho precepto si la sentencia adopta un pronunciamiento sobre la base de que no se ha probado un hecho relevante para la decisión del litigio, y atribuye las consecuencias de la falta de prueba a la parte a la que no le correspondía la carga de la prueba según las reglas establecidas en el art. 217 LEC y desarrolladas por la jurisprudencia (por todas, sentencia 244/2013, de 18 de abril).

2.- En este caso, la Audiencia Provincial no hace mención alguna a la carga de la prueba y ni siquiera cita el art. 217 LEC. Por el contrario, no aprecia ninguna ausencia de prueba, sino que valora la documentación obrante en las actuaciones y la utiliza para fijar la indemnización por clientela.

Asimismo, resulta contradictorio y ello determina que resulte inadmisibles, que al mismo tiempo se denuncie error en la valoración de la prueba e infracción de la carga de la prueba, puesto que las reglas de la carga de la prueba previstas en el art. 217 LEC son aplicables justamente en ausencia de prueba suficiente, no cuando se ha decidido con base en una determinada valoración de la prueba (sentencias 12/2017, de 13 de enero; y 484/2018, de 11 de septiembre).

3.- En consecuencia, este segundo motivo de infracción procesal también ha de ser desestimado.

Cuarto. Tercer motivo de infracción procesal. Derecho a la prueba

Planteamiento:

1.- El tercer motivo de infracción procesal, formulado al amparo del art. 469.1.4º LEC, denuncia la infracción de los arts. 216, 326.1 y 386.1 LEC, en relación con el art. 24 CE.

2.- En el desarrollo del motivo, la parte recurrente argumenta, sintéticamente, que la Audiencia Provincial vulneró el derecho fundamental a la tutela judicial efectiva de la recurrente al no valorar la prueba documental aportada en la audiencia previa.

Decisión de la Sala:

1.- En nuestro Derecho procesal civil no existe un derecho absoluto a la prueba, sino que está condicionado por razones de pertinencia y de tempestividad en su proposición y práctica.

2.- En este caso, las facturas cuya valoración pretende la recurrente se presentaron en un momento procesal inadecuado, pues debieron aportarse con el escrito de contestación a la demanda y reconvenición (art. 270.1 LEC) y, por si ello fuera poco, eran de fecha posterior, lo que induce a pensar que se elaboraron ad hoc, y ni siquiera se correspondían con la relación jurídica debatida en el procedimiento, puesto que se emitieron por la sede central de Caseware en Canadá y contra una mercantil con sede en Argentina.

3.- Al no tener en cuenta la Audiencia Provincial estos documentos, no infringió los preceptos legales citados en el motivo, sino que aplicó correctamente las normas procesales sobre presentación y admisión de documentos. Por lo que este último motivo de infracción procesal debe seguir la misma suerte desestimatoria que los anteriores.

Recurso de casación

Quinto. Primer y segundo motivos de casación. Calificación jurídica del contrato. Resolución conjunta

Planteamiento:

1.- El primer motivo de casación denuncia la infracción del art. 1 LCA y los arts. 1281 y 1282 CC y la oposición a la jurisprudencia de esta sala contenida en las sentencias 424/1997, de 21 de mayo, 380/1984, de 13 de junio, y 1315/2002, de 31 de diciembre, por no calificar la sentencia recurrida el contrato litigioso como contrato de distribución, cuando resultaba imprescindible su calificación jurídica para poder cuantificar la indemnización por clientela.

En el desarrollo del motivo, la parte recurrente alega, resumidamente insiste en que la relación comercial que mantenían las partes debe ser calificada como un contrato de distribución, porque así se deduce de la actividad comercial que desarrollaba Safe. De manera que la sentencia recurrida, al prescindir de esa calificación, se opone a la jurisprudencia que obliga a la calificación del contrato como presupuesto necesario para determinar cuál deba ser la normativa que le resulte aplicable. Tal y como ocurre en este caso, en que la calificación del contrato como de distribución o de agencia determina el modo de cálculo de la indemnización por clientela.

2.- El segundo motivo de casación la infracción del art. 1 LCA y la oposición a la jurisprudencia contenida en las sentencias 424/1997, de 21 de mayo, 380/1984, de 13 de junio, y 1315/2002, de 31 de diciembre, al no calificar la sentencia recurrida el contrato objeto de la litis como contrato de distribución, pese a ser imprescindible su calificación jurídica al efecto de cuantificar la indemnización por clientela.

Al desarrollar el motivo, la parte recurrente argumenta, sintéticamente, que, en contra de lo afirmado en la sentencia recurrida, no es irrelevante la calificación del contrato como de agencia o de distribución, porque aunque la jurisprudencia admite que en ambas modalidades contractuales pueda ser procedente la indemnización por clientela, para su cálculo los parámetros son distintos, puesto que en el contrato de agencia rige el criterio del margen bruto, mientras que en el de distribución se aplica el criterio del margen neto.

3.- Dada la evidente conexión argumentativa entre ambos motivos de casación, se resolverán conjuntamente, para evitar inútiles reiteraciones.

Decisión de la Sala:

1.- De la definición contenida en el art. 1 de la Ley 12/1992, de 27 de mayo, sobre Contrato de Agencia (LCA) y su interpretación jurisprudencial, puede definirse el contrato de agencia como aquel en virtud del cual una persona, física o jurídica, se obliga a promover el negocio por cuenta de otra, de manera estable, continuada e independiente, a cambio de una remuneración.

Por su parte, el contrato de distribución, que carece de una regulación legal específica en nuestra legislación, puede ser definido como el contrato en virtud del cual un profesional o empresario independiente pone su estructura y red comercial a disposición de otro empresario o fabricante para distribuir sus productos, durante un plazo de tiempo, con o sin la exclusividad para revenderlos (sentencias 428/1999, de 17 de mayo, 795/2008, de 22 de julio, y las que en ellas se citan).

2.- De estas definiciones se desprende, como explicó la sentencia de 10 de julio de 2006 (recurso 4158/1999, ECLI:ES:TS:2006:4203), que en el contrato de agencia, el agente actúa en nombre del empresario promoviendo sus productos y a cambio recibe una remuneración, mientras que en el contrato de distribución, el distribuidor compra y revende los productos del fabricante o empresario y actúa en nombre propio, asumiendo el riesgo de las operaciones emprendidas.

3.- La calificación como una u otra modalidad de contrato de colaboración mercantil o empresarial es relevante, por cuanto si bien la jurisprudencia de esta sala considera aplicable la indemnización por clientela del art. 28 LCA a los contratos de distribución, siempre y cuando se cumplan los requisitos establecidos por dicho precepto, el modo de cálculo de la indemnización no es el mismo, porque el distribuidor no percibe una remuneración, sino que su beneficio lo obtiene a través del margen comercial que aplica en la reventa de los productos. Lo que llevó en su momento a esta sala a plantearse si la indemnización debía tomar como base el margen bruto (es decir, la diferencia entre el precio de adquisición y el de reventa), o el margen neto (esto es, el porcentaje de beneficio que le queda al distribuidor una vez descontados los gastos e impuestos).

En tal sentido, la sentencia 317/2017, de 19 de mayo, con cita de otras previas, declaró:

"Ha de utilizarse como criterio orientador el establecido en el citado art. 28 LCA, pero calculado, en vez de sobre las comisiones percibidas por el agente, sobre los beneficios netos obtenidos por el distribuidor [en consonancia con la STS 296/2007, de 21 de marzo], esto es, el porcentaje de beneficio que le queda al distribuidor una vez descontados los gastos y los impuestos, y no sobre el margen comercial, que es la diferencia entre el precio de adquisición de las mercancías al proveedor y el precio de venta al público [en consonancia con la STS 346/2009, de 20 de mayo]. Cuyo importe tendrá el carácter de máximo"

4.- Como consecuencia de ello, la Audiencia Provincial debería haber calificado expresamente el contrato como de agencia o distribución, o si considerase que tenía rasgos mixtos, determinar cuáles eran más relevantes o prominentes de una u otra figura, a fin de realizar el cálculo de la indemnización por clientela mediante uno u otro de los sistemas de liquidación antes indicados.

5.- En el contrato celebrado entre las partes (Memorando de entendimiento), aparte de que se utiliza expresamente el término distribuidor para definir la intervención de Safe, se establecen unas condiciones que van más allá de la mera promoción comercial, propia del contrato de agencia, puesto que el distribuidor se compromete a vender, facturar, aplicar los precios mínimos establecidos por el concedente y prestar asistencia post venta a los clientes; lo que encaja en un contrato de distribución comercial tal y como lo hemos definido.

6.- Por esta razón, los dos primeros motivos de casación deben ser estimados, con las consecuencias que se dirán, una vez se resuelvan el resto de los motivos.

Sexto. Tercer motivo de casación. Cálculo de la indemnización por clientela

Planteamiento:

1.- El tercer motivo de casación denuncia la infracción del art. 28.3 LCA y la oposición a la jurisprudencia contenida en las sentencias 356/2016, de 30 de mayo, 137/2017, de 1 de marzo, y 317/2017, de 19 de mayo.

2.- En el desarrollo del motivo, la parte recurrente aduce, resumidamente, que la sentencia recurrida no aplica el criterio del beneficio neto a la hora de calcular el importe de la indemnización por clientela y condena a Caseware al pago de una indemnización por clientela cuyo importe fue calculado sobre la base del margen bruto percibido por ésta, como si se tratara de un contrato de agencia y pese a haber dejado indeterminada la calificación del contrato. Reitera que esta sala tiene declarado que para calcular la indemnización por clientela correspondiente al distribuidor se debe aplicar el criterio orientador establecido en el art. 28 LCA, pero calculado sobre los beneficios netos obtenidos por el distribuidor, en vez de sobre las comisiones percibidas por el agente.

Decisión de la Sala:

1.- Ya hemos adelantado que, como señalaron las sentencias 39/2010, de 22 de febrero, 404/2015, de 9 de julio, y 356/2016, de 30 de mayo, la aplicación analógica de las normas sobre resolución unilateral del contrato de agencia al contrato de distribución no es absoluta, sino que debe tener en cuenta las particularidades propias de este contrato. Por ello, declaramos:

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

2.- Del mismo modo, las sentencias 356/2106, de 30 de mayo, 137/2017, de 1 de marzo y 317/2017, de 19 de mayo (que tomaron como antecedentes las sentencias 296/2007, de 21 de marzo, y 346/2009, de 20 de mayo) concluyeron que en el contrato de distribución, para establecer la cuantía de la indemnización por clientela, ha de utilizarse como criterio orientador el establecido en el art. 28 LCA, pero calculado, en vez de sobre las comisiones percibidas por el agente, sobre los beneficios netos obtenidos por el distribuidor, esto es, el porcentaje de beneficio que le queda al distribuidor una vez descontados los gastos y los impuestos, y no sobre el margen comercial, que es la diferencia entre el precio de adquisición de las mercancías al proveedor y el precio de venta al público.

3.- En la medida en que la sentencia recurrida se aparta de dicho criterio jurisprudencial, este motivo de casación debe seguir la misma suerte estimatoria que los anteriores. Con los resultados que se dirán al asumir la instancia.

Séptimo. Cuarto motivo de casación. Equidad y moderación de la indemnización por clientela

Planteamiento:

1.- El cuarto motivo de casación alega la infracción del art. 28.1 LCA y la oposición a la jurisprudencia contenida en las sentencias 341/2012, de 31 de mayo, 19/2003, de 27 de enero, y 506/2007, de 16 de mayo.

2.- Al desarrollar el motivo, la parte recurrente argumenta, sintéticamente, que la sentencia recurrida prescinde de la aplicación del juicio de equidad para cuantificar la indemnización por clientela, limitándose a fijarla en la media de las comisiones de los últimos cinco años, pero sin tener en cuenta ningún criterio moderador, como el número de clientes que pasaron automáticamente a ser clientes de Caseware o la actividad de promoción de productos realizada por la recurrente.

Decisión de la Sala:

1.- En las sentencias 582/2010, de 8 de octubre, 456/2013, de 27 de junio, 226/2020, de 1 de junio, y 528/2020, de 14 de octubre, hemos recordado la imperatividad de las normas sobre la indemnización por clientela en el contrato de agencia:

"1ª.- La finalidad de la Directiva 86/653/CEE del Consejo, de 18 de diciembre de 1986, es, como resulta de su propio título, la "coordinación de los derechos de los Estados miembros en lo referente a los agentes comerciales independientes", con especial atención, entre otras cuestiones, al "nivel de protección de los agentes comerciales en sus relaciones con sus poderdantes", según declara su segundo Considerando.

2ª.- Entre los derechos reconocidos por dicha Directiva al agente destacan los contemplados en su art. 17 para cuando el contrato termine (apdo. 1), siendo uno de ellos el de ser indemnizado con las condiciones y en los términos establecidos en su apdo. 2, regulador de la denominada indemnización o compensación por clientela.

3ª.- La especial relevancia de este derecho a compensación por clientela como manifestación de ese "nivel de protección de los agentes comerciales en sus relaciones con sus poderdantes" se confirma en el art. 19 de la Directiva.

4ª.- [...] El art. 3.1 LCA establece el carácter imperativo de sus preceptos "a no ser que en ellos se disponga otra cosa".

2.- Así lo declara también la STJUE de 23 de marzo de 2023 (C-574/21), en su apartado 57:

"En este contexto, el Tribunal de Justicia ha declarado que los artículos 17 a 19 de la Directiva 86/653 tienen como finalidad proteger al agente comercial tras la terminación del contrato de agencia comercial y que el sistema que establece para ello esta Directiva tiene carácter imperativo. El Tribunal de Justicia ha deducido que no puede admitirse una interpretación del artículo 17 de dicha Directiva que pueda resultar en perjuicio del agente comercial (sentencia de 19 de abril de 2018, CMR, C-645/16, EU:C:2018:262, apartados 34 y 35 y jurisprudencia citada). También ha declarado, más concretamente, que el artículo 17, apartado 2, de la misma Directiva debe interpretarse en un sentido que contribuya a esa protección del agente comercial y que tenga en cuenta plenamente los méritos de este en la ejecución de las operaciones que tiene encomendadas (véase, en este sentido, la sentencia de 7 de abril de 2016, Marchon Germany, C-315/14, EU:C:2016:211, apartado 33)".

3.- Como no cabe una traslación mimética de esta solución prevista para el contrato de agencia al contrato de distribución, debe valorarse si las circunstancias del caso aconsejan también su aplicación analógica. Y la respuesta en este caso debe ser afirmativa, en cuanto que no se ha acreditado que, cuando en 2002 se inició la relación comercial entre las partes, Caseware tuviera ningún cliente (la Audiencia Provincial afirma que Safe le abrió el mercado en España), por lo que toda la clientela ha sido captada por el distribuidor, de lo que se ha aprovechado en bloque el concedente; lo que se acentúa porque en el contrato se impuso la relación de exclusividad. Razones por las que, en este caso, debe seguirse la misma regla de improcedencia de la moderación de la indemnización. Como consecuencia de lo cual, también debe desestimarse este último motivo de casación.

Octavo. *Asunción de la instancia. Consecuencias de la estimación del recurso de casación*

1.- La estimación de los tres primeros motivos de casación conlleva que, al asumir la instancia, estimemos en parte el recurso de apelación de la parte demandante.

2.- En particular, la indemnización que debe abonar la demandada a la demandante no se calculará conforme a la media de las comisiones de los últimos cinco años, sino sobre la media de los beneficios netos obtenidos por el distribuidor en ese período, esto es, el porcentaje de beneficio que le queda al distribuidor una vez descontados los gastos y los impuestos, y no sobre el margen comercial, que es la diferencia entre el precio de adquisición de las mercancías al proveedor y el precio de venta al público. Cuyo importe se determinará en ejecución de sentencia conforme a estas bases (art. 219.2 LEC).

Noveno. *Costas y depósitos*

1.- La desestimación del recurso extraordinario por infracción procesal conlleva que deban imponerse a la parte recurrente las costas por él causadas, según determinan los artículos 394.1 y 398.1 LEC.

2.- La estimación del recurso de casación implica que no proceda hacer expresa imposición de las costas por él causadas, conforme al art. 398.2 LEC.

3.- Procede confirmar los pronunciamientos sobre costas de ambas instancias efectuados en la sentencia de la Audiencia Provincial, al no quedar afectados por los pronunciamientos de esta sentencia.

4.- Finalmente, debe ordenarse la pérdida del depósito constituido para el recurso extraordinario por infracción procesal y la devolución del constituido para el recurso de casación, tal y como ordena la disposición adicional 15ª, apartados 8 y 9, LOPJ.

FALLO

Por todo lo expuesto,

EN NOMBRE DEL REY

y por la autoridad que le confiere la Constitución, esta sala ha decidido:

1.º- Desestimar el recurso extraordinario por infracción procesal interpuesto por la compañía mercantil Caseware Idea INC contra la sentencia núm. 140/2019, de 28 de marzo, dictada por la Audiencia Provincial de Barcelona (Sección 16ª), en el recurso de apelación núm. 523/2017.

2.º- Estimar el recurso de casación interpuesto por la misma recurrente contra dicha sentencia, que casamos y anulamos en parte, en el sentido de estimar en parte el recurso de apelación interpuesto por Safe Consulting Group S.L. y condenar a Caseware Idea INC a indemnizar a Safe Consulting Group S.L. en la suma que, en ejecución de sentencia, se determine como importe medio de los beneficios netos obtenidos por la demandante en los últimos cinco años de vigencia del contrato, esto es, el porcentaje de beneficio que le queda al distribuidor una vez descontados los gastos y los impuestos. Confirmando la sentencia recurrida en sus demás pronunciamientos.

3.º- Imponer a Caseware Idea INC las costas causadas por el recurso extraordinario por infracción procesal y no hacer expresa imposición de las causadas por el recurso de casación.

4.º- Ordenar la pérdida del depósito constituido para el recurso extraordinario por infracción procesal y la devolución del constituido para el recurso de casación.

Líbrese al mencionado tribunal la certificación correspondiente, con devolución de los autos y del rollo de Sala.

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

Así se acuerda y firma.

El contenido de la presente resolución respeta fielmente el suministrado de forma oficial por el Centro de Documentación Judicial (CENDOJ). La Editorial CEF, respetando lo anterior, introduce sus propios marcadores, traza vínculos a otros documentos y hace agregaciones análogas percibiéndose con claridad que estos elementos no forman parte de la información original remitida por el CENDOJ.