

ENVIADO PREVIAMENTE FAX

URGENTE

Juzgado de 1ª Instancia nº
Madrid
Autos de juicio ordinario nº

J
PROCURADOR DE LOS TRIBUNALES
TEL.

SENTENCIA N°

En Madrid a treinta y uno de julio de dos mil seis.

Dª Mª [redacted] Letrado Juez del Juzgado de 1ª Instancia nº [redacted] de Madrid ha examinado las presentes actuaciones de juicio ordinario seguidas con el nº de orden [redacted] a instancia de [redacted] S.L. representada por el Procurador Dª [redacted] bajo la dirección del Abogado [redacted] contra [redacted] S.L. representada por el Procurador [redacted] y bajo la dirección del Abogado D. [redacted] habiendo formulado reconvención [redacted] solo contra [redacted] S.L. sino también contra D.F. [redacted] comparecido en autos representado por el Procurador Dª [redacted] bajo la dirección del Letrado D. [redacted] e nulidad de contrato de franquicia, subsidiaria resolución y otras de reclamación de cantidad; y

ANTECEDENTES DE HECHO

19 SET. 2006

Primero: Dª [redacted] Procurador de los Tribunales en nombre y representación de [redacted] S.L. promovió demanda de juicio ordinario contra [redacted] alegando cuantos hechos y fundamentos de derecho estimó aplicables suplicando se dictara sentencia estimatoria de la pretensión ejercitada.

Segundo Admitida a trámite la demanda se acordó emplazar a la parte demandada para que en forma y plazo, si a su derecho convenía y bajo el apercibimiento legal de ser declarado en rebeldía, se personaran en forma contestando la demanda.

Tercero: Practicado el emplazamiento acordado la parte demandada se personó por medio del Procurador D. [redacted], presentando escrito de contestación en el sentido de oponerse formulando reconvención contra [redacted] y D.F. [redacted] alegando cuantos hechos y fundamentos de derecho estimó de aplicación suplicando se dictara sentencia estimatoria de la pretensión.

Cuarto: Tras tener por contestada la demanda y por formulada reconvención se dio traslado a la parte actora reconvenida y se acordó el emplazamiento del codemandado reconvenicional para que personado en autos pudiera alegar lo que a su derecho conviniera.

Quinto: En forma y plazo tanto E [redacted] como D. [redacted] presentaron escrito de contestación a la reconvención alegando de forma separada, los hechos y fundamentos de derecho que apoyaban sus posiciones suplicando la total desestimación.

Sexto: Tras tener por contestada la reconvención se señaló día y hora para la audiencia previa establecida por el legislador en el procedimiento ordinario seguido citando a las partes en forma y con conocimiento de las consecuencias de sus distintas decisiones procesales.

Res con = abogad

S/REF.: F
N/REF.: 1.804 JF.
LETRADO: 7

VENCIMIENTO APELAR SENTENCIA, D. 15.09.06. DEMANDA CONTRARIA SIN COSTAS, ESTIMACION PARCIAL DE NUESTRA RECONVENCION SIN COSTAS (5 DIAS) : 22 - SEPTIEMBRE 2.006

Séptimo: En el día y a la hora señalada se procedió a celebrar la audiencia con la válida comparecencia de las partes. Intentado alcanzar un acuerdo que no fue posible, quedando fijados los hechos y se propuso por las partes por su orden la prueba de que intentaban valerse.

Sobre la prueba propuesta recayó pronunciamiento sobre admisibilidad y pertinencia y se fijó día y hora para la celebración del juicio.

Octavo: En el día y hora señalado, se procedió a practicar la prueba admitida, por el orden legal y finalizada la misma se concedió a cada parte la palabra para evacuar trámite de conclusiones, quedando los autos sobre la mesa para resolver.

Noveno: Observadas las reglas del procedimiento aplicables, a excepción del plazo para dictar sentencia por la acumulación de señalamientos y complejidad de la cuestión controvertida.

A los anteriores hechos son de aplicación los siguientes

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero: D^a C. [redacted] Procurador de los Tribunales en nombre y representación de I. [redacted], promovió demanda de juicio ordinario ejercitando acción de nulidad contractual, de forma subsidiaria a ésta, resolución contractual y subsidiariamente a ésta, reclamación de cantidad y conjuntamente a las anteriores la de indemnización por daños y perjuicios contra [redacted] S.L. alegando en la Introducción que [redacted] S.A. creó y registró en el año [redacted] la marca [redacted]; comenzando a vender franquicias sin haber experimentado ni probado ni ensayado el negocio o know how que la enseña viste y ofrece, que al vender la franquicia, al franquiciado se imponía la firma simultánea de dos contratos uno de suministro llamado de venta y suministro de cerveza y publicidad y otro de instalación.

En el año 20[redacted],

En esta "introducción" la parte actora afirma que no existe franquicia sino mero oportunismo comercial protagonizado inicialmente por la [redacted] afirmando que nunca antes había experimentado negocio alguno de hostelería, creando la enseña y a partir de la nada, una red de franquicias imputando y esperando que los franquiciados otorgaran con sus inversiones y trabajo una fama a la cadena que finalmente sirviera para traspasarla a [redacted] continuando los franquiciados hoteleros, a pesar de dicha cesión contractualmente obligados a suministrarse [redacted]

Sigue afirmando que

[redacted] L. suscribió contrato de franquicia el 15 de abril de 2002 con [redacted] S.L. para la explotación de un [redacted] (documento nº 1) en [redacted]

-Según documento nº 4 el Plan de Inversiones realizado lleva al actor a prestar su consentimiento, consentimiento claramente viciado con error y obtenido de forma dolosa.

En cuanto a las obligaciones del franquiciador recogidas en la estipulación 6ª y respecto de la obligación de prestar ayuda y asistencia técnica y comercial; es lo cierto, según afirma, que el negocio franquiciado se ha encontrado con infinidad de problemas que se alejan mucho de las previsiones aseguradas por el franquiciador. Entre ellas, las obras de adecuación del local generando el negocio unas importantes pérdidas acumuladas a un total de 250346,27€ de los años 2002,03 y 04 (documento nº 13 a 22)

Sostiene que iniciada la actividad en agosto, hasta enero se cumplen previsiones de venta pero a partir de enero de 2003 las ventas caen en picado encontrándose en una situación de total desamparo incumpliendo el demandado la estipulación 6.7 del contrato tal y como se evidencia con el burofax adjuntado como documento nº 16 de 23 de noviembre de 2004 que no recibió respuesta remitiendo el 5 de enero de 2005 nuevo burofax dando por resuelto el contrato con fecha enero de 2005 (documento nº 17)

Concluye que pese a seguir al pie de la letra las escasas directrices dadas las cifras no han sido ni remotamente parecidas al plan de previsión demostrándose la inviabilidad del negocio existiendo un claro incumplimiento del contrato por el franquiciador que podía y debía ser calificado como obstativo y rebelde ante su pasividad suplicando se dictara sentencia por la que

-con carácter principal

a) se declare la nulidad del contrato de franquicia de 15 de abril de 2002 formalizado entre el actor y [redacted] S.L. y [redacted] acordándose la restitución recíproca de las prestaciones, debiendo devolver la demandada al actor la prestación del canon de entrada, royalties o cualquier otra cantidad.

b) se condene [redacted] a abonar al actor la indemnización d 192937,65€

-con carácter subsidiario

a) se confirme la resolución del contrato de franquicia de 1 de enero de 2005

b) se condene a [redacted] a abonar en concepto de daños y perjuicios la cantidad de 819757,46€.

En todo caso que se condene a la demandada (obviaremos el término reconvenida) al pago de costas.

Como ya hemos expuesto y admitida a trámite la demanda y previo emplazamiento de la parte demandada esta se personó en autos y presentó escrito de contestación en el sentido de oponerse formulando reconvencción contra [redacted] y [redacted].

En el mismo, y tras negar con rotundidad la veracidad de las afirmaciones vertidas en el hecho introductorio opone los graves y reiterados incumplimientos del franquiciado (documento nº 9) impago de royalties y canon de publicidad.

Considera que no forma parte del contrato el plan de previsión económica y que la situación de pérdida en la explotación no puede justificar la resolución o nulidad del contrato por cuanto considera que los resultados económicos no integran la causa del contrato y no pueden justificar su resolución. Entiende que el franquiciador no garantiza la obtención de cifras mínimas y la disminución de ventas no le resulta imputable.

En todo caso, el contrato de franquicia se realiza a riesgo y ventura de las partes sin compromiso de ganancias.

Afirmando que por su parte se prestó de forma permanente asistencia técnica y comercial al franquiciado suplicó la total desestimación de la demanda formulando reconvencción alegando que [redacted] había incurrido en incumplimiento contractual reiterados no habiendo satisfecho ni canon de publicidad ni royalties, ha procedido a la resolución anticipada y unilateral del contrato antes del transcurso de 10 años y posterior a la extinción también ha incurrido en incumplimientos, y concluye solicitando

-se declare resuelto el contrato de franquicia de 15 de abril de 2002 por incumplimiento contractual de [redacted]

-se condene a [redacted] y D [redacted] al pago solidariamente de 56420,57€ por royalties y canon de publicidad correspondiente a Mayo/03 a abril de 2005

-se condene a [redacted] al cese inmediato en el uso de toda marca, rótulo, logotipo, nombre comercial y demás signos distintivos titularidad del franquiciador

-se condene a [redacted] a restituir a su cargo todos los soportes físicos a los que se incorporen los signos distintivos titularidad del franquiciador, toda la documentación a la que se haya incorporado el know how del franquiciado así como los posibles envases de los proveedores que estén en su poder

-se condene a [redacted] y D. I [redacted] que abonen a [redacted] la cantidad de 65210€ en concepto de penalización en aplicación de la estipulación 17.2 del contrato

-se condene de forma solidaria a abonar al reconvincente en concepto de indemnización por daños la cantidad de 208368,48€

-todo ello con costas de la reconvencción

La demanda reconvenicional se contestó por la parte actora reconvenida y por el demandado reconvenido sosteniendo que

-el contrato de franquicia es nulo, no solo por la inexistencia misma de la franquicia sino también por la falsa información precontractual dolosamente facilitada con el fin de captar franquiciados.

Tras negarse al reconocimiento de deuda alguna anterior a la resolución y oponerse a reclamación de deuda posterior negando haber incumplido obligaciones posteriores a la resolución enmarcando sus incumplimientos en los previos y esenciales del franquiciador concluye que

-no existe franquicia toda vez que se crea una estructura con la única finalidad de asegurar el aprovechamiento de cerveza a favor de [redacted] vulnerando el Reglamento 2790/99 de 31 de diciembre

-que dicha estructura se vende a la demandada a fin de ocultar la práctica que se estaba desarrollando

-que la demandada carecía de know how

-que la demandada a fin de captar proveedores de cerveza continua con el disfraz de la franquicia

-que como consecuencia e la falsedad en la información precontractual facilitada así como del nulo conocimiento respecto de la evolución de un establecimiento hostelero el demandante reconvenido sufrió unas ingentes pérdidas que abocaron en la resolución contractual

D- I [redacted] también presentó escrito de contestación a la reconvencción sosteniendo que los incumplimientos de [redacted] responden necesariamente a los incumplimientos previos de la reconviniente y más concretamente a la inexistencia de franquicia, situación de pérdidas que dicha circunstancia supuso y a la inexistente obligación de satisfacer dichas pretensiones.

Como conclusión a su escrito de contestación, concluye que

- [redacted] no tenía experiencia previa en el sector de la restauración y concretamente en la gestión de la enseña

-Considera que no existía contrato de franquicia y que la única finalidad perseguida era obtener ingresos por cánones de entrada y royalties además de las comisiones obtenidas por vincular contractualmente a sus franquiciados a proveedores como

-Que no existía Know how pues todo se reducía al aprovisionamiento de la cerveza de la marca

-Que el plan provisional aportado por [redacted] la rentabilidad del negocio y la facturación del mismo han resultado exorbitado por lo que su objetivo era captr

franquiciados para venderles las bondades y la rentabilidad de una supuesta franquicia para autofinanciarse.

En cuanto a la legitimación pasiva el contrato de franquicia es un contrato de adhesión. [redacted] no tuvo otra alternativa que someterse por completo a su clausulado usando cláusulas abusivas que han permitido traer al proceso al codemandada reconvenido Sr.

Segundo: Podemos afirmar a la hora de hacer frente a la controversia traída al pleito que partes son [redacted] S.L. como actor, [redacted] S.L. como demandado reconviniente y [redacted] como reconvenidos.

NO es parte y desde el momento que no ha sido traída al pleito como tal no puede quedar afectada por la sentencia que recaiga.

Es necesario también constatar, a los efectos de este pleito, reitero, que [redacted] NO es [redacted]. Es un tercero ajeno y lo hago constar expresamente por la "tendencia" de la parte actora a imputar a la cervecera una serie de responsabilidades en relación al contrato de franquicia que si entendía le eran exigibles hubiera podido y debido solventar trayéndola al pleito y ejercitando contra la misma las acciones que a su derecho hubieran convenido.

Tercero: Expuesto lo anterior podemos afirmar que [redacted] y [redacted] aparecen ligadas por un contrato de franquicia de 15 de abril de 2002.

El local donde se desarrollaba la actividad se encontraba en Móstoles [redacted] nº 15.

Concepto de franquicia: STS 30 de abril de 1998, 15 de mayo del 85, 23 de octubre de 89 o 21 de octubre de 2005 entre otras muchas: el contrato de franquicia, surgido del tipo contractual americano denominado franchising y enclavado en el área de los contratos atípicos, desde un punto de vista doctrinal, ha sido definido como aquél que se celebra entre dos partes jurídica y económicamente independientes, en virtud del cual una de ellas (franquiciador) otorga a otra (franquiciado) el derecho a utilizar bajo determinadas condiciones de control y por un tiempo y zona delimitados, una técnica en la actividad industrial o comercial o de prestación de servicios del franquiciado contra entrega por éste de una contraprestación económica.

Reglamento 4087/1988 de 30 de noviembre: contrato en virtud del cual una empresa, el franquiciador, cede a otra, el franquiciado, a cambio de una contraprestación financiera directa o indirecta, el derecho a la explotación de una franquicia para comercializar determinados tipos de productos y/o servicios y que comprende por lo menos:

- el uso de una denominación o rótulo común
- presentación uniforme de locales y/o de los medios de transporte objeto del contrato
- comunicación por el franquiciador al franquiciado de un know how
- prestación continua por el franquiciador al franquiciado de asistencia comercial o técnica durante la vigencia del contrato

Los datos que definen su naturaleza jurídica, y su diferencia con los contratos, y de suministro o de distribución de mercancías, son los siguientes: a) Que el franquiciador debe transmitir su "know-how", o asistencia o metodología de trabajo, aplicando sus métodos comerciales b) Que dicho franquiciador queda obligado a diseñar, dirigir y sufragar las campañas publicitarias, realizadas para difundir el rótulo y la marca del franquiciador.

En fin, este contrato, es peculiar y característico de las nuevas formas comerciales para eludir la presión monopolista de las grandes multinacionales, cuya tendencia al control de los mercados, solamente puede ser frenada mediante conciertos

Además, es igualmente doctrina reiterada (Sentencia del Tribunal Supremo de 6 de febrero de 1998), que la apreciación del error sustancial en los contratos ha de hacerse con criterio restrictivo cuando de ello dependa la existencia del negocio, apreciación que tiene un sentido excepcional muy acusado.

En este caso, en el que la nulidad del contrato de franquicia por vicios del consentimiento del franquiciado se fundamenta en la información engañosa suministrada al franquiciado sobre las inversiones y beneficios de la franquicia, es lo cierto que no puede ser estimada en cuanto que tal error no es sobre elemento esencial ni está acreditado resulte básico para el negocio cuya nulidad se pretende dado que como bien dice la SAP de Barcelona de 29 de marzo de 2005 el franquiciador no se compromete a la obtención de determinados resultados al franquiciado cuyos resultados son siempre aproximativos.

Si la obtención de un beneficio o resultado económico no es elemento del contrato de franquicia difícilmente el no acreditado error en la previsión de rentabilidad puede justificar y amparar la pretendida nulidad, dado que el error invalidante del consentimiento debe recaer sobre elemento esencial del contrato. De posible vinculación con el error en el consentimiento por falta de rentabilidad económica se encontraría también la falta de causa del contrato (dada esa ausencia de expectativa de rentabilidad) sin embargo, si la causa del contrato es el fin que persigue, en el contrato de franquicia la causa no es la obtención de un lucro o beneficio puesto que aun siendo éste el móvil subjetivo que guía a todo franquiciado, debe la causa tener un carácter meramente objetivo, esto es la finalidad que se persigue con el contrato y que no es otra para el franquiciado que la explotación y gestión de una actividad de restauración con base a los métodos de

Tampoco ha quedado acreditado actividad dolosa tendente a la formación de ese consentimiento sin que la parte que la alega, que debe probar en aplicación del art 217 LEC, haya concretizado conducta alguna en ella encajable.

En cuanto a la nulidad por la no existencia de contrato de franquicia acudiremos para tratar de solventar la cuestión al contrato adjuntado como documento nº 1 con la demanda. El objeto del contrato es el derecho que concede el franquiciador al franquiciado para integrarse en la red comercial del sistema para explotar, en régimen de franquicia los productos y servicios comercializados por el franquiciador.

Esto es, el objeto del contrato es la gestión del negocio en determinada forma no el negocio de restauración, sino su gestión y la de los servicios relacionados con el servicio de restauración. Si por la expedición de cerveza siguiendo un determinado sistema o mecanismo, se ha de expedir únicamente por , que no es parte, y se garantiza una serie de clientela no final (consumidores) sí de expendedores, es cuestión ajena en sí al contrato dado que en el mismo se especifica y según reza, el franquiciado conoce que es necesario expedir la cerveza siguiendo un determinado sistema exclusivo de

La falta de experiencia en negocio de restauración o la falta de establecimiento piloto comprobado que haya servido de base para la franquicia no son elementos que puedan llevar a estimar la afirmación vertida relativa a la falta de contrato de franquicia.

No es de recibo estimar la nulidad por los motivos expuestos.

Tampoco es de recibo pretender que se declare nulo el contrato por las negociaciones internas y previas en el tiempo al concierto con el actor ni por la no probada percepción de comisiones o porcentajes sobre intervenciones en los negocios franquiciados no probadas por cuanto no se puede hacer uso de las consecuencias previstas en el art 304 LEC por la no comparecencia válida de la entidad demandada a

ser interrogada como parte en extremos que por no haber sido planteados en la demanda no pudieron ser defendidos en la contestación.

Directamente relacionada con la pretensión de nulidad por no existir contrato de franquicia se encontraría el tema relativo al Know how o "conocer cómo" si bien apuntado a lo largo de la demanda, se formula con mayor claridad a juicio de este juzgador en la contestación a la reconvencción que se planteó por lo que aún cuando procesalmente su estudio debería ser posterior.

En la demanda la parte actora sostiene una serie de esclavitudes que amparan la franquicia sin que exista auténtico Know how, pero el Sr. [redacted] al ser interrogado afirmó que se le hizo entrega del "Conocer cómo" y fue realizado un curso de formación. Se destaca, según contrato (exponiendo inicial) que en el desarrollo del sistema [redacted] se da especial relevancia e importancia a la calidad de productos y cerveza, recetas especiales y su sistema de expedición denominado Duotank...y este es elemento esencial a la hora de mantener la identidad, uniformidad de la imagen y reputación de la red de franquiciados.

La información es exhaustiva y el franquiciado no puede alegar desconocimiento o esclavitud cuando el negocio no funciona.

Efectivamente, resulta frustrante que amparado por una franquicia y puesto el trabajo y la ilusión a su servicio no se obtengan los resultados esperados, pero la restauración implica riesgos que deben ser tomados en consideración a la hora de tomar decisiones aún cuando estas lo sean sobre datos "maquillados" o no suficientemente estudiados, si es que el plan reprevisión económica puede ser conceptuado como tal. Por otra parte no olvidemos que el propio franquiciado pudo corroborar la veracidad de los mismos al igual que en el pleito lo ha hecho con la aportación de un dictamen pericial.

Quinto: Resolución.

Se imputa por [redacted] al franquiciador el incumplimiento de sus obligaciones que se recogen en la estipulación 6ª concretamente en los extremos 6.7 del contrato de franquicia obligación del franquiciador relativa a asistencia comercial y técnica.

Comienza evidenciando incumplimientos con la referencia al presupuesto de adecuación del local que se excedió en 23759,41€ de los presupuestado.

En relación a este presunto incumplimiento que se imputa a la parte demandada el propio Sr. [redacted] al ser interrogado como parte manifestó que resultaba posible la contratación de operarios distintos de los que el franquiciador podía proponer si bien era evidente que resultaba más fácil adecuar el local con trabajadores que ya lo habían hecho en ocasiones anteriores.

Lo que sí resulta patente es que en relación a la ejecución de las obras de adaptación se siguieron las instrucciones del franquiciador pero éste no incumple ni cumple nada al resultar el extremo ajeno a la relación contractual de franquicia que nos ocupa, esta es una fase previa o anterior que no forma parte del mismo sino que adecua el local para la prestación del servicio, en cuanto necesaria "uniformidad" de todos los locales en su aspecto externo.

El hecho de que el presupuesto de adecuación del local excediera en casi 24000€ de los presupuestado no implica incumplimiento contractual alguno del demandado.

Siguiendo con la resolución alega la parte actora en su escrito de demanda que al comenzar la actividad el 1 de agosto de 2002 y parece que hasta enero de 2003 se va "defendiendo" cayendo desde entonces las ventas en picado imputando al franquiciador falta de asistencia que le lleva a contratar a un tercero que gestione el negocio sin que se obtengan los resultados pretendidos.

Sostiene que desde Diciembre de 2003 el actor recaba una ayuda que no le fue prestada y que además la patética situación en la que se encontraba se vio agravada por

la apertura de otros centros de _____ en las inmediaciones geográficas que motivaron una caída total que le llevó el 23 de noviembre de 2004 a remitir el burofax que se adjunta como documento nº 16 y que no contestado por la demandada ni prestada que sostuvo que su trabajo lo hizo cumpliendo lo estipulado y la asistencia necesaria le llevó el 5 de enero de 2005, a la remisión de otro burofax en el que recogía que "dados los continuos incumplimientos, la inviabilidad del negocio, la falta de asesoramiento y asistencia, y la política de invasión, motivan la resolución del contrato según resulta del documento nº 17 de la demanda.

La demandada en su escrito de contestación se opone a la alegación de incumplimiento por apertura de establecimientos cercanos oponiendo ausencia de exclusividad geográfica o limitación de clase alguna (estipulación 4ª del documento nº 1 de la demanda, contrato de franquicia) y a la falta de asistencia técnica manifestando que el franquiciador siempre y de forma segura prestó todo tipo de apoyos y asistencia adjuntando como documento nº 13 a 17 documentos que así lo indican y como documento nº 18 requerimiento por incumplimiento del franquiciado, partiendo de su incumplimiento inicial que dará lugar a la posterior reconvencción.

Así, y en esencia el incumplimiento que _____ imputa al demandado es insuficiente apoyo técnico y apertura de establecimientos cercanos.

El negocio de _____ abierto en agosto previa recibir una formación y los manuales de llevanza de la franquicia (así lo reconoció D. _____ al ser interrogado) y según documento 10 a 12 de la demanda se mantuvo durante unos meses, hasta enero de 2003, si bien, ya en diciembre de 2002 el actor decide contratar los servicios de gestión de un tercero, pero resulta llamativo que el resultado de la gestión con ese tercero es caída de ventas como el propio actor reconoce al ser interrogado cancelando el citado contrato en octubre de 2003.

Si bien es cierto que el Dictamen pericial evidencia la improsperabilidad del negocio argumentando tal afirmación no lo es menos que el mismo está realizado desde un punto de vista económico que como ya hemos dicho no resulta relevante en el contrato de franquicia.

Lo que resulta relevante es precisamente comprobar si efectivamente el franquiciador cumplió o no con sus obligaciones de asistencia y este punto la documentación adjuntada con la contestación a la demanda y la testifical a _____

supervisor del _____ conocedor de la enseña de Móstoles por haber hecho la apertura e intervenir en la formación habiendo después vuelto como supervisor, y que sostuvo que su trabajo lo hizo cumpliendo lo estipulado y la testifical a D. _____ que también en calidad de testigo compareció al acto del juicio manifestando que no le constaban reclamaciones por parte de _____ en Móstoles ni queja alguna a _____ afirmando que se llevó acabo el plan de acción en base a la cuenta de explotación resultando deficientes el servicio y la calidad, unidas a la documental adjuntada ponen de manifiesto que la parte actora no ha acreditado incumplimiento asistencial que resulte imputable al franquiciador. Pongamos de manifiesto que sólo consta por escrito una petición de ayuda en el burofax de noviembre de 2004 pese a que el negocio se encontraba aperturado desde agosto de 2002.

D. _____ compareció al acto del juicio como testigo y manifestó ser cierto que él propuso un plan de acción si bien no llegó a fructificar "por incumplimiento del mismo por el franquiciado"

El propio actor al ser interrogado admite que incluso con posterioridad a la resolución se propuso un plan de mejora y viabilidad del negocio que no aceptó por ser "pura teoría".

Tomando en consideración el concepto de resolución contractual y los requisitos necesarios para su estimación, a saber, tal y como señala la SAP de Barcelona de 21 de septiembre de 2004: "alegado el incumplimiento por la franquiciadora de las obligaciones a su cargo, es lo cierto que, pudiendo, en principio, fundarse la resolución del contrato únicamente en el incumplimiento total o propio de la contraparte, sin que baste el incumplimiento de prestaciones accesorias, que no impidan al acreedor obtener el fin económico del contrato (Sentencia del Tribunal Supremo de 21 de septiembre de 1990), es doctrina reiterada (Sentencias del Tribunal Supremo de 20 de junio de 1990, 16 de abril de 1991, y 25 de noviembre de 1992, entre las más recientes), que la viabilidad de la facultad resolutoria, ejercitable en vía judicial o extrajudicial, si bien en este último caso precisada de la sanción judicial, de ser impugnada por la contraparte (Sentencia del Tribunal Supremo de 4 de abril de 1990), hace precisa la concurrencia, no sólo de la existencia de un vínculo contractual vigente, y de la reciprocidad de las prestaciones estipuladas en el mismo, sino además que la otra parte haya incumplido de forma grave las obligaciones que le incumbían; que semejante resultado se haya producido como consecuencia de una conducta de éste que de un modo indubitado, absoluto, definitivo e irreparable lo origine; y que quien ejercita la facultad resolutoria no haya incumplido las obligaciones que le concernían, salvo si ello ocurriera del incumplimiento anterior del otro, pues la conducta de éste es lo que motiva el derecho de resolución del contrario y lo libera de su compromiso.

El éxito de la alegación de incumplimiento contractual está condicionado a que el defecto o defectos sea de cierta importancia en relación con la finalidad perseguida y con la facilidad o dificultad de su subsanación, haciendo el objeto del contrato impropio para satisfacer el interés del contratante, de modo que no puede ser alegada cuando lo mal realizado u omitido carezca de suficiente entidad en relación a lo bien ejecutado y el interés del contratante quede satisfecho con lo entregado u ofrecido, de forma que las exigencias de la buena fe y el principio de conservación del negocio, no autorizan el ejercicio de la acción resolutoria del artículo 1124 del Código Civil, y sólo permiten la vía reparatoria, bien mediante la realización de las operaciones correctoras precisas, bien mediante la consiguiente reducción del precio.

Por otro lado, pudiendo, en principio, fundarse la resolución del contrato únicamente en el incumplimiento total o propio de las prestaciones principales, las prestaciones principales del contrato de franquicia a cargo del franquiciador son: 1.- la cesión al franquiciado del uso de los signos distintivos de los que es titular el franquiciador; 2.- la comunicación al franquiciado del «know how» o «saber hacer»; y 3.- la prestación continuada por el franquiciador al franquiciado de la asistencia comercial o técnica.

Estas obligaciones esenciales han sido cumplidas o por lo menos no ha resultado acreditado que en relación a la prestación de asistencia continuada se haya violado o quebrado por el franquiciador tan esencial obligación dado que la alegada como incumplimiento al haber permitido la apertura de otros establecimientos cercanos no se puede considerar incumplimiento al no estar prevista exclusividad en el contrato.

Sexto: Desestimada la demanda pasaremos a ocuparnos de la reconvencción.

solicita que se declare resuelto el contrato de franquicia de 15 de abril de 2002 por incumplimiento contractual de la actora suplicando se condene de forma solidaria a la entidad reconvenida a _____ y a D. _____ al pago de royalties y cánones de publicidad correspondientes a mayo de 2003 a abril de 2005 al haber incumplido de forma reiterada la estipulación 6.4 relativa a publicidad y 8.1 relativa al pago de royalties.

El incumplimiento de esta obligación es patente, resultando de la propia documental acompañada con la demanda y del reconocimiento del legal representante de [redacted] al ser interrogado como parte. Requerido de pago por burofax entregado el 22 de marzo de 2004 (documento nº 9 de la reconvención) el legal representante de [redacted] pudo recordar si la contestó o no.

El incumplimiento de esta obligación esencial es patente y resulta admitido lo que es necesario a continuación es comprobar que efectivamente el incumplimiento de esta obligación no lo sea como consecuencia de incumplimientos previos del franquiciador, previos y esenciales que justificarían o ampararían este incumplimiento de la contraprestación económica, tal y como expusimos en el precedente fundamento.

Es lo cierto y así puede ser afirmado que no ha resultado acreditado tal incumplimiento previo y esencial del franquiciador por lo que habiendo incurrido en incumplimiento esencial de la obligación de satisfacer canon y royalties el contrato debe ser resuelto con obligación solidariamente de satisfacer las cantidades pendientes tal y como el contrato estipula en el punto 18.

Tiempo: reclama la parte actora de la reconvención el abono de canon y royalties hasta abril de 2005, no obstante lo cual por la parte demandada en la reconvención se notificó la resolución del contrato el 5 de enero de 2005 con efecto a enero 2005 sin que de adverso se hiciera oposición alguna al respecto, es más, en el suplico de la reconvención y en el punto 5º de la misma (en relación a la cláusula penal de la estipulación 17.2) se hace referencia al 1 de enero de 2005.

Si se toma como tal fecha la referida para que entre en juego una cláusula penal, tal fecha ha de ser tomada en consideración también para fijar el débito por cánones y royalties, que deben entenderse como debidos hasta enero de 2005 excluido.

También reclama la parte reconviniendo se condene a la demandada al cese inmediato en el uso de las marcas rótulos, logotipos, nombres comerciales etc y a restituir inmediatamente los soportes físicos a los que se incorporen los signos distintivos titularidad de [redacted] así como toda la documentación en la que se incorpore el know how y envases de proveedores en su poder.

Al respecto la entidad franquiciada sostiene haber cumplido con tal obligación.

Estipula el contrato de franquicia en el punto 17 que a la terminación o resolución del contrato con independencia de quién sea el responsable de la terminación o resolución y las causas que la han motivado se producirán los efectos siguientes:

- cese de la explotación de los signos distintivos
- restitución de materiales identificativos.

En la auditoria de [redacted] de 20 de abril de 2005 bajo la denominación Plan de Acción se constata que el local ha cambiado rótulo, ha retirado las duo tank y ha colocado grifos de cerveza...”la mayoría de los datos de la auditoria no los podemos obtener ya que no se nos permite acceder al interior y demás datos del local, se realiza solo temas visuales.”

Del resultado de dicha auditoria se puede afirmar por tanto que los signos distintivos han dejado de ser usados. Nada tiene derecho a reclamar cuando la obligación ha sido cumplida.

En cuanto a la restitución del material identificativo no consta requerimiento del franquiciador hasta la pretensión reconvencional de lo que se desprende que sólo desde la presente resolución se entenderá hecho tal requerimiento y nacerá la obligación de restituir los materiales identificativos por lo que en tanto en cuanto el reconvenido puede cumplir voluntariamente no puede haber lugar a imponer sanción económica alguna como cláusula penal, sin perjuicio de que de no cumplir en periodo voluntario de cumplimiento de sentencia deba tener efectividad la sanción prevista en la estipulación

17.2 si bien moderada a 100€/día de retraso por resultar excesiva la prevista contractualmente.

En cuanto a la petición por lucro cesante.

Se reclama por la parte reconviente por tal concepto la totalidad de las contraprestaciones que la sociedad franquiciada hubiera debido abonar al actor en el supuesto de que el contrato hubiera respetado la estipulación a tal efecto prevista (duración 10 años).

Nos encontramos ante una relación obligatoria duradera, ya que su desenvolvimiento supone un período de tiempo más o menos prolongado y por tanto una pervivencia temporal lo que implica una conducta duradera o bien la realización de una serie de prestaciones periódicas

En orden al lucro cesante hay que recordar con la sentencia del TS de 26-9-02 que su fundamento es la necesidad de reponer al perjudicado en la situación en que se hallaría si el suceso dañoso no se hubiera producido, lo que exige que se le indemnice también la ganancia que haya dejado de obtener.

A diferencia del daño emergente, daño real y efectivo, el lucro cesante se apoya en la presunción de cómo se habrían sucedido los acontecimientos en el caso de no haber tenido lugar el acto ilícito. En el presente caso, de no haber tenido lugar la resolución del cumplimiento del pacto de duración por parte de la demandada lo que exige un juicio de probabilidad que no puede lógicamente realizarse exclusivamente por el perjudicado mismo. Ha de huirse de un criterio meramente objetivo para comprobar si existen daños objetivos que tengan en cuenta también el curso ulterior de los hechos. En este sentido la STS de 17-7-02 señala que: «El sentido del artículo 1106 del Código Civil se refiere a las pérdidas que han de ser reales y a las ganancias frustradas o dejadas de percibir que han de presentarse con cierta consistencia y no así las que estrictamente son dudosas, pues sin exigirse la rigurosidad de tener que tratarse de ganancias seguras, sí hay que considerar las ganancias que resulten verosímiles, apoyadas en algún principio de prueba y así lo exige la doctrina jurisprudencial, al proclamar la necesidad de demostrar que realmente se han dejado de obtener, por presentarse como ganancias muy probables (Sentencias de 30-12-1977; 27-10-1992; 8-7 y 21-10-1996)».

Aplicando lo expuesto al caso de autos el sentido común lleva a afirmar que la situación de pérdidas de la franquiciada anunciaba la inviabilidad del negocio y la pérdida de esos cánones por su insostenibilidad lo que impide estimar esta pretensión por cuanto durante dos años y medio la franquicia no permitió una recuperación económica para prever de modo probable esa percepción de canon que hoy es objeto de reclamación.

Séptimo: En cuanto a las costas, y pese a la desestimación de la demanda, no se encuentran méritos para imponerlas a la parte actora por lo que cada parte deberá satisfacer las causadas a su instancia y las comunes por mitad.

La reconvención al haber sido sólo parcialmente estimada no ha lugar a hacer pronunciamiento relativo al pago de las mismas.

Vistos los precedentes fundamentos y preceptos legales en ellos contenidos y demás de general y pertinente aplicación

FALLO

En pronunciamiento relativo a la demanda promovida por S.L. representada por el Procurador D. [redacted] contra S.L. representada por el Procurador D. [redacted] debo absolver y absuelvo a la

*En los facturas
no son pérdidas*

(Handwritten mark)

parte demandada de la pretensión en la misma ejercitada por falta de prueba sin que haya lugar a hacer pronunciamiento relativo al pago de costas procesales causadas.

En pronunciamiento relativo a la reconvencción promovida por):

S.L. representada por el Procurador D. contra

R y S.L. y D., ambos representados por el Procurador D^a C. lo, debo estimar y estimo parcialmente la misma y declarando resuelto el contrato de franquicia que ligaba a las partes con efectos desde el uno de enero de 2005, debo condenar y condenado a la parte reconvenida a satisfacer de forma solidaria al actor en la reconvencción la cantidad por cánones y royalties que resulta debida desde mayo del 2003 a enero de 2005 (excluido), sin que haya lugar a las restantes pretensiones conforme a las argumentaciones contenidas en la presente resolución y sin que haya lugar a hacer pronunciamiento relativo al pago de costas procesales causadas.

Líbrese y únase certificación literal de la presente resolución y archívese el original en el legajo existente en Secretaría.

Así, por esta mi sentencia, que deberá ser notificada a las partes haciendo saber que dentro de los cinco días podrán preparar ante este Juzgado recurso de apelación del que conocerá la Iltrma. Audiencia Provincial, lo pronuncio, mando y firmo.