

Roj: STS 1236/2011
Id Cendoj: 28079110012011100118
Órgano: Tribunal Supremo. Sala de lo Civil
Sede: Madrid
Sección: 1
Nº de Recurso: 1463/2007
Nº de Resolución: 130/2011
Procedimiento: CIVIL
Ponente: RAFAEL GIMENO-BAYON COBOS
Tipo de Resolución: Sentencia

Resumen:

RESOLUCIÓN CONTRATO DISTRIBUCIÓN: INDEMNIZACIÓN POR FALTA DE PREAVISO Y POR CLIENTELA

SENTENCIA

En la Villa de Madrid, a quince de Marzo de dos mil once.

La Sala Primera del Tribunal Supremo, constituida por los Magistrados indicados al margen, ha visto el recurso extraordinario por infracción procesal y el recurso de casación interpuestos por entidades " MAGSOR , S. A." Y " MAGSOR POSTVENTA, S. L., contra la sentencia dictada por la Sección doce de la Audiencia Provincial de Madrid con fecha 16 de mayo de 2007 en el rollo de apelación 30/2006 dimanante de los autos de juicio ordinario 581/2004, del Juzgado de Primera Instancia número cinco de Coslada.

Ha comparecido ante esta Sala en calidad de parte recurrente Magsor , S. A." y " Magsor Postventa, S. L.", representadas ante esta Sala por el Procurador de los Tribunales don Antonio Ramón Rueda López.

En calidad de parte recurrida ha comparecido "CNH Maquinaria Spain, S. A representada ante esta Sala por el Procurador de los Tribunales don Victorio Venturini Medina.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO: LA DEMANDA Y SU ADMISIÓN A TRÁMITE

1. El Procurador don Antonio Ramón Rueda López, en nombre y representación de MAGSOR , SA y MAGSOR POST-VENTA, SL, interpuso demanda contra CNH MAQUINARIA SPAIN, SA.

2. En la demanda se contiene el siguiente suplico:

AL JUZGADO SUPLICO , que teniendo por presentado este escrito junto con los documentos que se acompañan y copias de todo ello lo admita, tenga por interpuesta en tiempo y forma DEMANDA de Juicio Ordinario contra "CNH MAQUINARA SPAIN, S.A." y tras los trámites legales oportunos, estimando la presente demanda, dicte sentencia por la que se declare la resolución contractual por incumplimiento de la contraparte, con efectos del 8 de junio de 2004 y condene a "CNH MAQUINARIA SPAIN, S.A." a indemnizar a mis representadas en importe de 1.617.569,40# (UN MILLON SEISCIENTOS DIECISIETE MIL QUINIENOS SESENTA Y NUEVE EUROS CON CUARENTA CÉNTIMOS más la cantidad correspondiente a existencias que en ejecución de sentencia se determine todo ello conforme al detalle que obra al hecho décimo de esta demanda, con obligación de pagar, además, los intereses legales procedentes e imposición de costas y cuanto, además, en Derecho proceda y sea menester.

3. La demanda fue repartida al Juzgado de Primera Instancia número 5 de Coslada que la admitió a trámite, siguiéndose los trámites con el número 581 /2004 de autos de juicio ordinario.

SEGUNDO: LA CONTESTACIÓN

4. En los expresados autos compareció CNH MAQUINARIA SPAIN, SA representada por el Procurador de los Tribunales don Victorio Venturini Medina que se opuso a la demanda y suplicó al Juzgado que dictase sentencia en los siguientes términos:

SUPLICO AL JUZGADO, que teniendo por presentado este escrito con los documentos acompañados, lo admita me tenga por comparecido en nombre y representación de la parte demandada, y en su virtud tenga por formulada CONTESTACIÓN Y OPOSICION A LA DEMANDA y tras los trámites oportunos dicte sentencia por la que, desestime íntegramente la demanda, con absolución de mi mandante respecto de las peticiones que se le dirigen e imponga a las partes demandantes el pago de las costas causadas y que se causen en la tramitación del presente procedimiento.

TERCERO: LA SENTENCIA DE LA PRIMERA INSTANCIA

5. En los expresados autos recayó sentencia el día seis de mayo de dos mil cinco, cuya parte dispositiva es como sigue:

FALLO: Que estimando la demanda formulada por el Procurador de los Tribunales D. José María García García, en nombre y representación de MAGSOR , SA y MAGSOR POST VENTA, SL, contra CNH MAQUINARIA SPAIN SA; debo declarar y declaro resuelto el contrato de distribución que vinculaba a las partes litigantes. Y debo condenar y condeno a la demandada a indemnizar a las actoras en la cantidad reclamada de 1.617.569,40 euros (de conformidad con el informe pericial de d. Pedro y D. Carlos) y a recomprar las máquinas usadas y admitirlas como parte del precio y repuestos que aparezcan en stock de las demandadas desde el 8 de junio del 2004 por su valor ponderado de adquisición, y con expresa imposición de las costas de este procedimiento a la parte demandada.

Contra esta Sentencia cabe interponer recurso de apelación ante este Juzgado en el plazo de cinco días para ante la Ilustrísima Audiencia Provincial de Madrid.

Así por esta mi Sentencia, juzgando definitivamente en esta instancia, de la que se llevará testimonio a los Autos de su razón, lo pronuncio, mando y firmo.

CUARTO: LA SENTENCIA DE APELACIÓN

6. Interpuesto recurso de apelación contra la anterior resolución por la representación de CNH MAQUINARIA SPAIN, SA, y seguidos los trámites ante la Sección 12ª de la Audiencia Provincial de Madrid con el número de rollo de Apelación número 30/2006 , el día dieciséis de mayo de dos mil siete recayó sentencia cuya parte dispositiva es como sigue:

FALLAMOS: Que ESTIMANDO PARCIALMENTE el recurso de apelación mantenido en esta instancia por el Procurador D. Victorio Venturini Medina en nombre y representación de CNH MAQUINARIA SPAIN SA frente a MAGSOR POSTVENTA SA representadas por el Procurador D. Antonio Ramón Rueda López, y contra la sentencia dictada por la Ilma. Sra. Magistrada-Juez de Primera Instancia del NÚM. 5 de los de Coslada con fecha 6 de mayo de 2005 en los autos a que el presente Rollo de contrae, REVOCAMOS dicha resolución y ADMITIENDO EN PARTE LA DEMANDA interpuesta por MAGSOR SA Y MAGSOR POSTVENTA SA, CONDENAMOS a CNH MAQUINARIA SPAIN SA a que le pague, a la primera de ellas, la cantidad de CIENTO OCHENTA Y CINCO MIL NOVECIENTOS CINCUENTA Y SEIS EUROS CON CINCUENTA Y CINCO CÉNTIMOS (185.956,55 Euros), y, a la segunda, la cantidad de CIENTO CUARENTA Y NUEVE MIL SEISCIENTOS OCHENTA Y CINCO EUROS CON OCHENTA Y CINCO CÉNTIMOS (149.685,85 Euros.), con sus intereses legales desde la interpelación judicial y sin hacer expresa imposición de las costas devengadas en las dos instancias.

Devuélvanse los autos originales al Juzgado de procedencia, acompañados de certificación literal de esta resolución para su cumplimiento y ejecución.

QUINTO: LOS RECURSOS

7. Contra la expresada sentencia dictada en grado de apelación por la Sección 12ª de la Audiencia Provincial de Madrid, el Procurador de los Tribunales don Antonio Ramón Rueda López, en nombre y representación de las mercantiles MAGSOR, S.A y MAGSOR POSTVENTA, S.L., interpuso:

1) Recurso extraordinario por infracción procesal con apoyo en los siguientes motivos:

Primero: Infracción del principio de justicia rogada recogido en el *artículo 216 de la Ley de Enjuiciamiento Civil*.

Segundo: Infracción del requisito relativo a la congruencia de las sentencias, exigido por el *artículo 218 de la Ley de Enjuiciamiento Civil*.

2) Recurso de casación con apoyo en los siguientes motivos:

Primero: Infracción del *artículo 57 del Código de Comercio*, en relación con los *artículos 7 y 1258 del Código Civil*.

Segundo: Infracción del *artículo 7.2 del Código Civil*.

Tercero: Infracción del *artículo 1.124 del Código Civil*.

Cuarto: Infracción del *artículo 1.101 del Código Civil*.

Quinto: Infracción de los *artículos 1.106 y 1.107 del Código Civil*.

SEXTO: ADMISIÓN DE LOS RECURSOS Y OPOSICIÓN

8. Personada la recurrente ante esta Sala Primera del Tribunal Supremo bajo la representación del Procurador don Antonio Ramón Rueda López, el día veintiuno de abril de dos mil nueve, la Sala dictó auto del tenor literal siguiente:

LA SALA ACUERDA: ADMITIR LOS RECURSOS DE CASACIÓN Y EXTRAORDINARIO POR INFRACCIÓN PROCESAL interpuestos por la representación procesal de las entidades " Magsor , S. A." y " Magsor Postventa, S. L." contra la Sentencia dictada, con fecha 16 de mayo de 2007, por la Audiencia Provincial de Madrid (Sección 12ª) en el rollo de apelación 30/2006 dimanante de los autos de juicio ordinario 581/2004, del Juzgado de Primera Instancia N.º 5 de Coslada.

Entréguese copia del escrito de interposición de los recursos formalizados a la parte recurrida personada ante esta Sala, "CNH Maquinaria Spain, S. A.", para que formalice su oposición por escrito en el plazo de veinte días, durante los cuales estarán de manifiesto las actuaciones en la Secretaría.

9. Dado traslado de los recursos, el Procurador don Victorio Venturini Medina, en nombre y representación de la mercantil CNH MAQUINARIA, S.A., presentó escrito de impugnación de los recursos formulados de contrario.

SÉPTIMO: SEÑALAMIENTO

10. No habiéndose solicitado por todas las partes la celebración de vista pública, se señaló para votación y fallo el día dieciséis

de febrero de dos mil once en que ha tenido lugar.

Ha sido Ponente el Magistrado Excmo. Sr. D. Rafael Gimeno-Bayon Cobos, Magistrado de Sala

FUNDAMENTOS DE DERECHO

NOTA PREVIA: Las sentencias que se citan son de esta Sala Primera del Tribunal Supremo si no se indica lo contrario.

PRIMERO: ANTECEDENTES

1. Datos previos

11. Los hechos que en correcta técnica se declaran probados por la sentencia recurrida, integrados en lo menester, son los siguientes:

1) En el año 1993 la sociedad demandante MAGSOR, SA concertó en calidad de distribuidora la distribución en la Comunidad Valenciana de las retroexcavadoras de ruedas y cadenas, así como palas

cargadoras y moto niveladoras marca O&K de la empresa alemana O&K OREINSTEIN & KOPPEL SA, rigiendo desde el 26 de junio de 2001 ciertos cambios introducidos por esta última a fin de contar con "distribuidores de línea completa"

2) La sociedad MAGSOR POST-VENTA, SL, sociedad unipersonal íntegramente participada por MAGSOR, SA, desde 2002 desarrolla el servicio postventa de la maquinaria comercializada por esta.

2. Los hechos litigiosos

12. Los hechos que desembocan en el litigio son los siguientes:

1) Con fecha 2 de septiembre de 2002 O&K OREINSTEIN & KOPPEL SA otorgó escritura de fusión con CNH MAQUINARIA SPAIN SA, integrada en el grupo CNH, fabricante mundial de cosechadoras y tractores agrícolas que se comercializan con las marcas Case IH, New Holland, y Steyr, y maquinaria para obras públicas y construcción de las marcas Case, Fiat Kobelko, New Holland, y también O&K.

2) El 8 de junio de 2004 O&K OREINSTEIN & KOPPEL SA comunicó a MAGSOR, SA las nuevas condiciones de pago de los productos O&K a fin de proceder a una "uniformidad de políticas comerciales del grupo CNH".

3) Ante el mantenimiento por O&K OREINSTEIN & KOPPEL SA de las nuevas condiciones pese a la advertencia por MAGSOR, SA de que implicaban la completa y absoluta imposibilidad de continuar la relación contractual, esta última procedió a comunicar por vía notarial la resolución del contrato con efectos de 8 de junio, siendo recibida la comunicación por O&K OREINSTEIN & KOPPEL SA el 29 de septiembre de 2004 .

2. Posición de las partes

13. Las compañías MAGSOR, SA y MAGSOR POST-VENTA, SL, en síntesis, interesaron que se declarase la resolución del contrato y que se condenase a CNH MAQUINARIA SPAIN SA, a una indemnización de 1.617.569,40 euros en concepto de lucro cesante, aprovechamiento de clientela, gastos de inversiones pendientes de amortizar, importe de las existencias almacenadas, y cantidades abonadas en concepto de despidos de personal encargado de las labores relacionadas con el contrato de distribución.

14. La demandada se opuso a la demanda y en los términos transcritos en el antecedente de hecho segundo de la presente sentencia solicitó la desestimación de la demanda.

3. Las sentencias de instancia

15. La sentencia de la primera instancia, perfectamente sistematizada por la de apelación:

1) Calificó la relación entre las partes como un contrato atípico de distribución, de tracto sucesivo y de duración indefinida como al que le eran aplicables las disposiciones generales de los contratos mercantiles;

2) Concluyó que, si bien no puede apreciarse jurídicamente un incumplimiento del contrato de distribución por la concedente, hubo una resolución por modificación unilateral y relevante de las condiciones contractuales por parte de la concedente sin preaviso suficiente, que no fueron aceptadas por la concesionaria.

3) Entendió procedente la estimación de la demanda de acuerdo con los principios de buena fe que rigen la contratación mercantil, aplicando por analogía las normas que regulan el contrato de agencia.

16. La sentencia de apelación:

1) Rechazó la razonabilidad de los términos en los que se modificaron las condiciones del contrato por la concedente y entendió justificado el desistimiento del concesionario.

2) Estimó que la comunicación de las nuevas condiciones con menos de un mes de anticipación a la puesta en práctica de la nueva política comercial vulneraba la exigencia de un prudente preaviso que debía dar lugar a una indemnización en el supuesto de que causase daños y perjuicios.

3) Fijó la indemnización procedente en el "margen de contribución media anual" correspondiente a un año.

4. Los recursos

17. Las demandantes MAGSOR, SA y MAGSOR POST-VENTA, SL interpusieron contra la expresada sentencia los recursos extraordinario por infracción procesal y de casación que seguidamente examinaremos.

SEGUNDO: PRIMER Y SEGUNDO MOTIVOS DEL RECURSO POR INFRACCIÓN PROCESAL

18. Dado que los dos motivos del recurso extraordinario por infracción procesal responden a la misma idea examinaremos ambos conjuntamente.

1. Enunciado y desarrollo del recurso extraordinario por infracción procesal

19. El primero de los motivos del recurso extraordinario por infracción procesal se enuncia en los siguientes términos:

INFRACCIÓN DEL PRINCIPIO DE JUSTICIA ROGADA RECOGIDO EN EL ARTICULO 216 DE LA LEY DE ENJUICIAMIENTO CIVIL , conforme al cual los tribunales deben decidir los asuntos en virtud de las aportaciones de hechos, pruebas y pretensiones de las partes, y con vinculación a los hechos alegados y fijados por ellas.

20. En su desarrollo las recurrentes afirman que la sentencia recurrida vulnera el principio de justicia rogada toda vez que:

1) El juicio se centró en la naturaleza y contenido del contrato que unía a las partes; la resolución contractual por modificación unilateral del contenido del contrato por la demandada; y la consecuente indemnización de daños y perjuicios derivados de la resolución del contrato.

2) La Audiencia Provincial fijó el daño indemnizable no en el dimanante de la resolución del contrato, sino en el provocado por la falta de preaviso.

21. El segundo de los motivos del recurso se enuncia en los siguientes términos:

INFRACCIÓN DEL REQUISITO RELATIVO A LA CONGRUENCIA DE LAS SENTENCIAS, EXIGIDO POR EL ARTICULO 218 DEL MISMO CUERPO LEGAL , en el sentido de que las sentencias deberán ser congruentes con las pretensiones de las partes y decidir todos los puntos litigiosos que hayan sido objeto de debate.

22. En su desarrollo las recurrentes sostienen que el juzgador debía limitarse a decidir si las demandantes tenían derecho o no a la indemnización por daños y perjuicios interesados en la demanda a consecuencia de la resolución contractual motivada por la modificación unilateral de las condiciones del contrato de concesión.

2. Valoración de la Sala

23. No le falta algo de razón a las recurrentes toda vez que:

1) El deber de congruencia de las sentencias que impone el *artículo 218 de la Ley de Enjuiciamiento Civil* no solo exige la adecuación de la parte dispositiva de las mismas a las pretensiones de las partes, sino también el respeto a la causa de pedir entendida como fundamento jurídico-fáctico de las peticiones deducidas en el proceso,

2) Esta regla veta dar a quien pide lo que justamente suplica pero por causa diferente cuando puede causar indefensión, de tal forma que incurren en incongruencia tanto las sentencias que se apartan de los hechos esenciales fijados por las partes para justificar lo pretendido, como la que se apoya en fundamentos diversos de los alegados, aunque la solución arbitrada entronque con el deber de conocer el Derecho y juzgar de acuerdo con el mismo que a los Jueces y Tribunales impone el *artículo 1.7 del Código Civil -da mihi factum, dabo tibi ius-*.

3) En la demanda las hoy recurrentes suplicaron la condena de CNH MAQUINARIA SPAIN SA a indemnizar el daño derivado de la resolución del contrato de concesión por importe de 1.617.569,40 # más la cantidad correspondiente a existencias a determinar en ejecución de sentencia *"todo ello conforme al detalle que obra en el hecho décimo de esta demanda"*.

4) En el párrafo tercero del hecho décimo de la demanda, de forma expresa se indica que no se incluyen en la demanda ciertos conceptos, entre ellos *"ni los derivados de lo fulminante de la decisión, sin preaviso alguno que hubiese podido paliar sus efectos"*.

5) Como se ha indicado, la sentencia recurrida fijó la indemnización en los daños derivados de la falta de preaviso.

24. Ahora bien, la sentencia recurrida en los fundamentos séptimo y noveno de la sentencia recurrida fijó las siguientes premisas:

1) El concesionario no tiene derecho a indemnización por el ejercicio correcto por el concedente de la facultad de resolver unilateralmente el contrato de distribución en exclusiva de duración indefinida.

2) La resolución del contrato por el concedente sin un prudente preaviso y sin dar margen de reacción al concesionario, puede ser valorada como un ejercicio abusivo del derecho o como conducta desleal y de mala fe susceptible de generar daños y perjuicios indemnizables.

3) La indemnización derivada del desistimiento sin respetar un plazo de preaviso prudente en modo alguno puede abarcar las todas las consecuencias derivadas el propio daño de la extinción del contrato, sino solo las referibles al ejercicio anómalo de la facultad de desistir.

25. Dicho de otra forma, alternativamente, o se entiende que cuando menos alguno de los daños identificados en el hecho décimo de la demanda se produjeron a raíz de la falta de preaviso suficiente -que, como después veremos, es lo que hace la sentencia y la propia parte en el tercer motivo de casación-, o se llega a la conclusión de que se excluyeron los daños derivados de la insuficiencia del preaviso, en cuyo caso habría que estimar el recurso con la consecuencia de que, en el caso de entender que el único daño susceptible de ser indemnizado es precisamente el derivado de la ausencia de preaviso, procedería a dejar sin efecto la única indemnización concedida a las recurrentes.

TERCERO: PRIMER Y SEGUNDO MOTIVOS DEL RECURSO DE CASACIÓN

1. Enunciado y desarrollo de los motivos

26. El primero de los motivos del recurso de casación se enuncia en los siguientes términos:

Infracción del artículo 57 del Código de Comercio , en relación con los artículos 7 y 1258 del Código Civil , en cuanto establecen que los contratos se ejecutarán y cumplirán de buena fe.

27. En su desarrollo, con remisión a su escrito de impugnación del recurso de apelación, las recurrentes sostienen:

1) Que CNH MAQUINARIA SPAIN SA infringió la buena fe que rige la contratación mercantil al modificar unilateralmente las condiciones de pago sin causa alguna que lo justifique y con un plazo insuficiente para reestructurar su negocio, lo que legitima la recurrente para demandar la cantidad reclamada y concedida en la primera instancia.

2) Que la sentencia recurrida no penaliza ni sanciona la mala fe de la demandada contradiciendo la doctrina expuesta en nuestras sentencias de 21 noviembre 2005 y 16 diciembre 2005 .

28. El segundo de los motivos del recurso de casación se enuncia en los siguientes términos:

Infracción del artículo 7.2 del Código Civil al establecer que el abuso de derecho con daño a terceros , da lugar a la correspondiente indemnización

29. En su desarrollo las recurrentes sostienen que en la modificación unilateral de las condiciones del contrato de distribución sin justa causa implica un abuso del derecho que debe tener lugar en la indemnización de los daños y perjuicios causados a la recurrente.

2. Valoración de la Sala

30. Ambos motivos son totalmente insostenibles ya que la sentencia recurrida en el fundamento séptimo de forma expresa argumenta lo que sigue:

Como establece la STS de 21 noviembre 2005 , resuelto unilateralmente un contrato de distribución en exclusiva de duración indefinida, en principio el concesionario no tiene derecho a ninguna indemnización por el ejercicio correcto por el concedente de su facultad de resolución. Sin embargo, sí la tiene cuando la usa con mala fe o con abuso de derecho.

Es, desde luego, innecesario el preaviso para resolver los contratos de duración indefinida, pero debe señalarse, como observa la STS de 16 diciembre 2005 , que, si bien ello es así, sin embargo sucede que un ejercicio de la facultad resolutoria de una forma sorpresiva o inopinada, sin un margen de reacción en forma de un prudente preaviso, puede ser valorado como un ejercicio abusivo de derecho, o constitutiva de conducta desleal incurso en la mala fe en el ejercicio de los derechos, que si bien no obsta a la extinción del vínculo, sí debe dar lugar a una indemnización cuando ocasione daños y perjuicios.

En el presente supuesto, y pese a las especiales características del mercado donde se desarrolla la relación comercial, a la vista del documento núm. 22 de la demanda del contenido de las declaraciones testimoniales y del propio interrogatorio, se deduce que la modificación en las condiciones de pago y entrega de los productos, se hizo saber con menos de un mes de anticipación, tiempo evidentemente insuficiente para reestructurar las condiciones jurídico materiales del negocio.

31. Es decir, la sentencia recurrida mantiene que MAGSOR, SA y MAGSOR POST-VENTA, SL no tendrían derecho a indemnización alguna en el caso de que CNH MAQUINARIA SPAIN SA hubiese actuado de buena fe, y si reconoció algún derecho de las demandantes a ser indemnizadas y condenó a la misma a indemnizar a las demandantes, fue precisamente porque entendió que el comportamiento de la concedente vulneró las exigencias de la buena fe y la lealtad contractual.

CUARTO: TERCER, CUARTO Y QUINTO MOTIVOS DEL RECURSO DE CASACIÓN

32. En los motivos tercero, cuarto y quinto del recurso de casación, se denuncia desde diferentes perspectivas que la sentencia recurrida no concede a la recurrente la totalidad de los daños y perjuicios derivados de la resolución del contrato, por lo que trataremos los mismos de forma conjunta.

1. Enunciado y desarrollo de los motivos

33. El tercer motivo del recurso de casación se enuncia en los siguientes términos:

Infracción del artículo 1.124 del Código Civil .

34. En su desarrollo las recurrentes afirman:

1) Que la resolución del contrato a tenor del *artículo 1124 del Código Civil* lleva aparejado el resarcimiento de daños y perjuicios conforme a lo previsto en los *artículos 1101 y siguientes del propio Código* , que no diferencia entre los derivados de la falta de preaviso y los demás daños y perjuicios.

2) Que todos los daños y perjuicios son perfectamente subsumibles en la falta de preaviso, a cuyo efecto argumenta que de haber sido preavisada con suficiente tiempo:

a) Habría podido llevar a cabo las oportunas acciones comerciales con sus clientes y buscar alternativas tras la resolución para tratar de mantener su clientela.

b) Hubiera tenido tiempo para reestructurar la empresa sin despedir a nadie.

c) Habría podido vender las existencias especialmente los recambios para taller.

3) Que cuando menos deben independizarse las amortizaciones correspondientes al periodo de un año en relación con los gastos e inversiones pendientes de amortizar.

4) Que el lucro cesante debe comprender todo el tiempo necesario para recuperarse económicamente de un inesperado cese en la actividad.

35. El cuarto motivo del recurso casación se enuncia en los siguientes términos:

Infracción del artículo 1.101 del Código Civil en cuanto a la indemnización de daños y perjuicios.

36. En su desarrollo las recurrentes afirman que en el comportamiento de la recurrente CNH MAQUINARIA SPAIN SA debe calificarse como doloso, y, en consecuencia, debe indemnizar todos los daños y perjuicios causados a las mismas.

37. El quinto motivo del recurso de casación se enuncia en los siguientes términos:

Infracción de los artículos 1.106 y 1.107 del Código Civil , en cuanto a la integración del daño y de los perjuicios, por inaplicación de los mismos en la sentencia que se recurre.

38. En su desarrollo las recurrentes insisten en que la indemnización de daños y perjuicios prevista en los artículos que cita como infringidos tienen por objeto conseguir la testitudo in integrum o total indemnidad del perjudicado.

2. Valoración de la Sala

2.1. Resolución de la distribución indefinida

39. La decisión de la cuestión así planteada debe partir de las siguientes premisas:

1) En nuestro sistema las partes tienen la facultad de desvincularse unilateralmente de los contratos de duración indefinida y, en concreto, del de distribución de duración indefinida, de acuerdo con sus propios intereses (en este sentido, sentencia 886/2005 de 21 noviembre con cita de las sentencias de 16 de septiembre de 1988 , 16 de febrero de 1990 y 27 de mayo de 1993).

2) Lógica consecuencia de ello, de acuerdo con el clásico argumento *a maiori, ad minus* , es que tanto el empresario concedente como el distribuidor tienen libertad para diseñar sus respectivas políticas comerciales y fijar las condiciones de acuerdo con las cuales están dispuestas a permanecer vinculadas, lo que comporta la facultad de modificar unilateralmente las condiciones de la distribución, bien que, claro está, no podrá imponerlas coactivamente a la contraparte.

3) Cuando las modificaciones del contrato comporten la variación de elementos sustanciales y no sean aceptadas justificadamente por la contraparte provocando su desistimiento, singularmente en aquellos casos en los que las nuevas condiciones son inaceptables por rebasar los límites de la lógica comercial, dan lugar al desistimiento con causa y no permiten desplazar sobre quien desiste las consecuencias de la ruptura del contrato -en este sentido resulta de especial interés la previsión contenida en el *artículo 30.c) de la Ley de contrato de agencia* en la medida en la que en el mismo emerge una situación idéntica a la planteada, que reconoce derecho de indemnización al agente que hubiese denunciado el contrato "*salvo que la denuncia tuviera como causa circunstancias imputables al empresario*". .

4) Como regla, del desistimiento de la distribución por tiempo indefinido no deriva la obligación de indemnizar, afirmando la sentencia 1199/2003 de 16 diciembre que "*En relación con los contratos de distribución en exclusiva pactados sin plazo de duración o de duración indefinida, como es el que origina este litigio, dice la sentencia de 28 de enero de 2002 que «la reiterada jurisprudencia de esta Sala admite el desistimiento unilateral, siempre con la carga de preavisar con un tiempo razonable a la otra parte la terminación. De lo contrario sería abusivo el ejercicio de esta facultad o no conforme a la buena fe (sentencias, entre otras, de 24 de febrero y 23 de julio de 1993)*".

5) Como sostiene la sentencia 892/2006 de 29 septiembre , tal indemnización está subordinada a que "*se acredite que la falta de preaviso o el escaso margen temporal del mismo causó un daño específico o una agravación que no se habría producido con un plazo prudentemente superior (sentencias de 18 de julio de 2000 , 13 de junio de 2001 , 22 de abril de 2002 , 16 de diciembre de 2003 , 9 de febrero de 2004 , 6 de junio de 2006)*"

40. En conclusión el desistimiento unilateral del contrato de distribución, como regla, no da lugar a indemnización alguna a favor de la otra parte, y en caso de mediar mala fe o abuso en la forma de ejercitar la facultad de desistir la indemnización nada más comprende los eventuales daños y perjuicios provocados por ilícito pero no los derivados del desistimiento, ya que, a la postre, son los contratantes quienes definen la duración, exclusiva, territorio, cuantía de la comisión, plazo de preaviso en su caso, posible indemnización

por clientela, etc. en función de las características del producto o servicio distribuido, tiempo necesario para rentabilizar la inversión y cuantos otros factores que influyen en las decisiones comerciales.

2.2. Indemnización por clientela en los contratos de distribución.

41. También debemos partir de las siguientes premisas:

1) En los casos de desistimiento unilateral en el contrato de distribución hay que estar a lo pactado, por lo que no ha lugar a indemnización alguna al concesionario cuando así se haya previsto en el contrato, afirmándose en la sentencia 88/2010 de 10 de marzo que " *pese al tenor del artículo 3 de la Ley 12/1992 , las partes del contrato de distribución pueden válidamente excluir la compensación por clientela o modularla, como precisó la sentencia de 22 de junio de 2007 , y en la 215/2010 de 13 abril que "La validez del pacto por el que se atribuye a cualquiera de los contratantes la facultad de extinguir unilateralmente una relación contractual del tipo y con la indeterminada duración de la que vinculaba a las sociedades litigantes, sin necesidad de un incumplimiento previo de las obligaciones convenidas y siempre que su ejercicio no resulte extralimitado a la luz del estándar de comportamiento que sanciona el artículo 7 del Código Civil , está admitida por la jurisprudencia - sentencias de 18 de marzo de 2002 , 18 de marzo de 2004 , 27 de noviembre de 2006 , 20 de julio y 4 de diciembre de 2007 , 9 de julio y 23 de diciembre de 2008 y 4 de marzo de 2009 -*

2) En defecto de pacto, si se prueba la concurrencia de los requisitos exigidos por el *artículo 28 de la Ley de contrato de agencia*, como tenemos declarado en la referida sentencia 88/2010, reiterando las de 21 de marzo de 2007 , 28 de abril de 2008, 15 de octubre de 2008 y 4 de marzo de 2009, las diferencias existentes entre los contratos de agencia y distribución, destacadas por la doctrina y la jurisprudencia - el distribuidor compra y revende las mercancías del fabricante por cuenta y en nombre propios, con la ganancia que representa el llamado margen o beneficio comercial, el agente promueve y, en su caso, concluye la venta de los productos del empresario, por cuenta y en nombre del mismo, a cambio de una comisión-, son determinantes de "*la improcedencia de aplicar, de un modo automático, los artículos de la Ley 12/1992 a la liquidación de la relación contractual de distribución, cual si fuera cierta una igualdad jurídica esencial, la cual, como regla, no existe*", afirmándose en la sentencia 378/2010 de 22 de junio que "*la más reciente jurisprudencia de esta Sala rechaza la aplicación mimética o automática del régimen jurídico del contrato de agencia al contrato de distribución incluso para la compensación o indemnización por clientela (por todas STS 15-1-2008 del Pleno, en rec. 4344/00)"*

3) Lo expuesto, como sostiene el acuerdo 3/2005, adoptado por los Magistrados de la Sala Primera del Tribunal Supremo, en Junta General celebrada el día 20 de diciembre de 2005, no es obstáculo para la aplicación de los criterios que emergen en el mismo "*cuando exista identidad de razón, esto es, la creación de clientela y su existencia, generada por quien solicita la, indemnización, que resulte de aprovechamiento para el principal, examinándose en todo caso de quién resulta ser el cliente.*

42. En definitiva el derecho a indemnización por clientela depende de lo expresamente pactado, y en defecto de pacto de la concurrencia de aquellas circunstancias en las que sea procedente aplicando los criterios que emergen en la regulación de la indemnización por clientela en el contrato de agencia.

2.3. Compatibilidad de la indemnización por falta de preaviso y por clientela.

43. Para la aplicación de las reglas expuestas es preciso tener en cuenta que, como sostiene la sentencia 892/2006 de 29 septiembre reiterando la de 9 de febrero de 2006 "*la clientela supone una realidad económica que debe resarcirse por quien se aproveche de su aporte (...) Tal indemnización es distinta de la indemnización que cabe conceder por razón de abuso o mala fe por parte de la concedente en la finalización de la relación establecida*", de tal forma que, en defecto de pacto:

1) Cabe el ejercicio regular de la facultad desistimiento unilateral sin que haya lugar a indemnización alguna por daños y perjuicios derivados de la resolución, pero es posible que concurren circunstancias determinantes del reconocimiento de indemnización por clientela.

2) Nada impide que exista un irregular desistimiento unilateral generador del deber de indemnizar por daños y perjuicios derivados de la irregularidad, pero que no haya lugar a indemnización por clientela.

3) También es posible que proceda la indemnización por ejercicio en forma anómala de la facultad de desistir y, simultáneamente, la indemnización por clientela.

4) Finalmente, cuando se ejercita correctamente la facultad de desistir y no concurren las circunstancias que subyacen en el reconocimiento del derecho de indemnización por clientela, no ha lugar a indemnización alguna.

2.4. La indemnización por clientela en la agencia.

44. Finalmente, a fin de dilucidar si existe derecho a indemnización por clientela en los casos de extinción del contrato de distribución, debe tenerse presente lo que dispone el artículo 28.1 de la Ley de Contrato de Agencia -*Cuando se extinga el contrato de agencia, sea por tiempo determinado o indefinido, el agente que hubiese aportado nuevos clientes al empresario o incrementado sensiblemente las operaciones con la clientela preexistente, tendrá derecho a una indemnización si su actividad anterior puede continuar produciendo ventajas sustanciales al empresario y resulta equitativamente procedente por la existencia de pactos de limitación de competencia, por las comisiones que pierda o por las demás circunstancias que concurran* -, de cuya exégesis; como tenemos declarado en la sentencia 868/2010 de 10 de enero de 2011 , reiterando la 731/2007, de 26 de junio , resulta que es precisa la concurrencia de los siguientes requisitos:

1) La extinción del contrato.

2) La captación por el agente de nuevos clientes o el incremento sensible de las operaciones con la clientela preexistente.

3) La posibilidad razonable de que la actividad del agente (o distribuidor) puede continuar produciendo ventajas sustanciales al empresario.

4) La equidad de reconocer derecho a retribución por clientela.

2.5. Desestimación de los motivos.

45. Partiendo de las anteriores premisas los tres motivos del recurso están abocados al fracaso por las siguientes razones:

1) La sentencia recurrida argumenta el rechazo de aquellos conceptos indemnizatorios demandados por las recurrentes que no derivan de la subrepticia modificación del contrato, razonando correctamente que *"la resolución sin respetar un plazo de preaviso es un ejercicio abusivo, en tanto impide al concesionario tomar las medidas oportunas para la liquidación de la relación jurídica que se extingue. En tal caso, la indemnización debida por el concedente en modo alguno puede abarcar el propio daño de resolución, pues el concesionario debió prever la precariedad de su situación jurídica por la indefinición del plazo de duración"* y que *"El daño por falta de preaviso es el indemnizable, que es completamente distinto del daño de resolución"*.

2) En el recurso las recurrentes afirman la relación directa entre la *"pérdida de la clientela"* (propia del agente) en beneficio del concedente y la falta de preaviso, lo que, especialmente en los supuestos de que el agente no desarrolla exclusivamente la actividad del contrato extinguido, nada tiene que ver con la previsión contenida en el artículo 28 de la Ley de contrato de agencia que no se refiere a la *"pérdida de clientela del agente"*, sino a la adquisición por el "empresario" de clientela captada para él por el agente.

3) La prueba aportada para probar el derecho a indemnización por clientela ignora el criterio fijado por la norma tanto conceptual como temporalmente por el decidido por la parte sin explicación alguna, de tal forma que deja huérfano de prueba el importe medio anual de las remuneraciones percibidas por el agente (léase distribuidor) durante los últimos cinco años, que trata de suplantar por el margen de contribución comercial media sobre dos ejercicios, calculado sobre resultados de la empresa sin deducción de la contribución de los ingresos por tal concepto a gastos fijos.

4) Finalmente, la sentencia recurrida, al fijar la indemnización tiene en cuenta la indemnización por clientela, afirmando que *"la indemnización por lucro cesante, que, como se anticipaba, incluye la pretendida indemnización por clientela, para la distribuidora de maquinaria, sólo puede ser equivalente a lo que pericialmente se informa como "margen de contribución media anual" que asciende a la cantidad de 185.956,55 Euros"*

QUINTO: COSTAS

46. Procede imponer las costas de ambos recursos a las recurrentes de acuerdo con lo previsto en el

artículo 398.1 en relación con el 394.1, ambos de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

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

FALLAMOS

Primero: Desestimamos el recurso extraordinario por infracción procesal interpuesto por MAGSOR, S. A. y MAGSOR POSTVENTA, S. L., representadas ante esta Sala por el Procurador de los Tribunales don ANTONIO RAMÓN RUEDA LÓPEZ, contra la sentencia dictada el día dieciséis de mayo de dos mil siete, por la Sección doce de la Audiencia Provincial de Madrid en el rollo de apelación 30/2006 dimanante de los autos de juicio ordinario 581/2004, del Juzgado de Primera Instancia número 5 de Coslada.

Segundo: Imponemos a las expresadas recurrentes las costas del recurso extraordinario por infracción procesal.

Tercero: Desestimamos el recurso de casación interpuesto por MAGSOR, S. A. y MAGSOR POSTVENTA, S. L., representadas ante esta Sala por el Procurador de los Tribunales don ANTONIO RAMÓN RUEDA LÓPEZ, contra la indicada sentencia dictada el día dieciséis de mayo de dos mil siete, por la Sección doce de la Audiencia Provincial de Madrid en el rollo de apelación 30/2006.

Cuarto: Imponemos a las recurrentes las costas causadas por el recurso casación que desestimamos.

Así por esta nuestra sentencia, que se insertará en la COLECCIÓN LEGISLATIVA pasándose al efecto las copias necesarias, lo pronunciamos, mandamos y firmamos. **Juan Antonio Xiol Rios.- Jose Antonio Seijas Quintana.-Rafael Gimeno-Bayon Cobos.- Roman Garcia Varela.-Firmado y Rubricado** PUBLICACIÓN.- Leída y publicada fue la anterior sentencia por el EXCMO. SR. D. **Rafael Gimeno-Bayon Cobos**, 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.