

Id Cendoj: 28079110012009100013

Órgano: Tribunal Supremo. Sala de lo Civil

Sede: Madrid

Sección: 1

Nº de Recurso: 2815/2002

Nº de Resolución: 28/2009

Procedimiento: Casación

Ponente: IGNACIO SIERRA GIL DE LA CUESTA

Tipo de Resolución: Sentencia

Resumen:

Contrato de concesión (vehículos). Posibilidad de aplicación analógica de la Ley de Contrato de Agencia. Indemnización por clientela y daños y perjuicios. Se desestima el recurso.

SENTENCIA

En la Villa de Madrid, a veintiuno de Enero de dos mil nueve

Visto por la Sala Primera del Tribunal Supremo, integrada por los Excmos. Sres. Magistrados al margen indicados, los recursos de casación interpuestos por la firma "Darío Rodríguez Ramón, S.A.", representado en esta alzada por la Procuradora de los Tribunales doña María Rodríguez Puyol, y por "Fabricación de Automóviles Renault España, S.A." (Fasa Renault) y "Renault España Comercial, S.A." (Recsa), representados en esta alzada por la Procuradora de los Tribunales doña Concepción Sánchez-Cabezudo Gómez, contra la sentencia dictada en grado de apelación con fecha 13 de septiembre de 2002 por la Sección Segunda de la Audiencia Provincial de Almería dimanante del juicio de mayor cuantía seguido en el Juzgado de Primera Instancia número dos de Almería.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- El Juzgado de Primera Instancia Nº 2 de los de Almería, conoció el juicio de mayor cuantía número 194/98 , seguido a instancia de "Darío Rodríguez Ramón, S.A." contra "Fabricación de Automóviles Renault de España, S.A." -Fasa Renault- y "Renault España Comercial, S.A." -Recsa-.

Por la representación procesal de "Darío Rodríguez Ramón, S.A." se formuló demanda en base a cuantos hechos y fundamentos de derecho estimó de aplicación, para terminar suplicando al Juzgado: "...dicte sentencia por la que, estimando la demanda, se condene a las demandadas en forma solidaria a abonar a mi mandante las siguientes cantidades: 1) 185.593.576 Pts de indemnización por clientela (Hecho decimoséptimo).- 2) 57.469.746 Pts. de indemnización por daños y perjuicios por el importe no amortizado de las obras llevadas a efecto a siguiendo las exigencias de las demandadas (Hecho décimo octavo).- 3) 52.961.125 Pts. importe de la instalación y alquileres que tuvo que soportar mi representada por la exigencia de la marca de que instalara un taller de reparaciones rápidas, así como la cantidad de 16.544.000 Pts. que se le están reclamando en los autos 255/94 del Juzgado de 1ª Instancia nº 7 de esta ciudad, y que hoy se encuentran en la Sala 1ª del Tribunal Supremo como Recurso de Casación 612/96 en el supuesto de que mi mandante fuese condenada al pago de la indicada cantidad. (Hecho décimo noveno).- 4) 22.313.307 Pts. importe de la cantidad abonada por mi representada por gastos de publicidad. (Hecho vigésimo).- 5) 26.892.621 Pts. importe de las indemnizaciones abonadas por despidos (Hecho vigésimo primero).- 6) 1.166.827 Pts. Importe de la cantidad abonada por intereses de la póliza de préstamo que se vió obligada a solicitar mi representada (hecho vigésimo segundo), así como los intereses que las renovaciones de la misma o de cualquier otro tipo de préstamo que se vea obligada a solicitar puedan ocasionar, así como los gastos que se produzcan por la concesión de ese hipotético préstamo.- 7) Los ingresos que mi representada ha dejado de obtener durante el año que ha mediado desde que se recibió la comunicación anunciando la resolución del contrato hasta la fecha en que se produjo la resolución, porque tal disminución ha sido debida a la demandadas, al no servir los vehículos que se le solicitaban. Tal cantidad habrá de determinarse en fase de ejecución de sentencia teniendo en cuenta la media de ingresos de los cinco últimos años y los ingresos obtenidos en el año al que nos referimos.- 8) 200.000.000 Pts. importe de los daños ocasionados por la resolución del contrato (hecho vigésimo tercero).- 9) Las cantidades que

hubiere de abonar por despidos que se produzcan después de la presentación de esta demanda o por las posibles reclamaciones que puedan presentar los subagentes por las resoluciones de sus contratos.- Igualmente deberá condenarse a las demandadas al pago del interés legal de dichas cantidades desde la fecha de interposición de la demanda y pago de las costas de este proceso."

Admitida a trámite la demanda, por la representación procesal de la parte demandada, se contestó la misma, en la que terminaba suplicando al Juzgado, tras los hechos y fundamentos de derecho que estimó de aplicación: "...dicte sentencia desestimando en su integridad la demanda, con absolución de la misma a mis representadas Fabricación de Automóviles Renault España, S.A. (Fasa-Renault) y Renault España Comercial, S.A. (Recsa), con expresa imposición de costas a la actora Darío Rodríguez Ramón, S.A. por su temeridad y mala fe y en concreto se les absuelva de las cantidades reclamadas por: Clientela.- Daños y Perjuicios.- Instalaciones y alquileres.- Gastos de publicidad.- Despidos.- Intereses de créditos concedidos a la actora por terceros.- Ingresos dejados de obtener durante el año de preaviso.- Daños morales."

Con fecha 1 de abril de 2001, el Juzgado dictó sentencia cuyo fallo dice: "Que estimando parcialmente la demanda formulada por la entidad Diario Rodríguez Ramón, S.A. contra las entidades Fabricación de Automóviles Renault de España, S.A. y la entidad Renault España Comercial S.A. sobre reclamación de cantidad, debo declarar y declaro haber lugar en parte a la misma, condenando a dichas demandadas a que abonen solidariamente a la actora la cantidad de doscientos ochenta y seis millones ciento trece mil cuatrocientas treinta y siete pesetas (286.113.437.-Ptas, equivalente a 1.719.576,39 €), y al abono de la cantidad que acredite la actora como satisfecha en ejecución judicial conforme al fundamento VIII de esta resolución, así como al pago de la cantidad que resulte en ejecución de esta resolución conforme a los presupuestos establecidos en el fundamento XII de esta sentencia, intereses en la forma indicada y costas."

SEGUNDO.- Interpuesto recurso de apelación contra la sentencia de primera instancia y tramitado el recurso con arreglo a derecho, la Sección Segunda de la Audiencia Provincial de Almería, dictó sentencia en fecha 13 de septiembre de 2002 , cuya parte dispositiva es del tenor literal siguiente: "Que con estimación parcial del recurso de apelación interpuesto por Fabricación de Automóviles Renault de España S.A. -Fasa Renault y Renault España Comercial, S.A. -Recsa- contra Darío Rodríguez Ramón S.A. debemos de revocar y revocamos dicha resolución en cuanto que solo se condena a los demandados a abonar a la actora la cantidad que resulte en ejecución de sentencia conforme a las bases determinadas en el fundamento de derecho séptimo de esta sentencia, sin hacer especial pronunciamiento sobre las costas de la primera instancia, ni sobre las costas de esta alzada causadas por el apelante y con imposición de las causadas en segunda instancia por el apelado por su impugnación del recurso."

TERCERO.- Por la Procuradora Sra. Galindo de Vilches, en nombre y representación de "Darío Rodríguez Ramón, S.A.", se presentó escrito preparación del recurso de casación y posteriormente de formalización ante la Audiencia Provincial de Almería, con apoyo procesal en los siguientes motivos:

Primero: " Por infracción de normas aplicables para resolver las cuestiones objeto de litigio, al amparo del *art. 477.1 de la LEC* .- Por inaplicación de los *artículos 1, 3, 23, 25, 28, 29, 31 y Disposición Transitoria de la Ley de Agencia de 27 de mayo de 1992* y jurisprudencia de la Sala Primera del Tribunal supremo que establece la aplicación de tales preceptos a los contratos de distribución en exclusiva".

Segundo: "Por infracción de normas aplicables para resolver las cuestiones objeto de litigio, al amparo del *artículo 447.1 LEC* . Por inaplicación de los *artículos 1101, 1106, 1107 y 1108 del Código Civil* y jurisprudencia aplicable; interpretación errónea de los *artículos 1255, 1256 y 1258, 1281 y 1282 del Código Civil* ; aplicación errónea de los *artículos 1124 y el hoy derogado 1214 del Código Civil y sustituido por el 217 LEC* e inaplicación de los *artículos 218, 348 y 376 LEC* sobre valoración de la prueba; aplicación errónea del *Reglamento 123/85 CE*; inaplicación del *artículo 6.1 de la Ley de 13 de abril de 1998, de Condiciones Generales de la Contratación* , del *artículo 10 de la Ley General para la defensa de los Consumidores y Usuarios de 19 de julio de 1964* y la *Directiva 93/13 UE, del Consejo, de 5 de abril de 1993* y jurisprudencia que declara nula las cláusulas abusivas de los contratos de adhesión".

CUARTO.- Remitidas las actuaciones a este Tribunal Supremo y personadas las partes, por Auto de esta Sala de fecha 6 de noviembre de 2007 , se admite a trámite el recurso presentado por "Darío Rodríguez Ramón, S.A.", en su motivo primero, no admitiéndose el recurso de casación interpuesto por "Fabricación de Automóviles Renault de España, S.A." (Fasa-Renault) y "Renault España Comercial, S.A." (Recsa); evacuados los traslados conferidos, se presentó escrito de oposición al mismo.

QUINTO.- No habiéndose solicitado, por todas las partes personadas, la celebración de vista pública, por la Sala se acordó señalar, para la votación y fallo del presente recurso, el día catorce de enero del año

en curso, en el que ha tenido lugar.

Ha sido Ponente el Magistrado Excmo. Sr. D. IGNACIO SIERRA GIL DE LA CUESTA

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Como datos necesarios para el estudio del actual recurso de casación hay que tener en cuenta lo siguiente.

La entidad "Darío Rodríguez Ramón, S.A." formuló demanda de juicio declarativo ordinario de mayor cuantía contra "Fabricación de Automóviles Renault de España, S.A." -Fasa Renault-, y frente a "Renault España Comercial, S.A." -Recsa-. En dicha demanda la parte actora, que actuaba como concesionaria de automóviles Renault, solicitaba, con base en la resolución unilateral del contrato por la concedente y la aplicación de los *preceptos de la Ley de Agencia de 27 de mayo de 1992*, la condena solidaria de las entidades codemandadas al abono de diversas cantidades, algunas a determinar en ejecución de sentencia, en concepto de indemnización por clientela y por daños y perjuicios.

El Juzgado de 1ª Instancia, en sentencia dictada el 1 de abril de 2001, estimó que la relación que unía a las partes era la propia de un contrato de agencia, y estimando parcialmente la demanda condenó a las demandadas al abono solidario a la actora del importe de 286.113.437 pesetas (1.719.576,39 euros), suma de diversos conceptos indemnizatorios, así como al abono de la cantidad que acreditase la actora como satisfecha en ejecución judicial conforme al fundamento VIII de la sentencia (rentas de alquiler de instalación reclamadas judicialmente en otro proceso), así como al pago de la cantidad que resultare en ejecución de sentencia conforme a los presupuestos establecidos en el fundamento XII de la sentencia, referente al lucro cesante en cuanto al número de operaciones que se dejaron de hacer durante el período del último año, más intereses.

La Audiencia Provincial de Almería, Sección Segunda, dictó sentencia el 13 de septiembre de 2002, en la que se estimó parcialmente el recurso de apelación interpuesto por "Fabricación de Automóviles Renault de España, S.A." -Fasa Renault-, y "Renault España Comercial, S.A." -Recsa-, revocando la sentencia del Juzgado, y condenando a los demandados a tan solo abonar a la actora "la cantidad que resulte en ejecución de sentencia, conforme a las bases determinadas en el fundamento de derecho séptimo de esta sentencia, por los perjuicios derivados de no poder atender la demanda de vehículos por el retraso injustificado en la entrega de vehículos nuevos después de la resolución del contrato". En orden a la cuantificación se consideraba en dicho fundamento jurídico que "se tendrá en cuenta los vehículos solicitados, los que no se recibieron o lo fueron tardíamente y los vehículos que hubo que adquirir en otros concesionarios, a fin de calcular los perjuicios económicos realmente sufridos por el actor en concepto de lucro cesante. Para estos cálculos procederá tener en cuenta la dinámica contractual de los dos últimos años como señala la sentencia de instancia".

Para mejor comprensión de la materia objeto de recurso, y teniendo en cuenta que la base fáctica y valoración de la prueba practicada por el Tribunal "a quo" ha de permanecer invariable en esta sede casacional, resulta conveniente dejar señalados los siguientes pronunciamientos contenidos en la sentencia impugnada:

a) La Audiencia considera que el contrato, firmado entre las partes en fecha 1 de enero de 1991, y resuelto en junio de 1996, con efectos de 30 de junio de 1997, es de concesión de duración indefinida, deduciéndolo así del tenor literal del propio contrato, de las facultades que tiene el concesionario en la venta de los vehículos y la gestión del negocio e instalaciones comerciales que sirven de soporte a su actividad de reventa de vehículos, en cuya diferencia de precio se encuentra su beneficio, asumiendo los riesgos de sus operaciones comerciales y de su propio negocio, separado e independiente del concedente y sin perjuicio de la supervisión de este en el ejercicio de una actividad en un determinado ámbito territorial, sin que se pueda aceptar que la fijación de un precio máximo de venta determine una variación de la calificación del contrato al ser éste un dato no esencial y no modificativo del sistema normal de retribución del concesionario. En consecuencia se revoca la sentencia recurrida en cuanto a la calificación jurídica del contrato, que es de concesión y no de agencia, estimándose en este punto el recurso.

b) Considerando que el contrato firmado en 1991 entre las partes era una concesión, no cabe examinar si es posible indemnización al amparo de la Ley reguladora del contrato de agencia. Por el contrario deberá de determinarse si como consecuencia de esa rescisión unilateral de aquel contrato se ha producido un perjuicio injustificado para la parte demandante, como postula en su escrito de demanda, pero al amparo del *art. 1.101 del C. Civil* o bien con fundamento en la teoría del enriquecimiento injusto. Por tanto, sin negar la posibilidad de acudir a la aplicación analógica de aquella Ley del Contrato de Agencia a

efectos indemnizatorios, las características del contrato de concesión o distribución de vehículos tiene unas peculiaridades, determinadas por la normativa de la Comunidad Económica Europea, y una naturaleza que obliga a examinar la posibilidad de esa indemnización por perjuicios en los casos en que se demuestre que efectivamente se ha producido una resolución improcedente del contrato.

c) En el caso enjuiciado, como en otros casos similares de concesionarios de automóviles, se ha previsto una cláusula de rescisión unilateral por razón del carácter indefinido del contrato y los riesgos que ambas partes asumen, siendo un contrato "intuitu personae". Esa posibilidad, sin derecho a indemnización y con un plazo de preaviso, se encuentra prevista en aquel contrato del año 1991 habiéndose hecho uso de la misma por la demandada. A pesar de los términos de lo convenido por las partes y la razón de ser de esa facultad resolutoria que ha sido admitida por la jurisprudencia como una "válvula de escape", se exige una buena fe en la denuncia unilateral pues no puede operarse de forma abusiva y fuera del ámbito de dicha buena fe, admitiendo la jurisprudencia el derecho a una indemnización cuando la rescisión se lleva a cabo en forma arbitraria y en perjuicio de la parte colaboradora.

d) Partiendo de tales premisas y de la prueba documental obrante en los autos, resulta que la actora venía desarrollando su labor de venta de vehículos en condiciones que para los demandados no eran satisfactorias pues, por una parte el número total de vehículos vendidos era inferior al fijado como objetivo anual y además disminuía cada año, siendo el índice de penetración de la concesión en el mercado inferior siempre a la media nacional, e inferior al provincial en donde operaban los agentes del concesionario. Tampoco en el capítulo de venta de piezas de repuesto se alcanzaban por regla general los objetivos. Dicha situación no era desconocida por la demandante pues las comunicaciones de la concedente sobre el particular (documentos 8 a 12 del escrito de contestación a la demanda) suponían ya una advertencia sobre el futuro contractual. Por consiguiente, sin que esos datos fundamenten una rescisión extraordinaria, no utilizada por los demandados para dar por terminado el contrato, sin embargo sí que pueden eliminar la calificación de abusiva y contraria a la buena fe o sin motivación, del desistimiento unilateral de la empresa concedente, hoy apelante. En consecuencia con lo anteriormente expuesto, entiende la Sala de apelación que no procede una indemnización por causa de la conducta negligente o culposa encuadrable en el *art. 1101 del C. Civil*, al no constar acreditada una conducta de las referidas por la jurisprudencia en el proceder de los hoy apelantes.

e) No hay una prueba concluyente y clara de que, hasta la fecha de notificación de la rescisión del contrato, se hubiese actuado de forma dolosa, culposa, arbitraria o contraria a la buena fe por las demandadas, en cuanto concedentes de la exclusiva distribución de vehículos en un determinado territorio. En esta cuestión la sentencia de primera instancia fundamenta la apreciación de la falta de buena fe de la concedente en la progresiva reducción del territorio de la concesión. Sin embargo este dato no justifica sin más aquella responsabilidad por causa de una falta de buena fe pues constan una serie de contratos anteriores de concesión firmados por el actor en donde se fijan los límites territoriales de la actividad comercial, sin que por aquella parte se formulase oposición, resultando además acreditado que dicha reducción territorial se produjo bastantes años antes de la fecha en que las partes regulan de nuevo el contrato, así como mucho antes de que los resultados conseguidos por el concesionario no fueran los deseables para el concedente. La sentencia de la Audiencia recuerda que en años anteriores la marcha del concesionario debía ser satisfactoria en la medida en que se volvían a firmar contratos de concesión, y entiende que la transformación en concesionarios de agentes de ciertas zonas no puede sino considerarse una consecuencia de la libertad de pactos entre las partes contratantes, en un convenio de duración indefinida pero cuya regulación era variada periódicamente mediante la firma de nuevos contratos de concesión. No existe, por otra parte, prueba que acredite que esa disminución del ámbito territorial de la concesión fuese determinante de la reducción en el número de ventas realizado ya que los parámetros determinantes de aquellos índices han tenido que considerar el ámbito territorial. Finalmente el dato de que los agentes del concesionario tuviesen un índice mayor de ventas que el primero es revelador de las causas determinantes de la resolución contractual, sin que se haya probado que los índices de ventas de otros concesionarios evidencien la arbitrariedad de la medida adoptada por la entidad concedente. En resumen, que no se puede estimar relevante, a efectos de considerar aquella resolución unilateral como arbitraria o contraria a la buena fe, la reducción del territorio de la concesión porque el ámbito territorial había sido modificado bastantes años antes y, además, porque los datos determinantes de la voluntad resolutoria del concedente vienen referidos a los años posteriores a la firma del convenio de 1991, que es el que regulaba la relación jurídica entre las partes contratantes.

f) En cuanto a una posible indemnización por enriquecimiento injusto, no cabe duda de que la situación económica del demandante empeoró, al menos inicialmente, como consecuencia de la pérdida de la concesión al ver disminuidos sus ingresos y tener que soportar el coste de unas instalaciones y una mano de obra. Mas esta situación puede considerarse una consecuencia del tipo de contrato que vinculaba a las partes en donde la mutua confianza era esencial y estaba permitido el desistimiento unilateral sin derecho a

indemnización, con un plazo de preaviso de un año. Por otra parte no puede apreciarse un enriquecimiento injusto en el concedente por la continuación por otro concesionario de la actividad comercial porque, como señala la sentencia del Tribunal Supremo de 12 de junio de 1999, tratándose de marcas muy conocidas en el mercado estas actúan como reclamo decidido para la compra del vehículo por los particulares que suelen atender más a la publicidad general del fabricante que a la limitada que pueda desplegar el concesionario, que en todo caso se aprovecha de aquélla, pues no suele intervenir en la confección de catálogos generales, concluyendo la referida sentencia que "la creación de clientela automovilística no se presenta como de la exclusiva actuación del concesionario, por imperar tanto la vinculación precontractual del cliente a la marca, como su fidelidad posterior a la misma para repetir la compra de vehículos...". En resumen, no se aprecia un enriquecimiento injusto como consecuencia de aquella resolución contractual al mediar un contrato y derivarse los efectos del normal desarrollo de la dinámica contractual, sin que tampoco se aprecie una traslación de una cartera de clientes del anterior concesionario al nuevo en beneficio de la concedente, además de por una falta de prueba porque el concesionario no contribuye de forma notable a la creación de clientela, de modo que es escasa su aportación en beneficio de la marca que pueda suponer un aprovechamiento para el concedente, siendo un dato económicamente comprobado que cualquier nuevo concesionario en una plaza consigue pronto un número de ventas similar a la media del mercado de la misma marca, pues la clientela deriva más del producto que del comerciante. Finalmente, tampoco se olvida que el meritorio esfuerzo de crear una red comercial de la marca a lo largo de más de cuarenta años se vio favorecido por la exclusividad en la distribución de un producto que era muy escaso en los primeros años y con competencia muy limitada.

g) La falta de prueba de aquella culpa o negligencia que exige el *art. 1101 del C. Civil* hasta la fecha en que se produce la resolución del contrato no impide que después de aquella fecha y en cumplimiento del referido contrato del año 1991 se hubiere incurrido en alguna culpa o negligencia imputable al concedente. Se refiere la sentencia a la correcta atención por parte de este último de las solicitudes de nuevos vehículos, pues de la abundante prueba documental aportada por la demandante se deduce que hubo un retraso en aquel suministro de vehículos nuevos que obligó al concesionario a adquirirlos en otras plazas con evidente perjuicio sobre sus ingresos. Sobre este particular también es relevante la prueba testifical practicada que confirma los datos que se desprenden de la documental. Este retraso o culpa del concedente debe considerarse como injustificado pues hasta que expiró el contrato de concesión ambas partes seguían vinculadas por el mismo y consecuentemente procedía aquel suministro de vehículos al demandante. Las argumentaciones de la contraria sobre la falta de vehículos en stock por parte del concesionario, lo que le obligaba a comprarlos en la llamada "bolsa de cesiones" no han quedado debidamente acreditados al no haberse probado que aquellas solicitudes de vehículo fueron correctamente atendidas y consecuentemente injustificado el uso de aquella bolsa de cesiones. En consecuencia con lo expuesto, concluye que procede que se abone por los demandados una indemnización, a fijar en periodo de ejecución de sentencia, por la que se compense al hoy apelado por los perjuicios derivados de no poder atender a la demanda de vehículos. En orden a su cuantificación, como ya se dijo, se tendrá en cuenta los vehículos solicitados, los que no se recibieron o lo fueron tardíamente y los vehículos que hubo que adquirir en otros concesionarios, a fin de calcular los perjuicios económicos realmente sufridos por el actor en concepto de lucro cesante. Para estos cálculos procederá tener en cuenta la dinámica contractual de los dos últimos años como señala la sentencia de la primera instancia.

Contra dicha sentencia se interpuso recurso de casación por "Fabricación de Automóviles Renault de España, S.A." y "Renault España Comercial, S.A.", que ha sido inadmitido, y por "Darío Rodríguez Ramón, S.A.", del cual ha sido admitido el motivo primero del escrito de interposición e inadmitido el segundo.

SEGUNDO.- En el único motivo admitido, que utiliza el cauce del *artículo 477-1 de la Ley de Enjuiciamiento Civil*, se denuncia la inaplicación de los *artículos 1, 3, 23, 25, 28, 29 y 31 y Disposición Transitoria de la Ley del Contrato de Agencia de 27 de mayo de 1992* y jurisprudencia de la Sala Primera del Tribunal Supremo que establece la aplicación de tales preceptos a los contratos de distribución en exclusiva.

Se alega por la recurrente, en síntesis, que se está ante un contrato de agencia, al tener la exclusividad en su territorio, asumiendo el compromiso, de manera continuada y estable (tiempo de duración del contrato que era indefinido), a cambio de una remuneración (diferencia entre el precio de compra y precio de venta), de promover actos u operaciones de comercio por cuenta ajena como intermediario independiente, y esto no es otra cosa que la definición que del contrato de agencia da el *artículo 1 de la Ley de 27 de mayo de 1992*, terminando por alegar, argumentando existir doctrina jurisprudencial al respecto, que, ya se entienda que nos encontramos ante un contrato de agencia o ante uno de distribución selectiva, han de aplicarse a su rescisión los preceptos de la Ley del Contrato de Agencia, con fijación de la indemnización por clientela y de la indemnización de daños y perjuicios que se

establecen en los *artículos 28 y 29 de dicha Ley* .

El motivo debe ser desestimado.

Entre otras premisas de orden fáctico o asentadas en la valoración de la prueba, debemos partir de que la Sala "a quo" ha declarado que no se está ante una resolución unilateral hecha de mala fe por el concedente, arbitraria o injusta; que tal resolución se dio en el plazo de preaviso previsto en el contrato; la falta de prueba del aumento de clientela y falta de prueba de conducta dolosa o negligente o culposa, salvo después de la resolución en cuanto al suministro de vehículos, por parte de la concedente; que el concesionario no respondía a las expectativas comerciales; falta de prueba de otros perjuicios, excepto los relativos a suministro de vehículos después de notificada la resolución, a cuyo abono se condena a las demandadas; que no se ha producido un enriquecimiento injusto en la concedente.

Sentadas estas premisas y entrando ya en el examen de lo argumentado en el motivo del recurso, en cuanto a la calificación del contrato como de concesión, o de distribución en exclusiva, como se explica en la Sentencia de esta Sala de 15 de octubre de 2008 , las diferencias entre los contratos de agencia y distribución han sido destacadas por la doctrina y la jurisprudencia. Se afirma que, así como el distribuidor compra y revende las mercancías del fabricante por cuenta y en nombre propios, con la ganancia que representa el llamado margen o beneficio comercial, el agente promueve y, en su caso, concluye, la venta de los productos del empresario, por cuenta y en nombre del mismo, a cambio de una comisión -por todas, las sentencias de 6 de noviembre de 2.006, 20 de enero y 24 de mayo de 2.007 -. Dadas las circunstancias contractuales del caso que nos ocupa, no cabe duda de que se está ante un contrato de concesión, o distribución en exclusiva de vehículos automóviles, y no de agencia, como se sostiene en el recurso de casación.

Por lo que se refiere a la cuestión relativa a la aplicación de los *preceptos de la Ley 12/1992, de 27 de mayo, del Contrato de Agencia* , al contrato de concesión, ha de significarse, en primer término, que la misma no se produce automática o indefectiblemente, como se sostiene en el recurso. Por el contrario, como se dice en la citada Sentencia de 15 de octubre de 2008 , la consecuencia de las diferencias entre ambas figuras contractuales es la improcedencia de aplicar, de un modo automático, el *artículo 28 de la Ley 12/1.992* a la liquidación de la relación contractual de distribución, cual si fuera cierta una igualdad jurídica esencial que, como regla, no existe -sentencias de 21 de marzo de 2.007 y 28 de abril de 2.008 -, pues el *art. 28 de la Ley del Contrato de Agencia* no es automáticamente aplicable al contrato de distribución, aunque sí puede acudir al mismo como criterio orientativo para fijar una indemnización por las ventajas que al concedente haya proporcionado la labor del distribuidor y que puedan seguir reportándole un provecho tras la extinción del contrato -sentencias 28-1-02, 29-9-06, 6-11-06 y 21-03-2007 -. Como se dijo en la Sentencia del Pleno de la Sala de 15 de enero de 2008 , en los casos de extinción de un contrato de concesión o distribución, la compensación por clientela y la aplicación analógica de la idea inspiradora del *art. 28 de la Ley del Contrato de Agencia* no pueden obedecer a criterios miméticos o de automatismo. Lejos de ello, como la jurisprudencia viene reiterando sin fisuras, el demandante que pretenda aquella compensación habrá de probar la efectiva aportación de clientela y su potencial aprovechamiento por el concedente, del mismo modo que corresponderá a los tribunales ponderar todas las circunstancias del caso, como en especial sería la integración o no del concesionario en una red comercial que aproxime significativamente su posición a la del agente. Y todo ello sin perjuicio de 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 den las circunstancias oportunas, en otros contrato atípicos -sentencias de 9 de febrero y 20 de julio de 2.006 -, y, entre ellos los de concesión o distribución, caracterizados por actuar el concesionario o distribuidor en nombre y por cuenta propia -sentencias de 17 de mayo de 1.999, 31 de octubre de 2.001; 26 de abril de 2.002; 9 de febrero de 2.004; 2 de diciembre de 2.005; 10 de julio de 2.006 , entre otras-, de modo que su objeto se circunscribe a la reventa de los productos del concedente -sentencias, entre otras, de 26 de julio y 16 de noviembre de 2.000; 5 de febrero de 2.004; 26 de octubre, 2 y 16 de diciembre de 2.005 -.

En todo caso, debe hacerse notar que en la sentencia impugnada no se niega la posibilidad de aplicación analógica de los preceptos de la Ley del Contrato de Agencia, que resulta procedente en los casos en que exista verdaderamente una identidad de razón, base y fundamento del método analógico -sentencia de 10 de julio de 2006 -, sino que más bien se niega la existencia de los presupuestos necesarios para que proceda la indemnización por clientela del *artículo 28* de dicha norma, o la de daños o perjuicios por denuncia unilateral anticipada del *artículo 29* , que se ha entendido no ha sido arbitraria o hecha de mala fe por la concedente, no existiendo actuación dolosa o culposa de la misma -*artículo 1104 del Código Civil* -, y todo ello teniendo en cuenta que la posibilidad de resolución del contrato por el concedente estaba prevista, mediante preaviso realizado con un año de anticipación y sin derecho a indemnización, en la cláusula undécima del contrato. La indemnización por clientela contemplada en el

artículo 28 de la Ley del Contrato de Agencia, por otra parte, tiene una estructura distinta y es diferente de la indemnización de daños y perjuicios, objeto de regulación aparte por esa misma ley en su artículo 29 -sentencias 12-6-99, 29-9-06 y 27-11-06). Como precisa la Sentencia de 20 de julio de 2007, la indemnización por daños y perjuicios -*artículos 1.101 y 1.124 del Código Civil* -, aparte de la prueba del daño y del nexo causal, requiere un incumplimiento contractual doloso o culposo, o una resolución unilateral del contrato de duración indefinida sin preaviso, o un ejercicio abusivo o de la mala fe de la facultad de disenso unilateral -sentencias, entre otras, de 13 de junio de 2.001, 26 de abril de 2.004, 31 de mayo y 22 de diciembre de 2.006; 22 de marzo de 2.007 -.

Por otro lado, en cuanto a la indemnización por clientela, en el contrato de distribución, a la hora de plantearse una indemnización por clientela a favor del distribuidor, no debe olvidarse, en beneficio del concedente, el renombre o reputación de los productos de éste y el coste de las campañas publicitarias de los mismos, dadas las ventajas que reportan al distribuidor en forma de mayores ganancias -sentencias 12-6-99 y 5-5-06 -, y en los supuestos de fidelidad a la marca distribuida, como ocurre en los casos de los vehículos automóviles, y se destaca por la Audiencia, esta clientela difícilmente puede ser imputada al distribuidor, siendo así que la creación o aumento de clientela ha de ser probada, y en el caso que nos ocupa no lo ha sido, y, como se dice en la Sentencia de 6 de noviembre de 2006, el contrato de distribución no conlleva por sí mismo la creación de clientela y por ello no puede aplicarse analógicamente el artículo 28 de la ley 12/1992 en todo caso, salvo que el distribuidor pruebe que la clientela existente se deba a su actuación como tal distribuidor/agente, aspecto en el que también inciden la mentada Sentencia del Pleno de la Sala de 15 de enero de 2008 y las de 26 de marzo y 20 de junio de 2008. La compensación por clientela no opera de modo automático por el simple hecho de la extinción del contrato -sentencias, entre otras, de 20 de mayo de 2.004, 29 de septiembre de 2.006, 22 de marzo de 2.007 -, sino por lo aportado y dejado en la esfera de desenvolvimiento del concesionario, que da lugar a un aprovechamiento por el empresario de la clientela creada por el distribuidor en su labor de tal -sentencias de 22 de abril y 23 de diciembre de 2.002 -. Por consiguiente, la indemnización se halla supeditada a que efectivamente el concedente se aproveche de una red de clientes creada por el distribuidor -sentencias de 18 de julio de 2.000, 5 de julio de 2.001 -, y la creación o el incremento de la clientela -aumento sensible de compradores o usuarios habituales- hay que acreditarla debidamente, cosa que no ha ocurrido en el supuesto sometido a examen, debiendo partirse de que la ponderación de las circunstancias y la valoración de la prueba corresponde a los órganos de instancia, y no puede ser revisada en casación salvo impugnación eficaz, a través del correspondiente recurso extraordinario por infracción procesal - sentencia 24 de octubre de 2008 -.

En cuanto a la indemnización de daños y perjuicios, en la Sentencia de 14 de diciembre de 2006 se explica, en doctrina plenamente aplicable al presente supuesto, que "la jurisprudencia de esta Sala que se cita, y en la misma línea la más reciente (Sentencias, entre otras, de 17 de mayo de 1.999, 13 de junio y 31 de octubre de 2.001, 28 de enero y 3 de octubre de 2.002, 26 de junio de 2.004 y 3 de mayo de 2.006), admite la posibilidad indemnizatoria de daños y perjuicios en el caso de resolución unilateral del contrato de distribución de duración indefinida, pero exige que haya habido deslealtad constitutiva de mala fe o ejercicio abusivo del derecho, y nada se aprecia a este respecto en la resolución recurrida", pues en los contratos de distribución por tiempo indefinido cualquiera de las partes está facultada para dar por extinguido el contrato, aunque puede nacer una obligación de indemnizar si la denuncia unilateral del contrato resulta abusiva o contraria a la buena fe, de una forma tan sorpresiva o inopinada que no deje margen de reacción a la otra parte -sentencias 28-1-02, 10-7-04, 31-5-06 y 21-03-2007 -. En el caso de autos la Sala de apelación no ha apreciado mala fe, abuso de derecho o arbitrariedad en la resolución del contrato que nos ocupa, como tampoco que la resolución fuera sorpresiva o inopinada -al contrario- y ello una vez valorada la prueba, sin que tal valoración pueda ser revisada en este recurso de casación, por el contrario estima que la resolución se justificaba por los escasos resultados comerciales de la concesionaria, como tampoco culpa o negligencia en la concedente, salvo en lo que se refiere al suministro de vehículos en el último año, concepto para el que se condena en la cantidad que resulte en ejecución de sentencia. Tampoco se ha observado en la Sentencia impugnada, una vez ponderada la prueba, que se haya producido un enriquecimiento injusto a favor de la concedente.

La jurisprudencia, por otra parte, como se pone de relieve en la Sentencia de 15 de octubre de 2008, ha declarado la validez de las cláusulas contractuales excluyentes de cualquier indemnización a favor del concesionario para el caso de extinción por denuncia unilateral del concedente -sentencias 18-3 y 26-4-04 en recs. 1360/98 y 1892/99 respectivamente-, como se prevé en la cláusula undécima del contrato de 1 de enero de 1991, que exige que la rescisión se sujete al plazo de preaviso de un año, que ha sido observado. En tal sentido, en la Sentencia de 4 de diciembre de 2007 esta Sala estimó en lo que se refiere a la validez y eficacia de la cláusula contractual que excluye cualquier derecho a indemnización en caso de extinción del vínculo contractual por ejercicio de la facultad de rescisión ordinaria, que "es cierto que el disenso unilateral en los contratos de duración indefinida puede dar lugar a indemnización de daños y perjuicios si

no se cumple el preaviso (pactado o exigido por las circunstancias) o cuando se efectúe con abuso de derecho o con mala fe, y también, aún con preaviso, y sin abuso ni mala fe, puede dar lugar a la posibilidad de exigir compensación por clientela. Pero, a diferencia de lo que ocurre con el contrato de agencia, cuya normativa imperativa *-artículo 3º.1 de la Ley 12/1.991, de 27 de mayo -* veda la renuncia anticipada de la denominada "indemnización por clientela" *-artículo 28 de la Ley de Contrato de Agencia -*, en el contrato de concesión o distribución nada obsta al pacto por el cual las partes excluyen toda indemnización para el supuesto de resolución unilateral mediante el preaviso, y así lo viene reconociendo la doctrina jurisprudencial -sentencias de 28 de enero de 2.002, 5 de febrero, 18 de marzo y 26 de abril de 2.004, 22 de junio y 20 de julio de 2.007 -, porque no vulnera la ley, la moral, ni el orden público - sentencias de 18 de marzo de 2.002 y 20 de julio de 2.007 -", e incluso se añade que "no presenta asomo alguno de abuso de una parte respecto de la otra, máxime si se tiene en cuenta que la previsión normativa contractual se contempla para un caso de extinción del vínculo por disentimiento unilateral pero con cumplimiento de un plazo de preaviso", así como que "en cualquier caso la renuncia a toda indemnización para el evento de rescisión unilateral por cualquiera de los contratantes forma parte del ámbito de autorregulación de intereses de los intervinientes, amparado por el principio de autonomía de voluntad".

TERCERO.- Conforme a los *artículos 394 y 398 de la Ley de Enjuiciamiento Civil*, se imponen a la parte recurrente las costas del recurso de casación.

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

FALLAMOS

Que debemos acordar lo siguiente:

1º.- No haber lugar al recurso de casación interpuesto por la entidad "Darío Rodríguez Ramón, S.A." contra la sentencia dictada el 13 de septiembre de 2002 por la Audiencia Provincial de Almería .

2º.- Imponer a dicha parte recurrente de las costas del recurso de casación.

Expidase la correspondiente certificación a la referida Audiencia Provincial, con remisión de los autos y rollo de Sala en su día enviados.

Así por esta nuestra sentencia, que se insertará en la COLECCIÓN LEGISLATIVA pasándose al efecto las copias necesarias, lo pronunciamos, mandamos y firmamos .- Román García Varela.- Francisco Marín Castán.- José Antonio Seijas Quintana.- Encarnación Roca Trías.- Ignacio Sierra Gil de la Cuesta.- Firmado.- Rubricado.- PUBLICACIÓN.- Leída y publicada fue la anterior sentencia por el EXCMO. SR. D. Ignacio Sierra Gil de la Cuesta, Ponente que ha sido en el trámite de los presentes autos, estando celebrando Audiencia Pública la Sala Primera del Tribunal Supremo, en el día de hoy; de lo que como Secretario de la misma, certifico.