

**Tribunal Supremo, Sala Primera, de lo Civil, Sentencia 456/2013 de 27
Jun. 2013, Rec. 721/2011**

Ponente: Sarazá Jimena, Rafael

Ponente: Sarazá Jimena, Rafael.

LA LEY 107407/2013

ECLI: ES:TS:2013:3768

Casuismo relevante

CONTRATO DE AGENCIA. Régimen imperativo de la indemnización por clientela. Contratos sucesivos por tiempo determinado. Actas de liquidación del contrato anterior suscritas con cada nuevo contrato de agencia: la declaración de que las partes no tienen «cantidad o concepto alguno que reclamarse» por el contrato extinguido no excluye que el periodo para determinar el incremento de clientela relevante en el cálculo de la indemnización debe ser el correspondiente a todos los contratos encadenados. RECURSO EXTRAORDINARIO POR INFRACCIÓN PROCESAL. Improcedencia por acarreo de alegaciones diversas de orden procesal y sustantivo que impide individualizar un problema jurídico concreto, de carácter procesal, como objeto del recurso.

El Juzgado de Primera Instancia estimó parcialmente la demanda de reclamación de indemnización por clientela formulada por el agente. La AP Las Palmas revocó la sentencia del Juzgado y estimó íntegramente la demanda. El Tribunal Supremo desestima los recursos extraordinario por infracción procesal y de casación interpuestos por la entidad demandada.

SENTENCIA

En la Villa de Madrid, a veintisiete de Junio de dos mil trece.

La Sala Primera del Tribunal Supremo, constituida por los magistrados indicados al margen, ha visto los recursos extraordinario por infracción procesal y de casación interpuestos por la entidad "REPSOL BUTANO, S.A.", representada ante esta Sala por el Procurador D. Joaquín Fanjul de Antonio, contra la Sentencia núm. 10/2011, de 19 de enero, dictada por la sección primera de la Audiencia Provincial de Pontevedra en el rollo de apelación núm. 744/2010, dimanante de los autos de juicio ordinario núm. 308/2009, seguidos ante el Juzgado de Primera Instancia e Instrucción núm. 2 de Porriño. Ha sido parte recurrida la entidad "RAMÓN ARESES, S.L.", representada por el Procurador D. Argimiro Vázquez Guillén.

ANTECEDENTES DE HECHO

Tramitación en primera instancia

PRIMERO.- D. Francisco Javier Varela González, Procurador de los Tribunales y de la entidad "RAMÓN ARESES, S.L.", bajo la dirección letrada de D. Javier Romano Egea, interpuso demanda

de juicio ordinario contra la entidad "REPSOL BUTANO S.A. ", cuyo suplico decía: «[...] se estime la demanda en su integridad, dictando Sentencia con los siguientes pronunciamientos:

- » 1) Se condene a Repsol Butano S.A. a abonar a Ramón Areses, S.L. la cantidad de novecientos setenta y seis mil seiscientos cincuenta y un euros con noventa y dos céntimos (976.651,92 euros), en concepto de indemnización por clientela.
- » 2) Se condene a Repsol Butano, S.A. a abonar a Ramón Areses, S.L. la cantidad de diecinueve mil ciento cuarenta euros (19.140 euros), en concepto de daños y perjuicios por la estancia de la mercancía en las instalaciones de mi mandante durante un periodo de unos 4 meses.
- » 3) Se condene a Repsol Butano, S.A. a devolver el aval de Caixanova prestado en su día por Ramón Areses, S.L.
- » 4) Con expresa imposición de las costas a Repsol Butano, S.A.»

SEGUNDO.- La demanda fue presentada en el Decanato de los Juzgados de Porriño el 27 de abril de 2009, y una vez repartida tuvo entrada en el Juzgado de Primera Instancia e Instrucción núm. 2, quedando registrada como procedimiento ordinario núm. 308/2009. Admitida ésta a trámite, se procedió al emplazamiento de la parte demandada para su contestación.

TERCERO.- El Procurador D. Juan Manuel Señorans Arca, en nombre y representación de la entidad "Repsol Butano, S.A.", bajo la dirección letrada de D.^a Dorleta Vicente García, contestó a la demanda y suplicó al Juzgado: «[...] dicte Sentencia por la que, con entera desestimación de la demanda, absuelva a mi representada de todos y cada uno de los pedimentos contenidos en el suplico de la demanda, haciendo expresa imposición a Ramón Areses, S.L. de las costas causadas.»

CUARTO.- Tras seguirse los trámites correspondientes, el Juzgado de Primera Instancia e Instrucción núm. 2 de Porriño, con fecha 30 de marzo de 2010, dictó Sentencia , con la siguiente parte dispositiva: «FALLO: Que estimando parcialmente la demanda interpuesta por el Procurador D. Francisco Javier Varela González, en nombre y representación de Ramón Areses, S.L. frente a Repsol Butano, S.A., condeno a esta última a indemnizar al actor en la cantidad de 13.477,79 euros en concepto de indemnización por clientela. Esta cantidad devengará el interés legal. Condeno igualmente a la mercantil demandada a la devolución del aval de Caixanova prestado en su día por Ramón Areses, S.L. Cada parte abonara las costas causadas a su instancia y las comunes por mitad.»

Tramitación en segunda instancia

QUINTO.- El representante procesal de la entidad "RAMÓN ARESES, S.L." interpuso recurso de apelación contra la Sentencia dictada por el Juzgado de Primera Instancia e Instrucción núm. 2 de Porriño, con fecha 30 de marzo de 2010 , en el procedimiento ordinario núm. 308/2009 y suplicó a la Audiencia Provincial « [...] resuelva estimar el presente recurso de apelación, y en su virtud, revoque la Sentencia de fecha 30 de marzo de 2010 dictada por el Juzgado de Primera Instancia número 2 de Porriño, estimando en consecuencia la demanda interpuesta por Ramón Areses SL, condenando a Repsol Butano S.A. al pago de la indemnización por cliente al demandante por importe de novecientos setenta y seis mil seiscientos cincuenta y un euros con noventa y dos céntimos (976.651,92 euros), así como a abonar a Ramón Areses, S.L. la cantidad de diecinueve mil ciento cuarenta euros (19.140 euros) en concepto de daños y perjuicios por la estancia de la mercancía en las instalaciones de mi mandante, y con expresa condena de los demandados en las costas causadas en ambas instancias.»

SEXTO.- D. Juan Manuel Señorans Arca, en nombre de la entidad "REPSOL BUTANO, S.A." presentó escrito en el que suplicó al Juzgado: « [...] tenga a esta parte por opuesta al recurso de apelación interpuesto por Ramón Areses, S.L., contra la Sentencia dictada por este Juzgado el 30 de marzo de 2010 para que, en su día previos los demás trámites oportunos, por la Sala que por turno de reparto corresponda de las de la Audiencia Provincial de Pontevedra, se dicte Sentencia por la que se acuerde mantener inalterada la Sentencia recurrida, y por lo tanto, desestime

íntegramente el recurso de apelación al que nos oponemos, todo ello con expresa imposición de las costas de esta alzada a la parte recurrente.»

SÉPTIMO.- La resolución de este recurso correspondió a la sección primera de la Audiencia Provincial de Pontevedra, que lo tramitó con el rollo núm. 744/2010 y, tras seguir los trámites procesales oportunos, dictó la Sentencia núm. 10/2011, de 19 de enero, cuya parte dispositiva disponía: «FALLAMOS: Que estimando parcialmente el recurso de apelación interpuesto por la representación procesal de Ramón Areses, S.L. contra la sentencia dictada por el Juzgado de Primera Instancia e Instrucción núm. 2 de Porriño, en los autos de juicio ordinario registrados bajo el número 308/2009, revocamos parcialmente dicha resolución y en su virtud:

» a) Condenamos a Repsol Butano, S.A. a abonar a la demandante la suma de cuatrocientos setenta y tres mil seiscientos setenta y seis euros con dieciocho céntimos, en concepto de indemnización por clientela.

» b) Confirmamos el resto de pronunciamientos de la resolución recurrida.

» Estimada parcialmente la apelación, no se efectúa pronunciamiento en materia de costas devengadas en esta alzada.

Interposición y tramitación de los recursos extraordinario por infracción procesal y de casación

OCTAVO.- La representación procesal de la entidad "REPSOL BUTANO, S.A." interpuso recursos extraordinario por infracción procesal y de casación contra la Sentencia núm. 10/2011, de 19 de enero, dictada por la sección primera de la Audiencia Provincial de Pontevedra, en el recurso de apelación núm. 744/2010.

La interposición del recurso extraordinario por infracción procesal se basó al amparo del ordinal 4º del artículo 469.1 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, en la vulneración del derecho fundamental contemplado en el artículo 24.1 de la Constitución española, generadora de indefensión, como consecuencia de la valoración probatoria de los documentos citados en el fundamento de derecho segundo de la Sentencia recurrida, relativos a los contratos y a las actas de liquidación suscritas entre Ramón Areses, S.L. y Repsol Butano, S.A.

La interposición del recurso de casación se fundamentó, al amparo de lo dispuesto en el artículo 477.1 de la Ley de Enjuiciamiento Civil en:

«La infracción del artículo 1255 del Código Civil, en relación con el artículo 23 de la Ley 12/1992, del Contrato de Agencia, en cuanto a la posibilidad de pactar contratos de duración determinada».

«La infracción del artículo 6.3 del Código Civil, en relación con el artículo 3 de la Ley del Contrato de Agencia, en cuanto a la validez de las liquidaciones que ponían fin a cada uno de los contratos firmados por las partes».

«La infracción del artículo 28 de la Ley del Contrato de Agencia, en relación con la facultad de modulación de la indemnización del agente».

NOVENO.- La Audiencia Provincial remitió las actuaciones a esta Sala, con emplazamiento de las partes. Recibidas dichas actuaciones y personadas las entidades "REPSOL BUTANO, S.A." y "RAMÓN ARESES, S.L." a través de los Procuradores D. Joaquín Fanjul de Antonio y D. Argimiro Vázquez Guillén, respectivamente, se dictó Auto de 2 de noviembre de 2011, cuya parte dispositiva decía: «La Sala acuerda:

»1.- Admitir el recurso extraordinario por infracción procesal y el recurso de casación interpuestos por la representación procesal de Repsol Butano, S.A. contra la Sentencia dictada, con fecha 19 de enero de 2011, por la Audiencia Provincial de Pontevedra (Sección 1ª), en el rollo de apelación nº 744/2010, dimanante de los autos de juicio ordinario nº 308/2009 del Juzgado de Primera Instancia nº 2 de Porriño.

»2.- Y entréguese copia del escrito de interposición del recurso extraordinario por infracción procesal y del recurso de casación formalizados, con sus documentos adjuntos, a la parte recurrida personada para que formalice su oposición por escrito en el plazo de veinte días, durante los cuales estarán de manifiesto las actuaciones en la Secretaría.»

DÉCIMO.- El Procurador de la entidad "RAMÓN ARESES, S.L." se opuso a los recursos extraordinario por infracción procesal y de casación interpuestos por la parte contraria.

UNDÉCIMO.- Se tuvo por formalizada la oposición y al no haber solicitado todas las partes la celebración de vista, quedó el recurso pendiente de vista o votación y fallo.

DUODÉCIMO.- Mediante providencia de 6 de mayo de 2013 se nombró Ponente al que lo es en este trámite y, al no haber solicitado todas las partes personadas la celebración de vista pública, se acordó resolver el recurso sin celebración de vista, señalándose para votación y fallo el 13 de junio del mismo año, en que tuvo lugar.

Ha sido Ponente el Magistrado Excmo. Sr. D. Rafael Sarazá Jimena, Magistrado de Sala

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Antecedentes del caso

La entidad "RAMON ARESES, S.L" (en lo sucesivo, RAMON ARESES) interpuso en su día demanda contra la entidad "REPSOL BUTANO, S.A." (en lo sucesivo, REPSOL) en la que le reclamaba 976.651,92 euros de indemnización por clientela, 19.140 euros de indemnización por haber estado depositada la mercancía cuatro meses en sus instalaciones tras la resolución del contrato, y la devolución del aval bancario prestado por RAMON ARESES a favor de REPSOL.

REPSOL se opuso a la demanda, negando la procedencia de indemnización por clientela y por retraso en la retirada de la mercancía, y oponiéndose a la devolución del aval por no haberse producido la liquidación definitiva del contrato.

El Juzgado de Primera Instancia estimó parcialmente la demanda, condenó a REPSOL a abonar a RAMON ARESES una indemnización por clientela de 13.477,79 euros y a devolverle el aval bancario prestado, y rechazó el resto de las pretensiones formuladas.

RAMON ARESES apeló la sentencia, y la Audiencia Provincial estimó parcialmente el recurso, incrementando la indemnización por clientela hasta 473.676,18 euros.

Contra esta sentencia interpone REPSOL recursos extraordinario por infracción procesal y de casación.

Recurso extraordinario por infracción procesal

SEGUNDO.- Único motivo del recurso

El motivo del recurso se encabeza con el siguiente enunciado: «al amparo del ordinal 4º del artículo 469.1 de la L.E.C ., se invoca una vulneración del derecho fundamental contemplado en el artículo 24.1 C.E ., generadora de indefensión, como consecuencia de la valoración probatoria de los documentos citados en el fundamento de derecho segundo de la Sentencia recurrida, relativos a los contratos y a las actas de liquidación suscritas entre Ramón Areses, S.L. y Repsol Butano, S.A.»

Según la recurrente, la valoración de los contratos y actas de liquidación suscritas por RAMON ARESES y REPSOL es totalmente ilógica e irrazonable pues no se alcanza a comprender que se entienda acreditada por dicha documentación un fraude de ley para evitar la aplicación de normas imperativas. La valoración que la sentencia de apelación lleva a cabo de los documentos referidos, examinados en su conjunto, según la recurrente, resulta absurda y carente de toda lógica, pues difícilmente se puede dar por acreditado un fraude de ley por la suscripción de los antedichos contratos y las correspondientes liquidaciones de los mismos.

A lo largo del motivo, se realizan algunas menciones incidentales a la existencia de una interpretación ilógica de los contratos, incongruencia "extra petita" [fuera de lo pedido], incongruencia interna entre sus fundamentos de derecho, error en la sentencia al no ser nulas las liquidaciones ni existir fraude de ley, se dan algunas explicaciones sobre la razón de suscribir sucesivos contratos y liquidaciones, se niega que se intentaran eludir normas imperativas ni que hubiera desigualdad entre las partes perjudicial para el agente, por lo que, en conclusión, considera la recurrente que se ha vulnerado el art. 24 de la Constitución, generando indefensión, como consecuencia de la valoración probatoria de los documentos contractuales indicados.

TERCERO.- Valoración de la Sala. Inconsistencia de la infracción procesal denunciada. Improcedencia del motivo por falta de identificación precisa del problema jurídico y acarreo de alegaciones diversas.

Afirma la sentencia de la Sala 1ª del Tribunal Supremo núm. 635/2012, de 2 de noviembre, recurso núm. 681/2010 :

«La valoración de la prueba, como función soberana y exclusiva de los juzgadores que conocen en las instancias, no es revisable en el recurso extraordinario por infracción procesal, salvo cuando se conculque el artículo 24.1 de la Constitución Española por incurrirse en error de hecho palmario, irracionalidad o arbitrariedad, que puede darse cuando se desconoce una norma de prueba legal o tasada, lo que impide, si no se demuestra de modo patente la existencia de una infracción de las reglas del discurso lógico aplicables al proceso, tratar de desvirtuar una apreciación probatoria mediante una valoración conjunta efectuada por el propio recurrente para sustituir el criterio del tribunal por el suyo propio, por acertado que pueda parecer, así como también postular como más adecuada la valoración de la prueba efectuada por el Juzgado de Primera Instancia frente a la llevada a cabo por el tribunal de apelación (sentencias 88/2011 de 16 febrero , 29 de septiembre de 2009)».

No puede admitirse un motivo de recurso en el que se busca realizar un nuevo examen y valoración del conjunto documental aportado con la demanda, sin denunciar un error probatorio concreto de las características exigidas por la jurisprudencia ni justificar la existencia de arbitrariedad, pues no puede considerarse como tal la mera discrepancia de la recurrente con la conclusión alcanzada por el tribunal de apelación.

El grueso de la argumentación del motivo no se refiere a la actividad probatoria propiamente dicha ni a su valoración. La conclusión probatoria alcanzada por el tribunal de apelación es por lo demás incuestionada: se encadenaron los contratos ininterrumpidamente desde el inicio de la relación de agencia hasta su extinción y que al finalizar cada periodo contractual y concertarse el siguiente contrato se firmaba un documento en el que se afirmaba que las partes no tenían nada que reclamarse. Esa es la cuestión fáctica determinada por el tribunal al valorar la prueba documental. No existe error patente ni arbitrariedad en dicha conclusión.

La cuestión relativa a la valoración jurídica de dicha conducta, si constituye un fraude de ley o contraviene normas imperativas, es de carácter jurídico, no fáctico, y por tanto es ajena a la valoración de la prueba y a los errores y arbitrariedades que pudieran haberse cometido en tal valoración. Por tanto, queda fuera del ámbito del recurso extraordinario por infracción procesal.

Tampoco puede estimarse el recurso por el resto de alegaciones formuladas en el motivo. Como recuerda la sentencia de la Sala Primera del Tribunal Supremo núm. 557/2012, de 1 de octubre, recurso núm. 29/2010 , «los recursos extraordinarios por infracción procesal y de casación se hallan sometidos a ciertas exigencias formales que se traducen, entre otras exigencias, en la necesidad de indicar con claridad y precisión la norma que se pretende infringida y en la imposibilidad de acumular por acarreo argumentos inconexos determinantes de la falta de la razonable claridad expositiva para permitir la individualización del problema jurídico planteado (en este sentido, sentencias 965/2011, de 28 de diciembre , 957/2011, de 11 enero de 2012 , y 185/2012, de 28 de marzo)».

En el caso de autos, el acarreo de argumentos de orden procesal y sustantivo impide individualizar un problema jurídico concreto, de carácter procesal, como objeto del motivo. La parte ha usado una técnica más propia del recurso de apelación que de un recurso extraordinario, al cuestionar en su totalidad los diversos razonamientos de la sentencia recurrida, por razones de naturaleza muy diversa, la mayoría de los cuales consisten en una simple discrepancia con el criterio adoptado por la sentencia de apelación que no se concreta en concretas infracciones legales objeto de recurso extraordinario.

El recurso ha de ser desestimado.

Recurso de casación

CUARTO.- Motivos del recurso de casación

El primer motivo del recurso de casación se encabeza con la siguiente fórmula: «La infracción del artículo 1255 del Código Civil , en relación con el artículo 23 de la Ley 12/1992, del Contrato de Agencia , en cuanto a la posibilidad de pactar contratos de duración determinada».

El motivo se fundamenta, resumidamente, en que (i) nada impide a las partes pactar una duración determinada en los contratos de agencia que les vinculaban pues así lo permite el art. 23 de la Ley del Contrato de Agencia ; (ii) frente a esto, la sentencia de la Audiencia Provincial considera que se trata de contratos encadenados con lo que vulnera el principio de congruencia; (iii) la voluntad de las partes fue someterse a contratos de duración indefinida, permitidos por la Ley del Contrato de Agencia, por lo que la consideración de todos ellos como un único contrato indefinido vulnera la libertad de pactos y el principio de autonomía de la voluntad; y (iv) no se ha incurrido en ningún fraude de ley para evitar la aplicación de las normas imperativas sobre la extinción del contrato de agencia.

El segundo motivo del recurso de casación se encabeza con el siguiente título: «La infracción del artículo 6.3 del Código Civil , en relación con el artículo 3 de la Ley del Contrato de Agencia , en cuanto a la validez de las liquidaciones que ponían fin a cada uno de los contratos firmados por las partes».

Los argumentos que fundamentan este motivo son, resumidamente, que (i) RAMON ARESES firmó libremente las actas de liquidación en uso de su facultad de disposición; (ii) tales actas de liquidación no constituían renuncia alguna del agente a sus derechos sino que suponían la manifestación de una situación fáctica; (iii) no existe precepto alguno de la Ley del Contrato de Agencia que impida al agente renunciar a percibir las indemnizaciones que le corresponden una vez surgido el derecho a obtenerlas y (iv) porque el hecho de que simultáneamente se firmase un nuevo contrato no producía el efecto disuasorio que recoge la sentencia de la Audiencia Provincial sino el contrario.

El tercer motivo del recurso se encabeza del siguiente modo: «La infracción del artículo 28 de la Ley del Contrato de Agencia , en relación con la facultad de modulación de la indemnización del agente».

Los argumentos expuestos para fundamentar este motivo son, sucintamente, que (i) la cláusula 15ª del contrato no contraviene el art. 28 de la Ley del Contrato de Agencia pues permite al agente obtener una indemnización equivalente al máximo legal permitido, (ii) únicamente contiene bases objetivas para el cálculo o modulación de la indemnización; (iii) durante el último contrato RAMON ARESES solo incrementó la clientela de REPSOL en su zona en un 1,38% y (iv) no le corresponde indemnización por el incremento de clientela desde la firma del primer contrato sino solamente el producido durante la vigencia del último contrato.

La estrecha relación existente entre los motivos debe llevar a su resolución conjunta.

QUINTO.- Valoración de la Sala. El régimen imperativo de la indemnización por clientela en la Ley del Contrato de Agencia

La sentencia de la Sala 1ª del Tribunal Supremo núm. 582/2010, de 8 de octubre, recurso núm. 2181/2006 , realizó las siguientes declaraciones generales sobre el régimen de 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 otra 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 mediante una norma cuya fórmula es inequívocamente prohibitiva: "Las partes no podrán pactar, antes del vencimiento del contrato, condiciones distintas de las establecidas en los artículos 17 y 18 en perjuicio del agente comercial".

4ª.- Aunque ningún artículo de la LCA española contenga esa misma fórmula prohibitiva o una similar, lo cierto es que su art. 3.1 sí establece el carácter imperativo de sus preceptos "a no ser que en ellos se disponga otra cosa".

5ª.- Con base precisamente en tal carácter imperativo la jurisprudencia de esta Sala ha considerado nulos los pactos contractuales de renuncia previa a la indemnización o compensación por clientela (SSTS 27-1-03 y 7-4-03).

6ª.- Cabe sostener, por tanto, que aun cuando la LCA española no contenga una transposición más o menos literal del art. 19 de la Directiva , sin embargo su contenido esencial de norma prohibitiva sí se ha transpuesto, mediante una fórmula imperativa, en su art. 3.1, de modo que la aplicación del "principio de interpretación conforme" (por todas STJUE 5-10-2004 en asuntos acumulados C-397/2001 a C-403/2001 y SSTS 2-6-00 y 27-3-09) que impone resolver las dudas interpretativas de una norma nacional del modo más acorde con el Derecho de la Unión, permite superar la polémica sobre el efecto de las Directivas entre particulares, suscitada en las instancias del presente litigio y mantenida ante esta Sala por la parte demandada-recurrida en su escrito de oposición al recurso, y concluir que en el art. 3.1 LCA se encuentra implícita la prohibición de pactos anticipados contenida en el art. 19 de la Directiva [...]

9ª.- La prohibición alcanza, por tanto, a cualquier pacto anticipado que limite el derecho del agente a obtener, una vez terminado el contrato y en caso de conflicto con su empresario, una indemnización que alcance la cuantía prevista en el art. 28 LCA o, dicho de otra forma, que excluya por adelantado el juicio de procedencia equitativa previsto en dicho artículo.

10ª.- Esta interpretación se refuerza si se considera que el artículo IV.D- 3 :312(4) de los trabajos conocidos como Draft Common Frame of Reference, orientados a un Derecho común europeo en materia de contratos, tras reproducir la Directiva 86/653/CEE propone el siguiente texto para regular la indemnización por clientela: "En cualquier caso, la indemnización no puede exceder de la remuneración de un año, calculada de acuerdo con el porcentaje anual del agente comercial en los cinco años precedentes, o bien, si la relación ha durado menos de cinco años, de acuerdo con el porcentaje del periodo en cuestión... Las partes no pueden, en perjuicio del agente comercial, excluir la aplicación de esta norma o derogarla o variar sus efectos"».

Las sentencias de instancia han declarado que la firma de las sucesivas actas de liquidación por el agente era necesaria para la suscripción de cada nuevo contrato de agencia que sucedía al anterior, hecho este del que ha de partir la Sala al resolver el recurso de casación. Sobre esta base, la única interpretación de dichas actas compatible con las exigencias del art. 28 de la Ley del Contrato de Agencia y con el carácter imperativo del régimen de la indemnización por

clientela, es considerar que mediante tales documentos las partes reconocían no tener «cantidad o concepto alguno que reclamarse» como consecuencia de la ejecución del contrato de agencia concertado. Pero ello no excluía que el periodo a tomar en consideración para determinar el incremento de clientela relevante en el cálculo de la indemnización por clientela debía ser el correspondiente a todos los contratos encadenados, esto es, a todo el periodo durante el que se prolongó la relación de agencia entre las partes.

Un régimen contractual como el que la recurrente sostiene en su recurso, constituido por los sucesivos contratos por tiempo determinado, actas de liquidación que las partes suscribían simultáneamente con los nuevos contratos que sustituían al anterior, en las que manifestaban no tener «cantidad o concepto alguno que reclamarse por tal contrato definitivamente extinguido», interpretadas en el sentido de que renunciaban a la indemnización por clientela correspondiente al contrato extinguido, y la estipulación 15ª del último contrato suscrito conforme al cual la indemnización por clientela había de calcularse sobre el «incremento experimentado en el número de clientes sobre los existentes en el momento de la firma de este contrato», supondría una infracción del régimen imperativo previsto en el art. 28 de la Ley del Contrato de Agencia, por cuanto que impediría que la indemnización por clientela se calculara tomando en consideración la aportación real de nuevos clientes por el agente al empresario durante el tiempo en que desempeñó su labor de agente.

El pacto anticipado que limite el derecho del agente a obtener, una vez terminado el contrato y en caso de conflicto con su empresario, una indemnización que alcance la cuantía prevista en el art. 28 de la Ley del Contrato de Agencia, prohibido por el régimen imperativo de la Ley del Contrato de Agencia, puede consistir tanto en la previsión de un porcentaje o fórmula de cálculo más perjudicial para el agente que la prevista en el art. 28, como en una reducción de la base sobre la que se aplique dicha fórmula o porcentaje por excluir una parte del periodo durante el que se desarrolló la relación de agencia. Por tanto, la tesis sostenida por la recurrente no es admisible, por ser contraria al régimen imperativo de la indemnización por clientela establecido en la Ley del Contrato de Agencia.

La sentencia de la Audiencia Provincial ha resuelto correctamente la cuestión al calcular la indemnización por clientela tomando en consideración el incremento de clientes producido desde el inicio del primer contrato hasta la extinción del último, esto es, durante todo el tiempo durante el que se desarrolló el contrato de agencia. No se vulnera el precepto legal que permite que el contrato de agencia se concierte por tiempo definido, sino que se respeta el régimen del art. 28 de la Ley del Contrato de Agencia sobre la indemnización por clientela.

SEXO.- Costas

De acuerdo con lo previsto en el artículo 398.1 en relación con el 394.1, ambos de la Ley de Enjuiciamiento Civil, las costas de los recursos extraordinario por infracción procesal y de casación deben ser impuestas a la recurrente.

Procede acordar la pérdida de los depósitos constituidos de conformidad con la disposición adicional 15ª, apartado 9, de la Ley Orgánica del Poder Judicial, introducida por la Ley Orgánica 1/2009, de 3 de noviembre, complementaria de la Ley de Reforma de la Legislación Procesal para la implantación de la Nueva Oficina Judicial.

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

FALLAMOS

1. Desestimar los recursos extraordinario por infracción procesal y de casación interpuestos por la entidad "REPSOL BUTANO, S.A.", contra la sentencia núm. 10/2011, de 19 de enero, dictada por la Audiencia Provincial de Pontevedra, sección primera, en el recurso de apelación núm. 744/2010

2.- Imponer al expresado recurrente las costas de los recursos que desestimamos, así como la pérdida de los depósitos constituidos.

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

Así por esta nuestra sentencia, que se insertará en la COLECCIÓN LEGISLATIVA pasándose al efecto las copias necesarias, lo pronunciamos, mandamos y firmamos Jose Ramon Ferrandiz Gabriel, Antonio Salas Carceller, Ignacio Sancho Gargallo, Rafael Saraza Jimena, Sebastian Sastre Papiol. FIRMADA Y RUBRICADA. PUBLICACIÓN.- Leída y publicada fue la anterior sentencia por el EXCMO. SR. D. **Rafael Saraza Jimena** , 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.

