

**AUDIENCIA PROVINCIAL DE MADRID, SECCIÓN 11ª, SENTENCIA DE 27
JUL. 2007, REC. 520/2004**

Ponente: Almazán Lafuente, Félix.

Nº de Sentencia: 795/2007

Nº de Recurso: 520/2004

Jurisdicción: CIVIL

En MADRID, *a veintisiete de julio de dos mil siete*

AUD.PROVINCIAL SECCION N. 11

MADRID

SENTENCIA: 00795/2007

AUDIENCIA PROVINCIAL DE MADRID

SECCION UNDECIMA

SENTENCIA Nº 795/07

Rollo: RECURSO DE APELACION 520 /2004

Ilmos. Sres. Magistrados:

Dª. LOURDES RUIZ GORDEJUELA LOPEZ

D. FELIX ALMAZAN LAFUENTE

D. JESUS GAVILAN LOPEZ

La Sección 11 de la Ilma. Audiencia Provincial de MADRID, ha visto en grado de apelación, los autos de PROCEDIMIENTO ORDINARIO 733 /2003 del JDO. PRIMERA INSTANCIA N. 18 de MADRID seguido entre partes, de una como apelante/apelado Dª. Remedios , representado por la Procuradora Sra. Otero García y defendido por el Letrado D. Abel López Colchedo y de otra, como apelantes/apelados D. Federico , INTERNATIONAL PLASTIC SURGERY SPAIN, S.L. y ARTEESTECIA GROUP S.L., representados por la Procuradora Sra. Galan Abada y defendidos por la Letrada Sra. López Valcarcel, sobre resolución de contrato.

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. 18 de MADRID, por el mismo se dictó sentencia con fecha 27 de noviembre de 2003 , cuya parte dispositiva dice: "Que desestimando la demanda formulada por el Procurador Rafael Sánchez-Izquierdo Nieto, en nombre y representación de Remedios , contra International Plastic Surgery Spain S.L., Artestetica Group S.L., y Federico , representados todos ellos por la Procuradora M^a Teresa Galán Abad, debo ABSOLVER Y ABSUELVO a los demandados de las pretensiones contra ellos deducidas, CONDENANDO a la actora al pago de las costas causadas". Notificada dicha resolución a las partes, por la representación procesal de D^a Remedios se interpuso recurso de apelación, alegando cuanto estimó pertinente, que fue admitido en ambos efectos, dándose traslado del mismo a la parte contraria que presento escrito de oposición al recurso e impugno la resolución apelada. Remitidos los autos originales del juicio a este Tribunal, se señaló para llevar a efecto la correspondiente vista pública, y celebrada que fue, quedó el recurso concluso para sentencia.

TERCERO.- En la tramitación de este procedimiento se han observado las prescripciones legales, salvo el plazo para dictar sentencia en esta instancia por acumulación de asuntos.

Visto, siendo Ponente el Ilmo. Sr. D. FELIX ALMAZAN LAFUENTE .

FUNDAMENTOS JURIDICOS

Se aceptan los fundamentos jurídicos de la sentencia apelada, en todo aquello que no sea contradicho por los siguientes. Y:

PRIMERO.- El proceso del que dimana el presente recurso, se inició por demanda formulada por el Procurador Sr. Sánchez Izquierdo Nieto en la representación acreditada de DOÑA Remedios , contra la mercantil INTERNATIONAL PLASTIC SURGERY SPAIN, S.L., ARTESTÉTICA GROUP, S.L., (anteriormente denominada INNOVACIONES MCGILLSE, S.L., tal y como se aclaró y subsanó en el acto de la audiencia previa) y DON Federico , - habiéndose personado dichos demandados, representados por la Procuradora Sra. Galán Rubio-, solicitando se declare la nulidad

del contrato de franquicia suscrito el 16 de Julio de 2.001, condenando a los demandados a que, solidariamente, abonen a la actora 103.781,11 euros, cantidad correspondiente al canon de entrada, 5% abonado todos los meses, del canon fijo y de la indemnización por daños y perjuicios. Con carácter subsidiario se solicitó se declare resuelto el contrato de franquicia por incumplimiento de las obligaciones del franquiciador, condenado a los demandados a que abonen, solidariamente, la cantidad antes citada, por los conceptos reseñados.

Frente a la sentencia de instancia, que desestima, en su integridad, la demanda antes reseñada, se alza DOÑA Remedios , formulando el presente recurso, en el que, como primer motivo de apelación se aduce error en la apreciación de la prueba en cuanto a las obligaciones del gestor - INTERNATIONAL PLASTIC SURGERY SPAIN, S.L.- y respecto al cumplimiento, por su parte, de las obligaciones que el contrato de franquicia comportaba, manteniendo que se ha acreditado que dicha demandada no tiene ningún sistema único en cuanto a estética, salud o cirugía estética, careciendo de objeto el contrato, lo que supone que debe de ser estimado el recurso y por ende las pretensiones de la parte por los dos motivos que se exponen en la demanda, justificando la condena al Administrador único, Sr. Federico en el incumplimiento de sus obligaciones mercantiles, ya que las cuentas del Registro Mercantil no reflejan la realidad, habiendo incurrido en responsabilidad conforme a lo dispuesto en los artículos 133 y 135 de la LSA. Y 69 de la LSRL., manteniendo la responsabilidad de ARTESTÉTICA GROUP, S.L. por ser la accionista mayoritaria de INTERNATIONAL PLASTIC SURGERY SPAIN, S.L., solicitando, en definitiva, que se estime el presente recurso, dictándose sentencia que revocando la de instancia, acoja los pedimentos contenidos en el suplico de la demanda.

Por su parte, los demandados INTERNATIONAL PLASTIC SURGERY SPAIN, S.L., ARTESTÉTICA GROUP, S.L. y DON Federico , no solo se opusieron a la sentencia citada, sino que la impugnaron por no haber acogido la excepción de falta de legitimación pasiva respecto a ARTESTÉTICA GROUP, S.L. y DON Federico, manteniendo que la demandante no tiene acción contra los dos citados demandados.

SEGUNDO.- Por estrictas razones técnico jurídicas, consideramos procedente iniciar esta apelación por el examen del recurso formulado por los demandados INTERNATIONAL PLASTIC SURGERY SPAIN, S.L., ARTESTÉTICA GROUP, S.L. y DON Federico , quienes impugnan la sentencia de instancia por no haber acogido la excepción de falta de legitimación pasiva respecto a ARTESTÉTICA GROUP, S.L. y DON Federico , por ellos invocada.

Dice la STS. de 20 de Mayo de 2.005 que: "La legitimación es una figura jurídica de derecho material y formal cuyos límites ofrecen hoy, merced a la labor de la doctrina tanto científica como jurisprudencial, la suficiente claridad para no dar lugar en términos generales a dudas, ya que se trata de un "instituto" que tanto en sus manifestaciones de derecho sustantivo ("legitimatío ad causam") como adjetivo ("legitimatío ad processum") constituyen una especie de concepto puente en cuanto sirve de enlace entre las dos facultades o calidades subjetivamente abstractas que son la capacidad jurídica y la de obrar (capacidad para ser parte y para comparecer en juicio en el derecho adjetivo) y la claramente real y efectiva de "disposición" o ejercicio, constituyendo, a diferencia de las primeras que son cualidades estrictamente personales, una situación o posición del sujeto respecto del acto o de la relación jurídica a realizar o desarrollar, lo que da lugar a que mientras que en el supuesto de las capacidades o de su falta se hable de personalidad o de ausencia de la misma, en el segundo se haga referencia a la acción o a su falta.

Siendo evidente que nos hallamos ante este segundo supuesto, esto es ante un caso de legitimación ad causam, la excepción predicada no puede ser acogida. Efectivamente, pese a que en la resolución apelada se echa en falta una referencia expresa a la desestimación de tal excepción, un examen de las actuaciones, en concreto del contrato de 16 de Julio de 2.001 y de los propios poderes con que actúa la Procuradora de los demandados, pone de manifiesto la plena legitimación de los mismos para soportar este proceso, debiendo destacar al respecto que, con independencia de las relaciones internas que puedan existir entre INTERNATIONAL PLASTIC SURGERY SPAIN, S.L. y ARTESTÉTICA GROUP, S.L. y los reales papeles que desempeñan en la relación contractual litigiosa, es lo cierto que esta última suscribió un anexo al contrato firmado por la primera -folios 62 y 63-, circunstancia que, por si sola la legitima para ser parte, ya que propugnándose la nulidad o en su caso, la resolución del contrato de franquicia, es evidente que tal pretensión engloba al anexo, siendo por tanto obligado demandar a quien ha suscrito el mismo, con independencia de que, examinado el fondo, la acción pueda o no prosperar.

En lo referente a DON Federico , consta en autos que el mismo suscribió contrato y anexo, siendo administrador único, tanto de INTERNATIONAL PLASTIC SURGERY SPAIN, S.L. -folio 430-, como de ARTESTÉTICA GROUP, S.L., -folio 456, vuelto-. Como quiera que, junto con la acción principal, con mayor o menor rigor formal, se ejercita, o al menos se insinúa, otra acción de responsabilidad del administrador único de las sociedades, sentada la condición del Sr. Federico como administrador de ambas demandadas, es patente que el mismo está legitimado para soportar dicha acción, cuyo análisis, lógicamente quedará condicionado a la previa estimación, bien de la acción de nulidad, bien de la de resolución del contrato.

TERCERO.- Entrando en el examen del recurso de apelación que, con carácter principal se formula por la demandante DOÑA Remedios , el mismo, como ya se ha indicado, tiene por finalidad la revocación de la sentencia de instancia, a fin de que se estime la acción fundamental que se ejercita en la demanda, que no es otra que la nulidad o, subsidiariamente, la resolución del contrato de franquicia suscrito el 16 de Julio de 2.001.

Dice la compendiosa STS. de 21 de Octubre de 2.005: «El contrato de franquicia, "franchising", procedente del derecho norteamericano -"franchise agreement"-, donde se generó o divulgó para eludir la prohibición "antitrust", carece de regulación en nuestro Derecho aunque se refieren a la franquicia diversas disposiciones. Son estas las siguientes: RD 1.750/1987, de 18 de diciembre, sobre liberalización de transferencia tecnológica y prestación de asistencia técnica extranjera a empresas españolas (derogado por RD 1.816 de 1991, de 20 de diciembre); RD 157/1992, de 21 de febrero, por el que se desarrolla la Ley de Defensa de la Competencia; Ley 7/1996, de 15 de enero, de Ordenación del Comercio Minorista, que se circunscribe a las modalidades de distribución y de servicios por lo que no comprende la industrial, y define la actividad comercial de franquicia en el art. 62; y el RD 2.485/1998, de 13 de noviembre, que desarrolla el art. 62 de la Ley; declara que dicha actividad comercial es la que se lleva a cabo a través del contrato de franquicia; sujeta la misma al régimen del Derecho Comunitario (Reglamento 4.087/88, actualmente integrado en el Rgto. 2.790/99); y crea el Registro de franquiciadores. En el Derecho Comunitario se inicia el tratamiento de la problemática, en relación con la exclusión del art. 85.1 del Tratado CE (actualmente 81.1 T), por la Sentencia del Tribunal de Justicia de 28 de enero de 1986 (en el caso de "Pronuptia de París GmbH contra Pronuptia de París Irmgard Schillgalis"), cuya doctrina, recogida en diversas Decisiones de la Comisión, servirá de fundamento al Reglamento 4.087/1988, de 30 de noviembre, sobre cláusulas restrictivas exentas de la prohibición -art. 85 , apartados 1 y 3, del Tratado CE-. En este Reglamento se entiende por acuerdo de franquicia "aquel 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 y una presentación uniforme de los locales y/o de los medios de transporte objeto del contrato y la comunicación por el franquiciador al franquiciado de un "know-how", así como la prestación continua por el franquiciador al franquiciado de asistencia comercial o técnica durante la vigencia del contrato" (art. 1, apartado 3 b).

El Reglamento anterior ha sido sustituido, e incorporado junto con otros del año 1993, por el Reglamento 2.790/99, de la Comisión, de 22 de diciembre , relativo a la

aplicación del apartado 3 del art. 81 del Tratado EDL 1957/52 (antes 3 del art. 85 TCE) a determinadas categorías de acuerdos verticales y prácticas concertadas.

La doctrina jurisprudencial de esta Sala se refiere al contrato de franquicia en varias Sentencias: 15 de mayo de 1985 -que alude al contrato de "franchising" y lo caracteriza por la autorización que el concedente da al concesionario para utilizar la marca, generalmente internacional, integrándolo en su red de comercialización-; 23 de octubre de 1989 -con ocasión de un supuesto en que franquiciador y franquiciado se reprochan recíproco incumplimiento contractual-, 27 de septiembre de 1996; 21 de octubre de 1996 -en relación con un caso de extinción del contrato por expiración del plazo prorrogado-; 4 de marzo de 1997, y 30 de abril de 1998.

La sentencia de 27 de septiembre de 1996 , cuya doctrina es reproducida en lo fundamental en la Sentencia de 30 de abril de 1998 , califica el contrato de franquicia de atípico; recoge una definición de la doctrina (como "aquel que se celebra entre dos partes jurídica y económicamente independientes, en virtud del cual una de ellas - franquiciador- otorga a la 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"); y, siguiendo a la Sentencia del TJCE de 28 de enero de 1996 (caso "Pronuptia"), la diferencia de los contratos de suministro o de distribución de mercancías, en que:

- a) 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". Asimismo, en aplicación del carácter de contrato atípico, declara que se regirá, en primer lugar, por la voluntad de las partes plasmada en cláusulas y requisitos concretos que, fundados, sin duda, en relaciones de buena fe y mutua confianza, deben producir todos sus efectos, y para el caso de que hubiera lagunas, para interpretar su contenido, será preciso recurrir a figuras de contratos típicos afines a dicha relación consensual atípica.

Y, por último, la Sentencia de 4 de marzo de 1997 (sobre resolución contractual por incumplimiento) dice que la característica fundamental de la modalidad de contrato denominada de franquicia o franchising es que, "una de las partes, que es titular de una determinada marca, rótulo, patente, emblema, fórmula, método o técnica de fabricación o actividad industrial o comercial, otorga a la otra, el derecho a utilizar, por un tiempo determinado y en una zona geográfica delimitada, bajo ciertas condiciones de control, aquello sobre lo que ostentaba la titularidad, contra la entrega de una prestación

económica, que suele articularse normalmente mediante la fijación de un canon o porcentaje».

Partiendo de anteriores construcciones jurídicas, hemos de examinar si el denominado contrato de franquicia, celebrado por las partes el 16 de julio de 2001, es nulo por carecer de objeto, según propugna la recurrente, argumentación que basa, principalmente en la inexistencia de un verdadero "Know How", fundamental en contratos como el presente.

Estudia, en profundidad, el concepto de "Know How" la citada STS. de 21 de Octubre de 2.005 , resolución que tras admitir que es un concepto impreciso y variable en atención a las distintas modalidades de franquicia y sector de mercado a que se refiere, señala que "«La doctrina pone de relieve la evolución de su ámbito, que circunscrito primero a los "conocimientos secretos de orden industrial", se extendió posteriormente a los de "orden comercial", es decir, pasó a identificarse con conocimientos secretos referidos indistintamente al campo industrial o comercial, incluidos los aspectos organizativos de la empresa, -secreto empresarial-. Se resalta también la tendencia a un concepto más genérico, en el sentido de conectar el "know how" con la experiencia - conocimientos de orden empírico (adquisición progresiva, fruto de la experiencia en el desempeño de una actividad industrial o comercial o fruto de una tarea de investigación y experimentación)-, con la cualificación del especialista y con un menor grado de confidencialidad. En sentido amplio se le ha definido como "conocimiento o conjunto de conocimientos técnicos que no son de dominio público y que son necesarios para la fabricación o comercialización de un producto, para la prestación de un servicio o para la organización de una unidad o dependencia empresarial, por lo que procuran a quien los domina una ventaja sobre los competidores que se esfuerza en conservar evitando su divulgación". Cabe indicar como notas caracterizadoras: el secreto, entendido como difícil accesibilidad (no es generalmente conocido o fácilmente accesible por lo que parte de su valor reside en la ventaja temporal que su comunicación confiere al franquiciado o licenciataria), y valoración de conjunto o global, es decir, no con relación a los elementos aislados, sino articulados; sustancialidad, entendida como utilidad (ventaja competitiva); identificación apropiada y valor patrimonial (aunque, en realidad, está insito en la utilidad). El art. 1.3,f) del Reglamento 4.087/88 (que es aplicable a las franquicias de distribución) define el "Know how" como el conjunto de conocimientos prácticos no patentados, derivados de la experiencia del franquiciador y verificados por éste, que es secreto, sustancial e identificado, concretando estos conceptos en las letras g), h) e i) del propio apartado 3 del art. 1 . = En la doctrina jurisprudencial, la Sentencia de 24 de octubre de 1979 recoge un concepto descriptivo diciendo que "lo que doctrinalmente se denomina Know How, es decir, el saber hacer, puede tener por objeto elementos materiales y elementos inmateriales, bien se considere que sea un bien en sentido jurídico, determinado por tratarse de una situación de hecho consistente en que las circunstancias de la empresa que constituye el objeto del secreto son desconocidas para terceros o que el aprendizaje o la adquisición de experiencias por

éstos puede resultar dificultoso, o ya que se trata de un bien en sentido técnico jurídico, por poseer las características propias de esta idea, como son el valor patrimonial y la entidad para ser objeto de negocios jurídicos, integrante de un auténtico bien inmaterial". Y en la jurisprudencia de las Audiencias Provinciales, donde es objeto de numerosos pronunciamientos relacionados con contratos de franquicia, se manifiesta con una gran amplitud, y así se hace referencia a "metodología de trabajo"; "técnicas operativas"; "técnicas comerciales ya experimentadas"; "conjunto de conocimientos técnicos o sistemas de comercialización propios de franquiciador, como rasgo que le diferencia de otras empresas que comercian en el mismo tráfico"; "conjunto de técnicas y métodos para la instalación, comercialización y explotación, identificándose en la presentación de los locales, servicios prestados, productos, política de publicidad..."».

Retornando al caso de autos y aplicando al mismo los conceptos transcritos, habrá de convenirse que no puede hablarse de la inexistencia de contrato por falta de objeto que propugna la demandante, ya que el litigioso, cumple con los tres requisitos esenciales que, para todo tipo de contratos establece el artículo 1.261 del Código Civil , y en concreto con el objetivo, pues tan citado pacto, contrariamente a lo mantenido por la recurrente, no estaba vacío de contenido, constituyendo un auténtico contrato de franquicia, del que se derivan una serie de obligaciones para la franquiciadora, tales como el asesoramiento a la franquiciada, la transmisión del procedimiento y conocimiento del negocio, sistema informático desarrollado y mantenimiento del equipo, información de cuantas dudas surgieran respecto a la gestión de la consulta y explotación del negocio, selección y formación del personal, reserva de los quirófanos y selección de los cirujanos y anestesistas más adecuados para llevar a cabo las intervenciones de los pacientes, mantenimiento de cuanto material fuera necesario para el correcto funcionamiento de la consulta siendo el gasto de la franquiciada, apoyo en la apertura de la consulta y durante la vigencia del contrato, negociación con los proveedores de los mejores precios y calidades en la compra de productos y promoción publicitaria de la consulta (cláusula sexta del contrato). Si se tiene en cuenta que el contrato en cuestión es de los considerados como de tracto sucesivo, y que el mismo, con mayores o menores dificultades se ha ido manteniendo hasta la fecha de la presentación de la demanda, primera vez que se insta su nulidad, o subsidiariamente, su resolución -posibilidad que se anunciaba en el burofax de 9 de Abril de 2.003 (folio 389)-, difícilmente puede considerarse su inexistencia por falta de objeto, pues a la postre, la propia actividad de la franquiciada dentro del ámbito de la franquicia, supone un reconocimiento implícito de que el contrato si tenía contenido, debiendo significar que, para que un contrato sea declarado inexistente por falta de objeto, es precisa la total carencia del mismo, lo que, como se ha puesto de manifiesto, aquí no ocurre, cuando en la propia demanda, al cuantificar los perjuicios, se está reconociendo una facturación neta de 111.139,6 euros, prueba evidente de que, dentro del ámbito de la franquicia, se desarrollaba una cierta actividad.

No empece a lo anterior la polémica suscitada sobre la entrega de parte de los manuales del sistema, en concreto el de identidad visual - imagen identificativa de la franquicia- y manual de software "Artestética Salud", pues aún en el caso de no haberse entregado, ello supondría un incumplimiento del contrato, mas no su inexistencia.

CUARTO.- Pasando al examen de la pretensión subsidiaria, esto es aquella que tiene por objeto la resolución del contrato por incumplimiento de las obligaciones del gestor, la misma se fundamenta en la imputación por parte de DOÑA Remedios a INTERNATIONAL PLASTIC SURGERY SPAIN, S.L., aparte de la falta de entrega de alguno de los manuales y ausencia de imagen corporativa, de una dejación de sus obligaciones contenidas en el epígrafe 6.4 del contrato, en concreto, no llevar a cabo la reserva de quirófanos y selección del personal médico, no abonando los gastos de quirófano, ni los honorarios de dichos profesionales, obligando a la demandante a llevar a cabo la reserva de quirófanos y a pagar los honorarios de dichos profesionales, existiendo, además, una deuda con CLIDEBA correspondiente a facturas emitidas entre el 5 de Marzo de 2.002, al 14 de Abril de 2.003, deuda que según certifica esta entidad, ascendía el 15 de Mayo de 2.003, a 14.501,5 euros, pese a que DOÑA Remedios en su momento, siguiendo el procedimiento establecido en el contrato, había transferido estas cantidades a INTERNATIONAL PLASTIC SURGERY SPAIN, S.L..

Un examen de las actuaciones, así como de la prueba practicada tanto en la primera como en la segunda instancia, pone de manifiesto la realidad de las imputaciones que la recurrente hace al gestor, en concreto en lo que se refiere al pago a profesionales por parte de la Sra. Remedios , por no hacerlo el gestor, así como en lo atinente a la reserva de quirófanos y a la deuda existente con CLIDEBA, situaciones todas ellas que, contrariamente a lo mantenido por los apelados, no se deben a una extralimitación por parte de la franquiciada, sino a un patente incumplimiento de lo pactado en el contrato (cláusula 6.4) por parte de INTERNATIONAL PLASTIC SURGERY SPAIN, S.L., debiendo añadir que siendo cierto que la franquiciada viene obligada al pago al gestor, de los honorarios médicos y de clínica (cláusula séptima del contrato), no es menos cierto que dicho pago comporta la obligación de éste, a su vez, de pagar a médicos y clínica, pagos que de no hacerse debidamente, como aquí ha ocurrido, comportan un claro incumplimiento contractual relevante a todos los efectos, pues además de tener una importante incidencia en el normal desarrollo del contrato, (véase la declaración del Doctor Luis Andrés), comportan la necesidad de que la franquiciada asuma directamente obligaciones propias del gestor, lo cual en un contrato como el presente debe de ser tomado en consideración, al ser la gestión de la actividad consubstancial con su objeto.

En cuanto a la falta de imagen corporativa y la falta de entrega de algunos de los manuales, hemos de precisar que mientras el primero de los incumplimientos no se considera existente, no ha de decirse lo mismo en cuanto al segundo, pues pese a que en el contrato de 16 de julio de 2.001 se establece la entrega de dichos manuales al franquiciado -pacto undécimo-, en el anexo 5 del contrato -punto 5.8- se conviene que "antes de la finalización de Enero de 2.002, el GESTOR entregará al ASOCIADO todos los manuales recogidos en el apartado 11" (folio 66), pacto que solo tiene sentido si a la firma del contrato no se ha producido la entrega de todos los manuales, cayendo por su base el planteamiento que los demandados formulan en el hecho tercero de la contestación a la demanda, viniendo obligados, en aplicación del artículo 217 de la Ley de Enjuiciamiento Civil , a acreditar dicha entrega, lo que en modo alguno han realizado.

Conforme establece la STS. de 29 de Enero de 2.000, con expresa cita de la de 12 de marzo de 1985 , en las obligaciones bilaterales o recíprocas, "la facultad de resolución parte de la base de que quien la ejercita haya cumplido con carácter previo, fielmente frente a la contraparte que haya dejado de hacerlo, dado que, bajo un aspecto, sería contraria a toda razón lógica-jurídica yendo contra el principio de que lo pactado tiene fuerza de obligar entre las partes", reiterando la Sentencia de 13 de marzo de 1990 que "constituye un principio básico en materia de resolución contractual, aquel que niega dicha facultad al titular de una obligación recíproca que hubiera dejado de cumplir lo que a él le incumbía; es decir, para ejercitar la facultad resolutoria, el reclamante tiene que aparecer como fiel cumplidor, independientemente de la conducta atribuible a la parte contraria, pues en otro caso nos encontraríamos ante dos incumplimientos recíprocos, en vez del supuesto que contempla el precepto legal».

Matiza anterior doctrina la STS. de 5 de Julio de 1.999 , cuando tras indicar que: "esta Sala tiene declarado que, para la viabilidad de la acción resolutoria, se precisa la prueba del requisito de que quién la ejercita no haya incumplido las obligaciones que le concernían," precisa "salvo si ello ocurriera como consecuencia del incumplimiento anterior del otro, pues la conducta de éste es lo que motiva el derecho a la resolución y lo libera de su compromiso (por todas, STS de 16 de abril de 1991)".

Retornando al caso de autos, contrariamente a lo propugnado por los demandados, ha acreditado que DOÑA Remedios , ha venido cumpliendo con sus obligaciones contractuales, abonando las cantidades pactadas hasta la fecha de la interposición de la demanda, momento en el que, por primera vez solicita la resolución del contrato, no aceptando el incumplimiento previo que los demandados la imputan a la hora de justificar los evidentes impagos en que INTERNATIONAL PLASTIC SURGERY

SPAIN, S.L., ha incurrido, lo que unido a la falta de entrega de los dos manuales a que antes se ha hecho mención, conforman una situación en la que procede acordar la resolución solicitada, pues aparte de que, como ya se ha expuesto, se considera relevantes los incumplimientos descritos, lo que justifica la aplicación del artículo 1.124 del Código Civil, los propios pactos suscritos por las partes (artículos 1.255 y 1.258 del Código Civil), constituyen un substrato sólido en el que basar la resolución acordada, pues pese a que en el contrato de 16 de Julio de 2.001, al tratar las causas de resolución se habla de "incumplimiento grave y reiterado de las obligaciones contempladas el apartado 4 del presente contrato" (cláusula 14.2), luego se establece un largo catálogo de supuestos en los que se faculta al gestor para la resolución, fijando causas tan amplias, como el "incumplimiento de cualquiera de las obligaciones establecidas en los apartados 7,8 y 10 del presente contrato"(cláusula 14.3.4), o "el impago de cualquier cantidad estipulada en este contrato incluyendo el IVA" (cláusula 14.3.7). Esta amplitud a la hora de establecer la resolución, necesariamente ha de aplicarse igualmente al franquiciado, no solo por razones de reciprocidad, sino porque en la cláusula 16, al regular la devolución del canon de entrada, lo que implícitamente supone la resolución del contrato, uno de los dos supuestos que recoge es el incumplimiento, por el gestor, de las obligaciones establecidas en la cláusula seis del contrato, lo que aquí, evidentemente ha ocurrido.

QUINTO.- Llegados a este punto hemos analizar la procedencia o improcedencia de la indemnización de daños y perjuicios reclamada. Existe una sólida línea jurisprudencial que predica que el mero incumplimiento de un contrato no genera, por sí solo, una obligación indemnizatoria, pues el surgimiento de ésta se halla inexcusablemente condicionado por la prueba de la existencia y realidad del daño o perjuicio derivado de tal incumplimiento (SSTS. de 8 de Julio de 1.952, 16 de Mayo de 1.979, 9 de Mayo y 27 de Junio de 1.984, 30 de Septiembre de 1.989, 24 de Julio y 29 de Noviembre de 1.990 y 29 de Noviembre de 1991, entre otras), esta doctrina es matizada por la STS. de 31 de Diciembre de 1.998, que indica: "Esta Sala tiene reiteradamente declarado, aparte de otras, en sentencias de 5 de junio de 1985, 9 de Mayo y 27 de junio de 1984, y 22 de octubre de 1993 que, por regla general, el incumplimiento, cuando así se declara, es "per se" de un daño, un perjuicio, una frustración en la economía de la parte, en su interés material o moral, pues lo contrario equivaldría a sostener que el contrato opera en el vacío y que las controversias de los contratantes no tienen ninguna repercusión, sin que, por otra parte, sean equiparables los supuestos en que hay ausencia total de prueba respecto a la realidad de los daños y perjuicios y aquellos otros en los que la falta de elementos de convicción afectan no a la existencia de los daños que se deducen del simple incumplimiento, sino a su cuantía", línea que, en gran medida, es seguida por la sentencia de 25 de Febrero de 2.000, que tras contemplar la doble posibilidad de fijar en el propio contrato las consecuencias del incumplimiento, pudiéndose, en otro caso, remitirse a las reglas generales, al decir que: "El artículo 1124 del Código Civil autoriza

en este caso -resolución unilateral de un contrato- al perjudicado a solicitar indemnización de daños y perjuicios y abono de intereses. Los daños causados pueden haberse previsto en el contrato, en cuyo caso ha de estarse a lo pactado, pero cuando esto no sucede, como es el supuesto que nos ocupa, la compensación indemnizatoria por daños y perjuicios no por eso deja de producir sus efectos", se refiere a la propia existencia de los daños y perjuicios, precisando que: "Si bien es cierto que la jurisprudencia tiene establecido que el incumplimiento contractual no lleva necesariamente aparejados los daños y perjuicios, también ha dicho que tal doctrina no es de aplicación absoluta y radical, y que en casos en los que los daños y perjuicios se presenten como reales y efectivos, no viene a ser necesario acreditar su realidad cuantificada, por ser consecuencia forzosa del incumplimiento decretado, que fue provocado única y exclusivamente por la parte demandada, lo que determina por sí la obligación reparadora que surge como efecto inevitable (Ss. de 24-1-1975, 5-6-1985, 30-9-1988, 7-12-1990, 15-4 y 15-6-1992), habiendo declarado la sentencia de 22 de octubre de 1993 , que no se acomoda a la justicia efectiva las situaciones creadas por la decisión unilateral de una de las partes y las mismas no pueden quedar impunes y libres de toda compensación y reintegro económico, al conformar "in re ipsa" el propio perjuicio y la prueba la representa la situación provocada deliberadamente por quien obtuvo el lucro".

Aplicando anterior doctrina al caso de autos, hemos de convenir que habiéndose pactado en el contrato resuelto los efectos de la resolución (Cláusulas 15 y 16), es de aplicación al caso, el último de los pactos, en el que se establece la devolución parcial del canon de entrada, dentro de los cuatro primeros años de vigencia del contrato. Como quiera que la resolución se ha producido durante el segundo año, el porcentaje de devolución ha de ser el del 45% de la cantidad entregada en tal concepto, una vez se ha corregido el evidente error que, en cuanto a la retención, por parte del gestor, se recoge en su epígrafe b), al hablarse de un 35%, cuando realmente debe de entenderse que lo pactado era un 55%. Como quiera que por este concepto se abonaron 34.020,99 euros, la devolución ha de concretarse en 15.309,45 euros cantidad a la que habrá de sumarse 1.882,36 euros resultante de aplicar el mismo porcentaje a la suma abonada como canon fijo, lo que arroja un total de 17.191,81 euros, cantidad en la que ha de fijarse la indemnización, no procediendo la inclusión de las cantidades abonadas en cuantía de un 5% de la facturación neta, por estar calculada sobre ingresos, ni tampoco la indemnización de daños y perjuicios, por no encontrarnos en el caso contractualmente previsto para que tal indemnización sea aplicable.

SEXTO.- Decretada la resolución del contrato, dicho pronunciamiento habrá de afectar tanto a INTERNATIONAL PLASTIC SURGERY SPAIN, S.L. como a ARTESTÉTICA GROUP, S.L., quien suscribió uno de los anexos al contrato, que ha de

seguir su mismo destino, debiendo ser la primera de las demandadas citadas, esto es INTERNATIONAL PLASTIC SURGERY SPAIN, S.L. quien debe de hacer frente, exclusivamente, al pago de la indemnización citada, debiendo excluir de tal pronunciamiento de condena a ARTESTÉTICA GROUP, S.L. y a DON Federico y ello por las siguientes razones:

A).- Como es sabido y pone de manifiesto la STS. de 9 de Junio de 1.997, con expresa cita de la de 21 de abril de 1992: "en relación con el principio de congruencia que han de respetar las sentencias y los límites del recurso de apelación, es doctrina reiterada de esta Sala, de la que son manifestación, entre otras las sentencias de 28 de noviembre y 2 de diciembre de 1983, 6 de marzo de 1984, 20 de mayo y 7 de julio de 1986 y 19 de julio de 1989 , la de que no pueden tenerse en cuenta, a fin de decidir sobre ellas, las pretensiones formuladas en el acto de la vista del recurso de apelación -en este caso en el trámite escrito de formalización que sustituye al anterior-, al ser trámite no procedente a tal propósito, pues el recurso de apelación aunque permite al Tribunal de segundo grado conocer en su integridad del proceso, no constituye un nuevo juicio ni autoriza a resolver problemas o cuestiones distintas de los planteados en la primera instancia, dado que a ello se opone el principio general de derecho "pendente appellatione, nihil innovetur", y que aparecen como cuestiones nuevas cuyo examen se encuentra vedado al Tribunal revisor o de segundo grado.

b).- En cuanto a ARTESTÉTICA GROUP, S.L., se aduce en la demanda -segundo inciso del hecho primero-, que forma una misma sociedad con la otra demandada (una vez subsanado el error en el trámite de la Audiencia Previa), pero en momento alguno se hace mención a la doctrina del levantamiento del velo, único expediente por el que se podría llegar a la condena pretendida, mas ello no es posible porque la doctrina sobre el levantamiento del velo de la persona jurídica, acogida en nuestro Derecho, por la STS de 28 de mayo de 1984 y hoy plenamente consolidada, que se apoya en los principios de buena fe y prohibición del fraude de ley y abuso del derecho, es de aplicación excepcional, lo que obliga a su planteamiento explícito, a la argumentación sobre su concurrencia y a la demostración de los hechos o circunstancias en los que se basa, siendo significativas las carencias que al respecto constan en autos.

c).- Respecto a DON Federico , se predica su responsabilidad "como administrador único de todas las sociedades y haber incumplido las mismas la Legislación Mercantil, en cuanto a presentación de cuentas en el Registro Mercantil y encontrarse el mismo cerrado, en definitiva, como responsabilidad del administrador Único de las Sociedades" (segunda párrafo del fundamento de derecho segundo de la demanda), sin hacer mas precisiones al respecto, situación en la que ni puede apreciarse la acción de responsabilidad del artículo 262 de la LSA ., en relación con el artículo 69 de la LSRL ., ya que solo se imputa a dicho administrador, como causa de responsabilidad, la no presentación de las cuentas, ni se puede introducir ahora, por vía del recurso, la responsabilidad de los artículos 133 y 135 de la LSA ., en base a la doctrina citada en el

epígrafe a) de este fundamento jurídico, sin olvidar que la responsabilidad indicada precisa de la acreditación de la relación de causalidad entre el perjuicio y el incumplimiento, lo que aquí en modo alguno se ha demostrado.

SÉPTIMO.- El acogimiento parcial de uno de los recursos y la estimación, en parte, de la demanda, comporta la no imposición de las costas causadas tanto en la primera como en esta segunda instancia, a ninguno de los litigantes, debiendo abonar, cada parte, las causadas a su instancia y las comunes por mitad, como se deduce de los artículos 394 y 398 de la Ley de Enjuiciamiento Civil , pronunciamiento que se mantiene, tanto respecto a las costas causadas por la traída a los autos del demandado absuelto DON Federico , como las generadas por el recurso formulado por los demandados, y ello atendiendo a las peculiaridades concurrentes en el proceso y a la existencia de resoluciones contradictorias sobre el particular.

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

FALLO

Que estimando, en parte, el recurso de apelación interpuesto por DOÑA Remedios , representada por el Procurador Sr. Sánchez Izquierdo Nieto, contra la sentencia dictada por el Juzgado de Primera Instancia nº 18 de Madrid, en fecha 27 de Noviembre de 2.003, en el juicio ordinario de referencia, debemos revocar y revocamos, referida resolución y, en consecuencia, estimando parcialmente, la demanda por dicha parte formulada contra INTERNATIONAL PLASTIC SURGERY SPAIN, S.L., ARTESTÉTICA GROUP, S.L. y DON Federico , representados por la Procuradora Sra. Galán Abad, debemos declarar y declaramos procedente la resolución del contrato de franquicia suscrito el 16 de Junio de 2.001, entre la demandante e INTERNATIONAL PLASTIC SURGERY SPAIN, S.L., así como el anexo a dicho contrato firmado por ARTESTÉTICA GROUP, S.L., condenando a ambas demandadas a estar y pasar por dicha declaración y condenado, asimismo a INTERNATIONAL PLASTIC SURGERY SPAIN, S.L., a que abone a la actora, exclusivamente, la suma de 17.191,81 euros, mas los intereses procesales de dicha suma desde la fecha de esta resolución, absolviendo a los demandados del resto de las pretensiones contra ellos deducidas; todo ello sin hacer expresa imposición en cuanto a las costas causadas en ambas instancias, debiendo soportar, cada parte, las por ella generadas y las comunes por iguales partes.

Notifíquese la presente resolución a las partes y devuélvanse los autos originales al Juzgado de procedencia con copia certificada de la presente resolución.

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