

**Tribunal Supremo, Sala Primera, de lo Civil, Sentencia 920/2007 de 20  
Jul. 2007, Rec. 3457/2000**

**Ponente: Corbal Fernández, Jesús**

**Ponente: Corbal Fernández, Jesús.**

**LA LEY 79523/2007**

CONTRATO DE CONCESIÓN. Resolución unilateral por el concedente por vencimiento del plazo estipulado, cumpliendo con el previo aviso pactado. Indemnización por clientela. Aunque la doctrina jurisprudencial admite la aplicación analógica al contrato de concesión de la indemnización por clientela prevista para el contrato de agencia, y no excluye la aplicación de la citada indemnización en los contratos de duración determinada, en el caso, las partes pactaron la exclusión de la indemnización siendo perfectamente válido dicho pacto contractual.

*El Juzgado de Primera Instancia estimó parcialmente la demanda de reclamación de cantidad formulada por el concesionario frente al concedente que resolvió el contrato unilateralmente. LA AP Zaragoza estimó en parte la apelación de la demandada en el sentido de dejar sin efecto la condena al pago de intereses legales de la cantidad a abonar. El Tribunal Supremo declaró no haber lugar al recurso de casación de la demandante.*

En la Villa de Madrid, a veinte de Julio de dos mil siete

**SENTENCIA**

Visto por la Sala Primera del Tribunal Supremo, integrada por los Magistrados al margen indicados, el recurso de casación interpuesto respecto la Sentencia dictada por la Audiencia Provincial de Zaragoza, Sección Segunda, como consecuencia de autos de juicio ordinario de menor cuantía, seguidos ante el Juzgado de Primera Instancia Número Nueve de Zaragoza; cuyo recurso fue interpuesto por la entidad ANGEL FUENTES GUERRA, S.A., representada por el Procurador D<sup>a</sup>. M<sup>a</sup>. Luisa Gavilán Rodríguez; siendo parte recurrida la entidad OPEL ESPAÑA DE AUTOMOVILES, S.A., representada por el Procurador D. Jaime Briones Méndez.

**ANTECEDENTES DE HECHO**

**PRIMERO.-** 1.- El Procurador D. Jorge Guerrero Fernández, en nombre y representación de la entidad Angel Fuentes Guerra, S.A., interpuso demanda de juicio ordinario de menor cuantía ante el Juzgado de Primera Instancia Número Nueve de Zaragoza, siendo parte demandada la entidad "Opel España de Automóviles, S.A."; alegando los hechos y fundamentos de derecho que estimó aplicables para terminar suplicando al Juzgado dictase en su día Sentencia "por la que se condene a la sociedad demandada a pagar a mi representada: la suma total de noventa y cinco millones setecientos cinco mil ochocientos sesenta y una (95.705.861.-) pesetas, según el siguiente desglose: -La cantidad de CINCUENTA Y UN MILLONES DOSCIENTAS SETENTA Y UNA MIL NOVECIENTAS SESENTA (51.271.960) PESETAS en concepto de indemnización por clientela, a fin de compensar el enriquecimiento que para OPEL supone el aprovechamiento íntegro de la clientela creada por mi mandante con motivo de la ejecución del contrato de concesión existente,

al que la demandada ha puesto fin mediante su denuncia unilateral. - La cantidad de DOSCIENTAS TREINTA Y OCHO MIL (238.000) PESETAS en concepto de gasto de aval bancario exigido por la demandada durante 1.997. - La cantidad de DOCE MILLONES CUARENTA Y SIETE MIL SEISCIENTAS OCHO (12.047.608) PESETAS, en concepto de inversiones exigidas por OPEL a ANFUSA, las cuales esta segunda no ha podido amortizar sino parcialmente por causa de haber resuelto unilateralmente el contrato la concedente. - La cantidad de CATORCE MILLONES SETECIENTAS CUARENTA Y UNA MIL SETECIENTAS NOVENTA (14.741.790) PESETAS, más el impuesto correspondiente, en concepto de liquidación de los recambios y accesorios, que han quedado sin salida en poder de mi representada, a la terminación del contrato de concesión denunciado unilateralmente por la demandada; y la cantidad de UN MILLON CIENTO SESENTA Y SEIS MIL OCHOCIENTAS OCHENTA Y SEIS (1.166.886) PESETAS, más el impuesto correspondiente, en concepto de gastos de depósito necesarios para el correcto almacenaje y conservación de dichos recambios y accesorios durante 1.997. - La cantidad de CUATROCIENTAS NUEVE MIL DOSCIENTAS OCHENTA (409.280) PESETAS, más el impuesto correspondiente, en concepto de liquidación de los útiles y herramientas que también han quedado sin salida en poder de mi representada, a la finalización del repetido contrato de concesión denunciado unilateralmente por la concedente. - La cantidad de QUINCE MILLONES OCHOCIENTAS TREINTA MIL TRESCIENTAS TREINTA Y SIETE (15.830.337) PESETAS, en concepto de indemnizaciones laborales legalmente preceptivas pagadas por ANFUSA a sus trabajadores, como consecuencia de la terminación del tan referido contrato de concesión denunciado unilateralmente por la demandada."

2.- La Procurador D<sup>a</sup>. María Pilar Cabeza Irigoyen, en nombre y representación de la entidad "Opel España de Automóviles, S.A.", contestó a la demanda alegando los hechos y fundamentos de derecho que estimó aplicables, para terminar suplicando al Juzgado dictase en su día Sentencia desestimatoria de la demanda, con imposición de costas a la parte actora.

3.- Recibido el pleito a prueba, se practicó la que propuesta por las partes fue declarada pertinente. Unidas a los autos las parte evacuaron el trámite de resumen de prueba en sus respectivos escritos. El Juez de Primera Instancia Número Nueve de Zaragoza, dictó Sentencia con fecha 30 de julio de 1.998 , cuya parte dispositiva es como sigue: "FALLO: Estimo en parte la demanda interpuesta por ANGEL FUENTES GUERRA, S.A. contra OPEL ESPAÑA DE AUTOMOVILES, S.A. y condeno a la demandada a pagar a la actora la suma de QUINCE MILLONES CIENTO CINCUENTA Y UNA MIL SETENTA PESETAS (15.151.070 ptas.), más el impuesto correspondiente y los intereses legales desde la demanda, previa entrega a la demandada de los recambios, accesorios, útiles y herramientas que obran en poder de la actora. Absuelvo a la demandada de los restantes pedimentos de la demanda. Cada parte abonará las costas causadas a su instancia y las comunes por mitad."

**SEGUNDO.-** Interpuesto recurso de apelación contra la anterior resolución por la representación de la entidad Angel Fuentes Guerra, S.A.", al que se adhirió posteriormente la representación de la entidad "Opel España de Automóviles, S.A.", la Audiencia Provincial de Zaragoza, Sección Segunda, dictó Sentencia con fecha 24 de junio de 2.000 , cuya parte dispositiva es como sigue: "FALLAMOS: Que desestimando los recursos de apelación interpuestos por la representación de "ANGEL FUENTES GUERRA, S.A." contra "OPEL ESPAÑA DE AUTOMOVILES S.A.", contra el auto de 30 de julio de 1998 , así como contra la sentencia dictada por el Ilmo. Sr. Magistrado Juez del Juzgado de Primera Instancia nº 9 de los de Zaragoza, a la que el presente rollo se contrae, estimando parcialmente por el contrario el interpuesto en vía adhesiva por "OPEL ESPAÑA DE AUTOMOVILES, S.A." contra la indicada sentencia, debemos confirmar y confirmamos aquel auto de 30 de julio de 1998 , así como revocar en parte la sentencia dictada, que lo es en el único sentido de dejar como dejamos sin efecto la declaración y condena que en cuanto a los intereses legales de la cantidad que debe abonar "Opel España de Automóviles, S.A." a "Anfusa" se contiene en la misma. Con expresa imposición a "Angel Fuentes Guerra, S.A." de las costas causadas por su alzada, no haciéndose especial pronunciamiento en cuanto a las causadas por el recurso de "Opel España de Automóviles, S.A."

**TERCERO.-** 1.- La Procurador D<sup>a</sup>. María Luisa Gavilán Rodríguez, en nombre y representación de la entidad "Angel Fuentes Guerra, S.A.", interpuso recurso de casación respecto la sentencia dictada por la Audiencia Provincial de Zaragoza, Sección Segunda, de fecha 24 de junio de 2.000, con apoyo en los siguientes motivos, MOTIVOS DEL RECURSO: PRIMERO.- Al amparo del número 4º del art. 1.692 de la LEC se alega infracción por interpretación errónea de la doctrina relativa al derecho del concesionario a percibir una indemnización por clientela en los supuestos de extinción de los contratos de distribución o concesión selectiva, contenida en las Sentencias de 22 de marzo de 1.988, 17 de marzo de 1.993, 27 de mayo de 1.993, 31 de diciembre de 1.997 y 12 de junio de 1.999. SEGUNDO.- Bajo el mismo ordinal se alega infracción por inaplicación del párrafo 1º del art. 304 del Código de Comercio en relación con el párrafo 2º del mismo precepto, o alternativamente del art. 1101 del Código Civil. TERCERO .- Bajo el mismo ordinal se alega infracción de los arts. 63.2º del Código de Comercio, 1.108 y 1.100 párrafo 1º del Código Civil y párrafo 4º del art. 921 de la LEC .

2.- Admitido el recurso y evacuado el traslado, el Procurador D. Jaime Briones Méndez, en nombre y representación de la entidad Opel España de Automóviles, S.A., presentó escrito de impugnación del recurso formulado de contrario.

3.- No habiéndose solicitado por todas las partes la celebración de vista pública, se señaló para votación y fallo el día 12 de julio de 2.007, en que ha tenido lugar.

Ha sido Ponente el Magistrado Excmo. Sr. D. JESÚS CORBAL FERNÁNDEZ

## FUNDAMENTOS DE DERECHO

**PRIMERO.-** El objeto de proceso versa sobre las consecuencias económicas de la extinción por vencimiento del plazo estipulado por las partes de un contrato de concesión de venta de automóviles, quedando reducida la controversia en casación a tres conceptos: la indemnización por clientela; gastos por depósito mercantil de los recambios y accesorios durante el año 1.997; e intereses legales.

Por la entidad mercantil ANGEL FUENTES GUERRA S.A., ANFUSA, se dedujo demanda contra la compañía mercantil OPEL ESPAÑA DE AUTOMOVILES S.A. en la que solicita se condene a la demandada a que le pague la cantidad de noventa y cinco millones setecientos cinco mil ochocientos sesenta y una pesetas -95.705.861 pts.- por diversas partidas que desglosa.

La Sentencia del Juzgado de Primera Instancia núm. 9 de Zaragoza de 30 de julio de 1.998 , dictada en los autos de juicio de menor cuantía número 925 de 1.997, estima parcialmente la demanda, y condena a la demandada a pagar a la actora la cantidad de quince millones ciento cincuenta y una mil setenta pesetas -15.151.070 pts.-, más el impuesto correspondiente y los intereses legales desde la demanda, previa entrega a la demandada de los recambios, accesorios, útiles y herramientas que obran en poder de la actora. Se estiman las partidas de 14.741.790 pts., más el impuesto correspondiente, en concepto de liquidación de los recambios y accesorios que han quedado en poder de la demandada a la terminación del contrato de concesión, y 409.280 pts., relativa a liquidación de útiles y herramientas, e impuesto correspondiente. Se rechazan todas las restantes partidas.

La Sentencia dictada por la Sección Segunda de la Audiencia Provincial de Zaragoza el 24 de junio de 2.000, en el Rollo núm. 715 de 1.998, desestima el recurso de apelación de ANFUSA y estima parcialmente el de OPEL ESPAÑA, revocando la resolución recurrida en el particular relativa a los intereses legales, cuyo pronunciamiento condenatorio de primera instancia deja sin efecto.

Contra esta última Sentencia se interpuso por la Cía. mercantil "ANGEL FUENTES GUERRA, S.A.", ANFUSA, recurso de casación articulado en tres motivos, todos ellos al amparo del número cuarto del art. 1.692 LEC , en los que respectivamente denuncia infracción de la doctrina jurisprudencial (motivo primero); del art. 304, párrafo primero, en relación con el párrafo segundo, del Código de Comercio; o, alternativamente, del art. 1.101 del Código Civil (motivo segundo); y de los arts.

63.2º del Código de Comercio, 1.108 y 1.100, párrafo primero, del Código Civil y, en todo caso, el párrafo 4º del art. 921 de la LEC (motivo tercero), los cuales se examinan seguidamente.

**SEGUNDO.-** En el motivo primero se denuncia que la Sentencia de la Audiencia incurre en interpretación errónea de la doctrina jurisprudencial sobre el derecho del concesionario a percibir una indemnización por clientela en los supuestos de extinción de los contratos de distribución o concesión selectiva, al haberla aplicado con desconocimiento de su verdadero alcance y sentido.

El motivo pretende se condene a la mercantil OPEL ESPAÑA DE AUTOMOVILES, S.A. a pagar a ANFUSA la suma de 51.271.960 pts. más el impuesto correspondiente y sus intereses legales en concepto de compensación por clientela; o alternativamente, dado que en las precedentes instancias no ha tenido lugar un pronunciamiento estimatorio de la pretensión y, en consecuencia, no se ha efectuado manifestación sobre lo correcto o no del "quantum" solicitado, la cantidad que esta Sala de lo Civil del TS determine asumiendo las funciones de instancia.

Las Sentencias de primera instancia y apelación rechazan la indemnización por clientela solicitada en la demanda con base fundamentalmente en que no es aplicable en los supuestos de extinción del contrato por vencimiento de plazo, destacando la resolución del Juzgado que, según la jurisprudencia, no se establece un derecho propio a la indemnización de los daños y perjuicios, sino que la clientela se tiene en cuenta a los efectos de estimar los daños y perjuicios causados, y que sólomente se producen consecuencias indemnizatorias para el contratante que resuelve el contrato de distribución en exclusiva, pactado sin limitación temporal, cuando dicho contratante actúa o procede de manera maliciosa, abusiva o contraria a la buena fe; en tanto que la sentencia de la Audiencia destaca que la doctrina de la Sala 1ª del tribunal Supremo viene declarando, implícitamente pero con toda claridad, que el concesionario no tiene derecho a indemnización, ni por clientela, ni por daños y perjuicios, cuando el contrato de concesión, como aquí sucedió, se extingue por causa en él prevista (SS. 22 de marzo de 1.988, 16 de septiembre de 1.988, 15 de octubre de 1.992), quedando limitada la indemnización por clientela, que surge en algunas resoluciones a efectos de valorar el resarcimiento a cargo del concedente, en aquellos casos en los que siendo el contrato de duración indefinida, su resolución se produce unilateralmente, sin causa justificada, de manera abusiva o sin un preaviso razonable. Aparte el argumento anterior aduce también la Sentencia de primera instancia, y sus argumentos son asumidos por la de apelación como motivación por remisión ("siendo aquí de reproducir todas y cada una de las razones dadas por el Juez en su sentencia en cuanto al rechazo doctrinal de la aplicación analógica de la Ley de Contrato de Agencia y de su art. 28, así como de la aplicabilidad al caso de la doctrina del enriquecimiento injusto"), que "en cualquier caso procede rechazar, con la doctrina científica, tanto la aplicación analógica de la Ley de Contrato de Agencia, como la llamada acción general de enriquecimiento injusto", haciendo hincapié, para el primer aspecto, en las claras diferencias entre los contratos de agencia y de concesión, y las especiales características de la concesión por venta de automóviles, y en cuanto al segundo en que la clientela que eventualmente queda bajo el disfrute del fabricante no se le atribuye por el simple hecho de la terminación del contrato y, sobre todo, porque la adquisición no carece de causa.

Los argumentos del motivo del recurso se pueden sintetizar en las siguientes consideraciones: a) La indemnización por clientela responde al aprovechamiento subsiguiente a la extinción del contrato por parte del empresario de la captación de clientela realizada por la actora (se transcriben textos de las SS. de 22 de marzo de 1.988, 17 de marzo de 1.993, 27 de mayo de 1.993, 31 de diciembre de 1.997, 12 de junio de 1.999) que se relaciona inexorablemente con la doctrina del enriquecimiento injusto, que, aunque carente de una construcción unitaria, ello no es óbice para que por vía de generalización y al amparo del art. 6 CC se proclame, como lo hace la propia jurisprudencia, el principio general del derecho de que "nadie puede enriquecerse torticeramente en daño de otro"; b) No obsta a la aplicabilidad al caso de dicha doctrina la circunstancia de que la finalización del contrato estuviera expresamente prevista para el 31 de diciembre de 1.996, con un preaviso de doce meses, porque la reparación del enriquecimiento injusto se desencadena objetivamente. Se rechaza que la doctrina jurisprudencial venga aplicando el criterio expuesto en la sentencia recurrida a la exclusión, implícita, de la compensación (que no

indemnización) por clientela en el caso que el contrato se extinga por causa en él prevista; c) ANFUSA no fundamente su reclamación por clientela en base a una aplicación analógica de la Ley de Contrato de Agencia y del art. 28 , sino en la doctrina jurisprudencia que consagra la compensación por clientela con carácter común y extensivo a la resolución y/o extinción de cualquier contrato por la causa que fuere; d) Debe distinguirse la indemnización por clientela de la indemnización de daños y perjuicios que supone una conducta dolosa o culpa de una de las partes del contrato (art. 1.101 CC), siendo esta última la indemnización excluida en las respectivas cláusulas (4.1.7, segundo párrafo del doc. 2; 4.2 del doc. 13 y 4.2 del doc. 22) de los sucesivos contratos suscritos entre OPEL y ANFUSA, e) La compensación que se pretende se ha consolidado en nuestro derecho como una obligación imperativa, sea cual sea la causa de terminación del contrato, y proviene del aprovechamiento por el concedente de la captación de clientela realizada por el concesionario; f) El enriquecimiento de OPEL y consiguiente empobrecimiento de Anfusa ha creado durante la vigencia del contrato de concesión una clientela estable y duradera que adquiere repetidamente los productos concedidos y que tal clientela se ha traspasado por completo al concedente (a través de su nuevo concesionario) que se encuentra en situación de aprovecharla. En el presente caso el hecho del aprovechamiento "es notorio e, incluso, imposible de evitar"; g) La doctrina jurisprudencial ha admitido la aplicación de la compensación por clientela a las concesiones para venta de automóviles; y, h) Por lo que respecto al "quantum" del activo adquirido ha de evaluarse, según la doctrina jurisprudencial, y como Anfusa ha hecho, mediante criterios similares a los que se han positivizado en la Ley de Contrato de Agencia para el contrato de esta naturaleza.

Del examen de las respectivas argumentaciones de las sentencias de las dos instancias (de la primera en cuanto asumida por la de apelación), del recurso de casación y del escrito de impugnación del mismo resulta la necesidad de contemplar diversas cuestiones a la luz de la doctrina jurisprudencial, en cuya perspectiva se plantea fundamentalmente la impugnación objeto de enjuiciamiento.

Con carácter prioritario debe señalarse 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 (SS. 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 (SS. 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 (SS., entre otras, 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 segundo lugar debe resaltarse que no cabe confundir la indemnización de daños y perjuicios con la compensación de clientela, con independencia de que en algunas sentencias se haya incluido la indemnización de ésta en el global de aquélla. Las dos modalidades de satisfacción pecuniaria responden a fundamentos jurídicos distintos con perspectivas diferentes. La indemnización por daños y perjuicios (arts. 1.101 y 1.124 CC), 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 (SS., entre otras, 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). En cambio la compensación por clientela tiene por fundamento el enriquecimiento del cedente por aprovechamiento sin remuneración de la clientela creada o aumentada sensiblemente por el distribuidor.

La compensación por clientela no opera de modo automático por el simple hecho de la extinción del contrato (SS., entre otras, 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 (SS. 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 (SS. 18 de julio de 2.000, 5 de julio de 2.001).

Precisamente el aprovechamiento de esa realidad económica -que pasa a integrarse en el fondo comercial del concedente y tiene un efectivo valor económico-, creada o incrementada por el concesionario, y por lo tanto por un esfuerzo ajeno, supone para el concedente (bien directamente, o bien mediante un nuevo concesionario) un enriquecimiento injustificado, que por ello debe ser compensado en la medida adecuada. Reiterada doctrina de esta Sala aplica la doctrina del enriquecimiento injusto, bien directamente (SS., entre otras, 22 de abril, 3 de mayo, 26 de julio, 3 de octubre, 13, 16 y 23 de diciembre de 2.002; 13 de octubre de 2.004; 21 de noviembre de 2.005; 9 de febrero, 29 de septiembre y 27 de noviembre de 2.006), bien como principio inspirador, o idea subyacente (S. 22 de marzo de 2.007). El enriquecimiento es injustificado, cuando la extinción del contrato no es atribuible a la voluntad o conducta del concesionario, por lo que se excluye la compensación pecuniaria cuando la ruptura del vínculo deriva del mutuo disenso, o del disentimiento unilateral del distribuidor por terminación de su actividad empresarial u otra circunstancia no imputable al concedente, o por resolución contractual a instancia del concedente por incumplimiento del concesionario o distribuidor (Sentencias, entre otras, 15 de abril, 16 de mayo y 5 de julio de 2.001; 27 de octubre; 16 y 29 de diciembre de 2.005; 1 de febrero de 2.006; 20 y 22 de marzo de 2.007). La aplicación analógica del art. 28 de la Ley de Contrato de Agencia se recoge en numerosas Sentencias de esta Sala (SS. 15 de abril de 2.001; 28 de enero, 26 de abril y 16 de diciembre de 2.002, 26 de junio de 2.003 y 21 de noviembre de 2.005). En algunas Sentencias se hace referencia a dicho precepto como criterio interpretativo inspirador (SS. 20 de mayo de 2.004 y 21 de marzo de 2.007), o a la aplicación con matices (SS. 29 de septiembre de 2.006 y 22 de marzo de 2.007). De todos modos, la aplicación analógica, aparte de la existencia de laguna legal respecto del supuesto concreto y de que no haya prohibición del legislador, requiere la identidad de razón (SS. 10 de julio y 6 de noviembre de 2.006), que es el elemento ontológico por excelencia de la analogía, y que supone, por un lado, no olvidar, como señala la doctrina, que cuando se aplica el método analógico "no se está extrayendo una norma de otra norma o subnorma, porque no es la disposición legal tenida en cuenta la que regula el nuevo caso, sino el principio que se revela o puede ser reconocido a través de la ley", y, por otro lado, tener en cuenta que para estimar la indemnización compensatoria por clientela habrá de estarse a caso por caso (S. 6 de noviembre de 2.006) y tiene que darse una situación de igualdad jurídica sustancial a la que la hace posible según el art. 28 LCA, y ello implica exigir la concurrencia de los requisitos o circunstancias previstos en el precepto, y ponderar los diversos factores concurrentes dadas las distintas peculiaridades que pueden presentar los contratos de distribución. Y precisamente por no darse dichas circunstancias se rechazó la aplicación analógica del art. 28 LCA en diversas Sentencias, ora por no darse la situación correspondiente (SS., entre otras, 29 de enero y 5 de febrero de 2.004, 7 y 26 de octubre de 2.005), ora por no haberse probado la aportación (SS., entre otras, 28 de enero de 2.002 y 21 de noviembre de 2.005).

La aplicación analógica expresada se circunscribe a la perspectiva del art. 28 LCA, pero no a la Ley en su integridad, que, como norma especial, concreta su ámbito al contrato de agencia. Por ello, aún cuando la indemnización por clientela es de aplicación imperativa para dicho contrato (art. 3.1 LCA), y, por consiguiente, no es renunciable en el contrato (S. 27 de enero de 2.003), sin embargo tal imperatividad no es extensible a otros contratos distintos del de agencia (S. 26 de abril de 2.004). Los contratos de concesión y distribución se regulan por el régimen pactado (arts.1.091 y 1.255 CC; S. 2 de diciembre de 2.005), siendo perfectamente válido el pacto contractual de exclusión de cualquier tipo de indemnización (SS., entre otras, 28 de enero de 2.002, 5 de febrero, 18 de marzo y 26 de abril de 2.004), porque no vulnera la ley, la moral, ni el orden público (S. 18 de marzo de 2.002).

Por otra parte debe indicarse que, por el contrario de la afirmación que se hace en la resolución recurrida, la doctrina jurisprudencial no excluye la aplicación de la indemnización por clientela en

los contratos de duración determinada (SS. 23 de diciembre de 2.002 y 22 de marzo de 2.007), lo que por lo demás se explica por el propio fundamento de dicha compensación.

Aplicando la doctrina anterior al recurso que se enjuicia resulta que no cabe excluir la posibilidad de la compensación por clientela en los contratos de concesión o distribución, cuando se dé la situación jurídica que la justifica, de conformidad con la doctrina del enriquecimiento injusto y aplicación analógica del art. 28 LCA. Asimismo resulta que no obsta que la terminación del vínculo jurídico se produjera por duración determinada, tanto más teniendo en cuenta en el caso que hubo varias renovaciones periódicas y que la extinción quedaba supeditada al ejercicio de un previo aviso (que se cumplió). Y por otro lado, no es aplicable la alegación del escrito de impugnación del recurso de casación relativa a un incumplimiento contractual por parte de la actora ANFUSA que justificó -a su juicio- la no renovación del vínculo contractual, pues tal planteamiento no es tomado en cuenta en la Sentencia recurrida, por lo que se contradice su firmeza en tal aspecto.

Dicho lo anterior, sin embargo, el motivo debe desestimarse por las razones siguientes:

En primer lugar, porque en el contrato se pactó la exclusión de la indemnización (cláusula 4.2 del Anexo de Cláusulas Adicionales al Convenio de Concesión de Ventas y Servicios -doc. núm. 22 del escrito de demanda- incorporado al mismo según lo pactado en la estipulación segunda del Convenio -doc. num. 21 del escrito de demanda-). En la estipulación contractual se establece que "excepto que se disponga lo contrario en este convenio, ni la Compañía ni el Concesionario, tendrán ningún derecho a compensación o indemnización por la otra parte, como consecuencia de la resolución o vencimiento de este Convenio según lo dispuesto en el mismo". El contenido de la cláusula no ofrece ninguna duda interpretativa; es obvio que no queda sujeta a la prohibición de la Ley de Contrato de Agencia; y no cabe circunscribirla, como pretende la parte recurrente (folio 24 del escrito de recurso), a la indemnización de daños y perjuicios, sin comprender a la de clientela, tanto más si se tiene en cuenta la expresión "compensación o indemnización" expresada en la cláusula.

En segundo lugar, a mayor abundamiento, no se ha probado la creación o incremento de clientela cuyo "onus probandi" incumbe al concesionario (SS., entre otras, 19 de noviembre de 2.003; 10 de febrero y 20 de mayo de 2.004; 10 de julio, 29 de septiembre y 6 y 27 de noviembre de 2.006; 22 de marzo de 2.007), pues, ni la creación o incremento, ni el aprovechamiento, se presumen (SS. 26 de julio de 2.000; 2 de marzo de 2.007); y aun cuando la doctrina jurisprudencial (SS. 7 de abril de 2.003; 30 de abril y 13 de octubre de 2.004; 23 de junio de 2.005; 9 de febrero, 29 de septiembre y 27 de noviembre de 2.006) sostiene un criterio flexible en cuanto a la prueba del aprovechamiento, porque, dada su perspectiva futura, ha de estarse a "una apreciación meramente potencial sobre la susceptibilidad de que el empresario continúe disfrutando de la clientela con aprovechamiento económico, lo que se traduce en un pronóstico razonable acerca de un comportamiento que no deja de ser probable por parte de dicha clientela", sin embargo la creación o el incremento de la clientela -aumento sensible de compradores o usuarios habituales- hay que acreditarla debidamente (SS. 19 de noviembre de 2.003; 29 de septiembre y 27 de noviembre de 2.006, entre otras).

La parte actora se limita a indicar en el escrito de recurso que "es evidente" la creación de una clientela estable y duradera, y que el aprovechamiento por OPEL es notorio e, incluso, imposible de evitar, pero la afirmación carece de soporte alguno, y resulta contradictoria con los datos que, con base en la actuaciones, se exponen en el escrito de impugnación de la parte recurrida. Ello hace innecesario entrar en el examen de la problemática concreta que plantea los contratos de concesión de venta de automóviles, respecto de los que, si bien la doctrina de esta Sala no excluye la posibilidad de una operatividad de la indemnización compensatoria por la creación o incremento de clientela por el especial esfuerzo del concesionario (SS. 19 de junio de 1.999, 19 de noviembre de 2.003 y 9 de febrero de 2.006), sin embargo hay que tener en cuenta factores, como el conocimiento, prestigio y fidelidad a la marca (S. 6 de noviembre de 2.006) que no sólo influyen en la cuantificación (como también ocurre con la publicidad por el concedente y otros

factores), sino incluso también en la propia creación de la realidad económica de la clientela, y que obviamente no suponen ventaja económica atribuible al distribuidor.

Por todo ello, y teniendo en cuenta en la perspectiva casacional la doctrina de la equivalencia de resultados, con arreglo a la que cabe desestimar el motivo, y en su caso el recurso, cuando el fallo recurrido debe confirmarse por razones diferentes a las que constituyeron la "ratio decidendi" de la sentencia impugnada, el motivo decae.

**TERCERO.-** En el motivo segundo se denuncia que la Sentencia de la Audiencia incurre en violación por inaplicación, al no haberlo aplicado cuando era procedente, del párrafo primero del art. 304 del Código de Comercio, en relación con el párrafo segundo del mismo precepto; o, alternativamente, en otro caso, del art. 1.101 del Código Civil .

Mediante el motivo se pretende se condene a OPEL a pagar a ANFUSA la suma de 1.666.886 pts., más el impuesto correspondiente y sus intereses legales, alternativamente en concepto de retribución de depósito mercantil o de indemnización de daños y perjuicios; o, subsidiariamente, la cantidad que la Sala estime correcta.

El fundamento de la reclamación reside en el hecho de que la actora tuvo que habilitar una lonja de su propiedad, privándose por consiguiente de poder disponerla en su beneficio, para depositar los útiles, herramientas, recambios y accesorios que el día 1 de enero de 1.997 (una vez extinguido el contrato de concesión) quedaron sin salida en poder de ANFUSA, respecto de los que existía por parte de OPEL una obligación de recompra, produciéndose la retirada por esta empresa forzada por la ejecución provisional de la Sentencia del Juzgado.

El motivo se desestima por las razones siguientes.

En primer lugar porque, aparte de que no cabe formular un motivo con un fundamento alternativo como se hace en el caso, dado que el recurso de casación no tiene como objeto determinar cual es la fundamentación jurídica procedente para una determinada reclamación, sino enjuiciar si la sentencia recurrida infringe una norma concreta del ordenamiento jurídico por no subsumir en la misma los hechos probados, el planteamiento del motivo incurre en el defecto casacional de hacerse "per saltum", ya que, al no haberse examinado la cuestión en el recurso de apelación, ello supone, o bien que no se suscitó en la vista de dicho recurso, que era el momento procesal idóneo para ello, lo que supone que el tema devino firme en la primera instancia, o bien que se planteó "in voce", y sin embargo el Tribunal no lo tuvo en cuenta, lo que debió dar lugar a la alegación de incongruencia omisiva, o cuando menos falta de motivación, sin que ello haya tenido lugar.

Aparte de dichos defectos de orden formal, el motivo es igualmente desestimable. En la perspectiva del art. 304 del Código de Comercio se rechaza porque no hay ningún contrato de depósito; y en la del art. 1101 CC porque falta el soporte del dolo o culpa, cuya apreciación correspondía a la instancia. Además, en cualquier caso ("ad omnem eventum") este Tribunal comparte los argumentos de la Sentencia de primera instancia (últimos párrafos del fundamento sexto), que se resumen en existencia de negociación sobre la concreción de la obligación de recompra e incumplimiento contractual de la actora sobre envío a OPEL de la lista de los elementos elegibles en relación con la cláusula 5.2.2 del Convenio, y que se acuerda tenerlos por reproducidos en su integridad por vía de motivación por remisión.

**CUARTO.-** En el motivo tercero se aduce violación por inaplicación de los arts. 63.2º del Código de Comercio, 1.108 y 1.100, párrafo primero, del Código Civil y, en todo caso, del precepto del párrafo cuarto del art. 921 LEC (precepto de naturaleza sustantiva a estos efectos).

El motivo pretende que se mantenga la condena de OPEL contenida en la Sentencia del Juzgado a pagar a ANFUSA tanto los intereses moratorios como los legales o, subsidiariamente, cuando menos se mantenga la condena de los intereses legales ex art. 921.4 LEC .

La Sentencia del Juzgado de 1ª Instancia había condenado al pago a los intereses legales de la cantidad por la que se estimó la demanda, correspondiente a recompra de recambios, accesorios, útiles y herramientas, "desde la demanda, previa entrega de dichos bienes que obran en poder de



la actora". La Sentencia de la Audiencia dejó sin efecto el pronunciamiento con base en que "los intereses legales no pueden producirse desde el momento en que la cantidad a abonar queda condicionada a la entrega por Anfusa de los recambios, accesorios, útiles y herramientas a los que alcanza la referida recompra, debiendo producirse, pues, de modo simultáneo ambos momentos de entrega y pago".

El motivo debe desestimarse.

En primer lugar debe señalarse que la Sentencia de primera instancia, con la expresión intereses legales, se refiere a los moratorios, como lo revela que condena al pago desde la demanda y con base "en no existir en rigor una situación de iliquidez de las cantidades acogidas en la Sentencia", aludiendo a las sumas de 14.741.790 pts. por recambios y accesorios y 409.280 pts. por útiles y herramientas (total de 15.151.070 pts. que se condena a pagar por la demandada a la actora).

Desde dicha perspectiva -de intereses moratorios-, dejando a un lado que la cantidad de que se trata corresponde a un precio de compra (recompra) y por lo tanto el precepto de referencia es el art. 1.501.3º CC (y en su caso 341 C. Com.) y no los citados en el enunciado, aunque el 1.501.3º CC se remite al 1.100 del mismo Cuerpo Legal, en todo caso, si la cantidad total expresada fuera debida al tiempo de la demanda, el pronunciamiento condenatorio al pago de intereses moratorios sería correcto, al ser dicha suma dineraria vencida, exigible y determinada, pero como en la propia sentencia se condiciona, con carácter recíproco, a la entrega de los bienes que se refieren, la decisión del Juzgado es equivocada, y en cambio es acertada la de la Audiencia.

Por lo que respecta al planteamiento efectuado con base en el art. 921 LEC carece de fundamento alguno, porque la sentencia del Juzgado no se refiere a los intereses procesales, sino a los moratorios, por lo que la resolución de la Audiencia no hace, ni podía hacer, ningún pronunciamiento revocatorio en relación con los mismos. Y, por otro lado, de haber tenido lugar, con posterioridad a la sentencia de primera instancia, una entrega o puesta a disposición de los bienes, sin el correlativo pago del precio, un hipotético derecho a intereses procesales debería haberse interesado en concreto en la apelación, y no hay constancia alguna de que se haya efectuado.

**QUINTO.-** La desestimación de todos los motivos del recurso de casación conlleva la declaración de no haber lugar al mismo y la condena de la parte recurrente al pago de las costas causadas, todo ello de conformidad con lo establecido en el art. 1.715.3 LEC .

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

## **FALLAMOS**

Que declaramos no haber lugar al recurso de casación interpuesto por la entidad mercantil "ANGEL FUENTES GUERRA, S.A." -abreviadamente ANFUSA- contra la Sentencia dictada por la Sección Segunda de la Audiencia Provincial de Zaragoza el 24 de junio de 2.000, en el Rollo de apelación núm. 715 de 1.998, dimanante de los autos de juicio de menor cuantía núm. 925 de 1.997 del Juzgado de 1ª Instancia núm. 9 de la misma Capital, y condenamos a la parte recurrente al pago de las costas causadas en el recurso. Publíquese esta resolución con arreglo a derecho, y devuélvanse a la Audiencia los autos originales y rollo de apelación remitidos con testimonio de esta resolución a los efectos procedentes.

Así por esta nuestra sentencia, que se insertará en la COLECCIÓN LEGISLATIVA pasándose al efecto las copias necesarias, lo pronunciamos, mandamos y firmamos .- Jesús Corbal Fernández.- Vicente Luis Montés Penadés.- Clemente Auger Liñán.- Rubricados.

## **PUBLICACIÓN.-**

Leída y publicada fue la anterior sentencia por el EXCMO. SR. D. Jesús Corbal Fernández, 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.

