



Roj: **SAP B 8348/2018** - ECLI: **ES:APB:2018:8348**

Id Cendoj: **08019370162018100383**

Órgano: **Audiencia Provincial**

Sede: **Barcelona**

Sección: **16**

Fecha: **20/09/2018**

Nº de Recurso: **354/2018**

Nº de Resolución: **406/2018**

Procedimiento: **Recurso de apelación**

Ponente: **JOSE LUIS VALDIVIESO POLAINO**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Sección nº 16 de la Audiencia Provincial de Barcelona. Civil

Paseo Lluís Companys, 14-16, pl. 2a - Barcelona - C.P.: 08018

TEL.: 934866200

FAX: 934867114

EMAIL:aps16.barcelona@xij.gencat.cat

N.I.G.: 0808942120160008130

Recurso de apelación 354/2018 -C

Materia: Juicio verbal

Órgano de origen:Sección Civil. Juzgado de Primera Instancia e Instrucción nº 4 de Gavà

Procedimiento de origen:Juicio verbal (250.2) (VRB) 517/2016

Parte recurrente/Solicitante: Marino

Procurador/a: Eugeni Teixido Gou

Abogado/a: Josep Guasch Biscarri

Parte recurrida: Avanzalia Energía Comercializadora, S.A.

Procurador/a: Maria Alarge Salvans

Abogado/a: MARIA DEL PRADO FERNANDEZ GOMEZ

SENTENCIA N° 406/2018

Magistrado:

Jose Luis Valdivieso Polaino

Barcelona, 20 de septiembre de 2018

Vistos por mí, Jose Luis Valdivieso Polaino, magistrado de la Sección Decimosexta de la Audiencia Provincial de Barcelona, en grado de apelación, los autos de juicio verbal número 517/2016, seguidos por el Juzgado de Primera Instancia número 4 de Gavà, a instancia de AVANZALIA ENERGIA COMERCIALIZADORA, S.A., representada por la procuradora Dña. María Alarge Salvans y defendida por la abogada Dña. María Prado Fernández, contra D. Marino , representado por el procurador D. Eugenio Teixidó Gou y defendido por el abogado D. Josep Guasch Biscarri, cuyos autos penden ante esta sala en virtud del recurso de apelación interpuesto por el demandado, contra la sentencia dictada por la juez del indicado Juzgado en fecha 27 de noviembre de 2017 .

ANTECEDENTES DE HECHO:



Primero : La parte dispositiva de la sentencia apelada es del tenor literal siguiente: " *Que estimando la demanda formulada por AVANZALIA ENERGÍA COMERCIALIZADORA, SA contra Marino condeno al demandado a abonar al actor la cantidad de 3.821,49 euros más intereses legales previstos en los artículos 5 y 7 de la Ley 3/2004, de 29 de diciembre, por la que se establecen medidas de lucha contra la morosidad en las operaciones comerciales y costas del procedimiento*".

Segundo : Contra dicha sentencia interpuso recurso de apelación la parte demandada mediante escrito motivado, del que se dio traslado a la parte contraria, que lo impugnó, elevándose seguidamente las actuaciones a esta Audiencia Provincial, para la resolución del recurso planteado. El conocimiento y resolución del recurso correspondió al magistrado que suscribe, identificado en el encabezamiento.

Tercero : En el procedimiento se han observado las prescripciones legales.

FUNDAMENTOS DE DERECHO:

Primero : 1. Conforme a lo dispuesto en el artículo 1 de su ley reguladora, número 12/1992, de 27 de mayo, por el contrato de agencia una persona, denominada agente, se obliga frente a otra a promover actos u operaciones de comercio por cuenta ajena.

2. El contrato a que se refiere el proceso establece que el demandado, D. Marino, se comprometía a realizar para la empresa una actividad de comercialización y promoción de suministro eléctrico y otros productos o servicios ofertados por Avanzalia, demandante en el proceso.

Lo que debía hacer el señor Marino era, en resumidas cuentas, buscar clientes para que contratasen el suministro eléctrico con la empresa. O sea promover contratos de suministro entre ésta y los clientes buscados por el demandado. En pago de esa actividad, el señor Marino tenía derecho a percibir un canon por cada cliente de suministro eléctrico que aportase. Es decir, una comisión por cada contrato de suministro que promoviese eficazmente. La cláusula undécima dice que la empresa debía entregar al demandado una relación " *de todos los contratos obtenidos por la intervención de éste*".

Por consiguiente el contrato que celebraron las partes fue un contrato de agencia, porque el demandado se obligó a promover contratos para Avanzalia y el contrato de agencia consiste en eso precisamente.

3. Es obvio que el hecho de que la denominación del contrato fuese otra es completamente irrelevante. Así es en general, pero particularmente en los casos en que el contrato de que se trata está regido por normas imperativas, como ocurre con el contrato de agencia. No puede admitirse, ni por asomo, que dejen de aplicarse las normas imperativas por el hecho de que el contrato reciba un nombre distinto del que le asigna la ley.

4. Las explicaciones que se dan en el fundamento cuarto de la sentencia apelada no son en absoluto convincentes. El contrato participa de la naturaleza del arrendamiento de servicios, aunque no es nada novedoso. Buscaba la expansión productiva de Avanzalia, ciertamente. Pero es que esa es la finalidad de los contratos de agencia. Se hacía mediante la "externalización" de actividades, o sea mediante lo que ha sido siempre el contrato de agencia.

Segundo : De acuerdo con la cláusula undécima, el canon o comisión se devengaba por la celebración del contrato de suministro. Según dice dicha cláusula, el canon debía devengarse por cada cliente de suministro eléctrico aportado, es decir, a la celebración del contrato. A dicho efecto la demandante debía entregar al señor Marino una relación de los contratos obtenidos por su intervención para facturar las operaciones, siendo la empresa la que debía confeccionar las facturas, que formalmente eran expedidas por el agente.

Por tanto, celebrado el contrato y entrado en vigor efectivamente, nacía el derecho del demandado al percibo de su comisión, que se producía mensualmente respecto a todos los contratos formalizados en el mes inmediato anterior.

Tercero : 1. El problema que ha dado lugar al proceso se refiere a la cláusula duodécima del contrato, en la que se regula la retrocesión de las comisiones, bajo el nombre de " *claw-back*".

En dicha cláusula se establecía que los clientes se obligaban a una permanencia mínima de 12 meses. La cancelación del contrato de suministro con anterioridad a dicho plazo, con independencia de su causa, daba lugar a la retrocesión de las cantidades pagadas en concepto de canon. Es decir, el señor Marino estaba obligado, conforme a dicha cláusula, a devolver las cantidades que hubiese percibido por razón de contratos que no estuviesen vigentes de forma efectiva durante un año como mínimo.

Avanzalia ha reclamado en el litigio una cantidad por ese concepto.



2. El demandado ha alegado y alega en el recurso que la cláusula de retrocesión de comisiones es nula, por oponerse a lo establecido en el artículo 17 de la Ley del Contrato de Agencia .

Conforme a dicho precepto el agente perderá el derecho a la comisión si el empresario prueba que la operación concluida por la intermediación del agente no se ejecutó por causas no imputables al empresario. Realizado el acto del que dependía el nacimiento del derecho a la comisión y devengada ésta, el agente solo puede perderla si se prueba que la operación no se ejecutó por causas ajenas al empresario.

La cláusula " *claw-back* " del contrato a que se refiere el litigio no se ajusta a lo establecido en el artículo 17, porque conforme a ella el agente perdía la comisión por la no ejecución del contrato conseguido durante un año, cualquiera que fuese la causa. Es decir, sin exigir que Avanzalia probase que había sido por causas ajenas a ella.

Por consiguiente, puede decirse que, en principio, la cláusula es nula porque se opone a la norma contenida en el artículo 17, que es de carácter imperativo, como toda la ley.

3. La parte demandante ha sostenido que la cuestión de la nulidad debía haber sido planteada mediante reconvencción, conforme se desprende de lo dispuesto en el artículo 408.2 de la Ley de Enjuiciamiento Civil .

La respuesta que se dé a dicha objeción depende de la naturaleza que se atribuya a la invalidez. Si se tratase de una cláusula anulable, por ejemplo por vicio del consentimiento u otra razón semejante, la cuestión debía haberse hecho valer mediante reconvencción. Pero el artículo 408.2 no la exige cuando lo que se alega es la nulidad absoluta de un negocio jurídico. En este caso la cuestión no es de anulabilidad sino de nulidad absoluta o de pleno derecho porque la cláusula de que se trata es contraria a una norma imperativa. Permite retroceder las comisiones sin exigir que Avanzalia demuestre que la no continuación del suministro no fue por su culpa, contra lo que dispone el repetido artículo 17.

No puede, por tanto, aceptarse la objeción de la demandante.

4. Ciertamente, las cosas podrían plantearse de otro modo, por más que Avanzalia no lo haya hecho. Puede pensarse que la comisión, en realidad, no se devengaba hasta el transcurso de un año de suministro efectivo.

Pero del contenido de la cláusula undécima, a que se ha hecho referencia, no se desprende que el devengo de la comisión quedase diferido a un año después de formalizarse el contrato, ni que el devengo inicial fuese provisional o sometido a una condición suspensiva o resolutoria. La cláusula habla de devengo de comisiones y dice que no se computarán a efectos del devengo determinados clientes. Pero no establece que se tratase de algo provisional o a cuenta. El contrato podría haberse redactado en esos términos, o previendo la entrega de una suma inicial y de otra al finalizar el primer año. Sin embargo el contrato establece el devengo y pago inicial del canon, comisión en realidad, y la devolución, posteriormente, en condiciones distintas de las exigidas por la ley.

5. El que cláusulas de este tipo puedan estar más o menos extendidas no es óbice a lo que se lleva dicho.

Me parece muy claro, en primer lugar, que es un contrato de agencia y, en segundo, que la retrocesión de comisiones se regula en el contrato de forma distinta a la que establece la ley. La regulación contractual al respecto es, por tanto, nula. La devolución de comisiones solo podía tener lugar mediante la prueba de que el cese en la relación contractual fue ajeno a toda responsabilidad de la empresa.

Es perfectamente comprensible que esta exigencia legal pueda resultar de difícil cumplimiento, aunque cabe imaginar que en la práctica de las empresas se introduzca la práctica de solicitar al cliente que informe sobre la causa del cese en la relación. En cualquier caso, también puede establecerse en el contrato que la comisión solo se pague al cabo del año o que se pague inicialmente solo una parte y al final del año el resto, para poner a las empresas a resguardo de contrataciones de escasa duración. O también puede pactarse la comisión en función del precio de la energía suministrada durante un período de tiempo determinado.

Cuarto : Por las razones expuestas no puede confirmarse la sentencia apelada. Avanzalia ha exigido a quien era evidentemente su agente la devolución de unas comisiones que habían sido ya devengadas y pagadas, sin observar la exigencia establecida en la norma contenida en el artículo 17 de la Ley del Contrato de Agencia , de índole imperativa.

Desestimándose la demanda, se impondrán a la demandante las costas de la primera instancia, conforme a lo establecido en el artículo 394 de la Ley de Enjuiciamiento Civil y no se hará pronunciamiento en cuanto a las del recurso, al estimarse el mismo.

Vistos los preceptos legales citados,

**FALLO**

Que, estimando el recurso de apelación interpuesto por D. Marino contra la sentencia de fecha 27 de noviembre de 2017, dictada por el Juzgado de Primera Instancia número 4 de Gavà en el asunto mencionado en el encabezamiento, revoco dicha sentencia y, en su lugar, desestimando la demanda, absuelvo a dicho señor de la pretensión formulada frente a él, con imposición a la demandante, AVANZALIA ENERGÍA COMERCIALIZADORA, S.A., de las costas de la primera instancia y sin especial pronunciamiento respecto a las del recurso. Devuélvase el depósito constituido para recurrir.

Devuélvase los autos originales al Juzgado de su procedencia, con testimonio de esta sentencia, para su cumplimiento.

Contra la presente sentencia cabe, en principio, recurso de casación por interés casacional (si el recurso presenta tal interés conforme a la ley) y recurso extraordinario por infracción procesal, éste último si se presentare conjuntamente con el primero. Deberán ser interpuestos, en su caso, ante esta Sección, en el plazo de veinte días, constituyendo el depósito correspondiente. No obstante se advierte que el actual criterio del Tribunal Supremo es que no cabe recurso contra las sentencias dictadas en segunda instancia por un solo magistrado.

Así, por esta mi sentencia, de la que se unirá certificación al rollo, lo pronuncio, mando y firmo.