



Roj: **SAP B 3140/2024 - ECLI:ES:APB:2024:3140**

Id Cendoj: **08019370152024100102**

Órgano: **Audiencia Provincial**

Sede: **Barcelona**

Sección: **15**

Fecha: **02/04/2024**

Nº de Recurso: **418/2023**

Nº de Resolución: **146/2024**

Procedimiento: **Recurso de apelación**

Ponente: **JOSE MARIA RIBELLES ARELLANO**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Sección nº 15 de la Audiencia Provincial de Barcelona. Civil

Calle Roger de Flor, 62-68 - Barcelona - C.P.: 08071

TEL.: 938294451

FAX: 938294458

EMAIL:aps15.barcelona@xij.gencat.cat

N.I.G.: 0801947120188002268

Recurso de apelación 418/2023 -1

Materia: Juicio Ordinario

Órgano de origen: Juzgado de lo Mercantil nº 10 de Barcelona

Procedimiento de origen: Procedimiento ordinario (Materia mercantil art. 249.1.4) 365/2018

Entidad bancaria BANCO SANTANDER:

Para ingresos en caja. Concepto: 0661000012041823

Pagos por transferencia bancaria: IBAN ES55 0049 3569 9200 0500 1274.

Beneficiario: Sección nº 15 de la Audiencia Provincial de Barcelona. Civil

Concepto: 0661000012041823

Parte recurrente/Solicitante: COGNAC FERRAND SAS

Procurador/a: Guillem Urbea Pich

Abogado/a: Jordi Sagrera Rull

Parte recurrida: AMER GOURMET, S.L.

Procurador/a: Ignacio Lopez Chocarro

Abogado/a: RAMON TAGLIAVINI

Cuestiones.- Competencia desleal. Incumplimiento contractual.

SENTENCIA núm. 146/2024

Ilustrísimos Sres. Magistrados

DON JUAN FRANCISCO GARNICA MARTÍN

DON JOSÉ MARÍA RIBELLES ARELLANO

DOÑA MARTA CERVERA MARTÍNEZ



En Barcelona, a dos de abril de dos mil veinticuatro.

Parte apelante: COGNAC FERRAND S.A.S.

Parte apelada: AMER GOURMET S.L.

Resolución recurrida: Sentencia

-Fecha: 31 de octubre de 2022

-Demandante: AMER GOURMET S.L.

-Demandada: COGNAC FERRAND S.A.S.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- El fallo de la sentencia apelada es del tenor literal siguiente:

"ESTIMO PARCIALMENTE la demanda interpuesta por el Procurador Ignacio López Chocarro en nombre y representación de AMER GOURMET, S.L. contra COGNAC FERRAND, S.A.S., representada por el Procurador Ivo Ranera Cahis y:

1º) Declaro que COGNAC FERRAND, SAS, instó improcedentemente la resolución contractual del Contrato de Distribución de 2011, relativo a "Citadelle Gin" y "Citadelle Vodka", y los acuerdos comerciales y contractuales relativos a los rones de la gama "Plantation", la "Magellan Gin", el "Cognac Pierre Ferrand" y el "Dry Curaçao Ferrand", y que ha incumplido sus obligaciones contractuales derivadas de los mismos, acordando, por ello, su resolución como consecuencia de los incumplimientos de COGNAC FERRAND; y

2º) Condeno a COGNAC FERRAND, S.A.S. a pagar a AMER GOURMET, S.L. la cantidad de 646.329,61 €.

3º) Cada parte asumirá sus propias costas y las comunes por mitad si las hubiere."

SEGUNDO.- Contra la anterior resolución se interpuso recurso de apelación por la representación procesal de la parte demandada. Dado traslado a la parte demandante, presentó escrito de oposición al recurso e impugnación de la sentencia, habiéndose formulado oposición a dicha impugnación por la apelante principal.

TERCERO.- Recibidos los autos originales y formado en la Sala el Rollo correspondiente, se procedió al señalamiento de día para votación y fallo, que tuvo lugar el pasado 22 de febrero de 2024.

Es ponente el Ilmo. Sr. DON JOSE MARIA RIBELLES ARELLANO.

FUNDAMENTOS JURIDICOS

PRIMERO.- Términos en los que aparece contextualizada la controversia en esta instancia

1. La demandante, AMER GOURMET S.L. (en adelante, AMER), interpuso demanda acumulando acciones de competencia desleal y de naturaleza contractual en relación con la ruptura unilateral e injustificada, a juicio de la demandante, del contrato de distribución en exclusiva suscrito con la demandada COGNAC FERRAND S.A.S. Para la resolución del recurso estimamos conveniente partir de la siguiente relación de hechos no controvertidos que extraemos, en su mayor parte, de la propia relación de hechos probados que se contienen en la sentencia apelada:

1º) 11 de mayo de 2011, COGNAC FERRAN y AMER suscribieron un contrato de distribución en exclusiva para el territorio español del vodka y ginebra marca "Citadelle", contrato que regulaba la relación comercial entre AMER, como distribuidor, y COGNAC FERRAN, como productor (documento tres de la demanda). La duración pactada del contrato fue de 15 años, prorrogable por 5 años más a potestad de AMER. La exclusividad del contrato se pactó de forma recíproca, es decir, ni AMER podía distribuir otros vodkas y ginebras equivalentes en la categoría "premium", ni COGNAC FERRAN podía tener otros distribuidores en España. Adicionalmente, COGNAC FERRAN se comprometía a adoptar:

"(...) las medidas que sean necesarias para evitar que sus clientes incumplan esta cláusula, por ejemplo, interrumpiendo la venta a los clientes incumplidores, entre otras. COGNAC FERRAND autoriza además a AMER GOURMET, un tercero beneficiario, a emprender acciones legales directas contra cualquier cliente que venda los Productos en el Territorio incumpliendo el presente Contrato, siempre que AMER GOURMET lo haya notificado por escrito a COGNAC FERRAND al menos sesenta (60) días antes de iniciar las acciones. Asimismo, AMER GOURMET podrá rescindir el presente Contrato con el envío de una notificación por escrito 30 días antes y con derecho a recibir las compensaciones señaladas en el apartado Noveno del presente Contrato si COGNAC FERRAND no adopta las medidas pertinentes en un plazo de 60 días tras la recepción por parte de COGNAC

FERRAND del aviso de AMER GOURMET sobre la oferta de importaciones no autorizadas de los Productos en el Territorio."

2º) AMER, por su parte, se comprometía, con carácter anual y mientras estuviera vigente el contrato, a adquirir las cantidades mínimas de cada producto establecidas en el Anexo 1. Para el periodo comprendido entre el año 2010 y el año 2020, el Anexo I establece una compra mínima anual de botellas de 70 cl del producto *Citadelle* que oscila entre las 80.000 y las 164.450 botellas. A partir del año 2021 se contempla una compra mínima anual a determinar por el promedio de compras anuales en los dos años anteriores.

3º) En la estipulación octava del contrato las partes acuerdan que COGNAC FERRAND tendrá derecho a rescindir el contrato, entre otros supuestos, en caso de incumplimiento grave del contrato por parte de AMER, contemplando expresamente como tal si esta no compra " *las cantidades mínimas de productos por dos años naturales consecutivos*". De acuerdo con el apartado quinto de dicha estipulación, la rescisión del contrato por incumplimiento del distribuidor no conllevará indemnización alguna a su favor.

4º) La estipulación novena, apartado primero, establece que la " *la rescisión anticipada del Acuerdo por COGNAC FERRAND (salvo como resultado del incumplimiento de este Acuerdo por AMER GOURMET), AMER GOURMET tendrá derecho a, y COGNAC FERRAND pagará, siempre que AMER GOURMET haya comprado las cantidades mínimas establecidas en el Anexo nº. 1 adjunto, una indemnización igual a*

$I = P \times S$

Donde

I será el importe de la indemnización adeudada;

P será el porcentaje aplicable determinado por la cifra acumulada media en un año de Cajas vendidas a AMER GOURMET por COGNAC FERRAND, en los veinticuatro (24) meses inmediatamente anteriores a la fecha de rescisión, como se establece en el siguiente cuadro:

y S será el promedio a un año de COGNAC FERRAND de las ventas fuera de bodega acumuladas reales a AMER GOURMET en los veinticuatro (24) meses inmediatamente anteriores a la fecha de rescisión.

9.2.2 *La indemnización líquida prevista en el párrafo 9.2.1 se devengará sin perjuicio del derecho de AMER GOURMET a reclamar por los daños y perjuicios que no superen 200.000 euros, siempre que esa reclamación se base en los gastos realmente soportados por AMER GOURMET (i) fuera del alcance o este Acuerdo, (ii) en relación con la importación, comercialización y distribución de los Productos en el Territorio, (iii) antes de la fecha de rescisión o incumplimiento, y (iv) no amortizados o depreciados de otro modo."*

5º) La estipulación décima del acuerdo, bajo el epígrafe " *legislación aplicable y jurisdicción*", dispone que el acuerdo se regirá por la legislación francesa y que toda controversia o reclamación " *derivada de o relativa a este Acuerdo, o la interpretación, suscripción, cumplimiento, incumplimiento, validez, o rescisión del mismo, que no se haya resuelto mediante negociación, deberán resolverse mediante arbitraje vinculante sustanciado en inglés con arreglo al Reglamento de Arbitraje Internacional del Centro Internacional para la Resolución de Disputas ("Reglamento del CIRDI") por un (1) árbitro designado de conformidad con dicho Reglamento.*"

6º) La sentencia declara probados los siguientes aspectos del Derecho Francés:

-En el caso de contratos con obligaciones recíprocas, una de las partes puede resolver el contrato si la otra incumple gravemente sus obligaciones. La parte perjudicada por el incumplimiento podrá escoger entre exigir el cumplimiento de la obligación debida o una indemnización de daños y perjuicios.

-Los daños y perjuicios incluyen tanto el daño emergente como el lucro cesante.

-Las partes pueden pactar cláusulas penales liquidatorias de daños y perjuicios que el juez podrá modular si moderar o aumentar la indemnización que hubiera sido convenida, si fuera manifiestamente excesiva o irrisoria.

-En ausencia de incumplimiento grave, una de las partes de un contrato puede poner fin al mismo a condición de respetar un plazo de preaviso suficiente. Si no se respeta un plazo de preaviso suficiente, la decisión de poner fin a la relación comercial se considerará intempestiva, pues no permite a la víctima disponer del tiempo necesario para reorganizar su actividad. La víctima de la ruptura intempestiva puede reclamar a su autor una indemnización en concepto del lucro cesante y de la pérdida sufrida. El lucro cesante corresponde al margen que la víctima de la ruptura podía esperar obtener de sus relaciones comerciales con el socio infractor durante el plazo del preaviso que se habría tenido que respetar.

6º) Fuera del contrato señalado, AMER era distribuidor de COGNAC FERRAN de los productos comercializados bajo las marcas: Plantation ron (desde 1998), Magellan gin, Dry Curaçao Pierre Ferrand y Cognac Pierre Ferrand (desde 2001), siendo meramente verbales los términos de dicho contrato de distribución en exclusiva.

7º) AMER desde el año 2016 se integró en la red de distribución de Destilerías MG, distribuyendo licores y destilados de dicho grupo que en la mayoría de los casos por el rango de precios no eran competencia directa de COGNAC FERRAN, con la excepción de la ginebra Le Tribute. Asimismo, en el año 2018, con el contrato con COGNAC FERRAN ya extinguido, AMER se integró en la red de distribución del grupo Remmy Cointreau que comercializa licores y destilados que entran competencia directa con los de COGNAC FERRAN.

8º) El 15 de diciembre de 2017, COGNAC FERRAN comunicó a AMER que no se habían cumplido los objetivos de venta mínimos del año 2016 y parecía que no se cumplirían tampoco los del 2017, por lo que reservaban la facultad de resolver el contrato por incumplimiento.

9º) El 30 de enero de 2018, COGNAC FERRAN comunicó a AMER la rescisión de todas las relaciones comerciales existentes entre ambas una vez transcurridos tres meses desde la recepción de la referida comunicación (documento 22 de la demanda).

2. AMER sostuvo en la demanda que la resolución anticipada del contrato de distribución y de toda la relación que mantenía con la demandada no estaba justificada, por cuanto ni tan siquiera había concluido el ejercicio 2018 y por cuanto el hecho de que no se hubieran alcanzado las compras mínimas vino motivada por la existencia de ventas e importaciones paralelas en España y Andorra de productos de COGNAC FERRAND, lo que infringía la exclusividad concedida en el contrato a AMER para España y Andorra. La actuación de la demandada, al entender de la actora, infringía el artículo 16 de la Ley de Competencia Desleal y constituía un incumplimiento contractual. Por todo ello solicitó que se condenara a la demandada a que diera cumplimiento al contrato de distribución de 2011 y al resto de acuerdos de distribución de otros productos. Mediante escrito de ampliación de hechos, presentado el 29 de noviembre de 2018, la actora modificó su pretensión inicial, interesando que se declarara que la resolución de la relación de distribución constituía un acto de competencia desleal y un incumplimiento contractual, y que se condenara a la demandada al pago de los daños y perjuicios causados.

3. COGNAC FERRAND presentó declinatoria de jurisdicción, invocando, a tal efecto, la cláusula de sumisión a **arbitraje** contenida en el contrato de distribución de 2011, declinatoria que fue desestimada por auto de 16 de noviembre de 2018. Desestimado el recurso de reposición contra dicha resolución, la demandada se opuso a la demanda alegando, en síntesis, que AMER no se encontraba en una situación de dependencia económica, que es presupuesto de los ilícitos de la Ley de Competencia Desleal esgrimidos por la actora. Por otro lado, sostuvo que la resolución del contrato de distribución en exclusiva vino motivada por el incumplimiento del contrato por parte de AMER, al no haber alcanzado los mínimos de compras previstos en el contrato.

SEGUNDO.- De la sentencia, el recurso y el escrito de oposición e impugnación.

4. La sentencia de instancia rechaza la acción de competencia desleal al no tener por acreditada la situación de dependencia que exige el artículo 16 de la Ley de Competencia Desleal, dado que, atendida la estructura del mercado relevante, AMER disponía de alternativas equivalentes para el ejercicio de la actividad. Por lo que se refiere a la acción de indemnización de daños y perjuicios por la resolución injustificada de los contratos de distribución, la sentencia tiene por acreditado la existencia de un mercado paralelo, que justifica el que no se alcanzaran el número mínimo de ventas pactadas, lo que llevó a las partes a modificar los términos del contrato. Por todo ello, la sentencia concluye que no estaba justificada la resolución por incumplimiento de la actora y, en definitiva, estima la acción de indemnización, cuantificando los daños en la cantidad de 646.329,61 euros.

5. La sentencia es recurrida por la demandada. Insiste, en primer lugar, en la falta de jurisdicción del Juzgado por el sometimiento de la cuestión controvertida a **arbitraje**. Por otro lado, en cuanto al fondo del asunto, alega errónea valoración de la prueba sobre el incumplimiento que se atribuye a COGNAC FERRAND en relación con las importaciones paralelas y en relación con el incumplimiento que se imputa a AMER. También impugna la indemnización por falta de preaviso en el caso de productos distintos a Citadelle.

6. La demandante se opone al recurso. Alega, en primer lugar, que ni tan siquiera debió haber sido admitido a trámite el recurso por extemporáneo, dado que la solicitud de rectificación de un mero error aritmético no suspende el plazo para recurrir. Por otro lado, se opone a la falta de jurisdicción invocada de contrario. En cuanto al fondo del asunto, la actora solicita que se confirme la sentencia en cuanto a acción de indemnización de daños por la resolución unilateral del contrato. Por último, impugna la sentencia, interesando que se declare que la terminación de contrato constituye un acto de competencia desleal y se condene a la demandada en concepto de daños y perjuicios al pago de 1.101.110,91 euros.



7. COGNAC FERRAND, por su parte, se opone a la impugnación y solicita que se confirme la improcedencia de la acción de competencia desleal.

TERCERO.- Sobre la presentación extemporánea del recurso.

8. AMER, en su escrito de oposición al recurso, sostiene que la apelación no debió haber sido admitida al haber sido presentada fuera de plazo. Considera que la rectificación de un error material no afecta al cómputo del plazo para recurrir. En este caso, la demandada solicitó, por medio de la aclaración de la sentencia, la corrección de un error aritmético, que, a su juicio, podía ser corregido en cualquier momento, sin sujeción a plazo, de acuerdo con lo dispuesto en el apartado tercero del artículo 214 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, por lo que la petición de aclaración no debería haber producido como efecto la suspensión del plazo para recurrir la sentencia en apelación.

9. Con carácter general, los artículos 215.5º de la Ley de Enjuiciamiento Civil y 267.9º de la Ley Orgánica del Poder Judicial dispone que los plazos de los recursos que procedan contra la resolución objeto de aclaración o rectificación quedaran interrumpidos por la solicitud de aclaración, reanudándose el cómputo desde el día siguiente a la notificación de la resolución que la reconozca o deniegue. En este caso, no se cuestiona que el plazo se haya computado correctamente en la forma establecida en los preceptos citados. La apelada, sin embargo, considera que esas normas, que contemplan la interrupción del plazo para recurrir ante cualquier solicitud de aclaración en sus distintas modalidades (aclaración en sentido estricto, rectificación, subsanación o complemento), no se aplican a las peticiones de rectificación de errores materiales o aritméticos, como es el caso. Pues bien, entendemos que la solicitud fue admitida, sin que se objetara su tramitación. De entender el Juzgado, de oficio o a instancia de parte, que la petición de rectificación de un error aritmético, contra lo que dispone con claridad el artículo 215 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, no interrumpía el cómputo del plazo para la apelación, debió advertirlo expresamente a la parte. No es posible dar curso a una petición de aclaración, generando en la parte la confianza de que el plazo quedaría interrumpido, de acuerdo con lo dispuesto con claridad en la Ley, para, a continuación, defraudar esa expectativa, inadmitiendo la apelación por extemporánea. Además, aun cuando la petición de aclaración se fundamentaba en un error aritmético, el error era relevante, en tanto en cuanto incrementaba en más de 50.000 euros el importe de la condena.

Rechazamos, por tanto, la petición de la apelada de que el recurso no se admita.

CUARTO.- Sobre la falta de jurisdicción por sometimiento a arbitraje.

10. Al amparo de lo dispuesto en el artículo 11 de la Ley de Arbitraje, COGNAN FERRAND presentó declinatoria de jurisdicción por estar sometida la controversia a arbitraje, de acuerdo con lo dispuesto en la cláusula decimosegunda del contrato. El efecto negativo o preclusivo de la jurisdicción ordinaria, sostiene la demandada, está contemplado en el Convenio sobre reconocimiento y ejecución de sentencias arbitrales extranjera, hecho en Nueva York el 10 de junio de 1958 y en el Convenio Europeo sobre Arbitraje Comercial Internacional de 21 de abril de 1961. Tanto la acción de competencia desleal como la de naturaleza contractual están sometidas a arbitraje, pues a las dos les alcanza el convenio arbitral. Y, al entender de la demandada, no cabe soslayar la sumisión a arbitraje por el hecho de que la resolución alcance también a otros productos ajenos al contrato de distribución que se rigen por pactos no formalizados documentalmente. Por último, por aplicación del principio *kompetenz-Kompetenz*, recogido en el artículo 22 de la Ley de Arbitraje, es a los propios árbitros a quienes corresponde decidir sobre su propia competencia.

11. El Juzgado, por auto de 16 de noviembre de 2018, confirmado por resolución de 31 de enero de 2019, desestima la declinatoria. El juez de instancia argumenta que, tratándose de diversas relaciones comerciales, unas sujetas al contrato de distribución y otras ajenas a dicho contrato, no resulta aplicable el convenio arbitral. No es posible romper la continencia de la causa, por lo que la demanda debe dilucidarse ante la jurisdicción mercantil.

12. El recurso insiste en los mismos argumentos esgrimidos en la instancia, que no pueden ser acogidos. En efecto, la recurrente se extiende en justificar la acumulación forzada de una acción contractual -la resolución del contrato de distribución- y otra de competencia desleal, con la única finalidad de atraer a la jurisdicción mercantil el conocimiento de la demanda, cuando la declinatoria se desestima por concurrir una pluralidad de relaciones contractuales y no estar todas ellas sujetas al convenio arbitral. Podemos aceptar que tanto la acción resolutoria del contrato de distribución de 2011 y como la acción de competencia desleal, fundada en la ruptura intempestiva de dicho contrato, se vean afectadas por la cláusula de sumisión a arbitraje. No compartimos, por el contrario, que a los acuerdos de distribución de otros productos distintos de la ginebra Citadelle, que son anteriores a dicho contrato y que se rigen por otros pactos, les alcance el convenio arbitral.

13. Hemos dicho en resoluciones anteriores (Sentencias 24 de enero de 2022 y 1 de febrero de 2003), que el convenio arbitral solo despliega su eficacia respecto de las partes que lo suscriben y que también queda



limitado objetivamente a aquellas materias expresamente fijadas por las partes o derivadas de una relación jurídica determinada. En la medida que no se ha denunciado una indebida acumulación de acciones y teniendo en cuenta que no es posible escindir el pleito, debe mantenerse el litigio en el ámbito jurisdiccional, so pena de dividir la continencia de la causa. Como bien indica la resolución apelada, al concurrir distintas relaciones de distribución y no estar sujetas todas ellas al convenio arbitral incorporado al contrato de 2011, no es posible extender los efectos de la cláusula de sumisión a la distribución de productos ajenos a dicho contrato. Tampoco es posible, por otro lado, compartimentar la controversia, toda vez que la resolución, por iniciativa de COGNAN FERRAND, se llevó a cabo en un único acto, afectó a todos los contratos de distribución y se justificó, al menos en parte, en unas mismas causas.

Desestimamos, por tanto, en este punto, el recurso de la demandada.

QUINTO.- Recurso de COGNAC FERRAND. Sobre el incumplimiento del contrato de distribución como causa de resolución. Valoración del Tribunal.

14. La sentencia de instancia, tras valorar la prueba practicada, tiene por acreditado que la resolución unilateral del contrato de distribución en exclusiva de 1 de mayo de 2011, de productos Citadelle, y del resto de relaciones contractuales de distribución en exclusiva de otros productos distintos, no estuvo justificada. Considera la sentencia de instancia que, aun siendo cierto que AMER no cumplió con los objetivos de compra fijados en el contrato de distribución, el contrato fue previamente incumplido por COGNAC FERRAND al no haber evitado el mercado paralelo de importaciones. Concorre, por tanto, la *exceptio non rite adimpleti contractus*, lo que lleva al juez de instancia a condenar a la demandada al pago de los daños y perjuicios ocasionados a la actora por la resolución.

15. Aun cuando la controversia ha de resolverse conforme al Derecho Francés, al menos en lo atinente al contrato de distribución en exclusiva de productos Citadelle, este no se aparta sustancialmente de las normas previstas en nuestro Derecho interno. Según refieren los dos informes aportados por las partes, al igual que el artículo 1091 del Código Civil, el artículo 1134 del Código Civil Francés contempla que los acuerdos tendrán fuerza de ley entre quienes los hayan firmado, debiendo ser ejecutados de buena fe (artículo 1258 del Cc Español). Según la Legislación Francesa, los contratos pueden ser resueltos en caso de incumplimiento grave de la contraparte, de acuerdo con las causas previstas en el contrato. En los contratos sinalagmáticos, además, la condición resolutoria está implícita "*para el caso en que una de las dos partes no cumpliera su compromiso*" (artículo 1187), en cuyo caso "*la parte perjudicada por el incumplimiento podrá optar por forzar a la otra parte al cumplimiento del contrato, cuando ello sea posible, o por solicitar la resolución con daños y perjuicios*". Lo mismo, por tanto, que el artículo 1124 del Código Civil.

16. En este caso, justificada la resolución por una causa prevista en el contrato (no haber alcanzado los objetivos de compras mínimas fijados en el contrato), la sentencia considera que no medió incumplimiento por parte del distribuidor, toda vez que, el previo incumplimiento de COGNAC FERRAN, al no evitar las importaciones paralelas conforme a lo previsto en el propio contrato, le impidió alcanzar esos objetivos. Recordemos que la *exceptio non adimpleti contractus* -que creemos es la que acoge la sentencia de instancia, atendida la gravedad del incumplimiento y sus efectos- es un medio de defensa, propio de los contratos con obligaciones recíprocas, que suspende o paraliza la ejecución a cargo de la parte que la opone mientras la otra parte no cumpla con exactitud (Sentencia del Tribunal Supremo de 7 de mayo de 2019). La

excepción requiere que se trate del incumplimiento de una obligación básica, no bastando el cumplimiento defectuoso de la prestación, ni el mero incumplimiento de prestaciones accesorias o complementarias (STS de 18 de mayo de 2012).

17. No es controvertido que AMER no cumplió con los objetivos de ventas establecidos en el contrato para los años 2016 y 2017. Se trata, además, de un incumplimiento que el contrato contempla como causa de resolución, sin derecho a indemnización (estipulación octava del contrato, en relación con la estipulación cuarta). En este sentido, la sentencia declara como probado (y no se discute), que en el año 2016 AMER adquirió de la demandada 82.536 botellas de 70 cl de ginebra Citadelle, cuando el objetivo pactado en el Anexo del contrato era de 112.310 botellas, y que en el año 2017 las ventas se redujeron a 62.306 botellas, cuando el contrato contemplaba un mínimo de 123.540 botellas. Estimamos, además, contrariamente a lo sostenido por la demandante, que no hubo un acuerdo formal de novación del Anexo del contrato, por más que en el año 2017 AMER llegara a plantear el objetivo de 90.000 botellas (documento 25 de la demanda). Tomamos como referencia, en cualquier caso, el año natural, por ser la única información disponible, aun cuando el contrato parece fijar como referencia el 30 de abril, día en la que se firmó el contrato.

18. La cuestión litigiosa consiste en determinar, a partir de la prueba practicada, si el objetivo de ventas, como concluye la sentencia, no se alcanzó por el incumplimiento previo del contrato por parte de COGNAC FERRAND, al no haber evitado la entrada en el mercado español de botellas "paralelo", término que las partes



utilizan para identificar aquellas botellas que se introducen en territorio español al margen del distribuidor que tiene concedida la exclusiva. Recordemos que la estipulación sexta, apartado tercero, del contrato de 2011 dispone que *"COGNAC FERRAND sólo enviará productos a AMER GOURMET y no permitirá que ninguno de sus clientes venda o revenda productos en el territorio"*. A tal efecto, añade dicha estipulación, *"COGNAC FERRAND adoptará las medidas que sean necesarias para evitar que sus clientes incumplan esta cláusula, por ejemplo, interrumpiendo la venta a los clientes incumplidores, entre otras."*

19. En el recurso la demandada sostiene que en el Derecho Francés, tal y como recoge el informe elaborado por los abogados Celso y Edmundo, la prevención de importaciones paralelas se configura como una obligación de medios y que COGNAC FERRAND adoptó todas las medidas a su alcance para evitarlas, entre las que se encuentran las siguientes: (i) la introducción en los contratos de distribución de cláusulas que prohíben a los distribuidores la venta fuera de su territorio, (ii) la resolución de contratos por incumplimiento de esa prohibición, (iii) la grabación en los distintos lotes de un código especial, que en el caso de AMER comenzaba con las letras AG, para identificar aquellos productos que no provienen del distribuidor exclusivo; (iv) la recompra entre marzo de 2015 y enero de 2017 de productos introducidos en España por importadores paralelos. Además, sostiene la recurrente que las importaciones paralelas son inevitables en un mercado abierto y, en consecuencia, que no puede achacarse a la falta de control por parte de COGNAC FERRAND.

20. Pues bien, revisado todo el material probatorio, coincidimos con la sentencia de instancia cuando vincula el incumplimiento de los objetivos pactados a la presencia masiva en España de productos que llegaron, en el periodo analizado de los años 2016 y 2017, fuera del cauce pactado en el contrato de distribución en exclusiva. Ciertamente, la caída en las ventas es muy acusada, según revela el informe pericial de RBB, pues tras un primer año 2012 en el que las compras de productos Citadelle se incrementaron en un 21,59% (alcanzaron las 264.000 botellas), a partir de esa anualidad los descensos en las ventas se suceden, llegando a los años 2016 y 2017 a caídas de alrededor del 30%. El mismo descenso, en términos de facturación, constata el informe Audiaxis de la demandante. Sin embargo, no es menos cierto que las quejas se suceden por parte de AMER a partir del año 2015 por las importaciones paralelas como causa de ese descenso. Así, en marzo de ese año Marcial, de AMER, remite un correo a Matthieu Gouze, de COGNAC FERRAND (documento 26 bis de la demanda), adjuntando una factura de 3 palés de botellas Citadelle de paralelo, con la siguiente indicación: *"Este paralelo confirma lo que nos dice nuestro equipo de ventas y los distribuidores desde Navidades, hay paralelo en España... Esto está perjudicando a nuestros distribuidores y nuestras cifras de ventas... tenéis que buscar una solución."*

21. El 23 de diciembre de 2015 el Sr. Marcial remite un nuevo correo adjuntado imágenes que acreditan el paralelo. El 26 de enero de 2016 envía otra comunicación denunciando partidas procedentes de Holanda y Portugal, reiterando quejas de sus distribuidores dando cuenta de pérdidas elevadas en ese mes. Y el mes de junio insiste en su queja.

22. AMER aportó diligencias notariales (documentos 28A y 28B) levantadas en establecimiento repartidos por nueve provincias de España en los que se constató la presencia de ventas paralelas de ginebra Citadelle (en concreto, en 21 de los 23 establecimientos visitados). Pero, más relevante que esas diligencias, dado que los locales pudieron haber sido previamente escogidos por AMER, son las diligencias notariales que documentan compras de botellas *online* a través de las webs españolas Amazon, Uvinum, Lavinia, Encopadabalon, Licorea y Devidavino (documentos 29A a 29F) en el mes de febrero de 2018 (justo al tiempo de la resolución). En esas diligencias se requiere al Notario para que realice la adquisición a través de esas páginas webs, con remisión del pedido a la dirección del Notario. En todos los casos se constató que las botellas no contenían la referencia AG que distingue a los productos distribuidos por AMER, esto es, todas las compras, realizadas aleatoriamente, lo fueron de botellas de paralelo. Dicha prueba, a la que atribuimos especial valor probatorio, acredita la existencia de un número muy elevado de productos Citadelle introducidos en España sorteando la exclusiva que tenía atribuida la actora.

23. Que los objetivos pactados en el contrato, como consecuencia directa de las importaciones paralelas, pasaron a ser inalcanzables para el distribuidor en los años 2016 y 2017, quedó en evidencia con la declaración del Sr. Secundino, directivo del Grupo Torres que asumió la distribución de los productos Citadelle a partir del año 2018. A preguntas del letrado de la demandada sobre la evolución de las ventas (minuto 32 del cuarto vídeo), el Sr. Secundino manifestó que en el año 2018 vendieron 45.000 botellas, en el año 2019, 56.000 (compraron 70.000) y en el año 2021, 59.000 (compraron 100.000). Es decir, en los cuatro años posteriores a la resolución del contrato con AMER, nunca se alcanzó el volumen de ventas logrado por la actora en el año 2017. El letrado de la actora preguntó al testigo sobre si el acuerdo con COGNAC FERRAND incluía objetivos de venta, a lo que este manifestó que sí (minuto 38), afirmando que en el año 2019 el objetivo fue de 56.000 botellas de ginebra Citadelle. Esto es, el objetivo de venta para el año 2019 (56.000 botellas), estaba lejos de las ventas mínimas pactadas en el contrato para el año 2017 (112.310 botellas) y del número de botellas distribuidas en esa anualidad (62.302 botellas).



24. El Sr. Secundino también manifestó que son inevitables las importaciones paralelas y que es habitual entre un 5% y un 10% de productos paralelos en España (minuto 31). Estimamos, en cualquier caso, que ese porcentaje no viene referido a la situación que afectó a AMER en los años 2016 y 2017, previos a la resolución del contrato, sino que guarda relación con el margen que puede ser normal en la distribución de destilados. En la misma línea se manifestó Enrique Cañizares, autor del informe pericial de RBB aportado por COGNAC FERRAND. El hecho de que las ventas de productos Citadelle por AMER en los años 2016 y 2017 fueran superiores a las realizadas por el nuevo distribuidor (GRUPO TORRES) en los cuatro años siguientes (2018 a 2021) nos permite descartar, por otro lado, que otras causas apuntadas por el perito de la demandada, como la política comercial o las inversiones en publicidad de AMER pudieran haber sido determinantes en el descenso de unidades vendidas.

25. El recurso denuncia, por otro lado, la falta de proporcionalidad entre el resultado del incumplimiento que se atribuye a COGNAC FERRAND -descenso de un 10% de las ventas por las importaciones paralelas- y el que se deriva del incumplimiento de AMER -descensos muy superiores en atención a las ventas mínimas pactadas en el Anexo del contrato. Sin embargo, el punto de partida de ese análisis, esto es, que la presencia de botellas paralelo sólo representó el 10% del volumen total de botellas vendidas de Citadelle no lo podemos aceptar. A ese porcentaje aludió en su declaración testifical el nuevo distribuidor de COGNAC FERRAND como un porcentaje estándar o habitual en el mercado de destilados. Como hemos expuesto, consideramos que, en el caso de los productos Citadelle, la comercialización fuera del canal de la distribución en exclusiva atribuida a AMER fue masiva y determinante del incumplimiento de los objetivos pactados de venta para los años 2016 y 2017.

26. Estimamos, en definitiva, que COGNAC FERRAND incumplió el contrato por no implementar las medidas precisas para prevenir las importaciones paralelas, por lo que la resolución unilateral del contrato de distribución en exclusiva de 2011 no se ajustó a Derecho. En el recurso, por otro lado, no se cuestiona el cálculo de la indemnización que resulta de la aplicación de la cláusula 9.2º del contrato, que asciende a 574.963,72 euros, por lo que debemos desestimar en este punto el recurso de la demandada.

27. Por lo que se refiere a los productos distintos de Citadelle, que no estaban sujetos al contrato de distribución en exclusiva, sino que se regían por sus propios pactos verbales, contratos que también fueron resueltos el 30 de enero de 2018, la sentencia reconoce una indemnización equivalente al margen neto mensual correspondiente a una anualidad, por entender que ese debió ser el plazo de preaviso, en lugar de los tres meses concedidos en el comunicado por el que se deba por resuelta la relación contractual. El recurso no cuestiona el margen neto mensual del que parte la sentencia (14.696,21 euros). Considera la recurrente, sin embargo, que el plazo de preaviso de tres meses fue suficiente y, subsidiariamente, alega que no debería ser superior a los seis meses previstos en el artículo 25 de la Ley del Contrato de Agencia para la extinción de un contrato concertado por tiempo indefinido.

28. La jurisprudencia del Tribunal Supremo admite la aplicación de los criterios establecidos en la LCA a los contratos de distribución en exclusiva por tiempo indefinido, tanto en lo que se refiere a la obligación de preaviso como a la compensación por clientela o a otras previsiones legales (Sentencia de 22 de junio de 2010), aunque no de forma mimética o automática. Por tanto, el plazo máximo de seis meses de preaviso contemplado en el artículo 25 de la citada Ley no deja de ser un plazo orientativo. En este caso, atendida la extraordinaria duración de los contratos de distribución (más de dos décadas), consideramos ajustado el preaviso de doce meses y, en consecuencia, la indemnización reconocida en sentencia por la extinción de los contratos de distribución de productos distintos de Citadelle.

Por lo expuesto, debemos desestimar el recurso.

SEXO.- Impugnación del recurso de AMER GOURMET. Acto de competencia desleal por la ruptura abrupta de la relación contractual.

29. AMER impugna la sentencia, por cuanto considera que la acción de competencia desleal ejercitada al amparo del artículo 16 de la LCD (y la figura equivalente en el Derecho Francés de la "*ruptura brutale*") debería haber prosperado tanto en lo que respecta al contrato de distribución de 2011, para los productos Citadelle, como para los productos no Citadelle. La apelada considera que, contrariamente a lo resuelto por la sentencia de instancia, existía una situación de dependencia económica, sin alternativas equivalentes a disposición del distribuidor (artículo 16.2º de la LCD) y que la ruptura de la relación comercial se llevó a cabo sin justa causa y sin que hubiera mediado preaviso suficiente. La estimación de la acción de competencia desleal debería producir como efecto que la condena ascendiera a 1.101.110,91 euros, suma que se corresponde con el margen bruto sobre un periodo de preaviso de 24 meses.

30. La demandada, como primer motivo de oposición, alega que AMER está alterando en la impugnación los términos de su pretensión inicial, solicitando más de lo pedido en la demanda. Pues bien, revisado el suplico



de la demanda (hay que estar al escrito de ampliación de hechos, en el que se sustituye, por inviable, la petición de cumplimiento del contrato por su resolución), se advierte que las pretensiones de condena son comunes para las dos acciones -la contractual y la de competencia desleal-, por lo que, en principio, estimada la primera de las acciones, no es procedente analizar los mismos hechos desde la perspectiva de la Ley de Competencia Desleal. Que ello es así es incuestionable en relación con la resolución de los contratos de distribución de productos no Citadelle (páginas 33 a 39 del escrito de ampliación). Más dudas genera los términos en que se formula el *petitum* de las acciones relacionadas con la resolución del contrato de distribución de 2011 de los productos Citadelle, que reproducimos a continuación (página 32 del escrito de la actora al que se remite el suplico):

" En definitiva: La conducta de COGNAC FERRAND constituye un acto de competencia desleal que, al mismo tiempo, se ha materializado en incumplimientos graves y reiterados de las obligaciones esenciales del Contrato de Distribución de 2011 (i.e. no suministrar los productos a AMER GOURMET; no respetar la exclusividad de AMER GOURMET; no combatir el fenómeno del "paralelo"; e instar, sin causa justificativa, la terminación del contrato), todo ello en una situación de dependencia económica de AMER GOURMET con COGNAC FERRAND. Estos ilícitos concurrenciales y graves incumplimientos deben comportar:

(i) La resolución del Contrato de Distribución de 2011 como consecuencia de los incumplimientos y conductas de COGNAC FERRAND; y

(ii) La condena a COGNAC FERRAND al abono de una indemnización de daños y perjuicios que comprenda:

(a) Con carácter principal -y fundado en los incumplimientos del Contrato de Distribución de 2011-, el margen bruto sobre costes variables que AMER GOURMET habría percibido por la distribución de los productos "Citadelle" hasta la finalización del Contrato de Distribución de 2011 (esto es, hasta el año 2031 o, en su defecto, hasta el año 2026).

(b) Subsidiariamente, -y fundado en los incumplimientos del Contrato de Distribución de 2011-, la indemnización resultante de la aplicación de los parámetros contenidos en la Cláusula 9.2 del Contrato de Distribución de 2011 de liquidación de daños.

(c) Con carácter subsidiario a las anteriores -y fundado en la "rupture brutale" -, el margen bruto sobre costes variables que AMER GOURMET habría percibido por la distribución de los productos "Citadelle" si COGNAC FERRAND hubiera respetado un preaviso de veinticuatro (24) meses."

31. Si se considera que el apartado c) de la condena al pago de daños y perjuicios es una pretensión específica de la acción de competencia desleal o "*rupture desleal*", como bien indica la demandada en la oposición a la impugnación, es una pretensión subsidiaria a las otras dos que la anteceden. Y una de ellas, la del apartado b), en la que se solicita que se condene a COGNAC FERRAND a la "*indemnización resultante de la aplicación de los parámetros contenidos en la Cláusula 9.2 del Contrato de Distribución de 2011 de liquidación de daños*" es la que se acoge íntegramente en la sentencia apelada como consecuencia de la estimación de la acción contractual. No es posible, por tanto, acoger la pretensión subsidiaria si se acoge la que es principal respecto de esta.

32. En todo caso y para agotar el análisis de la totalidad de las cuestiones suscitadas, también coincidimos con la sentencia apelada en que la acción de competencia desleal no puede prosperar por no darse en el presente caso los requisitos del artículo 16 de la LCD, en concreto, la existencia de una situación de dependencia económica en los términos que exige la norma. En efecto, dicho precepto establece en los apartados segundo y tercero lo siguiente:

"2. Se reputa desleal la explotación por parte de una empresa de la situación de dependencia económica en que puedan encontrarse sus empresas clientes o proveedores que no dispongan de alternativa equivalente para el ejercicio de su actividad. Esta situación se presumirá cuando un proveedor, además de los descuentos o condiciones habituales, deba conceder a su cliente de forma regular otras ventajas adicionales que no se conceden a compradores similares.

3. Tendrá asimismo la consideración de desleal:

a) La ruptura, aunque sea de forma parcial, de una relación comercial establecida sin que haya existido preaviso escrito y preciso con una antelación mínima de seis meses, salvo que se deba a incumplimientos graves de las condiciones pactadas o en caso de fuerza mayor.

b) La obtención, bajo la amenaza de ruptura de las relaciones comerciales, de precios, condiciones de pago, modalidades de venta, pago de cargos adicionales y otras condiciones de cooperación comercial no recogidas en el contrato de suministro que se tenga pactado."



33. Como dijimos en Sentencia de 14 de Septiembre de 2022 (ECLI ES:APB 2022/9673), los ilícitos desleales tipificados en el art. 16 LCD no persiguen reprimir infracciones contractuales con tutela directa de los intereses de los competidores, sino que se configuran como actos de deslealtad frente al interés general o el mercado, esto es, el orden concurrencial que debe presidirlo. La sanción prevista en el art. 16 LCD pretende preservar el orden concurrencial frente a conductas llevadas a cabo por empresas que, dada su fuerte situación de mercado frente a sus clientes, puedan llevar a cabo conductas contrarias a la competencia por eficiencia. Por lo tanto, es necesario que se acredite previamente esa relación de dependencia para determinar si concurre el ilícito concurrencial por ruptura injustificada de la relación comercial advirtiendo, además, que el tipo legal no concurre si no se produce un abuso de esa situación de dependencia.

34. Aunque para el ilícito del artículo 16.3º, apartado a), de ruptura de una relación comercial sin un preaviso mínimo de seis meses, la norma no contenga referencia alguna a la dependencia económica, hemos considerado reiteradamente que ese apartado, introducido por la disposición adicional 3 de la Ley 52/1999, de 28 de diciembre, no es un tipo autónomo, sino que contempla como desleal la explotación de una situación de dependencia económica, entendida, según el propio precepto, como aquella situación en la que pueda encontrarse un cliente o proveedor que "no disponga de alternativa equivalente para el ejercicio de su actividad". No basta, por tanto, con la mera terminación de un contrato, incluso aunque se lleve a cabo sin justificación y con infracción de lo pactado por las partes, sino que es necesario que se acredite la existencia de una situación de dependencia económica y que el demandado haya abusado de esa situación.

35. AMER sostiene que, al tiempo de comunicarse la resolución, se encontraba en una situación de dependencia económica y sin alternativa equivalente, atendida la antigüedad de la relación de colaboración, que se remonta para algunos productos al año 1998; el hecho de haber incurrido en pérdidas en los ejercicios posteriores a la resolución, lo que le llevó a ser absorbida por una empresa competidora; el compromiso de no competencia incluido en el contrato de productos Citadelle; y en el carácter cerrado del mercado de la distribución de productos destilados.

36. Pues bien, no podemos tener por acreditado que AMER GROUP no dispusiera de alternativas equivalentes y, por tanto, que se diera una situación de dependencia económica. En efecto, partiendo del contrato de distribución, este no impone al distribuidor una prohibición generalizada de competir o de distribuir otros productos. La cláusula cuarta sólo contempla esa prohibición para el vodka o ginebra, no para otros productos destilados, y la prohibición está limitada a "productos que compitan directamente" con la ginebra o el vodka Citadelle, entendiéndose por tales aquellos cuyo "precio de venta habitual en los comercios sea un 20% superior o inferior al precio de venta habitual en los comercios de los Productos (Citadelle)."

37. El catálogo de AMER del año 2018, que recoge los productos comercializados antes de la ruptura (documento nueve de la demanda), acredita que la actora comercializaba dos marcas de ginebra distintas a las producidas por COGNAC FERRAND (Gin MG y Le Tribute Gin), otra de Ron (Botran), además del ron Planation objeto de la exclusiva y otros once licores ((cachaça Abelha, Calvados Christian Drouin, Armagnac Castarède, vodkas Tito's y Karlsson's, whiskies Gordon & Macphail, y Benromach, licor King's Ginger, Dry Curaçao Pierre Ferrand y vermouth Carlo Alberto). El catálogo de AMER para el año 2019 (documento 12) incrementa sustancialmente los productos comercializados, al distribuir tres marcas de ginebra (The Botanist, Gin MG y Le Tribute Gin), 2 marcas de ron (Santísima Trinidad y Mount Gay), 1 de cognac o brandy (brandy St. Rémy) y 11 de otros licores (Calvados Christian Drouin, Armagnac Castarède, whiskies Gordon & Macphail, Benromach, Port Charlotte, The Classic Laddie y Octomore 9.1, cachaça Abelha, licores Metaxa y King's Ginger y mezcal Le Tribute). Los catálogos de 2021 y 2022, aportados en la audiencia previa, incorporan un número muy elevado de productos destilados.

38. No es controvertido, por otro lado, que AMER GOURMET forma parte desde el año 2016 del Grupo Destilerías MG, cuyos productos distribuye y que, inmediatamente después de la resolución, pasó a distribuir productos del grupo Rémy Cointreau. En este contexto, del hecho de que las ventas de los productos de COGNAC FERRAND representaran al cierre del ejercicio 2017 el 34,09% de las ventas totales de AMER (o, lo que es lo mismo, que las ventas de AMER, al margen de los pactos con la demandada, representaban el 65,91% del total) no permiten colegir que la actora se encontrara en una situación de dependencia económica y sin alternativas equivalentes.

Por todo ello, procede desestimar la impugnación.

SÉPTIMO.- Costas procesales

39. Con arreglo a lo dispuesto en el artículo 398 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, se imponen a la recurrente las costas del recurso y a la impugnante las costas de la impugnación.



FALLAMOS

Desestimamos el recurso de apelación interpuesto por la representación procesal de COGNAC FERRAND S.A.S. y la impugnación formulada por la representación procesal de AMER GOURMET S.L. contra la sentencia de 31 de octubre de 2022 dictada por el Juzgado Mercantil núm. 10 de Barcelona en las actuaciones de las que procede este rollo, que confirmamos, con imposición de las costas del recurso al recurrente y de las costas de la impugnación a la impugnante, con pérdida del depósito constituido para recurrir.

Contra la presente resolución podrán las partes legitimadas interponer recurso de casación ante este Tribunal, en el plazo de los 20 días siguientes al de su notificación, conforme a los criterios legales y jurisprudenciales de aplicación.

Remítanse los autos al Juzgado de procedencia con testimonio de esta sentencia, una vez firme, a los efectos pertinentes.

Así, por esta nuestra Sentencia, de la que se llevará certificación al Rollo, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

FONDO DOCUMENTAL CENDOJ