

TRABAJO FIN DE MÁSTER

Dictamen jurídico elaborado por Úrbez
Marco Gabarre con objeto de la
problemática e incumplimiento del
contrato de distribución.

AUTOR

ÚRBEZ MARCO GABARRE

TUTOR

ISAAC TENA PIAZUELO

MÁSTER UNIVERSITARIO DE ABOGACÍA
ZARAGOZA, 2018



Facultad de Derecho
Universidad Zaragoza



Contenido

I. ABREVIATURAS.....	4
II. ANTECEDENTES DE HECHO	5
III. CUESTIONES PLANTEADAS	11
IV. NORMATIVA APLICABLE	11
V. FUNDAMENTOS JURÍDICOS	14
1. PRIMERO.- OPOSICIÓN AL MONITORIO	14
2. SEGUNDO.- CLAUSULAS CONFLICTIVAS EN EL CONTRATO	16
2.1. EL CONTRATO DE DISTRIBUCIÓN	16
2.2. RENUNCIA DE DERECHOS	18
2.3. OBLIGACIONES DE FACTURACIÓN.....	24
3. TERCERO.- INCUMPLIMIENTO DE LA CONCEDENTE.....	27
3.1. INDEMNIZACIÓN POR DAÑOS Y PERJUICIOS	27
3.2. COMPENSACIÓN	33
3.3. ENRIQUECIMIENTO INJUSTO.....	35
4. CUARTO.- CONTRATOS DE RECONOCIMIENTO DE DEUDA.....	36
V. CONCLUSIONES.....	38
VI. BIBLIOGRAFIA.....	41

I. ABREVIATURAS

AC: Aranzadi Civil. Sentencias y autos de las Audiencias Provinciales en materia Civil y Mercantil, Juzgados de Primera Instancia y Tribunal de Defensa de la Competencia.

AP: Audiencia Provincial

Cc.: Código Civil

JUR: Resoluciones no publicadas en los productos CD/DVD de Aranzadi. Sentencias y autos de la Audiencia Nacional, Tribunales Superiores de Justicia, Audiencias Provinciales, Juzgados.

LCA: Ley de Contrato de Agencia

LEC: Ley de Enjuiciamiento Civil

LOPJ: Ley Orgánica del Poder Judicial

RJ: Repertorio de Jurisprudencia Aranzadi. Sentencias y autos del Tribunal Supremo de Justicia en materias de Derecho Civil Especial o Foral y resoluciones de la Dirección General de los registros y del Notariado.

SA: Sociedad Anónima

SAP: Sentencia de la Audiencia Provincial

SL: Sociedad Limitada

STS: Sentencia del Tribunal Supremo

TS: Tribunal Supremo

DICTAMEN

Que a petición de Tincolores SL, con CIF nº 78915628, con domicilio fiscal en Calle Mayor, nº 23, 3º B de la ciudad de Zaragoza, que emite D. Úrbez Marco Gabarre; Letrado del Real e Ilustre Colegio de Abogados de Zaragoza sobre las actuaciones a realizar frente al proceso monitorio interpuesto por Orleans SA con fecha de 3 de diciembre de dos mil dieciocho tras una larga relación comercial. Con objeto de evacuar dictamen técnico sobre la consulta propuesta, son jurídicamente relevantes los siguientes:

II. ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO. El objeto social de la empresa Tincolores SL es la venta de productos de belleza y derivados a peluquerías. Depende, para ello, de proveedores que le faciliten las mercancías. Uno de estos proveedores es la empresa Orleans SA, la cual ha proveído a Tincolores SL con productos de sus diferentes marcas durante años. El mayor porcentaje de ventas realizadas por Tincolores proviene de la venta de productos de Orleans, de forma que Tincolores depende directamente de Orleans para continuar con su actividad.

SEGUNDO. El día 1 de enero de 2013 se firmó entre Tincolores y Orleans un contrato de distribución de producto sobre la marca PIXEL, por el cual se acordaba asegurar la distribución de los productos de Orleans por parte de Tincolores en un ámbito territorial concreto a lo largo de tres años. No era un contrato de distribución en exclusiva, de forma que Orleans podía operar en estos territorios a través de otros distribuidores, es decir, podía realizar contratos de distribución con otras empresas para llegar a aquellos clientes que no llegara Tincolores, reservándose Orleans las *Cadenas o Red de Salones* para la distribución directa de sus productos, no pudiendo Tincolores captar este tipo de clientela.

TERCERO. La empresa Tincolores S.L. atravesó dificultades financieras, de tal forma que no pudo hacer frente a los pagos derivados de la compra de productos de Orleans. Fue acumulando facturas impagadas que le llevaron a una situación difícil. Ante dicha situación y con base en la larga relación comercial entre ambas empresas, articularon una estrategia de pagos, de forma que Tincolores pudiera hacer frente a todas las deudas contraídas prosiguiendo con su actividad comercial.

Este itinerario fue pactado a través de varios documentos de reconocimiento de deuda siendo firmado el último de ellos el día 5 de mayo de 2016.

En síntesis, la firma de los documentos y hechos ocurridos siguió el siguiente recorrido:

1. 1 de junio de 2015: se reconoce por parte de Tincolores una cantidad adeudada de 639.276,95 € siendo esta la deuda comercial resultante de los impagos de las facturas y en este mismo documento se concierta un préstamo de 282.276,60 € (intereses del 3'5% que suponen 13.491,60 €) para poder hacer frente a este pago Tincolores, de forma que nacía además de la deuda comercial una financiera por el importe citado de la que iban abonando en la medida de las posibilidades.
2. 4 de mayo de 2016: se firmó un segundo contrato, produciéndose una novación en el préstamo acordado el 1 de junio de 2015. Así, se pactaba una quita de 25.000 € quedando la deuda financiera fijada en 211.000 €, eliminando cualquier tipo de interés, dejando al margen la deuda comercial que restaba del primer contrato. Este contrato se centraba pues en la deuda financiera derivada del primer contrato de reconocimiento de deuda. Con esta novación del préstamo de 211.000 € Orleans buscaba recuperar el préstamo no devuelto por Tincolores. Se puede afirmar por tanto, que este contrato no era más que una consecuencia directa del primero, y además se recogida en la segunda cláusula del mismo que ambas partes resolvían *todas sus relaciones comerciales basadas en el suministro y distribución de mercancías*.
3. 5 de mayo de 2016: se vuelve a firmar un contrato de reconocimiento de deuda por la cantidad adeudada de **376.576,23 €** la deuda comercial restante por pagar del primer acuerdo firmado el 1 de junio de 2015. En este nuevo acuerdo se acordaba un calendario de pagos para que Orleans hiciera frente a la deuda pendiente de abonar, siendo una novación del acuerdo de junio de 2015, de tal forma que este último contrato de 5 de mayo de 2016 sería el vigente en última instancia.

CUARTO.- En el documento de reconocimiento de deuda realizado el 4 mayo de 2016 se estipulaba el fin de las relaciones comerciales y de nuevo la renuncia a conceptos indemnizatorios entre ambas empresas de la forma siguiente:

«II. RESOLUCIÓN DE RELACIONES COMERCIALES

Como consecuencia de los incumplimientos de TINCOLORES, ORLEANS Y TINCOLORES acuerdan resolver todas sus relaciones comerciales basadas en el suministro y distribución de mercancías.

Las partes, al amparo de lo establecido en el presente contrato, acuerdan no efectuar reclamación alguna, cualquiera que sea el concepto indemnizatorio, derivadas de las relaciones contractuales resueltas, excepción hecha de la deuda comercial mencionada y el seguimiento de control del presente acuerdo.[...] »

QUINTO.- En este contrato 1 de enero de 2013 se establecían una serie de condiciones comerciales (en el apartado 2.11), por las que la Orleans se comprometía a realizar ciertos descuentos directos en las facturas Tincolores, partiendo de la lista de precios de catálogo establecido por dicha empresa. Estos descuentos directos oscilaban entre un 50 y un 60% de descuento dependiendo del producto a lo que debía añadirse hasta un 10% de descuento variable (*rappel*) en relación con la cantidad de unidades compradas. El descuento era aplicable en las compras entre Orleans y Tincolores. Tincolores podía negociar las condiciones de compra con los clientes finales partiendo del precio previo al descuento aplicado por Orleans.

Cláusula 2.11. Condiciones comerciales.¹

Las condiciones comerciales de las que disfrutará el DISTRIBUIDOR por la compra de Productos a ORLEANS serán las que se detallan en el siguiente cuadro:

a) Las condiciones comerciales de las que disfrutará el DISTRIBUIDOR por la compra de productos técnicos y de peinado PIXEL se detallan en el cuadro siguiente:

AÑO	2012	2013	2014
Descuento directo en la factura	60%	60%	60%
<i>Rappel</i> Trimestal(*)	10%	10%	10%

b) Las condiciones comerciales de las que disfrutará el DISTRIBUIDOR por la compra de productos de tratamiento capilar ORLEANS I se detallan en el cuadro siguiente:

AÑO	2012	2013	2014
Descuento directo en	50%	50%	50%

¹ Extracto del contrato de distribución firmado el día 1 de enero de 2013.

la factura			
<i>Rappel</i> Trimestral (*)	10%	10%	10%

c) Las condiciones comerciales de las que disfrutará el DISTRIBUIDOR por la compra de productos de tratamiento capilar ORLEANS II se detallan en el cuadro siguiente:

AÑO	2012	2013	2014
Descuento directo en la factura	50%	50%	50%
<i>Rappel</i> Trimestral (*)	10%	10%	10%

(*) El *Rappel* TRIMESTRAL se aplicará sobre la cifra de compra Neta, entendiéndose como Cifra de compra Neta el diferencial entre la cifra de compra bruta menos los descuentos directos en factura y los promocionales si los hubiese.

La consecución del *Rappel* se basa en el cumplimiento de dos indicadores:

- El 6% del 10% reservado al *rappel* indicado en las tablas superiores se vincula al Cumplimiento de la cifra Objetivo Trimestral, la cual se enviará por parte de PIXELS al DISTRIBUIDOR al inicio de cada TRIMESTRE.
- El 4% del 10% reservado al *rappel* indicado en las tablas superiores se vincula al Cumplimiento tanto en fechas como en asistentes de los cursos pactados cuatrimestralmente por ambas partes tal y como se detalla en el apartado de Formación de clientes dentro del apartado **2.2. Formación.**

ORLEANS emitirá Nota de Abono *Rappel* al final de cada trimestre, pagadero en las condiciones establecidas en la cláusula 2.12.

SEXTO.- En el contrato de distribución firmado el 1 de enero de 2013 se establecían una serie de **condiciones de compra** (descuento) que obligaban al distribuidor, en este caso Tincolors, a lo siguiente:

Se establecía una cifra mínima de compra anual, incrementándose cada año una cierta cantidad, en esta cifra mínima no se incluía los descuentos directos (50% y 60%) sobre las facturas que podía realizar Orleans.

Además, Tincolores debía poner en marcha las operaciones organizadas por Orleans (estipulado en la cláusula 2.5. del contrato de distribución) como animaciones, lanzamientos y ofertas promocionales u objetos publicitarios. Estas promociones eran decisión única de Orleans y debían ser puestas en marcha por Tincolores.

Se comprometía también a ofrecer a los clientes captados recompensas de fidelidad establecidas por Orleans.

La información que hubiera conseguido Tincolores sobre clientes debía ser compartida con Orleans y debía realizarse un seguimiento de la fluctuación de clientes, tanto pérdidas como nueva clientela.

SÉPTIMO.- La cláusula 8 del contrato de distribución de 1 de enero de 2013, recogía las consecuencias de la terminación del contrato, limitando en este caso los derechos de reivindicación de daños y perjuicios como se puede observar en su redacción original:

«8. CONSECUENCIAS DE LA TERMINACIÓN DEL CONTRATO.-

“La terminación del contrato, sea cual sea su causa, en ningún caso otorgará a ninguna de las partes derecho a la reivindicación de indemnizaciones de daños y/o perjuicios. Especialmente, ninguna de las partes tendrá derecho a cantidad, indemnización o remuneración alguna, basada en cartera de clientes, inversiones en la organización para la comercialización referida en este Acuerdo, expectativa de negocios perdidos, etc., renunciando en este acto tanto ORLEANS como el DISTRIBUIDOR, a entablar contra la otra parte cualquier acción por éstos o similares conceptos.»

OCTAVO.-

En el Anexo I en el apartado *Precios* del contrato de distribución firmado por ambas partes el uno de enero de 2013, se acordaba que los precios de los productos de Orleans estaban fijados por la tarifa en vigor en el momento del pedido y que dicha tarifa era la referencia para cualquier discusión comercial.

Esto supone que los precios sobre los que se aplica el descuento en las facturas es el precio máximo al que vende el producto Tincolores al cliente final. Sin embargo, en el contrato de distribución, Anexo I, apartado *Precios* se estipula que Orleans se «*reserva el derecho a proponer a todos sus clientes, puntualmente por medio de sus representantes ofertas especiales o promociones limitadas en el tiempo*

Los descuentos correspondientes a estas promociones de deducirán del precio de cada producto concreto». Modificándose, tras este descuento, el precio final, no siendo real el

porcentaje de descuento aplicado al precio primigenio fijado por la tarifa en vigor. Es decir, el precio fijado por Orleans para la venta de productos a Tincolors (sobre el que se hacía el descuento directo en las facturas) podía variar para el cliente final si Orleans hacía ofertas o promociones, de tal forma que Tincolors pagaba un precio superior al que finalmente podía ofertar.

NOVENO.-

Así la situación, tras el impago de varias de las cuotas del último acuerdo de reconocimiento de deuda firmado el 5 de mayo de 2016, la empresa Orleans SA interpuso solicitud de proceso monitorio contra Tincolors por dicho impago por la cuantía de 27.500 €

III. CUESTIONES PLANTEADAS

Emanan de los hechos planteados por Tincolores complejas cuestiones. La problemática surge del contrato de distribución de 1 de enero de 2013. Este contrato tiene cláusulas controvertidas, lo que unido a la falta de regulación del contrato de distribución y su similitud con otros contratos de características muy similares (agencia, franquicia...) invitan a un estudio cuidadoso de las posibles actuaciones y complican la toma de decisiones partiendo de que se ha interpuesto de contrario un proceso monitorio. Es el impago de Tincolores de algunas facturas emitidas por Orleans lo que nos sitúa en la tesitura de plantearnos que hacer, pero ello no impide que emanen más cuestiones, siendo las principales o más importantes las siguientes:

1. Actuación frente a la petición de proceso monitorio planteada por Orleans S.A.
2. Análisis del contrato de distribución firmado en 2013, en especial a las cláusulas de renuncia a derechos y condiciones atacables.
3. Consecuencias de la resolución de las relaciones comerciales por incumplimiento y ponderación de la culpa.
4. Liquidación del contrato por incorrecta aplicación de los precios. Enriquecimiento injusto.
5. Los contratos de reconocimiento de deuda, aplicabilidad y carga de la prueba

IV. NORMATIVA APLICABLE

Conforme a los hechos y las cuestiones que se derivan de los mismos las normas de aplicación son las siguientes:

- ✚ Ley del Contrato de Agencia, en este caso por analogía al ser atípico el contrato de distribución, concretamente los artículos 3, 28, 29, 30 y 31
- ✚ Código de Comercio: artículo 325
- ✚ Código Civil: artículos 6.3, 1007, 1091, 1101, 1106, 1107, 1254, 1255, 1256, 1445
- ✚ Ley de Enjuiciamiento Civil: 319, 326, 406, 407, 814 y ss. sobre proceso monitorio

Además, es de utilidad la siguiente **jurisprudencia**:

TRIBUNAL SUPREMO

STS 113/2016 de 1 de marzo (RJ 2016\730): reconocimiento de deuda.

STS 697/2014 de 11 de diciembre de 2014 (RJ 2015/51): Interpretación restrictiva de renuncia a derechos.

STS 547/2013 de 2 de octubre de 2013 (RJ 2013/6894): diferencias entre contrato de agencia y distribución.

STS 427/2013, de 13 de junio (RJ 2013\4373): compensación judicial.

STS 569/2013 de 8 de octubre de 2013 (JUR 2013/ 326877): apreciación prueba pericial.

STS. 647/2013 de 5 noviembre (RJ 2013/7813): contrato distribución, diferencias con el contrato de agencia en cuanto contenido, alcance y naturaleza.

SSTS 610/2012 de 22 de octubre (RJ 2013/1539) en relación con la STS número 357/2009 de 1 de junio (RJ 2009, 3191): Sobre falta de impugnación de actos durante el contrato.

STS 615/2012 de 23 octubre (RJ 2013/1542): negligencia en el incumplimiento.

STS 767/2012 de 19 de diciembre (RJ 2013\1622): doble incumplimiento.

STS 88/2010 de 10 de marzo (RJ 2010/2337): no aplicación automática del art. 28 de la LCA.

SSTS 385/2009 de 26 de mayo de 2009 (RJ 2009/3042) y 1299/2007 3 de diciembre de 2007(RJ 2008/34): Cláusula de renuncia debe ser clara, terminante e inequívoca.

STS de 6 de marzo de 2009 (RJ 2009\1634)

STS 904/2008 de 15 octubre (RJ 2008/7126)

STS 1053/2000 de 16 de noviembre (RJ 2000/ 9339)

STS 1095/1995 de 18 diciembre (RJ 1995\9149)

SSTS de 3 de febrero (RJ 1994\862)

SSTS 10 de mayo de 1989 (RJ 1989/3680) 22 de marzo de 1993 (RJ/1993/2530) y 31 de mayo de 2007 (RJ/2007/4336).

AUDIENCIAS PROVINCIALES

Sentencia Audiencia Provincial de Barcelona (Sección 14ª) 345/2016 de 20 octubre (AC 2017/147): sobre aplicación analógica de la LCA

Sentencia Audiencia Provincial (Sección 5ª) Zaragoza 449/2015, de 30 de octubre (JUR 2015\289737): sobre reconocimiento de deuda.

Sentencia de Audiencia Provincial de Barcelona de 1 de marzo de 2011 (AC 2011, 962)

Sentencia Audiencia Provincial (Sección 2ª) Zaragoza 388/2009 de 23 de marzo (AC 2009/921): Oposición al monitorio: aplicación analógica de la LCA.

Sentencia Audiencia Provincial (Sección 4ª) Santa Cruz de Tenerife 304/2003 (AC 2003/2348): carga probatoria para indemnizar.

Sentencia Audiencia Provincial (Sección 14ª) Madrid 265/2017 (JUR 2017/278070): validez renuncia a indemnización.

JUZGADO DE PRIMERA INSTANCIA

Sentencia Juzgado de Primera Instancia e Instrucción de Mollet del Vallès 72/2017 (Provincia de Barcelona) de 26 mayo (AC 2017/1624).

V. FUNDAMENTOS JURÍDICOS

1. PRIMERO.- OPOSICIÓN AL MONITORIO

La presentación por Orlenas de una petición de proceso monitorio (con base en el art. 814 de la Ley de Enjuiciamiento Civil) coloca a Tincolores en la situación de oponerse o no a dicha petición, atendiendo siempre a los intereses y el beneficio de Tincolores. Se va a exponer por lo tanto a lo largo del presente dictamen las actuaciones procesales y alegaciones que se consideran por esta parte más adecuadas para la resolución del problema planteado.

El proceso monitorio se caracteriza por la sencillez y rapidez para reclamar deudas dinerarias líquidas, determinadas y vencibles y tiene su fundamento en los artículos 812 y ss. de la Ley de Enjuiciamiento Civil. Es una reclamación por la cantidad de 27.500 € cantidad importante que se puede reclamar a través del proceso monitorio, ya que no existe a día de hoy limitación cuantitativa para interponer un monitorio.

En la petición de monitorio interpuesta por Orleans se alega que la empresa Tincolores no ha pagado las cantidades debidas y recogidas en el acuerdo de reconocimiento de deuda firmado el día 5 de mayo de 2016, debiendo según Orleans 11 cuotas más los intereses que de ello se deriven. Se le reclaman aquellas que están vencidas (es decir, las únicas reclamables a través de monitorio como recoge el citado artículo 814 de la LEC).

Oponerse² a dicha petición en el plazo que nos brinda la ley (20 días conforme al artículo 815 de la ley procesal) es la primera de las opciones. Esta oposición debe ir motivada y fundamentada, por lo que tendremos que encontrar la argumentación en los hechos ocurridos, es decir, en todo aquello que ha ocurrido durante las relaciones comerciales entre Orleans y Tincolores.

Está claro que ha existido un impago por parte de Tincolores, siendo difícil alegar lo contrario. Partiendo de que el acuerdo de reconocimiento de deuda supone una manifestación expresa de que Tincolores no ha pagado lo que debía. El contrato de reconocimiento de deuda hace que Tincolores tenga que soportar la carga de la prueba, lo que no mejora nuestra posición. Por último, hay que tener en cuenta que de acuerdo con la reforma de la Ley de enjuiciamiento Civil de 2015, se exige una mayor motivación en la oposición al proceso

² Artículo 818 LEC

monitorio. En conjunto nos coloca en una difícil situación para oponernos en el proceso monitorio.

Sin embargo, no hay que exponer en la oposición todo aquello que se quiera debatir en el juicio posterior, ya que en caso de oponernos, se podría interponer demanda por parte de Orleans. La cuantía del proceso nos llevaría en su caso a un Juicio Ordinario y por tanto en el escrito de contestación, si Orleans formulara demanda, se podría alegar aquello que nos conviniese, lo que no se puede hacer en un Juicio Verbal³. No obstante, esto se analizará con más detenimiento con posterioridad.

Así, cabría la oposición o el cumplimiento de lo exigido. Está claro que se cumpliera se pondría fin al proceso abierto, pero supondría efectuar el pago de una cantidad de dinero considerable. Con la oposición se abriría la posibilidad de que una vez nos opusiéramos al monitorio, Orleans desistiera, aunque también podría proseguir interponiendo demanda, en cuyo caso se habría ganado un periodo de tiempo considerable para la mejor preparación de la contestación a la demanda y la vista del Juicio Ordinario⁴ posterior. Contando con el plazo de un mes para que la parte que puso la petición de monitorio, en este caso Orleans, interponga demanda en Juicio Ordinario (por superar los 6.000 € la cuantía).

Habiendo resuelto el problema más inmediato y siguiendo con la hipótesis de que Orleans presentara demanda continuando con el procedimiento, atenderemos ahora al estrategia procesal a seguir en la contestación o, en su caso, a la demanda reconvenzional que podría interponerse considerando los hechos relatados en el presente dictamen. Así pues, los

³ SAP Zaragoza 388/2009 de 23 de marzo (AC 2009/921): «SEGUNDO: Debe ante todo señalarse que en el juicio verbal subsiguiente no cabe variar las razones de oposición al pago expuestas inicialmente en el monitorio. La cuestión no es totalmente pacífica en la jurisprudencia de las Audiencias Provinciales, pero se resuelve mayoritariamente en ese sentido. El 815.2 LEC prevé que el deudor, si no paga tras ser requerido, comparezca y alegue sucintamente en su escrito de oposición las razones por las que, a su entender, no debe, en todo o en parte, la cantidad reclamada. Tales razones son las que motivarán en el verbal la convocatoria de las partes a una vista, en la que junto a los hechos de la demanda delimitaran el ámbito objetivo de un debate que no puede ser autónomo e independiente del monitorio antecedente y de la controversia suscitada en el mismo, siendo evidente que la introducción de motivos de oposición anteriormente no expuestos no es algo intrascendente, sino hecho que en su caso quebrantará la buena fe y lealtad procesal que han de presidir las actuaciones (arts. 11 LOPJ y 247 LEC) y servir de elemento de adecuado entendimiento y aplicación del principio preclusivo (art. 136 LEC). La actora acude a la vista con los medios de prueba de que intenta valerse para rebatir una línea de oposición (art. 440.1 LEC) y con lo que no puede encontrarse es con una línea distinta o no objetivamente advertible u oculta en el monitorio precedente.»

⁴ Artículo 249.2. LEC

argumentos que tendríamos para nuestra defensa en caso de que se abriera el proceso de Juicio ordinario serían:

2. SEGUNDO.- CLAUSULAS CONFLICTIVAS EN EL CONTRATO

2.1. EL CONTRATO DE DISTRIBUCIÓN

Si profundizamos en el contenido del contrato de distribución de 1 de enero de 2013 vamos a encontrar diversos puntos que podrán llevarnos a una estrategia más o menos agresiva en el proceso que se abrirá una vez terminado el monitorio.

Si bien, los contratos que se consideran incumplidos por parte de Orleans son el contrato de distribución firmado el 1 de enero de 2013 y el contrato de reconocimiento de deuda firmado el día 1 de junio de 2015, se reclama por este último al no haberse abonado parte de los pagarés que debía hacer frente Tincolors periódicamente.

Así, el incumplimiento de Tincolors deriva del primer contrato, el de distribución de 1 de enero de 2013, por tanto hay que hacer una aproximación a este tipo de contratos para comprender el clausulado del mismo y su procedencia o improcedencia.

Es aquí, en la delimitación y comprensión de la naturaleza del contrato de distribución donde encontramos un gran escollo. El estudio de la problemática del contrato de distribución se hace difícil por varios motivos, siendo el más obvio la atipicidad del contrato. Sin embargo, el problema de resolución de conflictos sobre estos contratos se agrava con la existencia de contratos con características muy similares, como lo son el contrato de agencia (con especial relevancia por ser este un contrato regulado y la posible aplicación de su ley al contrato de distribución), el contrato de franquicia y otros como el mandato.

Estamos ante un litigio que encuentra su fundamento en el derecho civil (derecho común o general), sin embargo entra en juego la normativa especial mercantil al tratarse de un contrato al que puede aplicarse por analogía en algunos casos (artículo 4 Cc.). El contrato de distribución, al no tener regulación específica, se le aplica por analogía en la medida de sus posibilidades (la aplicación analógica no es automática, por lo que debe tratarse con cautela)

la Ley de Contrato de Agencia⁵ y en lo demás el derecho común o general, por tanto las reglas sobre obligaciones y contratos establecidas en el Cc.

Así, por entender la naturaleza del contrato de distribución y diferenciarlo de otros similares veremos sus principales características:

«El contrato de distribución es un negocio mercantil atípico o innominado que no presenta las mismas características en todos los sectores analizados pero que, en líneas generales, se puede definir como un negocio jurídico de colaboración continua y permanente entre dos personas físicas o jurídicas independientes, cada una de las cuales actúa por su propia cuenta y riesgo y en el que el fabricante o proveedor cede, respecto de los productos de los que es titular, su comercialización, en un determinado territorio geográfico, al distribuidor, quien los compra para revenderlos, obteniendo como remuneración el beneficio de la reventa⁶».

Francisco de P. Blasco Gascó lo define como «aquél contrato en cuya virtud una parte, el concesionario, adquiere el derecho y la obligación de vender y distribuir durante un determinado periodo de tiempo (en exclusiva o no, bajo determinadas condiciones y en una determinada zona geográfica) los productos producidos por otra parte (concedente), en su propio nombre y por su propia cuenta⁷».

Este mismo autor define más concretamente, amparándose en jurisprudencia como las SSTS de 3 de febrero de 1994, de 29 de octubre de 1955 y de 14 de noviembre de 1970 estamos frente a un contrato mixto, que incluye la venta y el arrendamiento de servicios «*la asistencia técnica al cliente*».

Además, existe reciprocidad de obligaciones entre proveedor y distribuidor orientadas a la realización de las finalidades pactadas por las partes, por tanto les resulta de aplicación el art. 1124 del Cc., relativo a los contratos con obligaciones recíprocas.

Esta aproximación al concepto de contrato de distribución trata de diferenciar en primer término el contrato de distribución con el de agencia, en el cual el agente actúa por cuenta ajena como bien se establece en el artículo 1 de la Ley: «*una parte se obliga frente a otra de manera continuada o estable a cambio de una remuneración, a promover actos u*

⁵Ley 12/1992, de 27 de mayo, sobre Contrato de Agencia.

⁶ *Informe Sobre la Problemática de los contratos de Distribución*, Dirección General de Política Comercial, Ministerio de Industria, Turismo y Comercio. Madrid, 2009.

⁷ BLASCO GASCÓ, F. De P: *Instituciones de Derecho Civil Contratos en Particular Cuasi Contratos Derecho de Daños*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2016, p.91

operaciones de comercio por cuenta ajena, o a promoverlos y concluirlos por cuenta y en nombre ajenos, como intermediario independiente, sin asumir, salvo pacto en contrario, el riesgo y ventura de tales operaciones».

Son así las principales diferencias:

- Actuación por cuenta propia en el contrato de distribución o por cuenta ajena en el de agencia.
- La retribución, con unas comisiones en la agencia y con los márgenes en el contrato de distribución.
- La asunción de riesgo y ventura en las operaciones, siendo el distribuidor un vendedor en todos los sentidos y el agente un intermediario.

Se trata también de vislumbrar la problemática que de partida supone el contrato de distribución al no contar con una legislación propia y tener que acudir a las analogías del contrato de agencia, aunque es, sin duda, la jurisprudencia la que acabe resolviendo la problemática emergente, construyendo y delimitando el carácter del contrato de distribución. Por tanto, las posibilidades de actuación en el litigio se fundamentaran en las construcciones doctrinales sobre este complejo, debatido y amplio contrato como es el contrato de distribución.

2.2. RENUNCIA DE DERECHOS

Habiendo hecho una pequeña introducción a la naturaleza del contrato que nos ocupa, en el contrato concreto firmado por las partes (Orleans y Tincolors) el día 1 de enero de 2013 se recogía esta cláusula ya plasmada en los hechos de este dictamen.

«8. CONSECUENCIAS DE LA TERMINACIÓN DEL CONTRATO.-

“La terminación del contrato, sea cual sea su causa, en ningún caso otorgará a ninguna de las partes derecho a la reivindicación de indemnizaciones de daños y/o perjuicios. Especialmente, ninguna de las partes tendrá derecho a cantidad, indemnización o remuneración alguna, basada en cartera de clientes, inversiones en la organización para la comercialización referida en este Acuerdo, expectativa de negocios perdidos, etc., renunciando en este acto tanto ORLEANS como el DISTRIBUIDOR, a entablar contra la otra parte cualquier acción por éstos o similares conceptos».

Esta cláusula en sí misma supone una renuncia a derechos. Renuncia para ambas partes, pero atendiendo a la dependencia que Tincolores tenía de Orleans por ser su principal proveedor y ser Orleans una empresa de mucho mayor tamaño, se puede entender que Tincolores es la más perjudicada en caso de terminación del contrato. Es especialmente importante el análisis de esta cláusula. Esto es así porque, en caso de que presentáramos (Tincolores) la oposición al monitorio y Orleans presentara demanda de Juicio Ordinario, sería una de las alegaciones a usar en la contestación (posiblemente con demanda reconvenzional), ya que buscaríamos que se nos reconociera el derecho a la indemnización y esta cláusula nos lo impediría.

En los contratos de distribución se está creando una casuística variopinta en cuanto a tipos de cláusulas que se incluyen en ellos. Son habituales las cláusulas penales⁸, que aunque merecen un estudio aparte suelen fijar una pena con sus intereses correspondientes, que sustituirá la indemnización por daños y perjuicios y también son habituales las cláusulas que limitan la responsabilidad, más allá de la posible moderación (recogida en los artículos 1103 y 1154 del Cc.) por los tribunales en la aplicación de indemnizaciones por daños y perjuicios; siempre recordando que esta moderación de la indemnización es aplicable solo en caso de negligencia en el incumplimiento⁹. Lo relevante en el contrato de distribución de 1 de enero de 2013 firmado por Orleans y Tincolores, no es la ausencia de una cláusula penal, sino que contiene una cláusula limitando derechos de ambas partes.

Hay que tener en cuenta que en la contratación, más tratándose de derecho privado, prima la autonomía de la voluntad, es decir, que por las partes se puede pactar cualquier cosa que no sea contrario a las leyes, a la moral ni al orden público¹⁰.

Entrando a analizar la cláusula, al renunciar a un derecho reconocido por la Ley del Contrato de Agencia de forma imperativa en sus artículos 28 y 29 en relación con el 3; se podría considerar que se está sobrepasando los límites de validez de la autonomía de la voluntad explicada. Lejos de ello, hay que recordar que es de aplicación por analogía la Ley del Contrato de Agencia, siempre y cuando se den los requisitos para ello. Esto supone que, si bien se aplica analógicamente esta ley, solo se hará cuando se cumplan los requisitos del artículo 28 de la LCA respecto de la, que construye el marco para darle seguridad normativa. La redacción de los artículos mencionados es la siguiente:

⁸ Art. 1152 del Cc.

⁹ STS 615/2012 de 23 octubre (RJ 2013/1542)

¹⁰ Art. 1255 Cc.

«Artículo 28. Indemnización por clientela.

- 1. Cuando se extinga el contrato de agencia, sea por tiempo determinado o indefinido, el agente que hubiese aportado nuevos clientes al empresario o incrementado sensiblemente las operaciones con la clientela preexistente, tendrá derecho a una indemnización si su actividad anterior puede continuar produciendo ventajas sustanciales al empresario y resulta equitativamente procedente por la existencia de pactos de limitación de competencia, por las comisiones que pierda o por las demás circunstancias que concurran.*
- 2. El derecho a la indemnización por clientela existe también en el caso de que el contrato se extinga por muerte o declaración de fallecimiento del agente.*
- 3. 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.*

Artículo 29. Indemnización de daños y perjuicios.

Sin perjuicio de la indemnización por clientela, el empresario que denuncie unilateralmente el contrato de agencia de duración indefinida, vendrá obligado a indemnizar los daños y perjuicios que, en su caso, la extinción anticipada haya causado al agente, siempre que la misma no permita la amortización de los gastos que el agente, instruido por el empresario, haya realizado para la ejecución del contrato ».

A pesar de la claridad de estos artículos debemos tener en cuenta que el TS ha llegado a afirmar que son de aplicación los artículos 1101¹¹ y 1107 en lo relativo a la resolución, aunque en nuestro procedimiento, el contrato entre Tincolores y Orleans es un contrato de duración definida, si que nos servirá más adelante para determinar el incumplimiento y sus consecuencias¹².

Sin embargo, se ha reconocido por el TS la posibilidad de renuncia a la indemnización por clientela en caso de libre pacto por las partes, es decir, ha dado primacía al principio de la autonomía de la voluntad¹³ de las partes sobre la Ley del Contrato de Agencia, entrando en

¹¹ «Quedan sujetos a la indemnización de los daños y perjuicios causados los que en el cumplimiento de sus obligaciones incurrieren en dolo, negligencia o morosidad, y los que de cualquier modo contravinieren al tenor de aquéllas»

¹² STS 16 de noviembre de 2000 (RJ 2000/ 9339):

¹³ STS. 647/2013 de 5 noviembre (RJ 2013/7813) «TERCERO: [...]Por otro lado, aunque fueran aplicables analógicamente las normas de la Ley 12/1.992 , no hay que olvidar, como señalan las

juego la aplicación por analogía de la ley en caso de que no se hubiera establecido en el contrato de distribución ninguna estipulación al respecto y se cumpla con los requisitos del TS para la aplicación de esta indemnización y su posterior cálculo. Como en este caso sí que existe dicha estipulación quedaría sin objeto la Ley del Contrato de Agencia, que establece tanto la indemnización por clientela como la indemnización más general por daños y perjuicios por la resolución anticipada del contrato, que no es aplicable a la resolución hecha de mutuo acuerdo por Tincolores y Orleans.

Es cierto que en la jurisprudencia reciente este criterio no es tan claro y parece que habría que atender más a una interpretación de la renuncia de derechos, es decir que como se recoge en la STS 697/2014 de 11 de diciembre (RJ 2015/51), la renuncia de derechos debe interpretarse restrictivamente. Incluso en otras sentencias del TS anteriores¹⁴ se establecía que la renuncia debía ser clara, terminante e inequívoca. En la cláusula octava de este contrato de distribución de 1 de enero de 2013 se establecían términos genéricos como: *«ninguna de las partes tendrá derecho a cantidad, indemnización o remuneración algunas, basada en cartera de clientes, inversiones en la organización para la comercialización referida en este Acuerdo, expectativa de negocios perdidos, etc [...] cualquier acción por éstos o similares conceptos»*.

Tincolores no atiende el pago de los productos entregados por Orleans a partir de cierto momento. Se habría incumplido el contrato por parte de Tincolores, dificultando la articulación de reclamación de daños y perjuicios conforme a lo regulado en el Cc. (hecho que se analizará más adelante), perdiéndose en caso de aplicación de la Ley del Contrato de

sentencias de 15 enero y 26 de marzo de 2.008 y 21 de enero de 2.009 , que el distribuidor sólo tendría derecho a la indemnización por clientela si se hubiera probado la concurrencia de los requisitos exigidos por el artículo 28 de aquella Ley .

Además, como puso de manifiesto la sentencia de 3 de diciembre de 2.008 , no puede pretender el distribuidor que se apliquen analógicamente a su favor los artículos 28 y 29 de la Ley 12/1.992 cuando una norma complementaria de ambos - la del artículo 30.a de la misma Ley niega al agente el derecho cuya satisfacción se reclama por haber quedado extinguida la relación contractual supuestamente similar por decisión del empresario causada por el incumplimiento de obligaciones contractuales.

Finalmente, no hay duda de que, pese al tenor del artículo 3 de la Ley 12/1.992 , las partes del contrato de distribución pueden válidamente excluir la compensación por clientela o modularla, como precisó la sentencia de 22 de junio de 2.007 », así como las SSTS de 20 de julio de 2007, de 29 de mayo de 2009 y 30 de abril de 2010.

¹⁴ SSTS 26 de mayo de 2009 (RJ 2009/3042) y 3 de diciembre de 2007 (RJ 2008/34)

Agencia tanto el derecho a la indemnización por clientela como la indemnización por daños y perjuicios:

«Artículo 30. Supuestos de inexistencia del derecho a la indemnización.

El agente no tendrá derecho a la indemnización por clientela o de daños y perjuicios:

a) Cuando el empresario hubiese extinguido el contrato por causa de incumplimiento de las obligaciones legal o contractualmente establecidas a cargo del agente.

b) Cuando el agente hubiese denunciado el contrato, salvo que la denuncia tuviera como causa circunstancias imputables al empresario, o se fundara en la edad, la invalidez o la enfermedad del agente y no pudiera exigírsele razonablemente la continuidad de sus actividades.

c) Cuando, con el consentimiento del empresario, el agente hubiese cedido a un tercero los derechos y las obligaciones de que era titular en virtud del contrato de agencia».

No tendría sentido articular, en caso de presentar una demanda reconvenzional en sede de juicio ordinario, el derecho a la indemnización por clientela por la renuncia expresa a todo tipo de indemnización entre ambas mercantiles en el contrato de distribución y la aceptación de esta renuncia por la jurisprudencia del TS (aunque se podría argumentar también la nulidad de esta renuncia). Aunque no hubiera renuncia habría que probar que se cumplen los requisitos de aplicabilidad de dicha indemnización. Sería pues costoso seguir esta vía argumentativa, teniendo que cumplir los requisitos de captación de clientela y el aprovechamiento por parte del concedente, que en este litigio es Orleans.

Nos queda tan solo analizar si se podría exigir indemnización por los conceptos generales de daños y perjuicios en caso que se dieran. En definitiva, ¿es posible renunciar a todo tipo de indemnización en un contrato de distribución? La negativa parece clara si nos acogemos a lo establecido en la doctrina de Audiencias Provinciales y jurisprudencia del TS¹⁵ que, aunque centran su argumentación en la indemnización por clientela, vienen a recoger que la Ley del Contrato de Agencia aplicable por analogía a los contratos atípicos de distribución, es una norma con carácter imperativo como se establece en su artículo 3.1.¹⁶, que no implica

¹⁵ Tribunal Supremo (Sala de lo Civil, Sección 1ª) Sentencia num. 904/2008 de 15 octubre (RJ 2008/7126), Audiencia Provincial de Barcelona (Sección 14ª) Sentencia num. 345/2016 de 20 octubre (AC 2017/147).

¹⁶ «Artículo 3. Ámbito de aplicación de la Ley y carácter imperativo de sus normas.

su automática aplicación como se aprecia en este extracto de la STS (Sala de lo Civil, sección 1ª) 88/2010 de 10 de marzo (RJ 2010/2337) :

« SEXTO[...]La sentencia de 15 de octubre de 2.008 puso de manifiesto las diferencias existentes entre los contratos de agencia y distribución, destacadas por la doctrina y la jurisprudencia - " se afirma que, así como el distribuidor compra y revende las mercancías del fabricante por cuenta y en nombre propios, con la ganancia que representa el llamado margen o beneficio comercial, el agente promueve y, en su caso, concluye la venta de los productos del empresario, por cuenta y en nombre del mismo, a cambio de una comisión " .

Precisamente la consecuencia de esas diferencias es la improcedencia de aplicar, de un modo automático, los artículos de la Ley 12/1992 a la liquidación de la relación contractual de distribución, cual si fuera cierta una igualdad jurídica esencial, la cual, como regla, no existe - sentencias de 21 de marzo de 2.007 y 28 de abril de 2.008 -.

La sentencia de 4 de marzo de 2.009 - con cita de las de 10 de julio y 6 de noviembre de 2.006 y 20 de julio de 2.007 , - recuerda que la cuestión de la aplicación analógica a los contratos de distribución de las reglas del de agencia ha venido ocupando de forma intermitente a la jurisprudencia, " que no ha negado dicha posibilidad por lo que se refiere a la compensación por clientela establecida para la solución de las relaciones en los contratos de agencia, aunque rechaza su aplicación de forma automática, porque debe probarse la concurrencia de la identidad de razón necesaria para la aplicación analógica " [...].».

Queda la posibilidad de actuar contra la absoluta renuncia a cualquier tipo de indemnización, es decir, declarar la nulidad de la cláusula número 8 del contrato de distribución firmado el 1 de enero de 2013 en cuanto establece una completa renuncia a cualquier tipo de indemnización y además de forma genérica, habiéndose manifestado el TS en contra de este tipo de clausulado, considerando que debe interpretarse restrictivamente¹⁷ y que la renuncia debe ser clara, terminante e inequívoca¹⁸, no siendo así en el presente caso. Aunque esta renuncia sea hecha por ambas partes, iría contra lo establecido en el artículo art.

1. «En defecto de ley que les sea expresamente aplicable, las distintas modalidades del contrato de agencia, cualquiera que sea su denominación, se regirán por lo dispuesto en la presente Ley, cuyos preceptos tienen carácter imperativo a no ser que en ellos se disponga expresamente otra cosa[...].»

¹⁷ STS 697/2014 de 11 de diciembre (RJ 2015/51).

¹⁸ SSTs 26 de mayo 2009 (RJ 2009/3042) y 3 de diciembre de 2007 (RJ 2008/34).

29 de la Ley del Contrato de Agencia, norma imperativa y por tanto limitativa de la autonomía de la voluntad conforme al art. 6.3. del Cc.

En todo caso la carga probatoria la soportaría Tincolores como establece el TS¹⁹: « De lo dicho anteriormente se desprende que quien sostenga en juicio la posible invalidez de un contrato, en este caso de algunas de sus cláusulas, deberá acreditarla de modo cumplido. La carga de la prueba incumbe en este caso a la demandada reconvencional, quien deberá demostrar los hechos en las que basa su oposición si pretende que ésta sea estimada (artículo 1214 del Código Civil y SSTS 23/12/1954 , 29/3/1955)».

2.3. OBLIGACIONES DE FACTURACIÓN

Si continuamos con el clausulado del contrato nos encontramos con dos partes del mismo que debemos interrelacionar. Ya expuestas en los hechos de este dictamen aparecen dos estipulaciones que con su unión crean una compleja red de retribuciones o pagos de difícil comprensión. En su base, Orleans aplica sobre las ventas a Tincolores una serie de descuentos directos en las facturas como se recoge en la cláusula 2.11 del contrato. Lo realmente importante de estas cláusulas no es en sí su redacción o validez, como ocurriría con la cláusula octava analizada en el apartado anterior, sino el verdadero seguimiento o no de estas cláusulas por Orleans.

En definitiva, el mecanismo era el de aplicar descuentos directos a las facturas de los productos ofrecidos por Orleans, de tal forma que el precio sobre el que se aplicaba los descuentos (este precio era el fijado por la tarifa en vigor en el momento del pedido realizado por Tincolores²⁰) era el precio máximo al que Tincolores podía vender los productos, de tal manera que si este precio era diferente, el descuento dejaría de tener sentido, ya que en la reventa del producto Tincolores no obtendría beneficio alguno.

Pues bien, además de estos descuentos como ya se recoge en los hechos de este dictamen, en el Anexo I, apartado *Precios* se estipula que Orleans se «*reserva el derecho a*

¹⁹ STS (Sala de lo Civil) 899/2007 31 de julio (RJ 2007/5093).

²⁰ Estipulado así en los Anexos del contrato de distribución de 1 de enero de 2013.

proponer a todos sus clientes, puntualmente por medio de sus representantes ofertas especiales o promociones limitadas en el tiempo.

Los descuentos correspondientes a estas promociones de deducirán del precio de cada producto concreto».

Por tanto, si se relaciona los descuentos sobre las facturas estipulados en la cláusula 2.11. del contrato y este añadido del Anexo 1 parece claro que del precio final que soporta Tincolors se deberían restar ambos conceptos, quedando así determinado, de la diferencia entre este precio con sus descuentos y el precio de venta a los clientes finales por Tincolors el beneficio para esta empresa, es decir, para el distribuidor, cumpliendo Tincolors con su objetivo principal de la firma de este contrato de distribución que sería la obtención de un beneficio a través de la reventa²¹.

Estas cláusulas no habrían tenido una gran relevancia si hubieran sido cumplidas en todo momento por el concedente Orleans, sin embargo, serán la clave en caso de exigir responsabilidades a Orleans por incumplimiento del contrato, en caso de que iniciase esta mercantil proceso de Juicio Ordinario.

Esto se deberá basar en prueba, los tribunales reiteran que para que se pueda alegar incumplimiento del contrato debe probarse, por quien lo alega, su existencia²².

Como se recoge por la jurisprudencia, el contrato de distribución se basa en la confianza, así lo dice la STS 697/2014 de 11 de diciembre (RJ 2015/51)²³. Por ello, en el momento que esta confianza se quiebra suelen aparecer los problemas. Orleans pierde la confianza en Tincolors por el impago de esta última de las facturas de los productos, sin embargo, analizando la documentación y facturación de los últimos años durante los cuales ambas empresas habían tenido relación, se podía apreciar que los descuentos que se recogían en el Anexo I en relación con las ofertas y promociones de lanzamiento de la estipulación 2.5.

²¹ STS 547/2013, de 2 de octubre (RJ 2013/6894): «la retribución del distribuidor, a diferencia de la del agente, consiste en el margen de reventa de los productos que comercializa del proveedor o comitente».

²² SAP Santa Cruz de Tenerife 304/2003 (AC 2003/2348)

²³ STS 697/2014 de 11 de diciembre (RJ 2015/51): «TERCERO: [...]Son contratos basados en la confianza, en atención a las capacidades técnicas y profesionales del distribuidor».

del contrato de distribución firmado el día 1 de enero de 2013 no se realizaban sobre las facturas emitidas por Orleans en la venta de esta a Tincolors.

Por tanto conforme a la doctrina de *pacta sunt servanda*, cuyo concepto moderno es «la relación jurídica que permite a una persona, denominada acreedor, el exigir a otra, llamada deudor, para satisfacer un interés privado digno de protección, determinada prestación garantizada con todo el activo patrimonial del obligado en caso de incumplimiento²⁴». Así, se puede exigir el cumplimiento de los los criterios de facturación establecidos en el clausulado y el Anexo. En definitiva, hay que estar a lo pactado.

Las obligaciones principales para Orleans según el contrato eran en primer lugar la puesta a disposición de Tincolors de los productos estipulados en el contrato, por supuesto todas aquellas obligaciones periféricas a esta que supusieran el buen fin de las relaciones comerciales, especialmente la correcta aplicación de los descuentos en las facturas resultantes de la venta de productos para su distribución.

²⁴ GARRIDO GÓMEZ, I, *Lo que queda del principio clásico Pacta sunt servanda*, Derecho y cambio social, Dialnet, 2011, p.4.

3. TERCERO.- INCUMPLIMIENTO DE LA CONCEDENTE

3.1. INDEMNIZACIÓN POR DAÑOS Y PERJUICIOS

Siguiendo en la hipótesis de la presentación de una demanda reconvencional en caso de que Orleans presentara demanda de juicio ordinario, para conseguir que esta nos indemnizara hay que estudiar las posibilidades restantes para ello.

Al haber visto la imposibilidad de aplicación analógica de la Ley del Contrato de Agencia por no darse los requisitos para ello, para poder ejercitar una acción resolutoria con derecho a indemnización de daños y perjuicios debemos analizar si se ha producido el incumplimiento por la otra parte siguiendo los artículos 1124 y 1101 del Cc.

Una de las cuestiones que parece obvio que se esgrimirá por la parte contraria en caso de interponer una demanda reconvencional, sería la incompatibilidad de solicitar la resolución del contrato por incumplimiento de la concedente (Orleans) con el propio incumplimiento de Tincolores, que queda probado y reconocido con la firma de los contratos de reconocimiento de deuda. Así, habría que ampararse una vez más en la construcción jurisprudencial del TS, que resuelve el conflicto en estos casos de doble incumplimiento.

El TS en su sentencia de 12 de marzo de 2013 (RJ 2013\2290) afirma que en aquellos contratos que pueden ser resueltos a través del art. 1124 del Cc. se considera que hay incumplimiento esencial del contrato por una de las partes cuando cause a la otra parte un perjuicio tal que la prive sustancialmente de lo que tenía derecho a esperar en virtud del contrato, salvo que la parte que haya incumplido no hubiera previsto tal resultado y que una persona razonable de la misma condición no lo hubiera previsto en igual situación.

En el presente caso, queda claro que Orleans, con la incorrecta aplicación de los descuentos en las facturas a Tincolores causa un perjuicio enorme, ya que le priva del beneficio del contrato, que es al fin y al cabo un elemento troncal del mismo. Además, este perjuicio era previsible, ya que al final lo que ocurría era que Tincolores soportaba los descuentos a los clientes finales, con la consiguiente merma del beneficio en el margen de

reventa, que es como dice Francisco de P. Blasco Gascó²⁵ la base del beneficio del distribuidor: «El concesionario, en definitiva, es un comerciante que actúa en el mercado en nombre y por cuenta propios, revendiendo, normalmente con carácter exclusivo, los productos que el concedente le suministra. Del margen comercial (diferencia entre el precio de adquisición del producto del concedente y el precio de venta al detallista o al consumidor), por regla general determinado por el concedente, deriva el concesionario sus beneficios. Así, las SSTS de 22 de junio de 2007, 22 de febrero de 2010 y 9 de julio de 2015 señalan expresamente que en el contrato de distribución la remuneración del concesionario está constituida por la diferencia del precio de compra y el precio de reventa ».

Se cita en esta misma sentencia de 2013 el art. 8:103 de los Principios de Derecho Europeo de Contratos, el cual establece unos criterios para considerar cuando el incumplimiento de una obligación es esencial para el contrato. Hay que resaltar que dichos Principios de Derecho Europeo de Contratos son el resultado de un intento de unificación/armonización del derecho privado en Europa. Estos no son criterios de autoridad, sino que actúan como recomendaciones, es preciso insistir que los principios pertenecen a la tendencia del *soft law*. En este sentido, ni tienen categoría de convención internacional, ni de ley o de costumbre y solamente adquirirán carácter coercible en virtud de las estipulaciones de las partes que decidan incorporarlos en sus contratos. Por ello, haciendo uso de su carácter orientativo (y no como derecho directamente aplicable) permiten aproximarnos a la naturaleza esencial de una obligación:

- Cuando la observancia estricta de la obligación pertenece a la causa del contrato
- Cuando el incumplimiento prive sustancialmente a la parte perjudicada de lo que legítimamente podía esperar del contrato, salvo que la otra parte no lo hubiera previsto, o no hubiera podido prever ese resultado.
- Cuando el incumplimiento sea intencionado y de motivos a la parte perjudicada para entender que ya no podrá contar en el futuro con el cumplimiento de la otra parte.

Así, Orleans habría cometido un incumplimiento de una obligación esencial ya que la correcta facturación, es decir, que Tincolors no asuma los descuentos realizados por Orleans sobre los productos distribuidos, pertenece a la causa del contrato. Priva lógicamente lo que

²⁵ BLASCO GASCÓ, F. De P: *Instituciones de Derecho Civil Contratos en Particular Cuasi Contratos Derecho de Daños*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2016, p.91

esperaba Tincolores del contrato ya que ve reducido su beneficio a márgenes irrisorios. La actuación es diametralmente opuesta a lo estipulado en el contrato de distribución.

A) Actividad probatoria

Será muy importante para probar este incumplimiento la presentación (con la contestación y demanda reconvenicional) y práctica de prueba, ya Manresa²⁶ reconocía la importancia probatoria en los procedimientos para exigir indemnización. Es lógico que ante un sistema tan complejo de pagos y que el incumplimiento de la concedente se encuentra oculto en el mismo, lo más útil, efectivo y con fuerza probatoria suficiente sería una prueba pericial que mostrara los pormenores sobre la determinación del margen resultante de las condiciones de compra del distribuidor al suministrador, las cantidades que ello supone que el distribuidor ha pagado en exceso sobre las condiciones pactadas; la determinación de la cifra de negocio, de la cifra de mi mandante con Orleans, y la cuantificación de los daños y perjuicios que resultan.

Al tener que probar el incumplimiento de Orleans, en caso de que la parte contraria interpusiera demanda iniciando proceso de Juicio Ordinario, en la contestación a la demanda, con la correspondiente reconvenición si procediera, habrá que atender a que el medio de prueba pericial será el más idóneo por ser el más técnico y analítico y completo para un caso tan complejo. Se cuenta además con los conocimientos de un experto a nuestro favor, que puede ayudarnos a llevar la argumentación de la defensa.

Esta prueba pericial estaría acompañada por la documental procedente, sobre la que debe basarse la prueba pericial que la compondríamos con:

1. El contrato de distribución firmado por Tincolores y Orleans el 1 de enero de 2013.
2. Los contratos de reconocimiento de deuda.
3. Una recopilación de las facturas de los productos comprados por Tincolores a Orleans.
4. Catálogos y revistas de Orleans, en las que se establecen promociones al cliente final.

²⁶ MANRESA Y NAVARRO, J.M., *Comentarios al Código Civil español. Tomo VIII*, Imprenta de la Revista de Legislación, 2ª Ed., Madrid, 1907, pg. 66: «A este fin, y no cabiendo negar fundamento a la indemnización, ha sido la prueba de los daños y perjuicios el terreno donde se ha apoyado la jurisprudencia para desestimar las reclamaciones en que aquélla no se ha aportado lo bastante cumplida y conveniente; y partiendo de esta base, ha tenido, con relación á tal extremo, exigencias tan rigurosas, que son excepcionales dentro del criterio judicial ordinario para la prueba».

Por el TS se ha pronunciado respecto de las pruebas; en el sentido de demostrar que se tiene derecho a percibir indemnización por daños y perjuicios²⁷, estableciendo que en cuanto el Cc. no regula de manera precisa la prueba a practicarse en estos casos, bastará con aquella que acredite situación de incumplimiento contractual, con lesiones patrimoniales a la parte contraria (en este caso sería así, ya que Orleans produce claras lesiones patrimoniales a Tincolores), como recoge la SAP de Santa Cruz de Tenerife²⁸, que traslada la carga indemnizatoria en un caso de contrato de distribución en exclusiva a la parte demandante, perdiendo esta la causa por no acreditar el daño supuestamente sufrido:

«[...]unas ganancias, sobre lo cual, debía haber probado no sólo esa relación de causa efecto entre el incumplimiento y los daños y perjuicios que se peticionan, máxime cuando el volumen y perspectivas del negocio consta que se habían deteriorado en los últimos años, sino también el alcance de los mismos o, al menos, las bases necesarias para su cuantificación en ejecución de sentencia. Faltando el soporte fáctico de la existencia de los daños, no basta, como señala el Tribunal Supremo en la ya reseñada sentencia de 10 de junio de 2000 , para sustentar la obligación indemnizatoria con que los daños puedan resultar sólo posibles[...]

Es, atendiendo a todo ello, que se deberá poner especial interés en probar el incumplimiento siguiendo la estricta valoración de la prueba en este tipo de cuestiones, se tratará además el valor probatorio del contrato de reconocimiento de deuda al final del dictamen.

B) Doble incumplimiento

Como se iba adelantando, Orleans podría alegar que Tincolores ha incumplido, sin embargo el TS en sentencia 767/2012 de 19 de diciembre (RJ 2013\1622) establece que si las dos partes involucradas en el contrato incumplen el mismo, habrá que analizar cuál de ellas incumplió primero, ya que no se reconocería la posibilidad de accionar el 1124 Cc. a aquella parte que incumplió, a no ser que el incumplimiento de la otra parte, en este caso Orleans con la incorrecta facturación y aplicación de los descuentos, hubiera provocado el ulterior

²⁷ STS 1095/1995 de 18 diciembre (RJ 1995/9149).

²⁸ SAP Santa Cruz de Tenerife 304/2003 (AC 2003/2348).

incumplimiento, que sería el impago de Tincolors por merma en el beneficio obtenido de la relación comercial de distribución.

Por último, dice el TS en la reiterada sentencia, que habrá que atender por tanto para la aplicación del art. 1124 Cc. a los criterios de prioridad cronológica, causalidad y proporcionalidad.

Con este somero análisis se pretende hacer ver que se podría accionar la resolución del contrato por incumplimiento de Orleans, habría armas y argumentos sólidos para ello, sin embargo, en el contrato de reconocimiento de deuda firmado el 5 de mayo de 2016 se resuelve toda relación comercial entre Orleans y Tincolors, con la siguiente cláusula:

«II. RESOLUCIÓN DE RELACIONES COMERCIALES

Como consecuencia de los incumplimientos de Tincolors, Orleans y Tincolors acuerdan resolver todas sus relaciones comerciales basadas en el suministro y distribución de mercancías. »

De esta forma, el contrato estaría ya resuelto, por lo que únicamente quedaría la opción de accionar mediante los artículos 1101 y 1106 del Cc. la indemnización por daños y perjuicios por el incumplimiento de Orleans del contrato.

El contrato está resuelto en virtud del acuerdo de fecha 5 de mayo de 2016, por lo que no puede exigirse ni la resolución, que conforme a lo que se expone se acordó en el contrato, ni tampoco el cumplimiento, pues se encuentra extinguido y es consolidada jurisprudencia²⁹ que no puede pretenderse el cumplimiento tras la resolución. Lo que persiste es la posibilidad de reclamar por el incumplimiento los daños y perjuicios que aquel haya causado de conformidad con los arts. 1101 y 1106 del Cc.

Conforme al art. 1101 del Cc. quedan sujetos a la indemnización de los daños y perjuicios causados los que en el cumplimiento de sus obligaciones incurrieren en dolo, negligencia o morosidad, y los que de cualquier modo contravinieren al tener de aquellas.

²⁹ STS (Sala de lo Civil, Sección1ª) 744/2016 de 21 diciembre (RJ 2016/6012), STS (Sala de lo Civil, Sección1ª) 382/2016 de 6 junio RJ (2016/2339): en ambas sentencias se establece el carácter liberatorio de la resolución del contrato, no teniendo que cumplir con las obligaciones estipuladas en contrato desde la misma.

Este precepto tras enumerar como orígenes de la responsabilidad por incumplimiento de las obligaciones las frecuentes causas especiales (mora, dolo, culpa) que surgen como incidencias en la ejecución de aquellas, declara también sujetos a la indemnización que proceda a los que de *cualquier modo contravinieren al tenor de aquellas* (las obligaciones). Expresión tan amplia comprende como origen de responsabilidad cualquier hecho no lícito que pueda, causando perjuicio, alterar el cumplimiento fiel, estricto y normal de las obligaciones, cualquier medio o forma de incumplimiento de éstas, conforme nos enseña Manresa³⁰ en sus comentarios al Cc., quien más adelante dice que para aplicarle bastan tres circunstancias: que haya una obligación constituida, que el obligado deje de cumplirla, y que por la falta de cumplimiento se irroguen perjuicios y citando al TS, aún explica y ahonda más en este último concepto, señalando que es necesario que los perjuicios que se irroguen por falta de cumplimiento de la obligación, sean imputables al obligado.

El alcance de la indemnización viene determinado por el artículo 1106 al señalar que comprende, no solo el valor de la pérdida que hayan sufrido, sino también el de la ganancia que hayan dejado de obtener el acreedor. La indemnización comprende dos orígenes de perjuicios, las dos formas de daños que pueden causarse: privando a alguien de lo que ya tenía, o impidiéndole aprovecharse de lo que le hubiera correspondido; definición ya antigua, que coincide con la del *daño emergente y lucro cesante*.

Por ello, y con la mejor delimitación que se hace en el art. 1107 del Cc. lo que se reclama es los daños y perjuicios previstos o que se hayan podido prever al tiempo de constituirse la obligación y que sean consecuencia necesaria de su falta de cumplimiento.

Es importante señalar como hace el artículo 1107 Cc. en su segundo párrafo, que en caso de dolo se responderá de todos los daños que conocidamente se deriven de la falta de cumplimiento de la obligación. Sin perjuicio de la valoración de la prueba pocas dudas quedan de que el incumplimiento de las condiciones de venta al distribuidor es algo que Orleans no podía desconocer al programar sus ciclos, ofertas, lanzamientos y campañas, pese a lo cual escogió incumplir, posiblemente por su posición dominante y el desequilibrio de la relación contractual que le permitía imponerlo.

Así, se alegraría como incumplimiento en la contestación reconvenzional que en el contrato de distribución suscrito entre Orleans y Tincolors se pactaron para el periodo de

³⁰ MANRESA Y NAVARRO, J.M., *Comentarios al Código Civil español. Tomo VIII*, Imprenta de la Revista de Legislación, 2ª Ed., Madrid, 1907, págs. 65-67.

vigencia del contrato unas condiciones comerciales por las que el distribuidor disfrutaba de unos descuentos directos en factura sobre la Tarifa de precios venta al cliente final (Peluquerías). Este precio tarifa se modificaba mediante ofertas periódicas a los clientes en función de las distintas promociones. Sin embargo estas modificaciones no tenían su reflejo en la columna *Valor Productos* de las facturas emitidas por Orleans a Tincolores y que servían de base para la aplicación del porcentaje de descuento directo en factura. Por esta razón, el distribuidor obtenía una bonificación inferior a la pactada en el contrato ya que pagaba los productos aplicando la bonificación pactada sobre la lista tarifa de precios inicial y los vendía, en algunos casos , al cliente por un precio inferior al pactado en la lista tarifa de precios.

Aunque se entendiera que el incumplimiento de Orleans fuera el de una obligación accesoria (en este caso sería discutible, pero ante la duda consideraríamos en la contestación que es una obligación principal por su expresa regulación en el clausulado del contrato) se podría seguir exigiendo la correspondiente indemnización por daños y perjuicios³¹.

3.2. COMPENSACIÓN

Queda claro con todo lo expuesto que ambas empresas habrían incumplido, por tanto entraría en juego y habría que atender en caso de tener que contestar a la demanda en el juicio ordinario al artículo 1195 Cc., es decir, la aplicación de la compensación. Es sabido que cuando dos partes sean por derecho propio recíprocamente acreedoras y deudoras, se aplicará esta figura jurídica. Se dan todos los requisitos en el presente caso para que sea de aplicación, con el consiguiente beneficio para Tincolores, minorándose la deuda exigida por Orleans.

La compensación legal se establece en el art. 1156 del Cc., si bien, cuando no se cumplen los requisitos exigidos para la aplicación genérica de esta compensación legal habrá que acudir a la compensación judicial. Para la aplicación de esta bastaría con que existan deudas y créditos por derecho propio y exigibles entre las partes, que los compensarán dentro del juicio.

³¹ SSTS 10 de mayo 1989 (RJ/ 1989/3680) 22 de marzo de 1993 (RJ/1993/2530) y 31 de mayo de 2007 (RJ/2007/4336).

«Se puede plantear la existencia de «crédito compensable», sin discriminar entre compensación legal o judicial, postura razonable, pues el actor podrá oponerse por los trámites de la contestación a la reconvencción, gozando la resolución recaída de los efectos de la cosa juzgada (art. 222.2 LEC). Así, la excepción de compensación goza de un tratamiento procesal autónomo, pues pese a su «nomen» de excepción goza de naturaleza sustantiva, sirviendo de cauce para introducir acciones y hechos nuevos, por lo que tiene sustanciación procesal como si de reconvencción se tratase, por lo que carece de sentido exigir, como en la sentencia recurrida que se formule reconvencción expresa, pues la parte actora supo desde el primer momento que se articuló expresa y destacadamente la «compensación» y contestó a ella, en virtud del traslado que se le confirió³²».

En este comentario se explica el contenido de la STS, Sala 1ª, de lo Civil, 427/2013, de 13 de junio (RJ 2013\4373).

La deuda que emana originalmente del contrato, según Orleans, sería la derivada del impago de Tincolors de las facturas de la compra de mercancías a la primera. Sin embargo, aquí la compensación se daría con el crédito que existe a favor de Tincolors por el incumplimiento e incorrecta aplicación del contrato de distribución y que alegaríamos en la contestación a la demanda. Así, queda el siguiente escenario: mediante contestación nos podríamos oponer al completo pago de la deuda que nos solicita Orleans (por el momento en sede de monitorio) y mediante demanda reconvenccional se podría alegar el incumplimiento de la concedente (Orleans), y por tanto el derecho a exigir indemnización, lo que deberá ser probado en las instancias judiciales para tener el reconocimiento del crédito contra dicha concedente y la consiguiente compensación.

³²ARROYO FIESTAS, F.J. «*La compensación legal o judicial puede ser opuesta al contestar la demanda como excepción, tramitándose como contestación a la reconvencción, sin exigirse formulación de reconvencción expresa*». Diario La Ley, Nº 8192, Sección Jurisprudencia, 15 de Noviembre de 2013, Año XXXIV, Editorial La Ley, LA LEY 5574/2013

3.3. ENRIQUECIMIENTO INJUSTO

Esta figura no tiene una regulación específica, es una doctrina que se ha ido formando conforme a criterios jurisprudenciales del TS³³. Los requisitos que se deben dar para poder alegar dicho enriquecimiento:

a) Que la persona demandada haya disfrutado, injustamente, de un aumento de su patrimonio. Es decir, cualquier ventaja patrimonial.

b) Que la persona demandante, de forma correlativa, se haya empobrecido. Este empobrecimiento debe ser apreciable. Sirve puntualizar en este punto, que deberá ser el demandante el que pruebe el enriquecimiento del demandado.

c) No es necesario que el enriquecido haya tenido mala fe, negligencia o un acto ilícito.

d) Que no exista ninguna causa que justifique el aumento patrimonial de demandante, es decir, que no se dé el enriquecimiento en el ámbito de una relación contractual, pueden tener relación contractual ambas partes, pero el enriquecimiento debe producirse al margen de esta. Sí que se exige relación causal entre el enriquecimiento de uno y el empobrecimiento de otro.

e) Que no exista norma alguna que exceptúe la aplicación de este principio.

f) Que no haya podido reclamarse por otros medios el perjuicio económico, es decir, es una acción subsidiaria.

En este caso parece que se cumplirían todos los requisitos, sin embargo, vamos a ver que no tendría sentido argumentarlo, ya que si bien el enriquecimiento de la otra parte se ha dado y a consta de Tincolors (con el cargo de los descuentos en los márgenes de reventa), existen otras vías para reclamar este perjuicio y además estamos en el ámbito de un contrato, causas que impiden alegar dicha figura. El enriquecimiento injusto, como dice el TS va a tener carácter subsidiario, porque siempre que se pueda solicitar el daño o enriquecimiento por otras vías, como aquí ocurre a través de la indemnización por daños y perjuicios. Es por eso que no acudiríamos a esta vía para tratar de recuperar aquello perdido a través de una incorrecta facturación e inaplicación de lo acordado en el contrato de distribución de 1 de

³³ STS 343/2002 de 22 abril (RJ\2002\3311) y STS 920/2007 de 20 julio (RJ\2007\5071).

enero de 2013, sino que la vía principal sería la de reclamación de daños y perjuicios por el incumplimiento del contrato por el artículo 1101 del Cc.

4. CUARTO.- CONTRATOS DE RECONOCIMIENTO DE DEUDA

Hay que hacer referencia, ya casi en última instancia, en este dictamen a los contratos de reconocimiento de deuda. que ponen de manifiesto en la fase de liquidación del contrato extinto de distribución, las obligaciones aún pendientes derivadas del mismo. En nuestro caso, el pago del último acuerdo de reconocimiento de deuda firmado el 5 de junio de 2016.

Sirve, en el presente caso, este contrato de reconocimiento de deuda, para ratificar la resolución del contrato por un supuesto acuerdo de ambas partes. De alguna forma, solo pone de manifiesto que aun subsistiendo obligaciones o deberes del contrato, el vínculo contractual debe considerarse extinto desde que se pierda la vigencia de dicho vínculo, según lo pactado³⁴.

El artículo 326.1º de la Ley de Enjuiciamiento Civil establece que los documentos privados serán prueba válida en el proceso, en los términos del artículo 319, cuando su autenticidad no sea impugnada por la parte a quien perjudique.

La jurisprudencia establece:

En la SAP Zaragoza 449/2015, de 30 de octubre (JUR 2015\289737) donde se cita en su fundamento SEGUNDO la STS de 6 de marzo de 2009 (RJ 2009\1634) que dice: «TERCERO[...]El reconocimiento de deuda, aun cuando no aparece regulado especialmente, constituye en nuestro derecho un negocio jurídico de fijación (en igual sentido, el artículo 1988 del Código Civil italiano) en el que, si bien no se produce una total abstracción de la causa (como en el Derecho alemán, parágrafo 781 del Código Civil alemán) se contiene la obligación del deudor de cumplir lo reconocido salvo que se oponga eficazmente al cumplimiento alegando y probando que la obligación a que se refiere es inexistente, nula, anulable o ineficaz por cualquier causa, lo que implica la inversión de la carga de la prueba. Así lo ha entendido la jurisprudencia de esta Sala al establecer que el reconocimiento contiene

³⁴ DÍEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, L., *Fundamentos de derecho civil patrimonial*, vol. II, Ed, Civitas, Madrid, 2008, pág. 1085.

la voluntad negocial de asumir y fijar la relación obligatoria preexistente, le anuda el efecto material de obligar al cumplimiento por razón de la obligación cuya deuda ha sido reconocida, y el efecto procesal de la dispensa de la prueba de la relación jurídica obligacional preexistente (Sentencias de 17 de noviembre de 2006 y de 16 de abril de 2008) ».

La STS 113/2016, de 1 de marzo (RJ 2016\730) reitera que: «SEGUNDO [...]El reconocimiento de deuda vincula a quien lo realiza y, en atención a lo prevenido en el art. 1277 del Código Civil ha de presumirse que su causa existe y es lícita, en tanto el deudor (con inversión de la norma general sobre carga de la prueba) no demuestre lo contrario; siendo por lo demás evidente que este reconocimiento contenido en el documento suscrito por la actora y el representante legal de la demandada, de fecha 25 de septiembre de 2005, expresa que la deuda obedece a la prestación de varios servicios, es decir, se expresa causa del mismo».

En definitiva, el reconocimiento de deuda contenido en el documento que suscribieron el 5 de mayo de 2016 los representantes de la demandada y de la demandante con el fin de extinguir y liquidar las relaciones contractuales nacidas de los contratos de distribución que celebraron en su día, siendo ésta, la propia causa del reconocimiento, vincula a Tincolors y supone una prueba más del impago de las facturas, lo que le impide oponerse a la reclamación de cantidad por incumplimiento, pero no a que se pida la compensación a través de reconvencción. Supone una prueba más, pero atendiendo a que no se intentaría en el proceso judicial desmentir dicho documento no afectaría en gran medida.

Por otra parte, este acuerdo que contenía un reconocimiento de la deuda de Tincolors con Orleans, no puede calificarse solo como una novación, porque lo único que se realiza es la determinación de la cantidad adeudada por Tincolors por los suministros de mercancía, no se crean nuevas obligaciones incompatibles (como exige para la novación el art. 1204 Cc.).

V. CONCLUSIONES

Para centrar las actuaciones a seguir y no perdernos en la amalgama de situaciones que se derivan de este caso hay que partir del contrato de distribución de 1 de enero de 2013. Por este contrato Tincolores y Orleans acordaron por un plazo determinado de tres años que Orleans proveería a Tincolores con productos de sus marcas para la posterior reventa a los clientes finales en una zona geográfica determinada.

Ante el impago de Tincolores de las facturas de la compra de productos a Orleans y el reconocimiento del mismo a través del documento de reconocimiento de deuda, e incumplimiento de este mismo documento de 5 de mayo de 2016 se interpuso por Orleans petición de proceso monitorio.

Debemos plantearnos diferentes pasos y posibilidades de forma escalonada:

Por una parte, la primera de las opciones sería no oponerse al proceso monitorio. Esto supondría tener que pagar la deuda adquirida con Orleans, pero se cerraría el procedimiento judicial y se ahorraría futuros procesos que versaran sobre esta controversia. Esto resultaría el modo rápido de terminación, pero requiere tener una liquidez que parece obvio que al haber ido acumulando la deuda citada, no se tiene en el momento de interposición por parte de Orleans del monitorio contra nosotros (Tincolores).

La segunda opción, si descartamos el aceptar el pago solicitado por monitorio, es la oposición a este. Habría que interponer oposición al proceso monitorio siguiendo los cauces establecidos por la LEC para ello en los artículos 814 y ss. dentro de los 20 días siguientes a la interposición de la petición de proceso monitorio. Aunque es un periodo corto de tiempo para estructurar la defensa, como bien se ha analizado, no sería necesaria una gran argumentación jurídica en esta oposición al monitorio (pudiendo reservarse la argumentación a un posterior juicio si procede) y obligaría a Orleans a interponer demanda si quisiera continuar con el procedimiento, ganando así al menos tiempo para conseguir liquidez o en su caso preparar el proceso que continuaría.

Orleans podría presentar demanda si se sigue la opción de oponerse al proceso monitorio, y esta demanda daría inicio a un procedimiento de Juicio Ordinario por razón de la cuantía. Si se llegara a interponer dicha demanda, existiría la opción de no actuar y estaríamos de nuevo, en la tesitura de pagar para resolver la controversia si se hubiera tenido tiempo para

acumular la cantidad solicitada. Sin embargo, hay que tener en cuenta el resto de gastos procesales como las costas. De esta forma, no tendría mucho sentido alcanzar este nivel procesal sin oponerse a la demanda, es decir, consideramos que se tienen suficientes argumentos como para poder oponernos a la demanda si esta se interpusiera y no solo eso, sino que se recomienda la interposición de una demanda reconvenzional.

Así pues, considerando que la interposición de una demanda reconvenzional sería el paso lógico a seguir en caso de que Orleans interpusiera una demanda de juicio ordinario, se podrían alegar las siguientes cuestiones para el beneficio de Tincolores:

En primer término, se solicitaría la nulidad de la cláusula de renuncia a todo tipo de indemnización recogida en el contrato de distribución de 1 de enero de 2013. Hay que recordar que la aplicación analógica de la LCA en ningún caso será automática³⁵, en su vertiente de la indemnización por clientela. Por tanto, analizando los criterios de aplicación, considero que no es posible exigirla por no cumplirse los requisitos (captación efectiva de clientela y uso de la misma por parte de la concedente) y ser complicada su prueba. Aun considerando que se dieran los requisitos, se perdería el derecho a exigir dicha indemnización por el propio artículo 30 de la LCA, ya que el contrato se habría resuelto por el incumplimiento del distribuidor. En conclusión, se solicitaría la nulidad de la cláusula por ser una renuncia genérica y poco precisa a todo derecho de indemnización, aunque ello no nos permita exigir la indemnización por clientela.

Cabría entonces alegar la reclamación de indemnización por daños y perjuicios (por los artículos 1101 y 1106 del Cc.), atendiendo a que no existe realmente la limitación de la cláusula. En este caso, alegando que persiste el derecho a ella (la indemnización) con base en el doble incumplimiento y la doctrina jurisprudencial del TS. Esto es, que persiste el derecho a reclamar la indemnización por daños y perjuicios porque el incumplimiento de Tincolores es consecuencia directa del incumplimiento previo de Orleans. Dicho incumplimiento sería probado con el apoyo de prueba documental (contratos, facturas y catálogos...) y una prueba pericial sobre los mismos que en definitiva, probará que el distribuidor (Tincolores) obtenía de facto una bonificación inferior a la pactada en el contrato ya que pagaba los productos

³⁵ ACUERDO adoptado por los Magistrados de la Sala Primera del Tribunal Supremo, en Junta General celebrada el día 20 de diciembre de 2005.

Aplicación analógica del art. 28 de la Ley de Contrato de Agencia

aplicando la bonificación pactada sobre la lista tarifa de precios inicial y los vendía, en algunos casos , al cliente por un precio inferior al pactado en la lista tarifa de precios.

Alegado y probado el incumplimiento en la demanda reconvenzional (y exigida la indemnización por daños y perjuicios) se deberá articular el uso de la compensación judicial. Esto es, que el crédito que pedimos que se nos reconozca contra Orleans se compense con el crédito que esta mercantil tiene contra nosotros.

Por último, no sería de aplicación la doctrina del enriquecimiento injusto por no cumplirse los requisitos para ello, atendiendo a que de acuerdo con su carácter subsidiario, debe ser la última opción, no cabiendo ninguna otra acción que vaya a recuperar lo perdido por Tincolors en la incorrecta aplicación de descuentos sobre las facturas.

Esta es la opinión que emitimos como dictamen y que sometemos a otra mejor fundada en Derecho, firmándola en Zaragoza a 1 de diciembre de 2018.

VI. BIBLIOGRAFIA

Libros

CARRASCO PERERA, A., *Derecho de contratos*, Ed. Aranzadi, Pamplona, 2010.

BLASCO GASCÓ. F. De P., «*Instituciones del Derecho Civil. Contratos en particular. Cuasi Contratos. Derecho de Daños*», Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2016.

DÍEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, L., «*Fundamentos de derecho civil patrimonial*», vol. II, Ed. Civitas, Madrid, 2008.

GONZALEZ-ORÚS CHARRO, M^a C. «*Los Contratos de Distribución. Extinción: Problemática y Práctica*», Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2017

LACRUZ BERDEJO, J.L., SANCHO REBUDILLA, F. «*II Derecho de Obligaciones. Volumen Primero. Parte general. Teoría general del contrato*», Cuarta edición. Ed. Dynkinson, Madrid, 2007.

MANRESA Y NAVARRO, J.M., *Comentarios al Código Civil español. Tomo VIII*, Imprenta de la Revista de Legislación, 2^a Ed., Madrid, 1907.

SÁNCHEZ CALERO, F y SÁNCHEZ-CALERO GUILARTE, J., «*Instituciones de derecho mercantil, vol II*», Aranzadi, Pamplona, 2010.

Revistas

LASCORZ COLLADA, M., «*Análisis jurisprudencial de la extinción de los contratos de distribución*», Aranzadi Civil-Mercantil, Marzo 2014, núm 11.

ARROYO FIESTAS, F.J. .«*La compensación legal o judicial puede ser opuesta al contestar la demanda como excepción, tramitándose como contestación a la reconvención, sin exigirse formulación de reconvención expresa*». Diario La Ley, N° 8192, Sección Jurisprudencia, 15 de Noviembre de 2013, Año XXXIV, Editorial La Ley, LA LEY 5574/2013

Recursos electrónicos

<http://guiasjuridicas.wolterskluwer.es>

Base de datos Aranzadi: <http://aranzadi.aranzadidigital.es.roble.unizar.es>

Base de datos CENDOJ: <http://www.poderjudicial.es/search/indexAN.jsp>

<http://biblioteca.tirant.com.roble.unizar.es>

<https://www.iberley.es>

<http://www.comercio.mineco.gob.es>

Otros

GONZALEZ-ORÚS CHARRO, M, «*La extinción de los contratos de distribución mercantil*». Tesis dirigida por la Dra. M^a José Vaquero Pinto, Universidad de Salamanca, Salamanca 2015.