

Tribunal Supremo, Sala Primera, de lo Civil, Sentencia 328/2003 de 7 Abr. 2003, Rec. 2588/1997

Ponente: Corbal Fernández, Jesús

Ponente: Corbal Fernández, Jesús.

LA LEY 1631/2003

CONTRATO DE AGENCIA. Sometimiento expreso de las partes al régimen jurídico de la Ley 12/1992 aunque no estuviese en vigor en la fecha del contrato. Carácter imperativo de los preceptos de la citada norma. Nulidad de la cláusula contractual por la que el agente renunció a la indemnización por clientela. PRESUNCIONES. Impugnación en casación. Doctrina jurisprudencial.

Madrid, 7 Abr. 2003

Vistos por la Sala Primera del Tribunal Supremo, integrada por los Magistrados al margen indicados, los recursos de casación interpuestos contra la Sentencia dictada por la Sección Tercera de la Audiencia Provincial de A Coruña, como consecuencia de autos de juicio declarativo ordinario de menor cuantía, seguidos ante el Juzgado de Primera Instancia número Siete de A Coruña; cuyos recursos fueron interpuestos por la entidad Philips Ibérica, S.A.E., representada por el Procurador D. Antonio María Álvarez-Buylla Ballesteros; por la entidad Comercial de Electrodomésticos de Galicia, S.L., representada por el Procurador D. Fernando Rodríguez-Jurado Saro.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO. 1. El Procurador D. Juan Pedro Perreau de Pinninck y Zalba, en nombre y representación de la entidad Comercial de Electrodomésticos de Galicia, S.L. --COEGA--, interpuso demanda de juicio ordinario de menor cuantía ante el Juzgado de Primera Instancia número Siete de La Coruña, siendo parte demandada la entidad Philips Ibérica, S.A.E., alegando los hechos y fundamentos de derecho que consideró de aplicación para terminar suplicando al Juzgado dictase en su día sentencia «declarando: a) Que el contrato suscrito entre la entidad Philips Ibérica, S.A.E. y la también entidad Comercial de Electrodomésticos de Galicia, S.L., de fecha 1 Ene. 1993 se renovó tácitamente, de acuerdo con lo señalado en su cláusula duodécima, hasta la día 31 Dic. 1994. b) Que la entidad Philips Ibérica, S.A.E. ha procedido a la rescisión, unilateral y sin justa causa, del referido del contrato de fecha 1 Ene. 1993. c) Que debido a la rescisión unilateral y sin justa causa del contrato de fecha 1 Ene. 1993, la entidad Philips Ibérica, S.A.E. debe indemnizar a mi mandante en la cantidad de cinco millones seiscientos treinta y ocho mil ochocientos veinte pesetas. d) Que la entidad Philips Ibérica, S.A.E. debe indemnizar a la entidad Comercial de Electrodomésticos de Galicia, S.L., en concepto de indemnización por clientela, con las cantidades que se fijen en ejecución de sentencia, tomando como base lo establecido en el fundamento jurídico VI de la presente demanda, declarando, en consecuencia, la nulidad de la renuncia a la indemnización por clientela plasmada en la cláusula decimocuarta del contrato de fecha 1 Ene. 1994. Condenando en consecuencia a dicha demandada a estar y pasar, acatándola por la anterior declaración y a hacer efectivas a mi mandante las indicadas cantidades, con sus respectivos intereses, e imponiéndole las costas procesales».

2. La Procurador D.^a María Faro Aguiar Boudin, en nombre y representación de la entidad mercantil Philips Ibérica, S.A.E., contestó a la demanda oponiendo los hechos y fundamentos de derecho que estimó de aplicación para terminar suplicando al Juzgado dictase en su día sentencia «desestimando íntegramente la demanda interpuesta por Comercial de Electrodomésticos de Galicia, S.L., condenando expresamente a la misma al pago de las costas causadas».

3. Recibido el pleito a prueba, se practicó la que propuesta por las partes fue declarada pertinente. Unidas las pruebas a los autos, las partes evacuaron el trámite de resumen de prueba en sus respectivos escritos. El Juez de Primera Instancia número Siete de A Coruña, dictó sentencia con fecha 13 Feb. 1995, cuya parte dispositiva es como sigue: «FALLO: Que estimando parcialmente la demanda promovida por Comercial de Electrodomésticos de Galicia, S.L., representada por el Procurador Sr. Perreau de Pinnick y Zalba, contra Philips Ibérica, S.A.E., representada por la Procuradora Sra. Aguiar Boudín, debo declarar y declaro que la entidad actora tiene derecho a ser indemnizada por la demandada en concepto de indemnización por clientela, en la cantidad que se determine en ejecución de sentencia para lo que servirán como bases: 1.º el número de clientes aportados durante la vigencia del contrato; 2.º el importe de las remuneraciones percibidas durante el mismo por la Agente actora; sin que dicho importe pueda exceder del de las remuneraciones percibidas por dicha Agente durante el período de duración del contrato de 1 Ene. 1993. Desestimando las restantes peticiones de la demanda, sin hacer expresa imposición en cuanto al pago de las costas».

SEGUNDO. Interpuestos recursos de apelación contra la anterior resolución por las representaciones respectivas de las entidades Comercial Electrodomésticos de Galicia, S.L., y Philips Ibérica, S.A.E., la Audiencia Provincial de A Coruña, dictó sentencia con fecha 15 May. 1997, cuya parte dispositiva es como sigue: «FALLAMOS: Que estimando en parte en la medida que se deduzca de los pronunciamientos que se dirán, los recursos de apelación interpuestos por Comercial Electrodomésticos de Galicia, S.L., y por Philips Ibérica, S.A.E. contra la sentencia dictada por el Juzgado de Primera Instancia núm. 1 (sic) de La Coruña debemos revocar y revocamos en parte dicha sentencia, que se confirma en lo substancial y en su virtud, estimando en parte la demanda interpuesta por el Procurador Sr. Perreau de Pinninck y Zalba a nombre y representación de Comercial de Electrodomésticos de Galicia Sociedad Limitada --COEGA-- contra la entidad Philips Ibérica, S.A.E. debemos declarar y declaramos la nulidad de la renuncia a la indemnización por clientela plasmada en la cláusula 14.^a del contrato de fecha 1 Ene. 1993 y que, en consecuencia, la entidad demandada debe indemnizar a la entidad actora, en concepto de indemnización por clientela, con las cantidades que se determinen en período de ejecución de sentencia, conforme a los criterios establecidos en el fundamento de derecho 6.º "in fine" de esta resolución, y debemos condenar y condenamos a la parte demandada a estar y pasar por la anterior declaración, acatándola, y a hacer efectivas a la parte actora las indicadas cantidades, y debemos absolver y absolvemos a la entidad demandada del resto de las peticiones de la demanda, debiendo cada parte abonar las costas causadas a su instancia y a las comunes por mitad en cuanto a las ocasionadas en 1.^a instancia y sin que haya lugar a expreso pronunciamiento respecto a las costas causadas en este recurso».

TERCERO. 1. El Procurador D. Antonio María Álvarez-Buylla Ballesteros, en nombre y representación de la entidad mercantil Philips Ibérica, S.A.E., interpuso recurso de casación contra la sentencia dictada por la Audiencia Provincial de A Coruña, Sección Tercera, de fecha 15 May. 1997, con apoyo en los siguientes motivos, motivos del recurso: PRIMERO. Al amparo del núm. 3.º del art. 1692 de la LEC de 1881, se alega infracción del art. 359.1 del mismo Texto Legal. SEGUNDO. Al amparo del núm. 4.º del art. 1692 de la LEC de 1881, se alega infracción del art. 4.1 del Código Civil. TERCERO. Bajo el mismo ordinal se alega infracción del art. 1281.1 en relación con los arts. 1, 9.2 y 28.1 de la Ley 12/1992 y la doctrina jurisprudencial sobre la interpretación de los contratos. CUARTO. Bajo el mismo ordinal se alega infracción de los arts. 1255 y 6.2 del Código Civil en relación con los arts. 28.1 y 3.1 de la Ley 12/1992 y doctrina jurisprudencial que establece la renunciabilidad de los derechos subjetivos. QUINTO. Bajo el mismo ordinal se alega infracción de los arts. 1214 y 1253 del Código Civil en relación con el art.

28.1 de la Ley del Contrato de Agencia. SEXTO. Bajo el mismo ordinal se alega infracción de los arts. 1215 y 1249 en relación con la doctrina jurisprudencial sobre la procedencia de acudir a la prueba de presunciones. SÉPTIMO. Bajo el mismo ordinal se alega violación del art. 1253 en relación con el art. 1249, ambos del Código Civil. OCTAVO. Bajo el mismo ordinal se alega infracción del art. 28.1 de la Ley 12/1992 de 27 May. del Contrato de Agencia, en relación con el art. 2.3 del Código Civil y el art. 9.3 de la Constitución Española. NOVENO. Bajo el mismo ordinal se alega infracción del art. 28.1 de la Ley 12/1992 de 27 May. del Contrato de Agencia, en relación con el art. 1214 del Código Civil. DÉCIMO. Bajo el mismo ordinal se alega infracción de los arts. 3.2 y 2.3 del Código Civil en relación con el art. 28.1 de la Ley 12/1992 de 27 May. de Contrato de Agencia. UNDÉCIMO. Bajo el mismo ordinal se alega infracción de los arts. 28.1 y 28.3 de la Ley 12/1992 en relación con los arts. 1 y 3.1 de la Ley 12/1992, el art. 2.3 del Código Civil y 9.3 de la Constitución Española.

2. El Procurador D. Fernando Rodríguez-Jurado Saro, en nombre y representación de la entidad Comercial de Electrodomésticos de Galicia, S.L., interpuso recurso de casación contra la sentencia dictada por la Audiencia Provincial de A Coruña, Sección Tercera, de fecha 15 May. 1997, con apoyo en los siguientes motivos, motivos del recurso: PRIMERO. Al amparo del núm. 4.º del art. 1692 de la LEC de 1881 de los arts. 1091, 1101, 1256, 1278 y 1288 del Código Civil. SEGUNDO. Bajo el mismo ordinal se alega infracción del art. 28 de la Ley 12/92 de 27 May., reguladora del Contrato de Agencia.

3. Admitidos los recursos y evacuado el traslado conferido, los Procuradores D. Antonio María Álvarez-Buylla Ballesteros y D. Fernando Rodríguez Jurado-Saro, en nombre de sus representaciones respectivas, presentaron sendos escritos de impugnación de los recursos planteados de contrario.

4. No habiéndose solicitado por todas las partes la celebración de vista pública, se señaló para votación y fallo el día 20 Mar. 2003, en que ha tenido lugar.

Ha sido Ponente el Magistrado Excmo. Sr. D. Jesús Corbal Fernández.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO. El asunto sobre el que versan los recursos de casación objeto de enjuiciamiento se refiere a un contrato de agencia que habían celebrado la entidad mercantil Philips Ibérica, S.A.E., en concepto de empresaria, y la también Compañía Mercantil Comercial de Electrodomésticos de Galicia, S.L. --COEGA--. La primera entidad consideró extinguido el contrato, y la segunda dedujo demanda formulando diversas peticiones que dio lugar a los autos de juicio de menor núm. 537/1994 del Juzgado de 1.ª Instancia núm. 7 de La Coruña, el cual dictó Sentencia el 13 Feb. 1995 en la que estima parcialmente dicha demanda declarando que la entidad actora tiene derecho a ser indemnizada por la demandada en concepto de «indemnización por clientela», en la cantidad que se determine en ejecución de sentencia para lo que servirán como bases: 1.º) el número de clientes aportados durante la vigencia del contrato; y, 2.º) el importe de las remuneraciones percibidas durante el mismo por la Agente actora; sin que dicho importe pueda exceder del de las remuneraciones percibidas por dicho Agente durante el período de duración del contrato de 1 Ene. 1993. Y desestima las restantes peticiones de la demanda.

La Sentencia de la Sección Tercera de la Audiencia Provincial de la mencionada capital de 15 May. 1997 (Rollo 621/1995) estima en parte los recursos de apelación de las partes y acuerda declarar la nulidad de la renuncia a la indemnización por clientela plasmada en la cláusula 14.ª del contrato de fecha 1 Ene. 1993 y que, en consecuencia, la entidad demandada debe indemnizar a la entidad actora, en concepto de indemnización por clientela, con las cantidades que se determinen en período de ejecución de sentencia, conforme a los criterios establecidos en el fundamento de derecho 6.º «in fine» de la propia resolución, y condena a la parte demandada a hacer efectivas a la parte actora las indicadas cantidades. Absuelve a la entidad demandada del resto de las peticiones de la demanda.

Contra esta Sentencia se formularon sendos recursos de casación, el de Philips, S.A.E. articulado en once motivos, y el de COEGA en dos motivos.

SEGUNDO. Con carácter previo el examen de los recursos procede señalar que recientemente esta Sala ha conocido de un caso sensiblemente igual en diversos aspectos, en el que fueron partes Philips Ibérica, S.A.E., como empresaria, y otra entidad mercantil --en concepto de agente--, que dio lugar a la Sentencia de 27 Ene. 2003, núm. 19 (rec. 1652/1997), y en la que se resolvieron cuestiones similares, referencia que tiene especial interés por ser de evidente aplicación la doctrina contenida en la misma.

RECURSO DE PHILIPS IBÉRICA, S.A.E. Los cuatro primeros motivos del recurso tratan de combatir la apreciación de la sentencia recurrida que declare la nulidad de la renuncia a la indemnización por clientela plasmada en la cláusula 14.^a del contrato de fecha 1 Ene. 1993. La cláusula dice que las partes pactan que, en ningún caso, y dadas las características especiales de este contrato, el «agente» percibirá indemnización por clientela.

Los motivos carecen de consistencia alguna porque, sin necesidad de entrar en otras consideraciones, resulta evidente la nulidad de la cláusula por aplicación del art. 3.^o.1 de la Ley 12/1992, de 27 May., sobre Contrato de Agencia (LCA) con arreglo al que «en defecto de ley que les sea expresamente aplicable, las distintas modalidades del contrato de agencia, cualquiera que sea su denominación, se regirán por lo dispuesto en la presente Ley, cuyos preceptos tienen carácter imperativo a no ser que en ellos se disponga expresamente otra cosa», precepto que recoge el criterio de la indisponibilidad asumido por la Directiva Comunitaria 86/653, de 18 Dic. La aplicabilidad de la LCA 12/92 resulta incuestionable, porque, si bien hasta el día 1 Ene. 1994 sus preceptos no eran de aplicación a los contratos de agencia celebrados con anterioridad a la fecha de su entrada en vigor, según establece la disposición transitoria, sin embargo en el «exponendo II, párrafo segundo» del Contrato de 1 Ene. 1993 (folio 90 de autos) consta que «ambas partes, de conformidad, deciden establecer que el presente Contrato de Agencia se regirá por la Ley 12/1992, de 27 May., subsidiariamente por el vigente Código de Comercio y por cualesquiera otras leyes especiales que le sean de aplicación y, además, en aquello que no tenga, por Ley, carácter imperativo, por las siguientes: cláusulas...».

Lo razonado no obsta a que quepa debatir si en el caso procede la indemnización por clientela porque su prosperabilidad depende de la concurrencia de los requisitos establecidos en la Ley al efecto, y singularmente en su art. 28.

CUARTO. Uno de los requisitos para que surja el derecho a una indemnización por clientela consiste en que el agente hubiese aportado nuevos clientes al empresario o incrementado sensiblemente las operaciones con la clientela preexistente (art. 28.1 LCA). La jurisprudencia de esta Sala viene declarando que la carga de la prueba del requisito corresponde a la parte que reclama la indemnización postcontractual (Sentencias 16 Nov. 2000, 28 Ene. 2002, 27 Ene. 2003). La sentencia recurrida declara (en el fundamento sexto) que «de lo anteriormente expuesto [en el fundamento quinto] se deduce que, aunque de forma limitada, el agente ha aportado nuevos clientes al empresario...; por el contrario no existe un incremento sensible en las operaciones, pues cualquiera que fuese la causa parece que el volumen de ventas descendió el último año con respecto a anualidades anteriores, y por lo tanto no concurre ese requisito, innecesario dada la formulación alternativa en el precepto citado [art. 28.1 LCA]». Para fundamentar la conclusión del incremento del número de clientes --con el efecto consiguiente de tenerse por cumplido el primer requisito del art. 28.1 LCA--, el juzgador de instancia se extiende en diversos razonamientos, de los cuales unos, se dirigen a desvirtuar las alegaciones de la entidad empresario, y, otros, a valorar las pruebas obrantes en las actuaciones (singularmente testifical y pericial).

Frente a ello, el recurso de Philips Ibérica, S.A.E. articula diversos motivos, los cuales son rechazables de plano porque desconocen la función de la casación, la cual se trata de convertir en una tercera instancia por el procedimiento incorrecto de someter a su revisión cada una de las reflexiones de la sentencia de instancia. Se pretende una nueva valoración probatoria, individualizan las apreciaciones probatorias pese a su interrelación, confunden lo que son

deducciones de medios de prueba con inferencias o deducciones de presunciones, convierte la valoración de las pruebas testifical y pericial caligráfica en indicios de presunciones, y se sientan afirmaciones en contra de las de la sentencia recurrida sin el mínimo fundamento, además de incurrirse, en la formulación de los motivos, en evidentes errores de técnica casacional.

Como respuesta individual a los motivos procede decir: a) El motivo quinto, en el que se denuncia infracción de los arts. 1214 y 1253 del Código Civil en relación con el art. 28.1 de la Ley del Contrato de Agencia, incurre en mezcla de preceptos de naturaleza distinta, pues los dos primeros atienden a la fijación de los hechos y el tercero a la regulación sustantiva, y además aquéllos son incompatibles entre sí. Aparte de ello no es cierto que la sentencia de instancia invierta la carga de la prueba (por lo que no se pudo infringir el art. 1214 CC), como tampoco es cierto que prescinda de las pruebas directas practicadas y acuda a la prueba de presunciones, ya que claramente hace una valoración de las mismas. Y finalmente no se aprecia ilogicidad alguna en los varios argumentos de la resolución recurrida, sin que quepa atribuir al particular de la cláusula contractual (estipulación 14.^a) relativo a que la renuncia a la indemnización por clientela responde a «las especiales características del contrato», las consecuencias pretendidas por la recurrente, porque ni la misma es examinable en el marco probatorio (sino que debería haberlo sido en el hermenéutico), ni puede prevalecer frente a la realidad (declarada probada) de un incremento del número de clientes, ni en definitiva puede constituir un mecanismo, hábil pero falaz, para burlar el art. 3.º.1 de la LCA. b) El motivo sexto, en el que se denuncia la infracción de los arts. 1215 CC y 1249 CC, no tiene la más mínima consistencia. Ya se ha dicho que el tribunal de instancia no ha dado preferencia al resultado de presunciones respecto del de medios de prueba directos, pero aunque no fuere así, no por eso se conculcaría el art. 1215 CC que contiene una mera enumeración, sin ningún propósito axiológico. Por otro lado, el art. 1249 CC sólo puede ser invocado en casación mediante denuncia de error en la valoración de la prueba, lo que exige mencionar el precepto probatorio que resultó infringido. c) El motivo séptimo, en el que se aduce como vulnerado el art. 1253 en relación con el art. 1249, ambos del Código Civil, incurre en el defecto de acumular dos preceptos de naturaleza distinta. El art. 1249 CC, al hacer referencia a la necesidad de que el hecho base (de la presunción) esté completamente acreditado, implica una «cuestión de hecho», cuya revisión en casación sólo puede tener lugar a través del error en la valoración de la prueba. Si no hay hecho base (hecho demostrado) huelga la invocación del art. 1253 CC, pues el posible acceso a casación de la vulneración de éste sólo puede tener lugar para verificar la logicidad de la inferencia entre el hecho demostrado y el que se trata de deducir. De ahí que, si el art. 1249 hace referencia a la «questio facti» y el art. 1253 a la «questio iuris», no quepa acumularlos en la forma que se hace en el motivo. d) Y en cuanto al motivo octavo, en el que se denuncia infracción del art. 28.1 de la Ley 12/1992, de 27 May., en relación con el art. 2.3 del Código Civil, y el art. 9.3 CE, su rechazo es harto patente si se tiene en cuenta que no se dan los presupuestos de aplicación de los preceptos citados del CC y de la CE, además de que el recurso de casación tiene por objeto el fallo de la sentencia recurrida y los argumentos que tengan entidad decisiva o de «ratio decidendi», y no cabe contra todos los razonamientos de la misma.

QUINTO. Otro de los requisitos para que pueda prosperar la indemnización por clientela (art. 28.1 LCA) consiste en que «actividad anterior [del agente] pueda continuar produciendo ventajas sustanciales al empresario». Hace referencia a la susceptibilidad por el empresario de continuar disfrutando y favoreciéndose. Se trata de un pronóstico razonable, acerca de un comportamiento probable de la clientela. Es un tema que debe quedar confiado a la apreciación soberana del tribunal de instancia (S. 27 Ene. 2003), y, por ende, no susceptible de revisión en casación, salvo cuando la presunción de la instancia incida en arbitrariedad o irracionalidad (Sentencias 17 Nov. 1998, 27 Ene. 2003). La sentencia recurrida admite la concurrencia del requisito porque el incremento de la clientela «es un factor que propicia ulteriores operaciones comerciales, sin perjuicio de que puntualmente los pedidos de los clientes puedan experimentar reducciones o cambios y limitaciones, propias de la mecánica del mercado, relativamente aleatoria en cuanto a ese particular».

Para atacar la apreciación anterior se formula el motivo noveno en el que se denuncia la infracción del art. 28.1 LCA en relación con el art. 1214 CC, el cual se desestima (en la parte que se refiere al requisito de que se trata) porque no contiene ninguna razón que contradiga la apreciación del juzgador de instancia, y sin que le sea exigible a la parte contraria [demandante] la prueba de que Philips Ibérica, S.A.E., después de extinguido el contrato, haya extraído ventajas como consecuencia de la actuación del agente durante el plazo de vigencia del contrato.

SEXO. También se exige por el art. 28 LCA, como requisito de prosperabilidad de la indemnización por clientela, que «resulte equitativamente procedente por la existencia de pactos de limitación de competencia, por las comisiones que pierda o por las demás circunstancias que concurran». La Sentencia recurrida estima que «la indemnización resulta equitativamente procedente, no por la existencia de pactos de limitación de la competencia, que no existen, sino por la pérdida de la expectativa de cobro de comisiones y por la ruptura de una larga relación mutuamente beneficiosa, y respecto a la cual las expectativas de renegociación siempre fueron lógicas y legítimas (pues no cabe olvidar que la no renovación se basó en un desacuerdo no concretado, que se ha pretendido concretar en el incumplimiento de objetivos, cuando previamente nada se había especificado a ese respecto, y existen dudas razonables sobre la causa última de tal incumplimiento, independientemente de la acreditación objetiva de que no se alcanzó lo previsto contractualmente), constituyendo esa circunstancia la que convierte en procedente y equitativa la reclamación».

La resolución recurrida declara acreditada «la pérdida de la expectativa de cobro de comisiones», por lo que no tiene ningún fundamento la aseveración en sentido contrario del motivo noveno (antes expresado) en el particular relativo a este requisito. Las restantes reflexiones del motivo son irrelevantes. Se habla de un posible enriquecimiento injusto caso de que el agente hubiese pasado a actuar para otra empresa, lo que, además de responder a una mera especulación, no es de ver como cabe conjugarlo con una infracción del art. 28.1 LCA; y se hace referencia a que la indemnización por clientela ha de ser objeto de una interpretación restrictiva, al ir contra lo estipulado expresamente por las partes en el contrato, para cuyo rechazo baste decir que esta estipulación no tiene ninguna eficacia al haber sido declarada nula por contraria a precepto imperativo.

Por otro lado, procede desestimar también el motivo décimo en el que se denuncia infracción de los artículos 3.2 y 2.3 del Código Civil en relación con el 28.1 LCA. En el cuerpo del motivo se combate la apreciación de la resolución recurrida que declara la procedencia de la indemnización por clientela con base en «la ruptura de una larga relación mutuamente beneficiosa». El motivo resulta casacionalmente estéril porque, cualquiera que sea la respuesta que se dé, no cabe dejar sin efecto la estimación de la indemnización, pues las hipótesis previstas en el art. 28.1 LCA consistentes en «existencia de pactos de limitación de competencia», «por las comisiones que pierda» o «por las demás circunstancias que concurran», no tienen carácter cumulativo, por lo que habría sido suficiente para apreciar que «resulta equitativamente procedente» con cualquiera de ellas, y en el caso con la relativa a la «pérdida de las comisiones» examinada anteriormente. Sin embargo --«ad omnem eventum»--, la apreciación de la instancia es sumamente razonable, y en absoluto incide en una aplicación retroactiva de la Ley, como se pretende en el motivo.

SÉPTIMO. En el motivo undécimo se acusa infracción de los artículos 28.1 y 28.3 de la LCA en relación con los arts. 2.3 del Código Civil y 9.3 CE. El motivo trata de combatir el criterio seguido para la fijación de la indemnización.

La Sentencia recurrida declara que la indemnización se fijará en ejecución de sentencia conforme a los criterios establecidos en el fundamento de derecho 6.º «in fine», y en éste se dice que «en cuanto a los criterios establecidos para la determinación de la indemnización en ejecución de Sentencia, deben ser los siguientes: a) Determinación pericial del medio anual de las remuneraciones percibidas por el agente durante el período de un año de vigencia del contrato; y, b) La indemnización se fijará exactamente en el 75 por cien de la suma así determinada».

El motivo pretende que se sustituya tal reglamentación de bases por la fórmula de «calcular el medio anual de las remuneraciones percibidas por el agente durante el período de un año de vigencia del contrato de agencia respecto de los clientes aportados durante dicho período, excluyendo el importe de las comisiones percibidas por ventas a los clientes con implantación nacional, y a la cantidad así obtenida, aplicar un coeficiente reductor proporcional a la disminución de la ventas durante el período que duró la relación de agencia».

El motivo no puede ser estimado.

La fijación de la cuantía de una indemnización forma parte de la función soberana del juzgador de instancia y no es revisable en casación so pena de convertir a la misma en una tercera instancia. Esta doctrina tiene algunas excepciones, como son las relativas a la infracción de norma legal, error en la valoración de la prueba en la determinación de los datos fácticos, o cuando se incide en una notoria desmesura, en más o en menos, que supone un error palmario o arbitrariedad con conculcación del art. 24.1 CE.

En el caso no se da ninguna de dichas excepciones. No resulta contradicho el párrafo tercero del art. 28 LCA, no se ha planteado error en la apreciación probatoria (lo que habría exigido además la cita como infringida de una norma legal de prueba), y no se aprecia error notorio o arbitrariedad; sin que, por lo demás, corresponda a la casación completar o aclarar fórmulas de bases que pudieron interesarse ante la instancia.

RECURSO DE COMERCIAL DE ELECTRODOMÉSTICOS DE GALICIA, S.L. --COEGA-- El motivo primero de este recurso acusa la infracción de los arts. 1091, 1101 y 1256, 1278 y 1288 del Código Civil. A través del motivo se impugna la apreciación de la Sentencia recurrida que considera extinguido el contrato por aplicación de la estipulación duodécima, y en sentido contrario se pretende se estime que hubo una rescisión unilateral sin justa causa por parte de Philips Ibérica, S.A.E. que impide la renovación del contrato, lo que da lugar a la indemnización de daños y perjuicios, si bien no se menciona el art. 29 LCA que se refiere a tal indemnización en el caso de denuncia unilateral de contrato indefinido.

El motivo se desestima porque incurre en mezcla de preceptos heterogéneos: 1091 y 1278 (relativos a la obligatoriedad del contrato y libertad de forma); 1101 (indemnización de daños y perjuicios en caso de incumplimiento contractual o cumplimiento defectuoso); 1256 (principio de la «necessitas», esencia de la obligación); y 1288 (interpretación contractual); y además no se aceptan sus argumentos, por ser más consistentes los de la Sentencia recurrida, los cuales son sustancialmente coincidentes con los de la Sentencia de esta Sala de 27 Ene. 2003, ya mencionada, que resolvió un caso con una estipulación igual. Se decía en esta resolución que «con independencia de si los contratos a que se refiere el litigio son o no de adhesión, la estipulación controvertida no resulta oscura, de difícil comprensión, o sentido equívoco, que haya de determinar la aplicación del principio interpretativo "contra proferentem" que recoge el art. 1288 CC». Y también se señalaba que no se conculca el art. 1256 CC porque «la cláusula analizada no deja la validez y el cumplimiento del contrato al arbitrio de uno de los contratantes, pues cualquiera de ellos podía tomar la iniciativa a los efectos en ella previstos». La misma Sentencia ponía de relieve, y ello es aplicable a este pleito, mutatis mutandis, que «no hay base contractual, ni conocida de otro tipo (legal, usual, o de máxima de experiencia), de la que resulte que la iniciativa de la actividad o negociación para aquella fijación [de objetivos estimados de ventas para el año siguiente] corresponda en exclusiva al empresario», por lo que obviamente no cabe imputar incumplimiento (art. 1101) a ninguno de los contratantes. Y no varía nada lo dicho el hecho de que a finales de noviembre de 1993 Philips Ibérica, S.A.E. ya hubiese manifestado su voluntad de no continuar el contrato, pues aunque un acuerdo sobre objetivos puede cerrarse en un breve espacio de tiempo, no parece lógico que la negociación no se hubiese iniciado antes de dicha fecha, y la Sentencia recurrida claramente destaca que «tampoco consta que se intentase esa negociación por parte del actor».

NOVENO. En el motivo segundo se aduce infracción del art. 28 de la LCA. No se especifica el apartado, pero de la transcripción del texto y argumentación correspondiente se deduce que se

alude al tercero en el que se establece que «la indemnización no podrá exceder, en ningún caso, del importe medio anual de las remuneraciones percibidas por el agente durante los últimos cinco años o, durante todo el período de duración del contrato, si éste fuese inferior». La parte recurrente entiende que la Sentencia recurrida, al establecer el criterio de que el cálculo de la indemnización deberá hacerse sobre la base de los ingresos de un año de vigencia del contrato, infringe la norma legal. A su juicio, la apreciación de dicha resolución supone tanto como ignorar la actividad del Agente con anterioridad a la entrada en vigor de la Ley, y, por otro lado, no es cierto --como pretende la contraparte-- que con la firma de cada contrato se produzca una novación extintiva, finalizando una relación y comenzando otra nueva, sino que se trata de una novación simplemente modificativa, admitida por la doctrina jurisprudencial (Sentencias 27 Dic. 1980, 7 Mar. 1986, y 26 Ene. 1988).

El motivo no puede ser acogido porque la indemnización por clientela sólo resulta operativa para el contrato firmado el 1 Ene. 1993, en el que las partes expresamente se someten a la Ley 12/92, y sus normas imperativas. Con anterioridad, la estipulación que excluía la posibilidad de tal indemnización (resarcimiento, o compensación) era plenamente válida porque no estaba vedada por norma legal de directa aplicación (no lo era la Directiva Comunitaria no traspuesta); y si bien es cierto que uno de los argumentos de la resolución recurrida consiste en que «no cabía renunciar con carácter previo o anticipado al derecho a dicha indemnización, pues este derecho sólo surge cuando se extinga el contrato de agencia», con lo que viene a considerar el supuesto como una hipótesis de renuncia preventiva, carente de eficacia jurídica porque sólo se puede renunciar a lo que existe, y no se puede renunciar a un derecho todavía no nacido, sin embargo tal apreciación es desacertada, porque esta doctrina no es aplicable, ya que el derecho a la indemnización forma parte de la reglamentación contractual --contenido del contrato-- y, por consiguiente, es modulable o disponible por las partes al tiempo de la perfección del contrato, siempre y cuando no se contravengan las limitaciones del principio de autonomía de la voluntad (arts. 1102 y 1255 CC).

DÉCIMO. La desestimación de los motivos de los dos recursos conlleva la declaración de no haber lugar a los mismos, con condena de las partes recurrentes al pago de las costas de sus respectivos recursos (art. 1715.3 LEC).

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

FALLAMOS

Que declaramos no haber a los recursos de casación interpuestos por el Procurador D. Antonio María Álvarez-Buylla Ballesteros en representación procesal de la entidad mercantil Philips Ibérica, S.A.E. y por el Procurador D. Fernando Rodríguez-Jurado Saro en representación procesal de la también compañía mercantil Comercial de Electrodomésticos de Galicia, S.L. --COEGA-- contra la Sentencia dictada por la Sección Tercera de la Audiencia Provincial de La Coruña el 15 May. 1997, en el Rollo 621/1995, dimanante de los autos de juicio de menor cuantía núm. 537/1994 del Juzgado de 1.^a Instancia núm. 7 de la propia Capital, y condenamos a los recurrentes al pago de las costas causadas en sus respectivos recursos. 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 nuestra sentencia, de la que se insertará en la colección legislativa pasándose al efecto las copias necesarias, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

- Clemente Auger Liñán. Teófilo Ortega Torres. Jesús Corbal Fernández. Rubricados.

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.

