Roj: STS 3627/2016 - ECLI:ES:TS:2016:3627
Id Cendoj: 28079110012016100482
Órgano: Tribunal Supremo. Sala de lo Civil
Sede: Madrid
Sección: 1
Nº de Recurso: 2451/2014
Nº de Resolución: 502/2016
Procedimiento: CIVIL
Ponente: FRANCISCO JAVIER ORDUÑA MORENO
Tipo de Resolución: Sentencia

SENTENCIA

En la Villa de Madrid, a 19 de julio de 2016

Esta sala ha visto los recursos extraordinario por infracción procesal y de casación interpuesto contra la sentencia dictada en recurso de apelación núm. 102/2013 por la Sección 1.ª de la Audiencia Provincial de Vitoria, como consecuencia de autos de juicio ordinario núm. 1719/2009, seguidos ante el Juzgado de Primera Instancia número 2 de Vitoria, cuyo recurso fue interpuesto ante la citada Audiencia por el procurador don Luis Pérez-Ávila Pinedo en nombre y representación de Acoustics, GMBH, compareciendo en esta alzada en su nombre y representación el procurador don Argimiro Vázquez Guillén en calidad de recurrente y la procuradora doña Mercedes Revillo Sánchez en nombre y representación de Ear, S.A., en calidad de recurrido.

Ha sido ponente el Excmo. Sr. D. Francisco Javier Orduña Moreno

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- El procurador don Jorge Venegas García, en nombre y representación de la mercantil Ear, S.A, interpuso demanda de juicio ordinario, asistido del letrado don Pedro Luis Elvira Gómez de Liaño, contra GP Acoustics GmbH y alegando los hechos y fundamentos de derecho que consideró de aplicación, terminó suplicando al Juzgado se dictara sentencia por la que se declare:

«1. Que el contrato de concesión mercantil entre GP Acoustics GmbH y EAR, S.A. ha sido resuelto de forma unilateral por parte de GP Acoustics GmbH, sin mediar incumplimiento alguno por parte de EAR, S.A.

»2. Que por parte de GP Acoustics GmbH se ha vulnerado el citado contrato de concesión mercantil, por insuficiencia manifiesta del periodo de preaviso.

»3. Que la forma y tiempo en que se produjo la resolución unilateral ha causado daños y perjuicios a EAR, S.A que deberán ser objeto de la pertinente indemnización.

»4. Que la demandada deberá estar y pasar por las anteriores declaraciones.

»5. Que la demandada deberá indemnizar a EAR, S.A. en la cantidad total de 2.362.375,18 E, según las bases, conceptos y cuantías a que alude el *hecho séptimo de la presente demanda.*

»6. Que contra el pago de la indemnización por liquidación se Stocks, la demandada deberá retirar de los almacenes de mi representada, a su cargo, las existencias y repuestos de las marcas de la demandada KEF *y* CELESTION a que aluden los documentos n° 61 a 64 de esta demanda .

»7. Que el principal devengará el interés legal desde la fecha de la interpelación judicial hasta el completo pago, conforme al Fundamento Jurídico VI.

»8. Todo ello con expresa imposición de costas a la parte demandada».

SEGUNDO .- El procurador don Luis Pérez-Ávila Pinedo, asistido de las letradas doña Jéssica Brenner y doña Belén Mora Capitán, en nombre y representación de GP Acoustics GMBH, contestó a la demanda y oponiendo los hechos y fundamentos de derecho que consideró de aplicación, terminó suplicando al Juzgado dictase en su día sentencia por la que:

«Desestime íntegramente las pretensiones de la parte actora con expresa imposición de costas a la misma».

TERCERO .- Previos los trámites procesales correspondientes y práctica de la prueba propuesta por las partes y admitida, el ilmo. sr. Magistrado-Juez del Juzgado de Primera Instancia número 2 de Vitoria, dictó sentencia con fecha 23 de octubre de 2012 , cuya parte dispositiva es como sigue:

«ESTIMO EN PARTE la demanda de juicio Ordinario sobre reclamación de cantidad, interpuesta por el Procurador Sr. Venegas en representación de la mercantil "EAR, S.A.", asistida por el Letrado Sr. Elvira, contra la mercantil "GP Acoustics GMBH", representada por el Procurador Sr. Pérez-Ávila y asistida por la Letrado Sra. Brenner, y en consecuencia,

»CONDENO a la mercantil "GP Acoustics GMBH", al abono a la mercantil "EAR, S.A.", de la cantidad de 467.549,40 euros, más el interés legal de la citada cantidad desde el pasado 23 de noviembre de 2009 hasta la fecha de la presente resolución, sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 576 de la Lec , si fuera necesaria la ejecución de Sentencia.

»ABSUELVO a la demandada del resto de pedimentos formulados en su contra.

»Todo ello, sin especial pronunciamiento en costas».

CUARTO .- Interpuesto recurso de apelación por la representación procesal de GP Acoustics GMBH, la Sección 1.ª de la Audiencia Provincial de Álava, dictó sentencia con fecha 30 de junio de 2014 , cuya parte dispositiva es como sigue:

«1.- DESESTIMAR el recurso de apelación formulado por el Procurador de los Tribunales D. LUIS PÉREZ-ÁVILA PINEDO, en nombre y representación de GP ACOUSTICS GMBH, frente a la sentencia de 23 de octubre de 2012 dictada en los autos de juicio ordinario n° 1719/2009 por el Juzgado de 1.ª Instancia n. ° 2 de Vitoria-Gasteiz.

»2.- ESTIMAR en parte la impugnación de sentencia formulada por el Procurador de los Tribunales D. JORGE FERNANDO VENEGAS GARCÍA, en nombre y representación de EAR S.A. frente a la mencionada sentencia.

»3.- REVOCAR en parte la mencionada sentencia, y en su lugar, estimar en parte la demanda formulada por el Procuradora de los Tribunales D. LUIS PÉREZ- ÁVILA PINEDO, en nombre y representación de EAR S.A...y condenar a GP ACOUSTICS GMBH a:

»2.1.- Abonar a EAR S.A. la cantidad de 605.179,67 E.

»2.2.- Abonar a GP ACOUSTICS GMBH interés legal de 605.179,67 e desde el 23 de noviembre de 2009 hasta el 23 de octubre de 2012.

»2.3.- Abonar a GP ACOUSTICS GMBH interés legal elevado en dos puntos de la cantidad que resulte de sumar los dos conceptos anteriores, desde el 23 de octubre de 2012 hasta la completa satisfacción del demandante.

»2.4.- No hacer condena a las costas del procedimiento en primera instancia.

»4.- DECRETAR la restitución para el apelante del depósito consignado para recurrir.

»5.- CONDENAR al recurrente al pago de las costas del recurso de apelación.

»6.- NO HACER CONDENA de las costas de la impugnación de la sentencia».

QUINTO .- Contra la expresada sentencia interpuso recursos extraordinario por infracción procesal y de casación la representación procesal de GP Acoustics GMBH. El recurso extraordinario por infracción procesal, lo argumentó con apoyo en los siguientes motivos: Primero.- Artículo 469.1.4.º LEC . Segundo.- Artículo 469.1 LEC . Tercero.- Artículo 469.1.2.º LEC .

El recurso de casación lo argumentó en los siguientes motivos: Primero.- Infracción del artículo 7 del Código Civil en relación del artículo 1258 CC . y 57 del Código de Comercio . Segundo.- Infracción de los artículos 1101 y 1106 del Código Civil .

SEXTO.- Remitidas las actuaciones a la **Sala de lo Civil** del Tribunal Supremo, por auto de fecha 16 de marzo de 2016 se acordó no admitir el recurso extraordinario por infracción procesal interpuesto, admitiéndose el recurso de casación y dar traslado a la parte recurrida para que formalizaran su oposición en el plazo de

FONDO DOCUMENTAL CENDOJ

veinte días. Evacuado el traslado conferido, la procuradora doña Mercedes Revillo Sánchez, en nombre y representación de GP Acoustics GMBH presentó escrito de impugnación al mismo.

SÉPTIMO.- No habiéndose solicitado por todas las partes la celebración de vista pública, se señaló para votación y fallo el día 6 de julio del 2016, en que tuvo lugar.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- *Resumen de antecedentes.*

1. El presente caso, con relación a un contrato de distribución en exclusiva de duración indefinida y sin cláusula de preaviso, plantea, como cuestión de fondo, la determinación del resarcimiento de los daños producidos por la extinción unilateral del contrato.

2. En síntesis, la entidad EAR, S.A, interpuso demanda contra la entidad GP Acoustics GMB, aquí recurrente, en la que solicitaba, entre otros pedimentos, que se declarase que el contrato mercantil que vinculaba a las partes había sido resuelto de forma unilateral por la demandada sin mediar incumplimiento alguno de la demandante, por lo que la demandada vulneró el contrato por la insuficiencia manifiesta del periodo de preaviso ejercitado causando unos daños y perjuicios a la demandante cuya indemnización asciende a 2.362.375 euros, derivados del coste estructural, del lucro cesante, del daño emergente y de la liquidación de stocks. En la audiencia previa la parte actora, a petición de la demandada, aclaró que ejercitaba una acción en reclamación de daños por culpa contractual debido a una resolución injusta, descartando la aplicación del artículo 28 de la Ley de Agencia , expresamente, y explicando la doble vertiente del lucro cesante reclamado en concepto de daño, señalando que además se solicitaba como coste económico por pérdida de distribución, junto con el coste estructural o coste directo, y la liquidación del stock, cuya cuantía reducía alegando hecho nuevo referente a su venta parcial, desde el momento de la demanda, aportando como nuevo documento al respecto, un certificado de auditoría, impugnado por la contraria por los motivos que dispone en el propio acto.

La demandada se opuso a la demanda.

3. Hechos que resultan acreditados en la instancia.

i) GP Acoustics GMBH y EAR S.A. convinieron en septiembre del año 2007 mantener la relación que las predecesoras de la primera habían convenido con la segunda desde febrero de 1979, en virtud de la cual EAR S.A. distribuiría. en exclusiva en España los productos de la primera, en particular las Marcas KEF y CELESTION. El distribuidor, no obstante, no estaba obligado a la promoción exclusiva de los productos de GP ACOUSTICS GMBH.

ii) GP Acoustics GMBH remitió a EAR S.A. una carta fechada el 3 de junio de 2009 en la que le comunicaba la terminación de la relación comercial entre ambas empresas a partir del 31 de agosto siguiente.

iii) GP Acoustics GMBH continuó su actividad comercial en España con un nuevo distribuidor PRO-TECH, que anunció a sus clientes que llevaba diez meses negociando con la primera para distribuir sus productos de la gama KEF.

4. La sentencia de primera instancia estimó en parte la demanda. Calificó el contrato como un contrato de distribución en exclusiva de duración indefinida. Consideró que no se había acreditado la existencia de mala fe o abuso de derecho en la denuncia unilateral del contrato. Respecto a la razonabilidad o suficiencia del plazo de preaviso ejercitado, dos meses, sin que la parte demandante señalase que el plazo de margen temporal le hubiese sido suficiente, consideró el período de una anualidad como plazo razonable para que la empresa recuperase el volumen de negocios acorde con sus recursos. Desestimó la petición de indemnización por coste estructural y estimó la existencia del daño por lucro cesante. En este sentido argumentó que esta indemnización no surgiría por una aplicación automática del artículo 28 LCA , sino de los principios que inspiran dicha norma. Con relación al *quantum* indemnizatorio y dado el carácter compensatorio, lo fijó en atención al margen de contribución medio establecido en la pericial del Sr. Urcera que da como resultado la cantidad de 467.549,40 €, como remuneración o compensación del aprovechamiento por clientela.

5. Recurrida la sentencia por la parte demandada e impugnada por la parte demandante, la sentencia de la Audiencia desestimó el recurso de apelación y estimó en parte la impugnación de la sentencia de primera instancia; reconociendo a la demandante el derecho a ser indemnizada también por el coste estructural.

FONDO DOCUMENTAL CENDOJ

Con mayor detalle, en relación a la denuncia de incongruencia sostenida en el recurso de apelación, por la improcedente asimilación de la indemnización por clientela con la pretensión ejercitada de indemnización por el lucro cesante, declaró (fundamento de derecho quinto):

«[...] En cuanto a la incongruencia, que veda el Art. 218 LEC , se pretende concurrente porque la sentencia fija indemnización por clientela cuando se reclamaba el lucro cesante que produjo la resolución contractual. Sin entrar ahora, pues no se cuestiona en el recurso de apelación, sobre la calificación que merezca tal resolución, lo que se discute por el actor es si planteada la pretensión en un fundamento, el lucro cesante, puede concederse indemnización por otro, la indemnización por clientela, que se dice expresamente apartado en la audiencia previa.

»Tal afirmación del recurrente es discutible. La sentencia no aplica analógicamente el art. 28 LC , sino que, como explica, se inspira en la jurisprudencia para concretar el importe de la indemnización y alcanza la conclusión, que apoya en el dictamen pericia] de la actora, plegue es procedente su reconocimiento conforme al art. 1106 CCv. Argumenta que no se trata de los "vanos sueños de fortuna" a que alude la jurisprudencia en las STS 26 septiembre 2013, rec. 1895/201 .0, que cita las STS 5 noviembre 1998 , 2 marzo 2001 y 12 noviembre 2009 , sino que efectivamente se produjo la pérdida, que a la vista de los beneficios que la actividad del distribuidor supuso para el principal, cifra en la cuantía concedida.

» La argumentación de la resolución recurrida supone, por lo tanto, que el largo transcurso de la relación comercial, que se extiende durante tres décadas, ha supuesto un beneficio recíproco, por la extensión de la clientela del principal y la consolidación del negocio propio, que se trunca con la resolución del contrato. A partir de entonces el lucro que padece el distribuidor se corresponde con el beneficio del principal, que obtiene un "aprovechamiento de clientela" que a su vez pierde el empresario colaborador.

»La sentencia recurrida señala en su fundamento jurídico quinto que esto supone un enriquecimiento patrimonial correlativo al empobrecimiento que sufre EAR S.A., argumento que debe compartirse porque efectivamente la dedicación a la distribución de las marcas del principal acarrea precisamente tal consecuencia cuando se resuelve la relación comercial entre ambos empresarios. Además la forma en que resuelve la sentencia supone atender a los criterios que emanan de la jurisprudencia antes citada, que ordena huir de la analogía de la Ley de Contrato de Agencia y estar a las especifidades del contrato de distribución en cada caso, que es lo que se ha hecho en este caso, optando por cálculos periciales sobre el alcance del lucro cesante, teniendo en cuenta los dictámenes disponibles-que se analizan exhaustivamente y con todo rigor.

»La cita que hace la recurrente de la STS 21 marzo 2007, rec. 1483/2000 , afirmando que impide la condena por analogía del art. 28 LCA cuando, como es el caso, se reclama por lucro cesante, obvia que en aquél caso se reconoció, no obstante, el derecho a percibir la indemnización por el concepto procedente. Eso mismo sucede en el de autos, en el que el juzgado, sin acudir a las normas del art. 28 LCA , pues no se utiliza el parámetro de cálculo que refiere su apartado 3, sino que se calcula lo que supone el "aprovechamiento de clientela" en base a los cálculos periciales de los dictámenes de los Sres. Urcera y Torquemada».

Sobre la razonabilidad del preaviso ejercitado y su incidencia en el lucro cesante declaró (fundamento de derecho sexto):

«[...]Mantiene la recurrente que no es procedente la indemnización, porque no hay lucro cesante que abonar. Entiende que tratándose contratos *intuitu personae,* como expresaba la sentencia recurrida, es posible que cualquiera de las partes ponga fin a la relación sin que- ello origine-derecho a indemnizar. Cita al respecto la STS 22 marzo de 2007, rec. 5314/1999 , en cuanto que recoge que el ejercicio de la facultad resolutoria no requiere la invocación o prueba de justa causa.

»Esa doctrina fue citada por la sentencia recurrida, que la aplica correctamente. La facultad resolutoria puede ejercitare, como señala la sentencia que citó el apelante "...pero ha de ajustarse, por imperativo de lo dispuesto en preceptos como los articulas 7.1 y 1258 del Código Civil, a la buena fe en sentido objetivo, que, consistente en el deber de observar un comportamiento honesto y leal, ajustado a los cánones éticos imperantes, integra las relaciones contractuales y se requiere en el ejercicio de los derechos". La propia resolución precisa, además, que "Sólo una resolución o un desistimiento que implique un ejercicio abusivo o constituya una conducta desleal puede ser tenido en cuenta para, en tales casos, fundar una indemnización por los daños que este comportamiento pueda haber generado (Sentencias de 17 de mayo de 1999 , 13 de junio y 31 de octubre. de 2001 , 28 de enero y 3 de octubre de 2002 , 26 de junio de 2004 , 3 de mayo y 22 de diciembre de 2006 , entre otras)".

»Pues bien, aplicando esos parámetros al caso concreto debe tenerse en cuenta que la relación comercial había sido muy prolongada, al extenderse durante treinta. años, ya que la principal es sucesoras de otras empresas que también distribuían .la marca KEF. La finalización de la relación pueden realizarse en cualquier momento por tratarse de un contrato basado en la confianza mutua, denominador común de diversos preceptos que disciplinan contratos de tal carácter (arts. 1583 , 1594 , 1700-4 °, 1705 , 1723-1 °, 1733 , 1750 y 1775 CCv o art. 279 CCom). Lo prolongado de la relación exige que se advierta con antelación suficiente, que no parece se diera en este caso, ya que la carta anunciando su término se fecha el 3 de junio, para finalizar el 31 de agosto siguiente.

»Al margen de cuando llegara a poder del distribuidor tal comunicación, el plazo se considera insuficiente para una relación tan prolongada. Al parecer, vistos los términos de la carta que el nuevo distribuidor Pro-Tech dirige a los clientes el 13 de julio de 2009 (doc. n° 57 de la demanda, folio 217 y ss), se habían mantenido negociaciones en los diez meses anteriores, de modo que la principal tenía la intención de proceder al cambio con mucha antelación al momento en que lo comunica a su tradicional distribuidor. Una relación de treinta años merecía un preaviso superior a dos meses, porque si atendemos a parámetros legales que se han dispuesto para contratos de colaboración empresarial que suponen una menor colaboración, como el de agencia, se aprecia la desproporción. El art. 25.2 LCA dispone que el preaviso será de al menos un mes por cada año de relación, con un máximo de seis meses, sin perjuicio de que puedan pactarse términos superiores. En un contrato de distribución de más de treinta años de duración, un preaviso de dos meses resulta, como se ha dicho, manifiestamente insuficiente.

»Dice la apelante que la finalidad del preaviso es permitir al distribuidor acomodar sus -recursos a la nueva situación y liquidar ordenadamente las relaciones pendientes, y que la otra parte no ha acreditado un daño específico. No se comparte tal argumento porque la demandante alega y acredita documentalmente disponer de un importante stock de productos de su principal que difícilmente tendrá salida tras dejar de ser distribuidor de la recurrente. Además los clientes que han conocido la marca y productos KEF dejarán de adquirir a través del ex distribuidor que padece por ello la pérdida de la comisión correspondiente. Los dictámenes periciales han cuantificado dicha pérdida, luego se constata y acredita la existencia del lucro cesante reclamado.

»También se asegura que la forma de cálculo, tornando en cuenta tres años y el margen bruto anual, no es correcto. Hay que recordar que así lo dijo también la sentencia, que por ello prefiere los criterios que propone uno de los dictámenes. No cabe reprochar a la sentencia, por tanto; que haga lo que la parte apelante sostiene debe hacerse.

»A todo ello se añade que consta que el mismo día que se fecha la carta resolutoria se había remitido un mail dando instrucciones al distribuidor sobre un nuevo producto (doc. n° 56 de la demanda, folios 215 y 216), actuación incoherente que debió ocasionar comprensible perplejidad en el distribuidor, que recibe días después una carta de la misma fecha anunciando el término de la cooperación empresarial.

»Pese a lo que aduce la recurrente, este conjunto de datos evidencia que la resolución se produjo sin atender a elementales exigencias que derivan de la buena fe contractual a la que alude el art. 1258. CCIV; que obliga a cumplir no sólo lo expresamente pactado, sino cuanto, según su naturaleza, sea consecuencia de las exigencias de la buena fe.

»La resolución, en la forma que se hace, supone un el ejercicio abusivo del derecho a poner fin a la relación personal que vinculaba a los litigantes. Tal actuación, justifica, conforme a la jurisprudencia que se ha citado, la indemnización pretendida. Y la forma en que se calcula la sentencia, atendiendo a la pérdida de ingresos y clientela, es prudente, razonable y se ha motivado suficientemente, razones todas que determinan que el recurso de apelación haya de ser desestimado».

Con relación a la indemnización por el coste estructural declaró (fundamento de derecho noveno):

«[...]Reitera la impugnante en esta alzada la reclamación de 137.630,27 E por coste estructural, que no fue acogido en la sentencia que considera improbado el perjuicio derivado de la resolución. La apelante opone, al contestar la -impugnación, que no fue arbitraria o injustificada la resolución, añadiendo otro argumento a la desestimación del concepto.

»En cuanto a lo primero, la sentencia de instancia considera no acreditado ("daño supuesto"), el pago de costes salariales y de Seguridad Social por la infrautilización de sus empleados, que no identifica ní concreta. Además añade que la distribuidora era multimarca y por ello los esfuerzos liberados tras la resolución del principal podrían dedicarse a otros productos y marcas.

»Lo primero no puede acogerse, porque incluso en el dictamen pericial del empresario principal, folios 968 y ss del tomo IV de los autos, aparece un análisis de la política de personal de EAR S.A. (folios 991 y ss), en el que consta como apenas hay variación entre 2009 y 2010 en el personal, puesto que se pasa de un total de 42 a 38 empleados, pese a la reducción *de* la facturación de 11.169.000 € a 8.799.000 £ (cuadro folio 992). Es decir, que pese a la resolución del contrato de distribución, que impide a la distribuidora ofrecer productos KEF, es decir, de alta gama, se mantiene el- personal aunque disminuya la facturación de forma ostensible. Igualmente lo refrenda el doc. n° 3 de la demanda (folios 63 y ss del tomo I de los autos), que recoge el listado de trabajadores que permaneció en EAR S.A. tras la resolución del contrato de distribución.

»En cambio no hay prueba de que la disminución de facturación se debiera a la crisis, como alega el empresario principal, sin refrendo en opiniones técnicas o datos incontrovertidos. De lo que hay constancia es de que la distribuidora realiza un esfuerzo empresarial que estructuralmente ocasiona gastos que es complejo enjugar en apenas dos meses. La rápida resolución de una relación mantenida sin incidencias relevantes durante décadas impide acomodar dichos costes estructurales a la nueva realidad, manteniéndose durante algún tiempo. El dictamen pericial del Sr. Torquemada calcula que tales costes ascienden a la cantidad reclamada, sin que su dictamen sea contradicho de forma seria por el otro disponible. No se considera desmedido, sino prudente y más bien comedido, el cálculo del 8,22 % del coste de los salarios, vista la importante reducción de facturación que supuso la resolución del contrato de distribución, según el propio dictamen del perito / del empresario principal. 1 hecho de que la distribuidora fuera multimarca no impide considerar lógico que la pérdida de un cliente de alta gama suponga dejar en parte ociosos a los empleados.

»Los perjuicios que supone el mantenimiento de dicho coste se hubieran evitado si se hubiera producido un aviso con antelación suficiente, más elevada que las escasas semanas que mediaron entre la recepción de la carta fechada el 3 de junio y el 31 de agosto siguiente. Se ha explicado en el fundamento jurídico sexto que esta decisión de resolver de manera fulminante debe considerarse abusiva, dadas las circunstancias concurrentes, y en particular la prolongada duración de la colaboración empresarial.

»En consecuencia, y por todas las razones expuestas, se considera que los perjuicios derivados de tal resolución abusiva deben ser indemnizados por el importe señalado por el perito y reclamado por la impugnante, 137.630,27 €, estimándose en este punto el recurso».

6. Frente a la sentencia de apelación, la demandada interpone recurso extraordinario por infracción procesal, que resulta inadmitido, y recurso de casación.

Recurso de casación.

SEGUNDO.- *Contrato de distribución de duración indefinida, sin cláusula de preaviso. Extinción por denuncia unilateral del contrato. Resarcimiento del daño derivado por la insuficiencia del plazo de preaviso ejercitado. Criterios valorativos y doctrina jurisprudencial aplicable.*

1. La parte demandada, al amparo del ordinal segundo del artículo 477.2 LEC , interpone recurso de casación que articula en dos motivos.

2. En el primer motivo, denuncia la infracción del artículo 7 del Código Civil en relación al artículo 1258 del mismo texto legal y el artículo 57 del Código de Comercio y la doctrina jurisprudencial de esta Sala que lo desarrolla y aplica, en cuanto a la calificación de la terminación del contrato de distribución por considerar existente y concurrente una situación de abuso de derecho.

3. Por la fundamentación que a continuación se expone, el motivo planteado debe ser desestimado.

En este sentido, debe señalarse que aunque la recurrente inicia su alegación, de cara al concepto de la buena o mala fe, como valoración jurídica, no obstante cuando desarrolla el grueso de su argumentación impugnatoria lo cierto es, página 67 del recurso, que lo que realmente plantea es su disconformidad con la valoración de la prueba practicada, tal y como se evidencia en el propio desarrollo de la argumentación citada:

«[...] Pues bien, aplicando todo lo anterior al caso de autos (y aun partiendo de datos y hechos no controvertidos), se observa, con total claridad, que no concurren los requisitos necesarios para atribuir la calificación de abusiva a la terminación de la relación contractual que mantuvieron EAR y GP ACOUSTICS y que se puso fin mediante comunicación de 3 de junio de 2009, pero con efectos a 31 de agosto de 2014 (Documento Núm. 55 de la demanda), toda vez que no existe prueba específica alguna que evidencie que: (i) el preaviso concedido fuese insuficiente, que (1) con el preaviso concedido por GP ACOUSTICS a EAR se le haya causado de manera directa a esta última daño concreto alguno y que (iii) mi mandante hubiese actuado

mediando ese *animus nocendi* o intención dañosa al que se refiere la jurisprudencia, o utilizando un derecho de forma contraria a la convivencia social y sin un provecho decidido, más allá del perjuicio de la contraparte».

Revisión de la base fáctica que queda fuera del examen que corresponde al recurso de casación.

En todo caso, conviene precisar, fuera del marco de la revisión de la prueba señalada, que la infracción del principio de buena fe contractual (artículo 1258 del Código Civil) no sólo queda circunscrita a un comportamiento estrictamente doloso (*actio doli),* tal y como alega la recurrente, dado que en nuestro sistema indemnizatorio el dolo civil no constituye *per se* una acción única o autonóma, pues responde a un criterio de agravación de la responsabilidad derivada (sentencia núm. 372/2013, de 7 de junio), sino que, además, dicha infracción del principio de buena fe también resulta comprensiva de todas aquellas conductas que aun sin contar con el referido *animus nocendi* o intención de perjudicar, no obstante, vulneren los deberes de conducta diligente, no abusiva y razonable que cabe exigir a las partes en relación a la determinación y ejecución de sus respectivas obligaciones, deberes implícitos que acompañan a todo ejercicio de una facultad o derecho.

4. En el motivo segundo, se denuncia la infracción de los artículos 1101 y 1106 del Código Civil y de la doctrina jurisprudencial de esta Sala que los desarrolla y aplica en cuanto a la procedencia o improcedencia de la indemnización de daños y perjuicios, como consecuencia de la terminación unilateral del contrato de distribución en exclusiva. Según la recurrente, en el presente caso una eventual indemnización únicamente puede corresponder y cuantificarse en atención a los daños causados directamente por la insuficiencia del plazo de preaviso y por el margen de tiempo que falta entre el plazo de preaviso concedido y el que se entiende necesario. En lo que respecta a lucro cesante, la sentencia recurrida da por bueno el criterio de cálculo de la sentencia de primera instancia, que entendió que el promedio de contribución de los últimos cinco ejercicios anteriores a la terminación del contrato ascendió a la suma de 467.549 euros, y concedió esta indemnización por equiparación a una indemnización por clientela, aunque la sentencia recurrida ha cambiado el concepto (indemnización por terminación abusiva) y la ha atribuido, según el recurrente, a un daño directo derivado de la terminación de la relación contractual, por lo que no procede su concesión. En esta línea, también considera improcedente la indemnización por el coste estructural de la empresa. Con carácter subsidiario, solicita que en el supuesto de que se entendiese que los conceptos y bases de cálculo son correctos, la indemnización por ambos conceptos debería reducirse al promedio de tres meses de preaviso que habían faltado al plazo concedido, o incluso a cuatro si se considera que sólo fueron concedidos dos meses, conforme al artículo 25 de LCA .

5. Por la fundamentación que a continuación se expone, el motivo planteado debe ser estimado en parte, con relación a la pretensión subsidiaria solicitada.

. En primer lugar, debe señalarse que la indemnización de los daños contractuales y los criterios de su cálculo derivados del incumplimiento de un plazo razonable y no abusivo del preaviso ejercitado por el empresario en el marco de un contrato de distribución se rige, a falta de pacto expreso, por el régimen general dispuesto por el Código Civil para el resarcimiento de los daños contractuales, de acuerdo con las circunstancias del caso (artículos 1101 y 1106 , entre otros). Esto es, no cabe, pese a su proximidad, una reconducción directa o mera aplicación analógica del régimen indemnizatorio contemplado en la LCA.

Sin embargo, una vez señalado lo anterior, debe precisarse, también como criterio general, que la determinación de los daños contractuales por este concepto guarda una cierta similitud con la función compensatoria que informa el derecho de indemnización por clientela, pues el ejercicio por el empresario o concedente de un plazo de preaviso insuficiente puede acarrear, supuesto acreditado el presente caso, que el distribuidor no sólo no pueda acomodar sus recursos, con cierta antelación, a la nueva situación y liquidar ordenadamente las relaciones pendientes, sino también que el empresario o concedente se beneficie con el aprovechamiento de una clientela creada o incrementada por el distribuidor que, a su vez, la pierde de forma abrupta e injustificada.

De ahí que la sentencia de la Audiencia resulte correcta, pues no realiza una aplicación mimética o automática del artículo 28 LCA , tal y como denuncia la recurrente, sino que, conforme a la naturaleza resarcitoria que tiene la indemnización de los daños contractuales, integre la compensación por clientela dentro del marco del lucro cesante como criterio de cálculo de la indemnización resultante (1106 del Código Civil), esto es, como la ganancia frustrada o dejada de obtener como consecuencia de la insuficiencia del plazo de preaviso ejercitado por el empresario, todo ello atendiendo a la naturaleza y ejecución del contrato de distribución llevado a cabo y los dictámenes realizados para la concreción de la referida compensación.

Por su parte, la indemnización de los costes estructurales (pago de costes salariales y de seguridad social), que también son estimados por la sentencia de la Audiencia, tiene idéntico fundamento con base a los

criterios legales que determinan el cálculo de la indemnización resultante (1101 y 1106 del Código Civil). En este supuesto como concreción de la pérdida sufrida o *damnum emergens* del distribuidor, es decir, respecto del mayor coste salarial y social realizado con vistas al cumplimiento del contrato de distribución, tal y como estaba proyectado, pudiéndose haber sido evitado si se hubiese producido su extinción con arreglo a un plazo de preaviso suficiente.

En segundo lugar, y en la línea de lo expuesto, con relación al periodo razonable del plazo de preaviso debe señalarse que tampoco procede una aplicación automática del artículo 25 LCA , que a estos efectos tiene un alcance orientativo o referencial, como también sucede con el artículo 16.3 de la Ley 3/1991 de Competencia desleal, de 10 de enero.

En el presente caso, esto es en lo que acontece pues ambas instancias, de acuerdo con la naturaleza y ejecución del contrato de distribución llevado a cabo, particularmente de su duración indefinida, de su carácter de exclusiva y su prolongada ejecución, consideran una anualidad como periodo razonable y ajustado para valorar el plazo de preaviso que debió ser aplicado por el empresario o concedente.

Sin embargo, en el presente caso, y dentro del criterio señalado, a dicha anualidad se le debe descontar el tiempo que, aunque insuficiente, le fue concedido realmente al distribuidor, esto es, el plazo de dos meses, extremo que no ha sido contemplado por la sentencia recurrida y debe ser rectificado, por lo que la cantidad resultante a abonar a la entidad Ear, S.A, es la de 504.316,41 euros.

TERCERO.- *Costas y depósito.*

1. La estimación en parte del recurso de casación comporta que las costas causadas por este recurso no sean impuestas ninguna de las partes, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 398.2 LEC .

2. La estimación en parte del recurso de casación comporta la estimación parcial del recurso de apelación por lo que las costas de este recurso no se le imponen a ninguna de las partes, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 398.2 LEC .

3. Asimismo, procede la devolución del depósito constituido para la interposición del recurso de casación, de conformidad con lo dispuesto en la disposición adicional 15.ª LOPJ .

FALLO

Por todo lo expuesto, en nombre del Rey, por la autoridad que le confiere la Constitución, esta sala ha decidido

1. Estimar en parte el recurso de casación interpuesto por la representación procesal de la entidad GP Acoustic GMBH contra la sentencia dictada, con fecha 30 de junio de 2014 , aclarada por Autos de 3 y 10 de julio, por la Audiencia Provincial de Álava, Sección 1.ª, en el rollo de apelación núm. 102/2013 que, casamos y anulamos en parte, con arreglo a los siguientes pronunciamientos. **1.1.** Condenar a la entidad recurrente a abonar a Ear, S.A, la cantidad de 504.316, 41 €, así como al abono del interés legal de dicha cantidad desde el 23 de noviembre de 2009 hasta el 23 de octubre de 2012. **1.2.** No hacer expresa imposición de costas del recurso de apelación. **1.3.** Se confirman el resto de pronunciamientos de la sentencia recurrida. **2.** No se hace expresa imposición de costas del recurso de casación interpuesto.

Notifíquese esta resolución a las partes e insértese en la coleccion legislativa.

Así se acuerda y firma. Ignacio Sancho Gargallo Francisco Javier Orduña Moreno Pedro Jose Vela Torres

FONDO DOCUMENTAL CENDOJ