



Roj: **SAP PO 817/2017 - ECLI: ES:APPO:2017:817**

Id Cendoj: **36038370012017100179**

Órgano: **Audiencia Provincial**

Sede: **Pontevedra**

Sección: **1**

Fecha: **21/04/2017**

Nº de Recurso: **75/2017**

Nº de Resolución: **185/2017**

Procedimiento: **CIVIL**

Ponente: **FRANCISCO JAVIER MENENDEZ ESTEBANEZ**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

**AUD.PROVINCIAL SECCION N. 1**

**PONTEVEDRA**

**SENTENCIA: 00185/2017**

N10250

C/ ROSALIA DE CASTRO NUM. 5

-

Tfno.: 986805108 Fax: 986803962

MC

**N.I.G.** 36038 42 1 2015 0001369

**ROLLO: RPL RECURSO DE APELACION (LECN) 0000075 /2017**

**Juzgado de procedencia:** XDO. PRIMEIRA INSTANCIA N. 3 de PONTEVEDRA

**Procedimiento de origen:** PROCEDIMIENTO ORDINARIO 0000269 /2015

Recurrente: DANIEL ARAUJO MUIÑOS SL

Procurador: JAVIER ALMON CERDEIRA

Abogado: PABLO LOIS CARRERA

Recurrido: ROLSER SA

Procurador: MARIA BELEN ALVAREZ SANCHEZ

Abogado: ISIDRO ROYO DOÑATE

**LA SECCION PRIMERA DE LA AUDIENCIA PROVINCIAL DE PONTEVEDRA, COMPUESTA POR LOS ILMOS  
MAGISTRADOS**

**D. FRANCISCO JAVIER MENÉNDEZ ESTÉBANEZ**

**D. MANUEL ALMENAR BELENGUER**

**Dª MARIA BEGOÑA RODRIGUEZ GONZÁLEZ**

**HA DICTADO**

**EN NOMBRE DEL REY**

**LA SIGUIENTE**

**SENTENCIA NUM.185**



En Pontevedra a veintiuno de abril de dos mil diecisiete.

Visto en grado de apelación ante esta Sección 001 de la Audiencia Provincial de PONTEVEDRA, los autos de procedimiento ordinario núm. 269/15, procedentes del Juzgado de Primera Instancia núm. 3 de Pontevedra, a los que ha correspondido el Rollo núm. 75/17, en los que aparece como parte apelante-demandante: DANIEL ARAUJO MUIÑOS SL, representado por el Procurador D. JAVIER ALMON CERDEIRA, y asistido por el Letrado D. PABLO LOIS CARRERA, y como parte apelado-demandado: ROLSER SA, representado por el Procurador D. MARIA BELEN ALVAREZ SANCHEZ, y asistido por el Letrado D. ISIDRO ROYO DOÑATE, y siendo Ponente el Magistrado Ilmo. Sr. **D. FRANCISCO JAVIER MENÉNDEZ ESTÉBANEZ**, quien expresa el parecer de la Sala.

### ANTECEDENTES DE HECHO

**PRIMERO.-** Por el Juzgado de Primera Instancia núm. 3 de Pontevedra, con fecha 28 julio 2016, se dictó sentencia cuyo fallo textualmente dice:

"DESESTIMAR ÍNTEGRAMENTE la demanda formulada por la Procurador Sr. Almón Cerdeira, en representación de DANIEL ARAUJO MUIÑOS SL, contra la mercantil ROLSER SA, representada por la Procuradora Sr. Álvarez Sánchez, y, absolver a la demandada, la mercantil ROLSER SA de todas las pretensiones formuladas frente a la misma, todo ello con imposición de costas a la parte actora."

**SEGUNDO.-** Notificada dicha resolución a las partes, por Daniel Araujo Muñños SL, se interpuso recurso de apelación, que fue admitido en ambos efectos, por lo que se elevaron las actuaciones a esta Sala para la resolución de este recurso.

**TERCERO.-** En la tramitación de esta instancia se han cumplido todas las prescripciones y términos legales.

### Fundamentos de derecho

**PRIMERO** .- La sentencia de instancia desestima la demanda en que se ejercita acción de reclamación de cantidad fundada en los derechos derivados del contrato de agencia existente entre las partes contendientes.

La sentencia de instancia considera que, iniciada la relación contractual en el año 1983 con Justiniano como agente, se produce una subrogación en su posición contractual en noviembre de 2010 pasando a tener la consideración de agente la sociedad Daniel Araujo Muñños S.L., constituida y gestionada por el propio Justiniano , su esposa y su hijo, permitiendo así al primero proceder a su jubilación con fecha 30 de noviembre de 2010. Esta subrogación implicó una novación subjetiva y también objetiva, pues se cambia la duración del contrato, que es de fecha determinada, sin que en ningún momento considere que se ha convertido en un contrato de duración indefinido, terminando, después de varias ampliaciones o prórrogas, el 31 de diciembre de 2013, y también las partes, según consta en el documento de subrogación del año 2010, al finalizar en nuevo plazo contractual no se deberán nada ni nada tendrán que reclamar, salvo las comisiones devengadas pendientes de cobro y la liquidación de cantidades cobradas por el agente por cuenta de ROSLER S.A..

En conclusión, según la sentencia de instancia, no tratándose de un contrato indefinido, ni habiendo continuado su ejecución por ambas partes después de la fecha de su finalización el 31 de diciembre de 2013, no procede ni la indemnización de daños y perjuicios del art. 29 LCA por no tratarse de un contrato de duración indefinida, y ha prescrito la acción para reclamar la indemnización por clientela del art. 28 LCA . También considera que las comisiones devengadas al finalizar el contrato ya han sido abonadas.

Contra dicha sentencia se interpone recurso de apelación por la parte demandante considerando que el contrato no terminó el 31 de diciembre de 2013 sino que siguió como indefinido con posterioridad a dicha fecha, manteniéndose en vigor la cláusula novena del contrato de agencia inicial del año 1983 sobre tácita renovación, evidenciándose con los actos de ejecución del contrato posteriores al 31 de diciembre de 2013. Es por ello que tampoco puede entenderse prescrita la acción para reclamar la indemnización por clientela, resultando ser otro el *dies a quo* , estimando que dicha parte acredita suficientemente la procedencia de su reclamación por todos los conceptos.

**SEGUNDO** .- Ciertamente, y en esto están de acuerdo las partes, se produjo una subrogación contractual el 24 de noviembre de 2010 pasando a tener la consideración de agente no ya la persona física de Justiniano sino la sociedad Daniel Araujo Muñños S.L., constituida y gestionada por el propio Justiniano , su esposa y su hijo, permitiendo así al primero proceder a su jubilación con fecha 30 de noviembre de 2010, como consta documentalmente.

La subrogación no es otra cosa que la cesión del contrato a un tercero, que queda, como su denominación indica, en la misma posición que ocupaba el anterior contratante, permaneciendo la relación jurídica, que se



le transmite íntegra. Pero no podemos obviar los términos en que se lleva a cabo por expreso acuerdo de las partes, figurando todas las partes implicadas en el documento de 24 de noviembre de 2010. Y, como bien señala la sentencia de instancia, existe una nueva regulación de la duración del contrato que ya no es anual, como señalaba la estipulación novena del contrato de 1983, sino que se establece una concreta fecha de finalización, sin previsión de prórroga tácita. Que además nunca se llega a producir pues de forma expresa se fue ampliando en el tiempo hasta la última fecha acordada poniendo fin a la relación contractual el 31 de diciembre de 2013 tal y como consta en el documento nº 4 aportado con la demanda y fechado el 1 de julio de 2013. Es evidente que la cláusula sobre duración del contrato es novada respecto de la del año 1983, sin que se prevea expresamente ninguna prórroga tácita, entendiéndose que la voluntad contractual es clara y refleja la voluntad de los contratantes ( art. 1281 CC ).

El art. 24.1 LCA establece que el contrato de agencia convenido por tiempo determinado, se extinguirá por cumplimiento del término pactado.

También, como excepción, señala en su párrafo segundo que, *no obstante lo dispuesto en el número anterior, los contratos de agencia por tiempo determinado que continúen siendo ejecutados por ambas partes después de transcurrido el plazo inicialmente previsto, se considerarán transformados en contratos de duración indefinida* .

La sentencia analiza si el contrato de agencia sigue siendo ejecutado con posterioridad por ambas partes para verificar su transformación en contrato de duración indefinida.

Por un lado señalar que la propia parte apelante, a pesar de la interpretación que pretende realizar, era consciente de la terminación y finalización de la relación contractual cuando en febrero de 2014 remite a la demandada escrito fechado el 15 de enero de 2014 reclamando la indemnización por clientela, que solo cabe a la extinción del contrato como recoge el art. 28 LCA .

Por otro lado, y apuntando en la misma dirección, durante el año 2013 reconoce la parte apelante en su interrogatorio que presentó a Ezequias a clientes como el nuevo agente de la demandada, como nuevo director comercial. Lo que además coincide, se utilice el concepto que se considere más oportuno, con la cesación de la demandada en la utilización propiamente de un nuevo contrato de agencia con agente externo, para llevar a cabo la relación con los clientes de forma directa a través de la mencionada persona.

Pero además, teniendo las partes clara la extinción del contrato a 31 de diciembre de 2013, las operaciones realizadas a cabo por la parte actora con posterioridad se reducen ya a pedidos realizados en diciembre de 2013, a gestiones indirectas en que el agente remite al cliente a la entidad demandada, o descuentos a clientes por compras realizadas durante el año 2013, o devolución de mercancía remitida. La conclusión es que solo hay dos operaciones directamente concertadas por el agente, totalmente insuficientes para entender que se trata de operaciones ordinarias que continúan siendo ejecutadas por ambas partes manteniendo así la vigencia del contrato, ahora de duración indefinida. Es más, como señala la parte apelada, el propio art. 13 LCA prevé la conclusión de algunos actos u operaciones una vez terminado el contrato de agencia, a fin de que puedan ser retribuidas evitando la rigurosidad de la norma que impone para devengar el derecho a las comisiones, la vigencia del contrato, pues no es extraño a la práctica contractual que puedan llevarse a cabo algunas operaciones a pesar de estar ya extinguido el contrato. En el caso que nos ocupa, las dos operaciones de intermediación directa como agente se circunscriben a los tres primeros meses tras la extinción, por lo que serían incluibles en el art. 13.1 a) LCA .

En realidad, ni siquiera deberíamos plantearnos tal cuestión cuando en la última prórroga de 1 de julio de 2013 en que se mantiene la vigencia del contrato hasta el 31 de diciembre de 2013 ya se establece con claridad meridiana que, finalizada la prórroga, *quedará extinguido el contrato de agencia* .

En modo alguno puede utilizarse la presunción que recoge el art. 12.2 LCA relativa a que cuando el agente tuviera la exclusiva para una zona geográfica o para un grupo determinado de personas, tendrá derecho a la comisión, siempre que el acto u operación de comercio se concluyan durante la vigencia del contrato de agencia con persona perteneciente a dicha zona o grupo, aunque el acto u operación no hayan sido promovidos ni concluidos por el agente. Y deducir de ahí que todas las operaciones llevadas a cabo en Galicia durante el año 2014 y principios del 2015 fueron realizadas por la parte apelante, pues tal presunción es aplicable para los supuestos de vigencia del contrato, caso que no es el que nos ocupa, como se ha dicho, en el contrato se extinguió el 31 de diciembre de 2013, y con finalidad y espíritu muy diverso al que se pretende, como es la retribución no ya de la labor de promoción o, en su caso, conclusión de concretos actos u operaciones de comercio, sino sobre todo la actividad promocional genérica desarrollada en su área o círculo de influencia en beneficio del empresario por cuya cuenta actúa. Obviamente, tal norma no sirve para presumir que los actos realizados por un empresario en la zona geográfica de un agente por él contratado han sido llevados a afecto por este todos ellos, a fin de considerar que siguen ejecutando el contrato de agencia ambas partes



para entender transformado un contrato por tiempo determinado en contrato de duración indefinida a que se refiere el art. 24.2 LCA .

Lo anteriormente expuesto lleva a confirmar el pronunciamiento desestimatorio en relación a la pretensión de daños y perjuicios fundada en el art. 29 LCA , cuyo presupuesto es la denuncia unilateral de un contrato de duración indefinida.

**TERCERO** .- La indemnización por clientela regulada en el art. 28 LCA necesita de una explicación específica. La sentencia de instancia considera que ha prescrito la acción para su reclamación pero, con carácter previo, debe resolverse si existe o si conserva este derecho la parte apelante.

El documento 2 aportado con la demanda y que recoge la subrogación contractual llevada a cabo el 24 de noviembre de 2010 establece la sucesión en la posición de agente de Justiniano por Daniel Araujo Muiños S.L.. Pero además de tal subrogación contractual establece que la duración del contrato será de dos años y que *finalizado dicho plazo contractual, nada tendrán que reclamarse ambas partes por ningún concepto por la extinción del contrato, a excepción de las comisiones devengadas que estuvieran pendientes de cobro y la liquidación de las cantidades cobradas por el Agente por cuenta de Rolser S.A ..* Idéntico o similar acuerdo se recoge en las prórrogas del año 2012 y 2013 (docs. 3 y 4 aportados con la demanda). Y finalmente, el documento de subrogación de 24 de noviembre de 2010 establece que *En razón de este acuerdo, con la percepción de las comisiones devengadas hasta el 30/noviembre/2010, D. Justiniano se declara saldado y finiquitado respecto de Rolser S.A., a quien nada tendrá ya que reclamarle por ningún concepto .*

La literalidad del documento, que entendemos refleja con claridad la intención de las partes, es intercambiar cualquier derecho económico que pudiera corresponder a Justiniano , salvo comisiones y liquidaciones pendientes, por la prórroga del contrato durante dos años más con una novación subjetiva que resultaba de la conveniencia del propio Sr. Justiniano , ya que así él podía jubilarse y pasar a percibir la correspondiente pensión (con efectos 30 de noviembre de 2010 al folio 229), manteniendo a su vez, durante un periodo de tiempo, la actividad económica a través de una sociedad mercantil con la que tenía evidentes vínculos, en la que participaban también su esposa e hijo. Hemos de señalar que en la situación que se examina no se observa ninguna posición de debilidad contractual del agente que, precisamente, es quien propuso el acuerdo de subrogación que es aceptado por Rolser S.A., según el encabezamiento del documento.

En consecuencia, no es que el Sr. Justiniano renunciara a la indemnización por clientela que pudiera corresponderle, sino que negocia con la misma consiguiendo a cambio, la novación subjetiva en el contrato de agencia y asegurarse una vigencia del contrato al menos durante dos años más. Pacto lícito al amparo de la autonomía de la voluntad que rige en nuestro ordenamiento y que no debe interpretarse como una renuncia que pudiera estar proscrita dado el carácter imperativo de la LCA (art. 3 en relación con el art. 28 LCA ). Debe tenerse en cuenta que la renuncia es la manifestación de voluntad que lleva a cabo el titular de un derecho por cuya virtud hace dejación del mismo sin transmitirlo a otra persona, la abdicación o dejación de un derecho privativo del renunciante, no hay contrato, ni negocio jurídico bilateral sino unilateral, con voluntad abdicativa de un derecho ( STS de 5 de abril de 1997 ). No es el caso.

Por lo tanto, el Sr. Justiniano se desprendió de este concreto derecho económico en la forma expuesta, por lo que mal podía transmitir a su sucesor contractual un derecho que ya no se encuentra en el patrimonio del sucedido. Razonamiento que no puede sorprender a la parte actora cuando ella misma fue parte en el acuerdo de subrogación de 24 de noviembre de 2010, y establece los derechos económicos que le corresponden, sin comprender otros que las comisiones y liquidaciones.

Tal debe entenderse la interrelación entre acuerdo de subrogación con novación subjetiva y extensión del plazo de vigencia del contrato con los derechos económicos que se reconocen las partes que, en términos hipotéticos, la nulidad de alguno de los elementos del acuerdo conllevaría la nulidad del acuerdo en su totalidad, por ser unos causa de los otros, sin posibilidad de integración ni mantenimiento independiente del resto del acuerdo, con los efectos que impondría para tal nulidad el art. 1303 CC de devolución de prestaciones.

**CUARTO** .- Podría en esta situación sostenerse que durante los tres años que ha durado el contrato entre las partes litigantes, la nueva agente ha adquirido el derecho a la indemnización por clientela, pero de la prueba practicada en modo alguno puede concluirse en este sentido.

En palabras de la sentencia del TS de 25 de mayo de 2007 : " *la clientela supone una realidad económica que debe resarcirse por quien se aproveche de su aporte ( Sentencias de 26 de julio de 2000 , 3 de mayo de 2002 ) y se integra por lo aportado y dejado en la esfera de desenvolvimiento del concesionario o agente que va seguida de un disfrute por parte del empresario con la consiguiente pérdida que su desaparición supone para el agente o distribuidor ( Sentencias de 30 de octubre de 2000 , 16 y 23 de diciembre de 2002 ) y la concesión de la indemnización requiere la acreditación del incremento de compradores o usuarios habituales ( Sentencia de 19*



de noviembre de 2003) y no se produce automáticamente o por el simple hecho de la extinción del contrato, pues "requiere una apreciación meramente potencial ( Sentencia de 21 de noviembre de 2005 ) sobre la susceptibilidad de que el empresario continúe disfrutando de la clientela con aprovechamiento económico, lo que se traduce en un pronóstico razonable acerca de un comportamiento que no deja de ser probable por parte de dicha clientela ( Sentencias de 7 de abril de 2003 , 30 de abril y 13 de octubre de 2004 y 23 de junio de 2005 )". A lo que añade la de 23 de junio de 2005 que "no puede presumirse sin más el aserto, incumbiendo el onus probando al agente que lo sostiene ( Sentencias de 26 de julio de 2000 , 31 de octubre de 2001 , 28 de enero , 18 de marzo y 3 de octubre de 2002 , 19 de noviembre de 2003 , 10 de febrero , 26 de abril , 20 de mayo y 30 de noviembre de 2004 , etc".

En particular, sobre la prueba de los requisitos para la procedencia de dicha indemnización, la STS de 4 de enero de 2010 afirma que "... sí tiene razón en cambio la parte recurrente tanto en que los requisitos de la indemnización o compensación por clientela contemplada en el art. 28 de la misma ley tienen carácter cumulativo o acumulativo como en que la prueba de su concurrencia incumbe al agente que reclama la compensación, pues así lo declara la jurisprudencia representada por las sentencias citadas en el motivo y otras posteriores ( SSTS 27-1-03 , 7-4-03 , 13-10-04 , 30-11-04 , 23-6-05 , 15-1-08 y 23-6-08 ), y ni siquiera la parte recurrida lo discute al oponerse a este motivo. Sin embargo también debe puntualizarse que, según esta misma jurisprudencia, el requisito de que la actividad anterior del agente pueda continuar produciendo ventajas sustanciales al empresario no permite imponer al agente la prueba de la efectividad de tales ventajas o del efectivo disfrute por el empresario, después de extinguido el contrato, de los clientes que aportó el agente, pues también cabe un "pronóstico razonable", en contemplación del momento inmediato posterior a la ruptura del vínculo contractual, acerca de cuál será el comportamiento probable de dicha clientela y, por tanto, de si es posible que el empresario continúe disfrutando o favoreciéndose de la misma ( SSTS 13-10-04 y 23-6-05 , esta última con cita de las SSTS 27-1-03 , 7-4-03 y 30-4-04 )."

En el supuesto que nos ocupa no existe prueba de que la demandante, desde el 24 de noviembre de 2010 haya procedido a la aportación de nueva clientela, o incrementado sensiblemente las operaciones con la clientela preexistente, que se presupuestó básico para que nazca el derecho indemnizatorio.

**QUINTO** .- Finalmente, en relación con el adeudo de comisiones, la parte apelante en modo alguno acredita haber llevado a cabo operaciones diferentes de las reconocidas por la parte demandada y que ya han sido correspondientemente abonadas.

No puede decirse que sobre esta cuestión exista vulneración ni de la Directiva 86/653/CEE, ni del art. 15 LCA , pues la parte demandada ha documentado las operaciones respecto de las que la parte apelante devenga comisión. Si la parte apelante no está conforme porque considera que existen otras operaciones que generan su derecho a la comisión correspondiente debe acreditar su existencia, lo que no es el caso.

**SEXTO** .- La desestimación del recurso conlleva la desestimación de la demanda por lo que debe mantenerse el pronunciamiento sobre costas de la primera instancia ( art. 394.1 LEC ), e imponer las costas causadas en esta segunda instancia a la parte apelante ( art. 398.1 LEC ).

Vistos los preceptos citados y demás de necesaria y pertinente aplicación,

## FALLAMOS

Que debemos desestimar y desestimamos el recurso de apelación interpuesto por la representación procesal de DANIEL ARAUJO MUIÑOS S.L. contra la sentencia dictada el 28 de julio de 2016 por el Juzgado de Primera Instancia nº 3 de Pontevedra , en los autos de juicio ordinario nº 269/15, confirmando la misma, con imposición de las costas de esta alzada a la parte apelante.

Así por esta nuestra sentencia, de la que se pondrá testimonio en los autos principales, con inclusión del original en el libro correspondiente, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.