



Roj: **SAP GI 649/2020 - ECLI: ES:APGI:2020:649**

Id Cendoj: **17079370012020100462**

Órgano: **Audiencia Provincial**

Sede: **Girona**

Sección: **1**

Fecha: **18/05/2020**

Nº de Recurso: **1169/2019**

Nº de Resolución: **511/2020**

Procedimiento: **Recurso de apelación**

Ponente: **FERNANDO FERRERO HIDALGO**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Sección nº 01 Civil de la Audiencia Provincial de Girona (UPSD AP Civil Sec.01)

Plaza Josep Maria Lidón Corbí, 1 - Girona - C.P.: 17001

TEL.: 972942368

FAX: 972942373

EMAIL:upsd.aps1.girona@xij.gencat.cat

N.I.G.: 1707942120168140847

Recurso de apelación 1169/2019 -1

Materia: Apelación civil

Órgano de origen: Juzgado de Primera Instancia nº 5 de Girona

Procedimiento de origen: Procedimiento ordinario 456/2017

Parte recurrente/Solicitante: ESPADRILLES BANYOLES SL

Procurador/a: Mercè Canal Piferrer

Abogado/a: Carlota Paytuyi I Forga

Parte recurrida: Arturo

Procurador/a: Eva Maria Garcia Fernandez

Abogado/a: Javier Martinez Puertas

SENTENCIA N° 511/2020

Magistrados:

Fernando Ferrero Hidalgo Carles Cruz Moratones Nuria Lefort Ruiz de Aguiar

Girona, 18 de mayo de 2020

ANTECEDENTES DE HECHO

Primero. En fecha 8 de octubre de 2019 se han recibido los autos de Procedimiento ordinario 456/2017 remitidos por Juzgado de Primera Instancia nº 5 de Girona a fin de resolver el recurso de apelación interpuesto por la Procuradora MERCÈ CANAL PIFERRER, en nombre y representación de ESPADRILLES BANYOLES SL contra la sentencia de fecha 30 de abril de 2019 y en el que consta como parte apelada la Procuradora EVA MARIA GARCIA FERNANDEZ, en nombre y representación de Arturo .

Segundo. El contenido del fallo de la Sentencia contra la que se ha interpuesto el recurso es el siguiente:



"FALLO Que estimando parcialmente la demanda interpuesta por D. Arturo debo condenar y condeno a Espadrilles Banyoles S.L a pagar a la parte actora las siguientes cantidades:

- 1) 605.285,74 € en concepto de indemnización por clientela.
- 2) 1.126,96 € en concepto de indemnización por falta de cuatro días de preaviso.
- 3) 1.822.405,80 € en concepto de comisiones devengadas y no cobradas. Además, deberá abonar los intereses de las mismas al tipo del interés legal del dinero desde la fecha del emplazamiento en el caso de las cantidades de los números 1) y 2), y al tipo y desde el momento previsto en la Ley 3/2004 en el caso de la cantidad prevista en el número 3).

No se hace imposición de las costas."

Tercero. El recurso se admitió y se tramitó conforme a la normativa procesal para este tipo de recursos.

Se señaló fecha para la celebración de la deliberación, votación y fallo que ha tenido lugar el 19/02/2020.

Cuarto. En la tramitación de este procedimiento se han observado las normas procesales esenciales aplicables al caso.

Se designó ponente al **Magistrado Fernando Ferrero Hidalgo**.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Se aceptan los fundamentos jurídicos de la sentencia recurrida, en cuanto no contradigan los de esta resolución.

SEGUNDO.- Se interpuso recurso de apelación por la parte demandada, ESPADRILLES BANYOLES, S.L., contra la sentencia dictada por el Juzgado de 1ª Instancia nº 5 de Girona de fecha 30 de abril del 2.019, en la que se estimó parcialmente la demanda interpuesta por D. Arturo contra dicha entidad y en la que se ejercitaba, por un lado, el cumplimiento del contrato de agencia, reclamando la cantidad de 1.822.405,80 euros por el concepto de comisiones devengadas y no cobradas y, por otro lado, las indemnizaciones por resolución del contrato consistentes en 1.126,96 en concepto de indemnización por falta de cuatro días de preaviso y 605.2085,74 euros de indemnización por clientela.

La recurrente insiste en la prescripción respecto de las reclamaciones comisiones devengadas y no cobradas, en la improcedencia de esta reclamación y en el incumplimiento del agente que justificaría la resolución del contrato. También impugna la fijación de la indemnización fijada por clientela.

TERCERO.- Sobre la resolución del contrato de agencia.

Por razones sistemáticas, lógico es analizar si la resolución del contrato de agencia por parte del empresario, ESPADRILLES BANYOLES, S.L., está o no fundado en un incumplimiento contractual por parte del agente, pues si así fuera carecería de sentido analizar o no la procedencia de la indemnización por clientela, pues el derecho de indemnización es inexistente por incumplimiento de las obligaciones legales o contractuales establecidas.

En la carta de resolución del contrato de 14 de enero del 2.016 se justificaba la resolución en el "*hecho que la facturación en territorio italiano ha descendido considerablemente en los últimos años. En particular, desde la firma del contrato de agencia objeto de la resolución, la facturación se ha visto reducida a más de la mitad*".

Frente a la resolución, el Sr. Arturo no se apuso a la finalización del contrato, pero justificó la causa del descenso de la facturación en una serie de circunstancias imputables al empresario, por lo que reclamó su derecho a percibir la indemnización. Misiva que fue contestada por demanda insistiendo en que la resolución se basaba en la violación del contrato por lo que se niega el derecho a la indemnización, pero no concreta que pacto del contrato fue incumplido. En la carta de 11 de abril se concreta algo más las causas de incumplimiento indicando que "*entendemos que dicho descenso se ha debido a una falta de proactividad por parte del agente y a una falta de desplazamientos a las distintas ciudades de Italia*". Y en la carta de 1 de junio del 2.016 transcribe una serie de cláusulas de contrato, reproduce lo que ya se había indicado y añade que un agente con exclusividad tiene el deber de vender, de incrementar las ventas, de ampliar los puntos de venta en el territorio, que la exclusividad conlleva privilegios y que las obligaciones se han incumplido de forma flagrante, citando a continuación las conclusiones del auditor Sr. Guillermo sobre ventas, clientes y ciudades.

Examinado el contrato de 15 de julio del 2.012, aparte de las obligaciones estipuladas en el ámbito geográfico del contrato, se estipuló en la cláusula 9ª, b) que el agente debería mantener informado en todo momento al poderdante del estado del mercado, del conocimiento de la clientela y de las iniciativas de la competencia, así como elaborar informes periódicos que debía remitir al poderdante sobre la situación del mercado o sobre



la información comercial que éste le requiera. Emplearía todas las atenciones profesionales requeridas para poder transmitir todo tipo de información necesaria sobre la solvencia de los compradores.

En la cláusula 9ª, e) se añade que debe desarrollar su actividad con arreglo a las instrucciones recibidas del poderdante siempre que no afecten a su independencia.

En la cláusula 9ª, i) se estipuló la obligación de estar ambas partes en contacto frecuente.

Pocas más obligaciones se estipularon con relación a las causas de incumplimiento alegadas y en la 15ª, al regular la extinción, se estipuló como causa de extinción sin previo aviso que se hubiera incumplido, total o parcialmente, las obligaciones legal o contractualmente establecidas y el incumplimiento sea tan importante que no consienta la continuación del contrato dentro de un clima de confianza recíproca.

Ninguna obligación se estipuló sobre el número de ventas, visitas a clientes, aumento de clientela, etc. Por lo tanto, no puede sustentarse si más que la pérdida de clientela sea causa de un incumplimiento contractual.

Resulta ilógico, en principio, pensar que el agente de forma deliberada o con imprudencia grave provoque el descenso de ventas, cuando su remuneración o sus comisiones dependen de las ventas realizadas.

La recurrente realiza un relato con referencia a una serie de documentos, especialmente, de correos electrónicos en los que se suscita la cuestión del descenso de ventas. Insistiendo en lo anterior, el descenso de ventas no genera por sí incumplimiento, ni siquiera, aunque tal descenso sea imputable al agente por realizar una política de gestión incorrecta desde un punto de vista empresarial. Es decir, no basta con imputar al agente un descenso de ventas por una gestión empresarial incorrecta, sino que se le debe imputar, la de haber actuado deslealmente y en contra de la buena fe. El agente debe actuar con la diligencia de un ordenado empresario promocionando los productos del empresario y debe seguir una serie de instrucciones razonables, pero mantiene su autonomía, como se indicó en el contrato y se establece en el artículo 9 de la Ley de Contrato de Agencia.

Examinados los correos electrónicos a los que se refiere el recurrente (documentos 24 y 25 de la contestación), no se desprende de los mismos que se le den instrucciones razonables al agente que deban ser cumplidas y no afecten a su autonomía. Solamente hay quejas del descenso de clientes y propuestas de reuniones para valorar tal circunstancia, a cuyas reuniones en ningún momento el Sr. Arturo se niega a celebrar. Al contrario, a la vista de los correos aportados con la demanda no se desprende ninguna negativa relevante que implique una falta de deslealtad al empresario o una actuación contraria a la buena fe. Simplemente se aprecian discrepancias en la gestión del negocio, explicando el Sr. Arturo en su e-mail de 19 de diciembre del 2013 de una forma razonable, aunque pueda ser discutible, las causas del descenso en las ventas. Y el Sr. Arturo insiste en otras cuestiones atribuibles al empresario, como ocurre con la carta o informe de 25 de febrero del 2015, el de 8 de julio del 2015 o noviembre del 2015. Causas, que como indica el perito Sr. Juan, aparecen en la memoria de la cuentas anuales aprobadas el día 31 de julio del 2016, en las que se indica expresamente que los motivos de disminución de la facturación en un 20,27% se deben básicamente a la voluntad de mejorar el margen obtenido por lo que se ha sacrificado en ventas y a la implantación de un nuevo modelo de distribución logística que ha provocado retrasos en entregas, y a continuación se añade que los riesgos en los resultados de la sociedad deriva de factores exógenos como la situación macroeconómica, la evolución del mercado, los cambios normativos y la incorporación o evolución de sus competidores. Nada se indica sobre incumplimientos del agente.

Que la actora haya perdido la confianza con el agente y haya decidido resolver el contrato, no significa que el agente haya incumplido sus obligaciones legales o contractuales. Y está en su derecho en resolverlo al ser un contrato indefinido y a discrepar de la actuación empresarial del agente, pero deberá indemnizarle por la clientela como así estipula la Ley.

Esta Sala comparte plenamente la valoración que de la prueba realiza la Juzgador de Instancia, en cuanto a la falta de acreditación de un incumplimiento en las obligaciones del agente, especialmente la de actuar lealmente y de buena fe en los intereses del empresario. Y debemos insistir que un descenso en las ventas no supone por sí mismo tal incumplimiento o la negativa a visitar a todos los clientes, y menos aun cuando constan diversos informes del Sr. Arturo sobre las causas que podrían estar influyendo en el descenso de las ventas, imputables al empresario. Correspondía a el empresario demostrar que las visitas a los clientes de forma personal era el instrumento esencial para mantenerlos o aumentar la clientela.

CUARTO.- Sobre la reclamación por comisiones impagadas.

No puede aceptarse que la sentencia asuma, sin más, el informe pericial aportado por la parte actora. La sentencia analiza minuciosamente la prueba practicada, entre ella, la prueba pericial y valora de forma crítica la misma llegando a la conclusión de que existen comisiones que debieron haberse pagado y no lo fueron,



rechazando cantidades incluidas en la pericial, como las comisiones por pedidos no enviados o por ventas no percibidas, o por las ventas en la "outlet Fidenza Village". Y en algunas ocasiones complementa la valoración de la prueba pericial con la testifical como ocurre cuando cita la declaración de la Sra. Adelina para estimar procedente la reclamación de comisiones por las ventas a SAMSUNG FASHION SRL.

Tampoco puede aceptarse que se haya invertido la carga de la prueba. Ciertamente, la carga de la prueba la tiene la actora, pero ha practicado prueba encaminada a demostrar que no se le han pagado parte de las comisiones a las que tenía derecho, solicitando la contabilidad de la demandada y practicando prueba pericial que la interpreta. Que la demandada no esté conforme con dicha prueba no significa que se haya alterado las reglas de la carga de la prueba, simplemente se debe impugnar la sentencia por error en la valoración de la prueba.

Cierto es que en la cláusula cuarta el contrato se indicó que el objeto de la agencia se refería a la totalidad de los productos de calzado fabricados o comercializados bajo la marca "Castañer", excluyéndose cualquier otro producto, incluida la línea de bolsos -salvo lo dispuesto en la cláusula 14ª-, y que podría deducirse que Espadrilles comercializaba otros productos distintos, pero la demandada no ha sido clara en especificar cuáles son dichos productos, salvo los bolsos y materias primas vendidas para otras marcas. Ni siquiera ha concretado a que productos se refiere cuando se trata de colecciones especiales. Desde luego, por el hecho de que se indique que determinados productos son colecciones especiales no quiere decir que no sean productos de calzado de la marca "Castañer" y, por lo tanto, deben quedar sometidos a comisión del agente. Por lo tanto, lo relevante no es que se trate de colecciones especiales, sino que deben ser productos distintos de calzado o si son de calzado que no sean comercializados con tal marca.

Por ello, si a la vista de la facturación analizada por el perito simplemente se indica en las facturas que se trata de colecciones especiales, es claro que ello resulta indiferente, sino que se debería indicar que se trata de productos distintos a calzado, o que siendo de calzado no se han comercializado con la marca "Castañer", y con ello no se invierte la carga de la prueba, pues quien tiene mayor facilidad probatoria para demostrar el producto vendido como colección especial, es decir, calzado que se vende sin la marca Castañer, es la demandada.

Lo mismo podemos decir de la interpretación que debe hacerse del ámbito del contrato, pues, efectivamente se excluye de comisión a las tiendas y franquicias Castañer y a los corners en grandes almacenes o la venta de productos no acabados a otras marcas o prestaciones de servicios, pero si las facturas no son concretas en cuanto a los conceptos, correspondía a la demandada la carga de probar a que conceptos corresponden, por lo facilidad probatoria y estar más próxima a la fuente de la prueba.

Aunque es cierto que en la contestación a la demanda alguna referencia se hizo a las colecciones especiales, hubo poca precisión al respecto, limitándose a decir que por tal deben entenderse las que no se venden como marca Castañer, y que no estarían incluidos zapatos vendidos bajo otra marca (Gucci, por ejemplo) o ventas de materias primas. En el recurso se concreta más lo que son colecciones especiales indicando que las alpargatas comercializadas por otras marcas conocidas (Gucci, Tom Ford, Fendi, Balenciaga, Loro Piana) están compuestas por material producido por Castañer, funcionando como proveedor y que estas marcas como es de notorio conocimiento no comercializa calzado con la marca Castañer.

Al respecto debe indicarse, en primer lugar, que no puede considerarse como un hecho notorio lo que pueda vender o no vender y con que marca las referidas entidades citadas. Desde luego, los Tribunales, como tales, no lo saben ni lo tienen porque conocer. En segundo lugar, sorprende que se califiquen como colecciones especiales materia prima que se vende a empresas para que estas realicen su calzado con su propia marca. No vamos a negar que no pueda ser cierto que Espadrilles venda materia prima a dichas marcas, pero resulta extraño que las califique como "colecciones especiales". Parece obvio entender que por colección especial comprende aquellos productos que no se comercializan habitualmente por la marca y que en determinados momentos sacan un determinado producto con unas características especiales, pero con la misma marca. Carecería de sentido sacar colecciones especiales sin la marca Castañer.

En tercer lugar, no se ha acreditado que Espadrilles fabrique totalmente el calzado que vende a dichas marcas (Gucci, Tom Ford, etc.) y sean éstas las que lo comercialicen con su propia marca. En esencia, lo que se alega es que le vende materia prima (por ejemplo, la suela de la alpargata) y después estas marcas acaban el producto vendiéndolo con su propia marca. Al respecto el perito Sr. Juan tras analizar la documentación indica que ninguna de las facturas de las llamadas "colecciones especiales" identifica en las mismas la venta de materias primas, añadiendo que en las facturas se recogen mercancías concretas (calzado, botas, bolsos) y nunca se reflejan en el concepto las "materias primas".

Y sigue indicando que las facturas consideradas especiales recogen el producto vendido y lo identifica según el modelo señalando claramente en expresión inglesa, francesa o castellano (footwear, chaussures o calzado), incluso concreta el tipo de calzado y la identificación del producto, concluyendo que se trata de



producto terminado y no materia prima. En algunas ocasiones aparece la identificación del producto "bolso". En algunas pocas facturas no aparece el código del producto, pero si se identifican el mismo con el nombre del modelo comercial, muchos de ellos coincidente con los modelos vendidos a través del agente y de productos terminados. Respecto a este razonamiento del perito se argumenta que en el caso de colecciones especiales el precio unitario es más elevado que respecto de los productos comercializados con los clientes del Sr. Arturo . Tal argumento no puede ser compartido, pues debe insistirse que en el contrato no se excluyó de la comisión del agente las colecciones especiales, sino los productos vendidos sin la marca Castañer. Si a distintos compradores les vende el mismo producto con precios distintos no significa sin más que quede excluido de la comisión, debería acreditarse que el producto ha sido comercializado sin la marca Castañer, lo cual no se acredita. También argumenta que se trata de una colección especial porque partiendo del mismo modelo se establecen determinadas modificaciones en atención a la colección concreta, pero ello no puede motivar la exclusión de la comisión del agente, pues lo relevante no es calificar el producto como colección especial, estas si se comercializan con la marca Castañer dan derecho a la comisión.

Y el perito excluye aquellos productos que se identifican como muestras. Argumenta la recurrente que no ha excluido todas las facturas referidas a muestras. Examinadas la relación de facturas debe darse la razón puede, efectivamente, de una forma u otra se identifica que se trata de muestras. Su importe asciende a la cantidad de 34.587,6 euros.

También dice que hay muchos productos incluidos en estas "colecciones especiales que se repiten (modelo exacto) en las facturas de los "clientes Arturo " y realiza una comparación de la impresión de facturas por ventas de uno y de otro, indicando que se trata del mismo modelo o del mismo cliente, siendo incoherente que unas veces se considere como colección especial y otras veces no. Apreciación que compartimos. No existe ninguna cláusula contractual que excluya de la comisión del Sr. Arturo las colecciones especiales. Se excluye cuando no sean vendidos con la marca Castañer, pero si se trata del mismo producto, del mismo modelo, a los mismos clientes, lógico es deducir que se comercializa con la marca Castañer.

A ello debe añadirse que el perito fue preciso en su dictamen al excluir 162 facturas por colecciones especiales por referirse a operaciones realizadas fuera del territorio nacional.

Que en algún extremo el perito se haya equivocado y que debamos dar la razón a la parte recurrente, como hemos hecho con las muestras, no es razón para rechazar su dictamen pericial que está elaborado de una forma precisa y detallada, valorando o no según sus conocimientos contables y económicos que documentos, facturas o declaraciones contables son las que mejor se ajustan a la realidad. Por lo tanto, debe rechazarse los argumentos de la recurrente, salvo en lo que se dirá a continuación.

Ningún argumento convincente se realiza en el recurso, a pesar de su desmesurada extensión, sobre la apreciación concisa que realiza el perito de las facturas emitidas por "colecciones especiales". Se empieza criticando la no valoración de los libros mayores que fueron presentados. Al respecto debe decirse que, efectivamente, los libros mayores no son libros obligatorios y por lo tanto no necesitan ser legalizados, pero, por ello mismo, pueden no corresponderse con la realidad. Pero, el perito no los valora simplemente por tal razón. El perito examina toda la documentación contable que se le ha aportado y razona porque se basa fundamentalmente en una y no en la otra, y no sólo porque no sean libros legalizados, el perito intenta fundamentar su pericial en la documentación mas objetiva y contrastada posible.

Impugnando, mas en concreto, lo que indica el perito la recurrente sostiene que ha analizado todos los elementos de la factura menos aquel que le permite diferenciar según se trate de cliente multimarca o cliente de colección especial, es decir ha obviado el nombre del cliente, insistiendo que determinados clientes no venden con la marca Castañer volviendo a insistir que ello resulta una obviedad y realiza una reseña de facturas que así lo demostrarían, pero ya no dice si realmente es producto acabado o es materia prima.

Como documento nº 1 del recurso acompaña una selección de facturas que demostraría sus argumentos. Veremos a continuación las mismas

En cuanto a las facturas de "Chanel " el detalle del producto consiste en "zapatos con suela de goma o plástico, parte superior textil" y el numero de pares, por lo tanto, productos acabados.

Respecto de "TOD'S" no existe descripción del producto y el modelo lo califica de servicio, aunque si que se vende por número de pares.

En cuanto a "ATWOOD ITALIA" la factura NUM000 no deja de ser extraña pues el modelo es un "servicio" el detalle es "HS CODE", pares 1 y un precio de 13.368,58 sin que nada se explique.

Lo mismo ocurre con la factura NUM001 emitida a cargo de "Balenciaga"



En cuanto a "Calzaturificio Quadrifoglio" o "Luxury Goods Intenationatal" el detalle del producto es "calzado suela de cuero natural, parte superior de piel de mujer" y numero de pares. Ciertamente es que aparece en la factura "Balenciaga", pero lo que se vende son pares de zapatos o calzado acabado.

En cuanto ASHS LTD/ANYA HINDMARCH el detalle del producto "calzado con suela de cuero, pieles de cuero natural para mujer" o "calzado con suela de cuero natural artificial o regenerado".

Lo mismo ocurre con las facturas de "Atwood Italia" o "Fendi", en las que también se incluye "calzado con suela de goma o plástico, parte superior de tela", es decir, producto acabado.

E igualmente con respecto a las facturas de Calzaturificio Stephen. Se indica que respecto de la factura NUM002 la marca "A dries van Noten" aparece en la factura y, efectivamente ello es así, sin embargo, debe hacerse un acto de fe para aceptar que esa es la marca con la que actúa dicha sociedad, pues desde luego, ni el Juzgado ni esta Sala tiene porque conocerlo.

En cuanto a Pelletería Artigiana el detalle del producto es Calzado suela de caucho o plástico y parte superior de piel para hombre y se indica número de pares. Ciertamente es que también aparece en la factura "Tom Ford", pero nuevamente es una manifestación de parte de que comercialice los productos comprados a la demandada con dicha marca.

Lo mismo ocurre con el resto de facturas a cargo de las sociedades que se relacionan en la página 22 del recurso. En la mayoría de ellas se venden calzado terminado, se identifica con el número de pares y aunque en una parte de la factura se pueda reseñar la supuesta marca, ello no significa que se haya vendido materia prima, más bien se trata de productos acabados, no teniendo porqué saber ni el Juzgado ni Sala que este calzado acabado se comercialice con una marca distinta a Castañer.

También se aportan algunas facturas a cargo de dichas empresas por servicios sin ningún detalle y por un precio alzado. Ciertamente es que las facturas NUM003 y NUM003 pueden referirse a materia prima, pero solo identifica dos facturas por unas cantidades mínimas, que no se corresponde con la alegación de que los suministros a todas las referidas empresas lo eran por materias primas o productos no acabados. (380 y 714 euros).

También es cierto es que existen otras facturas que no se excluyen por no especificarse el carácter de servicio y que en realidad se corresponden a muestras, pero al analizar la cuestión sobre muestras ya han sido excluidas.

También deben excluirse las facturas NUM004 y NUM005 pues están emitidas a Espadrilles Italia SRL Unipersonale, quedando excluidas por la cláusula 2ª del contrato, ascendiendo a 24.450 euros.

En cuanto al resto de facturas que se incluyen en colecciones especiales con el concepto de modelo como "servicio", argumenta que el perito no ha tenido en cuenta el tipo de pedido que difieren en las facturas. Al respecto debe decirse que aunque el pedido sea diferente, siguen sin identificarse a que pedido se refiere y el tipo de producto. Solamente la factura NUM006 emitida a cargo de Casimiro se identifica el pedido como bolso + moldes. En todo caso, estaría incluida al ser una factura del 2012 y estar incluida en la cláusula 14 del contrato.

QUINTO.- Sobre comisiones por ventas a ISETAN MITSUKOSHI ITALIA Y SAMSUNG FASHION, SR.L.

De acuerdo con la cláusula 13 la remuneración del agente se fijaba en el 11% del total de la facturación realmente cobrada en el ámbito territorial en que se desarrolle su actividad, dicha remuneración solamente tendría lugar en las ventas realizadas a tiendas multimarca con sede en el territorio fijado, quedando excluidas aquellas que sean realizadas a través de los canales específicos en la cláusula 2.

Según la cláusula 2 quedaban excluidas las tiendas Castañer y las franquicias Castañer, así como los corners situados en los grandes almacenes.

No se discute que ISETAN MITSUKOSHI ITALIA Y SAMSUNG FASHION, S.R.L. son tiendas que se encuentran situadas en Italia y son tiendas multimarcas, por lo tanto, no estaría excluidas de la cláusula 2.

Dichas sociedades realizan su actividad en el territorio de Italia. Que los productos que compran a Espadrilles los envíen después a Japón o a Corea del Sur no implica que el negocio se perfeccionase en otro territorio distinto de la exclusiva. Además, no se acredita (solamente se fotografían en el recurso dos facturas en la que se indica el lugar de entrega) que dichas dos sociedades no tengan tiendas en Italia y que sean meras sociedades cuya función es que se les facture a ellas las ventas realizadas a sus filiales o matrices en Japón o en Corea del Sur.

Pero, además, la recurrente no rebate los argumentos de la sentencia en cuanto a que el perito de la parte demandada incluye a ISETAN MITSUKOSHI ITALIA como cliente vivo a tener en cuenta para determinar la



indemnización por clientela, lista que extrajo de la contabilidad de Espadrilles. Además, de reconocer haber pagado comisiones por ventas realizadas a dicha sociedad, justificándolo en un mero error.

En cuanto SAMSUNG FASHION, SR.L. dice que no se le han pagado comisiones, lo cual no es cierto pues hasta el año 2009 se le estuvieron pagando como declara la sentencia, momento en el que al parecer concertó un contrato de agencia con Samsun Cheil Industries Inc de Corea. A pesar de ello las compras se realizan a través de Samsung Fashion S.R.L. Añade la sentencia, sin que se contradiga en el recurso, que a la vista de la testifical de la Sra. Adelina, directora comercial de Espadrilles, la situación era similar a la de Isetan, esto es, se trataba de grandes almacenes a los que se enviaba el producto comprado a Espadrilles y después se enviaba al Japón o a Corea.

Por lo tanto, se estiman acertadas la valoración que de la prueba realiza la sentencia recurrida y las conclusiones alcanzadas.

SEXTO.- Sobre las comisiones pendientes por ventas de bolsos.

En cuanto a este extremo, aparte de insistir en la prescripción, se alega que quedan excluidas pues son facturas emitidas a ESPADRILLES ITALIA SRL, tratándose de una outlet de Espadrillas y, por lo tanto, excluidas de cualquier comisión conforme al pacto 2.

Examinadas dichas facturas se comprueba que efectivamente la mayoría de ellas están emitidas a cargo de dicha sociedad, sólo alguna no ha podido ser localizada, aquellas que el propio perito Sr. Juan indica en el anexo 17 que la página de impresión no consta.

Por lo tanto, en este extremo el perito no estuvo acertado al incluir en la comisión por vena de bolsos múltiples facturas emitida a una outlet de la demandada.

SÉPTIMO.- Sobre la prescripción

Insiste la recurrente en la prescripción de aquellas comisiones no percibidas con anterioridad al 20 de abril del 2.014.

En esencia argumenta que el inicio de la prescripción de acuerdo con el artículo 121-23 del CCC se produciría cuando el titular de la pretensión conozca o haya podido conocer el fundamento de su reclamación, sosteniendo que de acuerdo artículo 15.2 de la Ley de contrato de agencia el agente tendrá derecho a exigir la exhibición de la contabilidad del empresario en los particulares necesarios para verificar todo lo relativo a las comisiones que le correspondan y en la forma prevenida en el Código de Comercio. Igualmente, tendrá derecho a que se le proporcionen las informaciones de que disponga el empresario y que sean necesarias para verificar su cuantía, por lo que si ello es así, el agente podía haber exigido la exhibición de la contabilidad y haberse percatado del impago de las comisiones.

Al respecto, debe recordarse que el contrato de agencia se basa en esencia en la confianza entre el agente y el empresario, por lo que, aunque es un derecho del agente solicitar la exhibición de los documentos contables necesarios para verificar la comisiones, lo lógico es que no se verifique y que el agente confíe en la buena fe del empresario.

A ello debe añadirse que el precepto sólo exige la exhibición de la contabilidad del empresario **en los particulares necesarios para verificar todo lo relativo a las comisiones que le correspondan**. Es decir, no se permite que el agente pueda acceder a toda la contabilidad, sino sólo a los particulares necesarios, con lo cual el empresario puede ocultar aquellos aspectos de su contabilidad respecto de la cual no hubiera pagado comisiones y debería haberlo hecho. Así, respecto de los supuestos debatidos, si como se ha sostenido por la demandada, el agente no tenía derecho a percibir comisiones por las colecciones especiales y nada se le pagó, en el caso de que se le hubiera exigido la contabilidad a buen seguro no le hubiera facilitado aquellos elementos de la misma que afectara a dichas colecciones especiales.

Y ello se confirma porque si antes de interponer la demanda fue solicitada extraprocesalmente la contabilidad para comprobar, por ejemplo, las ventas realizadas con SAMSUNG FASHION o por ventas de bolsos y no se le facilitó y también se interpusieron medidas preliminares con la misma finalidad, que no fueron admitidas, resulta sorprendente que se alegue que el agente pudo conocer las comisiones no percibidas si hubiera solicitado la contabilidad para comprobar la corrección de las comisiones pagadas.

OCTAVO.- Determinación de la indemnización por clientela.

A parte de que ya se ha resuelto que no existe incumplimiento contractual y que procede condenar al pago de determinadas comisiones no percibidas, los dos principales argumentos para que se rebaje la cantidad fijada en la sentencia son, por un lado, en la improcedente inclusión de comisiones devengadas por las ventas



a clientes perdidos y, por otro lado, se proceda a la moderación del importe de la cuantía de acuerdo con la equidad.

El artículo 28 de la Ley de contrato de agencia establece como criterios en la determinación de la indemnización que el agente hubiese aportado nuevos clientes al empresario o incrementado sensiblemente las operaciones con la clientela preexistente, que su actividad anterior pueda continuar produciendo ventajas sustanciales al empresario y 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.

En el apartado 3 se estipula 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.

El primer argumento no puede ser compartido. De dicho precepto no se desprende en absoluto que en la determinación de la remuneración deban excluirse las comisiones percibidas por clientes perdidos. El precepto se refiere a las comisiones percibidas en los últimos cinco años, sin que se distinga entre clientes existentes en el momento de la resolución del contrato y clientes perdidos.

La pérdida de clientela ya influye en la determinación de la indemnización pues a menores comisiones percibidas, menos importe resultará al fijar el porcentaje de acuerdo con dicho artículo.

La pérdida de clientela podría tenerse en cuenta al valorar si se tiene derecho o no a la retribución, incluso en su determinación, pues como dice dicho artículo en la determinación de la indemnización se tiene en cuenta que hubiese aportado nuevos clientes al empresario o incrementado sensiblemente las operaciones con la clientela preexistente. Es claro que si cuando se inició el contrato existían unos determinados clientes y se han ido perdiendo, existiendo menos de los que había, entonces no existiría el derecho a la indemnización de la clientela. Pero no es el caso pues la relación contractual, según el primer contrato que se aporta, es del año 2004 y se resuelve en el año 2016, es decir la duración ha sido de 12 años. Se ignora si con anterioridad Espadrilles comercializaba sus productos en Italia, pero en todo caso, aunque así fuera lógico es deducir que la mayoría de clientes los ha ido consiguiendo el Sr. Arturo. A la vista de la tabla 2 del primer informe del Sr. Juan, que la parte demanda acepta en esencia, se aprecia una evolución importante desde el inicio del contrato hasta el año 2010, descendiendo paulatinamente el volumen de ventas a partir de 2011. Tenga o no parte de culpa el Sr. Arturo en el descenso de ventas, la conclusión no puede ser otra que los clientes obtenidos los son por la dedicación del Sr. Arturo, que haya perdido clientes resulta indiferente, pues en todo caso eran clientes suyos y los que restan son aprovechados por la demandada como reconoce, pues indica que incluso el nuevo agente ha aumentado la clientela. Lo mismo podemos decir de las operaciones, pero la pérdida de las mismas no deriva de unas preexistentes anteriores al contrato de agencia, sino que se llegaron a un máximo siendo agente el Sr. Arturo y a partir de un año se ha producido un descenso paulatino.

En cuanto a los argumentos sobre la aplicación de la equidad la resolución del contrato le ha producido un importante perjuicio pues dejará de percibir importantes comisiones y dismantelar o modificar toda la estructura económica y laboral de su negocio a fin de adaptarse a la nueva situación.

Cierto es que ha percibido comisiones relevantes durante la relación comercial, pero también Espadrilles ha obtenido importantes beneficios, si analizamos la tabla 2 antes mencionada, resulta que en su momento la actividad del Sr. Arturo produjo importantes operaciones comerciales y, por consiguiente, importantes beneficios económicos para Espadrilles. Que posteriormente haya ido descendido no implica que no siguiera teniendo beneficios, inferiores, pero también las comisiones del Sr. Arturo fueron inferiores.

Podría aceptarse una reducción equitativa de la indemnización si la pérdida de clientela y de ingresos fuera imputable exclusivamente al agente, pero ya vimos que ello no ha quedado suficientemente acreditado.

NOVENO.- Fijación de cantidades

En atención a lo razonado por comisiones devengadas y no pagadas procede condenar a la cantidad de 1.814.586,72 euros.

Por indemnización por clientela la cantidad de 603.721,92 euros.

DÉCIMO.- Sobre los intereses

Señala la sentencia del Tribunal Supremo de 26 de septiembre del 2.012 que " *Esta Sala ha seguido el criterio con arreglo al cual, prescindiendo del alcance dado a la regla "in illiquidis non fit mora", atiende al canon de razonabilidad en la oposición a la reclamación del actor para decidir la procedencia o no de condenar al pago de intereses y para la concreción del "dies a quo" del devengo. Este moderno criterio, según precisan las Sentencias de 16 de noviembre de 2007 - que cita las de 4 de junio de 2006, 9 de febrero, 14 de junio y 2 de julio de*



2007 - y de 19 de mayo de 2008 , entre las más recientes, da mejor respuesta a la naturaleza de la obligación y al justo equilibrio de los intereses en juego, y en definitiva a la plenitud de la tutela judicial, tomando como pautas de la razonabilidad el fundamento de la reclamación, las razones de la oposición, la conducta de la parte demandada en orden a la liquidación y pago de la adeudado, y demás circunstancias concurrentes. Lo decisivo a estos efectos es, pues - como precisa la Sentencia de 20 de febrero de 2008 -, la certeza de la deuda u obligación, aunque se desconozca su cuantía"

A la vista de esta jurisprudencia la sentencia no ha incurrido en infracción alguna pues aunque al interponerse la demanda era desconocida la cuantía que debía pagarse por comisiones devengadas y no pagadas, demostrándose que se devengaron y no pagaron por ocultación del empresario, entra de lleno en los criterios establecidos por dicho Tribunal para condenar al pago de los intereses previstos en la Ley 3/2004

UNDÉCIMO.- Por todo lo dicho, procede estimar el recurso interpuesto y de acuerdo con el artículo 398 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, no procede pronunciamiento sobre las costas de esta alzada.

Vistos los artículos citados y demás de pertinente y general aplicación

FALLAMOS

Que debemos estimar parcialmente el recurso de apelación formulado por ESPADRILLES BANYOLES SL contra la sentencia dictada por el JUZGADO DE 1ª INSTANCIA N° 5 de Girona en los autos de JUICIO de Procedimiento ordinario N° 456/2017, con fecha 30 de abril de 2019.

Debemos REVOCAR parcialmente la misma en el sentido siguiente:

Condenar por comisiones devengadas y no pagadas la cantidad de 1.814.586,72 euros.

Por indemnización por clientela la cantidad de 603.721,92 euros.

Se confirma la sentencia en todo lo demás.

No procede pronunciamiento sobre las costas de esta alzada.

Devuélvase el depósito constituido para recurrir.

De acuerdo con lo dispuesto en la disposición final decimosexta y transitoria tercera de la LEC 1/2000, contra esta sentencia cabe recurso de casación ante el Tribunal Supremo si concurre la causa prevista en el apartado tercero del número 2 del artículo 477 y también podrá interponerse recurso extraordinario por infracción procesal previsto en los artículos 468 y siguientes ante el mismo Tribunal, si concurre alguno de los motivos previstos para esta clase de recurso y se interpone conjuntamente con el recurso de casación.

Lo acordamos y firmamos.

Los **Magistrados**: D. Fernando Ferrero Hidalgo, D. Carles Cruz Moratones y Dña. Nuria Lefort Ruiz de Aguiar.

Los interesados quedan informados de que sus datos personales han sido incorporados al fichero de asuntos de esta Oficina Judicial, donde se conservarán con carácter de confidencial y únicamente para el cumplimiento de la labor que tiene encomendada, bajo la salvaguarda y responsabilidad de la misma, dónde serán tratados con la máxima diligencia.

Quedan informados de que los datos contenidos en estos documentos son reservados o confidenciales, que el uso que pueda hacerse de los mismos debe quedar exclusivamente circunscrito al ámbito del proceso, que queda prohibida su transmisión o comunicación por cualquier medio o procedimiento y que deben ser tratados exclusivamente para los fines propios de la Administración de justicia, sin perjuicio de las responsabilidades civiles y penales que puedan derivarse de un uso ilegítimo de los mismos (Reglamento EU 2016/679 del Parlamento Europeo y del Consejo y Ley Orgánica 3/2018, de 6 de diciembre, de protección de datos personales y garantía de los derechos digitales).