

**AUDIENCIA PROVINCIAL DE MADRID, SECCIÓN 11ª, SENTENCIA DE 30
DIC. 2009, REC. 311/2009**

Ponente: Gavilán López, Jesús.

Nº de Sentencia: 83/2010

Nº de Recurso: 311/2009

Jurisdicción: CIVIL

En MADRID, *a treinta de diciembre de dos mil nueve*

AUD.PROVINCIAL SECCION N. 11

MADRID

SENTENCIA: 00083/2010

AUDIENCIA PROVINCIAL DE MADRID

SECCION UNDECIMA

SENTENCIA Nº

Rollo: RECURSO DE APELACION 311 /2009

Ilmos. Sres. Magistrados:

D. JESUS GAVILAN LOPEZ

D. CESAREO DURO VENTURA

Dª MARIA JOSE ALFARO HOYS

La Sección 11 de la Ilma. Audiencia Provincial de MADRID, ha visto en grado de apelación, los autos de PROCEDIMIENTO ORDINARIO 889 /2007 del JDO. PRIMERA INSTANCIA N. 60 de MADRID seguido entre partes, de una como apelante XELIOS HISPANO BIOMETRICA, S.A., representado por la Procuradora Doña Isabel De La Misericordia García y de otra, como apelado XELIOS BIOMETRIC, S.A., representado por el Procurador D. Anibal Bordallo Huidobro, sobre reclamación de cantidad.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Se aceptan los antecedentes de hecho de la sentencia apelada.

SEGUNDO.- Seguido el juicio por sus trámites legales ante el JDO. PRIMERA INSTANCIA N. 60 de MADRID , por el mismo se dictó sentencia con fecha 13 de noviembre de 2008 , cuya parte dispositiva dice: "Que estimando parcialmente la demanda planteada por el procuradora Doña Isabel de la Misericordia García en nombre y representación de XELIOS HISPANO BIOMETRIA contra XELIOS BIOMETRICS condeno a la demandada a abonar a la actora 18.385,50 euros, intereses al tipo legal desde la interposición de la demanda incrementado en dos puntos desde esta resolución, sin expresa imposición de costas". Notificada dicha resolución a las partes, por la representación procesal de XELIOS HISPANO BIOMETRICA, S.A. se interpuso recurso de apelación, alegando cuanto estimó pertinente, que fue admitido en ambos efectos, dándose traslado del mismo a la parte contraria que lo impugno. Remitidos los autos originales del juicio a este Tribunal, se señaló para llevar a efecto la deliberación, votación y fallo del mismo el pasado día 17 de diciembre de 2009, en que ha tenido lugar lo acordado.

TERCERO.- En la tramitación de este procedimiento se han observado las prescripciones legales.

Visto, siendo Ponente el Ilmo. Sr. D. JESUS GAVILAN LOPEZ.

FUNDAMENTOS JURIDICOS

La Sala acepta y da por reproducidos los Fundamentos de Derecho de la sentencia de instancia, en los términos de esta resolución.

PRIMERO.- Antecedentes procesales del recurso.-

La sentencia de instancia estima parcialmente la demanda interpuesta que tenía por objeto la indemnización de daños y perjuicios derivados de la suscripción de un contrato de franquicia sobre comercialización, distribución y venta de material informático, software y hardware, por la resolución unilateral del contrato por la franquiciadora demandada, la nulidad por no haber cumplido los requisitos legales en cuanto a su constitución acorde a la legislación española, no haber prestado la asistencia técnica pactada, y finalmente, haber entregado productos inhábiles para el cumplimiento de dicho contrato, todo ello en los términos concretos que refleja el antecedente de hecho segundo de esta resolución, que se corresponde con la parte dispositiva de la misma. La parte demandada se había opuesto en su momento, alegando a modo de síntesis, el cumplimiento del contrato, inexistencia de nulidad y resolución procedente del mismo.

El recurso planteado por la representación procesal de la parte demandante, se fundamenta, a modo de síntesis comprensiva de las alegaciones formuladas en el escrito de interposición, en los siguientes motivos:

1º) Infracción del artículo 286 de la LEC por la inadmisión en la instancia del documento notarial de 16/9/2.008.

2º) Infracción del artículo 6.3 del CC en relación con el artículo 62.3 de la Ley del Comercio Minorista , por no figurar registrada como franquiciadora; no se aportó la información necesaria para el desarrollo de la franquicia. Se citan entre otras las Sentencias del TS de 16 de Mayo y 2 de Junio de 2.000 .

3º) Devolución del canon arrendaticio en la suma de 24.000 euros, de acuerdo con el contrato.

4º), 5º) y 6º).- Error en la valoración de la prueba respecto al invocado retraso por la demandada en la entrega de la licencia de uso de la marca registrada. La obligación de asistencia técnica y el carácter defectuoso de los productos franquiciados.

7º) Incongruencia omisiva respecto a los daños y perjuicios reclamados por la recompra de productos adquiridos por importe de 68.785 euros.

8º) Error en la valoración de la prueba respecto a la cantidad concedida de 18.385,50 euros, cuando se abonó la suma de 19.878 euros, incluyendo los gastos bancarios, que deben asumirse por la franquiciadora.

9º) Error en la valoración de la prueba sobre el mutuo disenso, al haberse producido desistimiento unilateral.

Se solicita la revocación parcial de la sentencia, dictando otra por la que, acogiendo total o parcialmente los motivos invocados, se estime la demanda interpuesta, de acuerdo con los anteriores pedimentos.

De contrario se interesó la confirmación de la sentencia, de acuerdo, en lo sustancial, con los argumentos de la misma, con imposición de costas a la apelante.

SEGUNDO.- Motivo primero del recurso: Infracción del artículo 286 de la LEC por la inadmisión en la instancia del documento notarial de 16/9/2.008.

El motivo queda vacío de contenido, al haber sido admitido en esta alzada, de acuerdo con la resolución de esta Sala, de 29 de Mayo del presente año, consentida y no impugnada por la parte apelada.

TERCERO.- Motivo segundo: Infracción del artículo 6.3 del CC en relación con el artículo 62.3 de la Ley del Comercio Minorista .-

Se funda en el hecho de no figurar registrada como franquiciadora, siendo realmente una vendedora de productos, así como no haberse aportado la información necesaria para el desarrollo de la franquicia, con la antelación mínima de 20 días a que se refiere el mencionado artículo 62.3 LCM, e invocan los documentos nº2 de la contestación a la

demanda y el nº 4 de la demanda, de donde deriva esa falta o error en el consentimiento incardinable en el artículo 6.3 CC , antes citado.

En contra de lo sostenido por la parte apelada, en su escrito de oposición al recurso, la actora en su Fundamentos de Derecho Sexto A, si invoca expresamente la falta de información precontractual o deber de información, como causa concurrente en el vicio de consentimiento, que anuda a los artículos 1.300 y 1.266 del CC , sin que suponga por tanto modificar la causa de pedir, aunque añadida ahora la invocación del artículo 6.3 del CC , que es cuestión distinta. Centrándonos en la cuestión planteada, y después de la valoración de toda la prueba practicada, queda acreditado, como ya reseñara la sentencia de instancia, que las negociaciones previas a la firma de la franquicia, se desarrollaron durante los cuatro meses anteriores a la firma del contrato, admitiendo el representante legal de la demandante haber recibido la información pactada de forma previa a dicha firma, como puede constatarse en el soporte audiovisual al minuto 46,28 de grabación y como primera pregunta del Letrado de la demandada; a ello se suma que los documentos nº 2 y 6 de la contestación a la demanda confirman claramente el hecho anteriormente transcrito: el primero se refiere a la carta remitida en Febrero de 2.004, esto es, unos meses antes de la referida firma del contrato, en concreto el 23 de Abril de 2.004, contenía una descripción sobre las cualidades de los productos suministrados por la franquiciadora, el propio historial de la misma, los aspectos concernientes a la estructura o marco operativo, incluyendo las particularidades del propio negocio; el segundo, relativo el fax enviado por la demandada a la actora , en contestación a las distintas preguntas formuladas, siempre, con anterioridad, debe insistirse, a la firma del Contrato de franquicia.

De ello se colige una primera conclusión, cual es, la difícil verosimilitud en la concurrencia de un vicio de consentimiento, mediando, a mayor abundamiento, la cualidad en la actora de empresa profesional del sector, con lo que tal circunstancia conlleva en orden a la suscripción de contratos, ya que para que éste se produzca, como vicio de la voluntad negocial, es necesario que el error sea invalidante del consentimiento prestado (art. 1266 CC), ha de ser esencial y excusable o invencible. Por tanto, por una parte, ha de recaer sobre las condiciones de la cosa que principalmente hubieran dado motivo a la celebración del contrato y, por otra, no ha de ser superable mediante el empleo de una diligencia media o normal (SSTS de 17 de mayo de 1988, 6 noviembre de 1996, 30 de septiembre de 1999, 26 de julio de 2000, 12 de julio de 2002, 12 de noviembre de 2004, 24 de enero de 2003, 17 de febrero de 2005 y 17 de julio de 2006). Y por supuesto, a quien lo alega incumbe la prueba de la esencialidad y reconocibilidad del error (STS de 10 de febrero de 2000).

En segundo término y para concluir en lo que a este motivo respecta, el artículo 62.3 de la Ley 7/1.996 sobre el Comercio Minorista , no contiene en momento alguno la invocada sanción de nulidad del contrato por el hecho de no estar inscrita el registro oficial la franquiciadora; se exige su identificación como requisito propio de la entidad

franquiciadora en el ámbito del tráfico mercantil, relacionado siempre con la constancia de efectivo desarrollo de tal actividad; de ahí que el referido precepto aluda a la necesidad de describir el sector de actividad del negocio objeto de franquicia, contenido y características, así como la estructura y extensión de la red que la sustenta, remitiéndose el precepto al desarrollo reglamentario de las demás condiciones básicas para la actividad de cesión de franquicias, que es cuestión distinta, a la exigencia imperativa de su inscripción en el registro administrativo correspondiente, y que , de no producirse, conlleve los efectos pretendidos por la apelante franquiciada. Debe por tanto distinguirse el cumplimiento de los requisitos administrativos, en este caso la inscripción interesada, del ámbito privado de la relación contractual y sus efectos, ajena a los anteriores (SS.AA.PP. de Barcelona de 29/3/2.005, y Orense de 7/1/1.999 , citadas, entre otras por la apelada).

Por otra parte y como resaltara el representante legal de la demandada en el acto del juicio, debe tenerse en cuenta a los efectos del registro de franquiciadora, la prestación del servicio en España, o fuera de ella, como aquí acontecía. Es significativa igualmente la referida declaración del Sr. Eutimio , representante legal de la actora, subrayando no la falta de información previa, sino esa supuesta irregularidad de la falta de inscripción. No es de aplicación la doctrina y jurisprudencia que se invoca en orden a la nulidad por incumplimiento legal, al diferir el presente caso el aspecto fáctico, de los supuestos que informan las sentencias aludidas, por los fundamentos expuestos.

El motivo se desestima.

TERCERO.- Motivo tercero.- Devolución del canon arrendaticio en la suma de 24.000 euros, de acuerdo con el contrato suscrito.

Se alega en esta alzada el pacto contenido en el documento nº 2 de la contestación a la demanda, por el que la demandada habría cobrado dicho canon, cuando se había comprometido en sentido contrario a liberar a la actora, cambiando los hechos que refiere el escrito de demandada, folio 28 de autos, donde se anuda esa improcedencia de pago a la cláusula 17ª del contrato suscrito, obrante al documento nº 16 de la demanda, basado en la falta de entrega o compensación del "Know how" o asistencia técnica que debió prestarse. En consecuencia, supone introducir una cuestión fáctica "ex novo", que debe rechazarse, por la imposibilidad de defensa de la parte demandante, y por ende, con quiebra del tradicional principio "pendente appellatione nihil innovetur" (SS.TS. de 13 de Diciembre de 1.952 y 3 de Abril de 1.993 , entre otras). A mayor abundamiento, y de acuerdo con el anterior fundamento de derecho y posteriores argumentos, no se ha acreditado la invocada falta de asistencia técnica.

El motivo se desestima.

CUARTO.- Motivo cuarto.- Error en la valoración de la prueba respecto al invocado retraso por la demandada en la entrega de la licencia de uso de la marca registrada, así como la imposibilidad de haber podido movilizar recursos hasta que se obtuvo.

En primer lugar conviene esta Sala con la parte apelada, la diferencia entre la obligación esencial de todo franquiciador de conceder al franquiciado el derecho a usar la marca u otro derecho de propiedad industrial, objeto de la franquicia, y la entrega al mismo de la documentación acreditativa de los anteriores derechos por parte del franquiciador. Efectivamente, se trata de otorgar este último al primero el derecho de uso por tiempo y zona determinada, bajo ciertas condiciones y control, a cambio de un canon o porcentaje, de acuerdo con la reiterada doctrina y jurisprudencia (S.TS de 4 de Marzo de 1.0997, entre otras, citada precisamente por la apelante); en consecuencia, la acreditación o entrega por el franquiciador de la documentación concerniente a esa licencia de marca, en nada obstaba el desarrollo y uso de la misma por el franquiciado; es prueba de ello el significativo hecho de fundarse la apelante, para la concreción de esos daños y perjuicios que se invocan, en el mero retraso de la transferencia de fondos a España en Febrero de 2.005, sin que de la regularización de los requisitos administrativos en Venezuela, a los fines de control de divisas o la propia regularización administrativa de la franquiciada en aquel país, de acuerdo con los documentos reseñados en el motivo del recurso, pueda relacionarse con la concreción de determinado daño y perjuicio, que adolece de prueba consistente alguna, y cuya carga correspondía a la apelante, en virtud del artículo 217 de la LEC .

QUINTO.- Motivo quinto.- Error en la valoración de la prueba sobre la obligación de asistencia técnica (know how).-

Tampoco pueden aceptarse las alegaciones al respecto. El propio contrato de franquicia suscrito contiene expresa previsión en tal sentido en la cláusula 7ª, folio 116 de autos, habiendo procedido la demandada a hacer entrega a la actora del correspondiente manual de instrucciones, comprensivo de todos esos datos técnicos, con la constancia de un ejemplar firmado por esta última y entregado a la franquiciadora, según el documento nº 18, folios 146 y ss. A ello se sumó, como soporte complementario de apoyo técnico, el acceso de la franquiciada demandante a la página web de la franquiciadora, quien facilitó a la anterior los correspondientes nombres o claves de usuario y contraseña, como consta en la documental referida, nº 32 y 33 de la demanda y 8 de la contestación a la demanda, los cursos impartidos de forma presencial en Caracas, incluyendo aspectos comerciales, documentos nº 7 y 9 de la contestación, y reconocimiento Don. Eutimio en el juicio, concretando que las personas de la franquiciadora vinieron procedentes de Brasil; presentación de productos comerciales, con la remisión por la actora y sin solución de continuidad, a la demandada, del correspondiente pedido, y las sucesivas consultas cruzadas entre las partes, según los documentos reseñados, más los nº 11 , 12 y 13 de la contestación, que confirman, en definitiva, el cumplimiento por la demandada de esa labor de asistencia técnica en su

doble vertiente de la entrega del soporte documental específico o manual de instrucciones-know how-, complementado por la asistencia técnica en los términos reflejados.

El motivo se desestima.

SEXTO.- Motivo Sexto.- Sobre carácter defectuoso de los productos franquiciados y la errónea valoración de la prueba.

La sentencia de instancia considera la inexistencia de defectos en los productos suministrados, dentro del ámbito contractual referido en orden al desarrollo de la franquicia, que hubieran frustrado su finalidad; para ello parte de la comparación de los respectivos informes periciales aportados por las partes: el del Sr. Leovigildo , a los folios 936 y ss. de autos, aportado por la actora, así como el del Sr. Roque , a los folios 1.036 y ss. de autos, habiendo sido ambos sometidos a contradicción en el acto del juicio celebrado, folios 1.073 y 1.074 de autos; la actora incide en su recurso, en defectos que centra en aspectos técnicos atinentes a que el dispositivo entregado por la demandada no ordenaba registros, adolecer de la certificación por parte de la empresa Microsoft, dificultad en la instalación de una base de datos externa al dispositivo, realización de copias de seguridad, encriptación de datos tratados por los dispositivos biométricos, errores generados en caso de excederse la capacidad de almacenamiento, así como en caso de introducirse huellas duplicadas, que son rebatidas consistentemente por el segundo de aquellos tanto en el acto del juicio celebrado como en el informe pericial referido, analizando cada una de ellas, folios 1.046 a 1.048, inclusive, coligiendo la inexistencia de defectos relevantes que hicieran inutilizables los equipos y programas adquiridos.

En consecuencia, la valoración de la prueba pericial, ha sido plenamente realizada de acuerdo con la interpretación del vigente artículo 348 de la L.E.C ., en cuanto a su valoración , pues siguiendo la doctrina y jurisprudencia de la Sentencia del T.S. , Sala 1ª de 30 junio 2005 , la prueba pericial es de libre valoración y se apreciara según "las reglas de la sana crítica", no pudiendo pretender la apelante por otro lado, que la Sala entre a considerar las discrepancias meramente técnico-científicas que pormenorizadamente refieren ambas partes en el análisis comparativo de los respectivos informes, aspectos concretos y su consideración técnica, pues el tribunal parte de unas conclusiones periciales propias de esa función y finalidad de la prueba, sin erigirse en propio perito contradictor de esas discrepancias técnicas, salvo que se constituyeran en manifestaciones groseras o desacertadas en relación con la valoración o ponderación elemental de determinados extremos , constando en autos el efectivo funcionamiento del sistema, con las dificultades propias en el desarrollo inicial del mismo, que es cuestión distinta.

El motivo se desestima.

SÉPTIMO.- Motivo séptimo.- Incongruencia omisiva respecto a los daños y perjuicios reclamados por la recompra de productos adquiridos por importe de 68.785 euros.

Respecto a este motivo, no puede olvidarse además que, con carácter general, por congruencia de la sentencia, de acuerdo con el artículo 218 de la vigente L.E.C ., debe entenderse la adecuada relación entre el suplico de la demanda y el fallo de la sentencia, y constituye un requisito impuesto por los principios dispositivo y de contradicción, que se identifica con la necesaria adecuación entre ella y las peticiones de las partes. Para calificar una Sentencia como congruente se impone confrontar su parte dispositiva y el objeto del proceso, delimitado por sus elementos subjetivo y objetivo (causa de pedir y petición), como ponen de manifiesto la recientes sentencias del T.S. de 14 de Marzo de 2.005, citando las de 2 de marzo de 2000, 11 de abril de 2000, 10 de abril de 2002, 11 de marzo de 2003. así como la de 3 noviembre 2004 , sin que deba olvidarse que, en términos generales, las sentencias absolutorias no pueden ser tachadas de incongruentes por entenderse que resuelven todas las cuestiones suscitadas en el pleito, salvo casos especiales (SS.TS. de 16 de Julio de 1.900, 14 de Diciembre de 1.992 y 28 de Septiembre de 1.993 , entre otras). Pues bien en el suplico se recoge una cantidad global atinente a la suma total de daños y perjuicios objeto de reclamación, esto es, 680.879 euros, desglosados en el F.J 6º, E , y en cuyo apartado c) se refiere en concepto de no recompra de los productos adquiridos en su día, folio 29 de autos, sin que quepa considerar producida esa incongruencia, pues al estimarse sólo la cantidad atinente al anticipo de pedidos -18.385,50 euros- aceptada por la demandada, era clara la absolución respecto de los demás conceptos interesados; asimismo, ahora se pretende la condena a la recompra, lo que contraviene nuevamente la defensa de la parte apelada, introduciendo una nueva pretensión, cuando, a mayor abundamiento, de acuerdo con el contrato suscrito, la franquiciadora cuando se extinguiese el contrato por cualquier causa podía optar entre la recompra, o permitir la venta al franquiciado, según consta en la cláusula 27ª, folio 125 de autos, siendo irrelevante, al efecto, la constancia mediante el referido documento notarial de su existencia en depósito por la franquiciada.

El motivo se desestima.

OCTAVO.- Motivo octavo.- Error en la valoración de la prueba respecto a la cantidad concedida de 18.385,50 euros.-

Se alega que se abonó la suma de 19.878 euros, incluyendo los gastos bancarios, que deben asumirse por la franquiciadora. Y debe prosperar la pretensión al respecto, pues está reconocido por la apelada la necesidad de esos gastos de transferencia, aunque sea mediante el documento 25 de la demanda, confeccionado unilateralmente por la actora, pero que guardan una razonable proporción con la suma principal, considerándose acreditado tal extremo, en definitiva, de la valoración conjunta de todos esos elementos probatorios.

El motivo se estima.

NOVENO.- Motivo noveno y último del recurso.- Error en la valoración de la prueba sobre el mutuo disenso, al haberse producido desistimiento unilateral .

Basa la apelante sus argumentos en la resolución unilateral de la demandada, de donde derivaría la exigencia de daños y perjuicios que concreta en los restantes conceptos que integran los mismos, esto es, el lucro cesante fijado en 446.400 euros, y 122.816 euros, en concepto de gastos originados a la franquiciada. Sin embargo, no pueden aceptarse las alegaciones al respecto. Efectivamente, conviene esta Sala con la sentencia de instancia, que, una vez constatado el cumplimiento de la demandada de sus obligaciones esenciales contractuales, y dando por reproducidos los anteriores fundamentos, nos encontramos ante un claro supuesto de desistimiento del contrato por mutuo disenso de las partes, como queda acreditado de la abundante documentación relativa a las comunicaciones cruzadas entre las partes, aportadas con sus respectivos escritos rectores, pues en la ejecución del contrato comienzan a expresar claramente su disconformidad, en cuanto a esa asistencia técnica o dilaciones en el pago, respectivamente, desembocando en la pérdida de confianza resolutoria del contrato citado.

En consecuencia, y a modo de resumen, esa valoración conjunta de la prueba practicada es plenamente lógica y ajustada a derecho, por razón del principio de inmediación y función propia del Juzgado de instancia, debiéndose mantener en esta alzada, de acuerdo con reiterada doctrina y jurisprudencia (SS.TS de 20 de Diciembre de 1.991, 20 de Junio y 21 de Julio de 1.995, 24 de Julio, 4 y 13 de Abril de 2.001 , entre otras), de mejor consideración que la interpretación parcial y subjetiva que realiza la parte apelante, dentro toda la prueba practicada, la pericial, en los términos ya reseñados con anterioridad en el motivo atinente, documental y declaraciones de las partes, sin que deba olvidarse igualmente, que la interpretación de los contratos, en este caso el iter relativo a su desarrollo y cumplimiento, en cuanto a las obligaciones contraídas por la franquicia establecida, es una función propia de los órganos jurisdiccionales de instancia, cuyas conclusiones deben mantenerse en la alzada, salvo que no fueran ajustadas a derecho y a las reglas de la lógica, (SS.TS. de 24 de Julio, 4 y 13 de Junio de 2.001 , entre otras).

Todo lo anteriormente expuesto lleva a colegir la estimación parcial del recurso en la cantidad reseñada, confirmando la sentencia apelada, en el resto de pronunciamientos.

DECIMO.- Costas de esta alzada.-

La estimación parcial del recurso comporta la no imposición de costas a ninguna de las partes, al amparo del artículo 398 de al L.E.C.

Vistos los preceptos citados y demás de legal y pertinente aplicación.

FALLO

Que debemos estimar parcialmente el recurso interpuesto por la representación procesal de XELIOS HISPANO BIOMETRIA C.A., contra la sentencia de fecha trece de noviembre de dos mil ocho, dictada por el Ilmo. Sr. Magistrado Juez del Juzgado de Primera Instancia número 60 de Madrid, revocando exclusivamente el pronunciamiento relativo a la cantidad objeto de condena por la demandada, que se cifra finalmente en la suma 19.878 euros, manteniendo el resto de pronunciamientos. No se hace especial pronunciamiento de costas en esta alzada.

Contra esta resolución cabe recurso de Casación, en virtud del artículo 477 de la L.E.C.

Así, por esta nuestra Sentencia, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

PUBLICACION.-

Firmada la anterior resolución es entregada en esta Secretaría para su notificación, dándose publicidad en legal forma, y se expide certificación literal de la misma para su unión al rollo. Certifico