

Procedimiento: CIVIL

AUDIENCIA PROVINCIAL DE GRANADA

SECCIÓN TERCERA

ROLLO Nº 81/07- AUTOS Nº 797/04

JUZGADO DE PRIMERA INSTANCIA Nº SIETE DE GRANADA

ASUNTO: P. ORDINARIO

PONENTE SR. JOSÉ M^a JIMÉNEZ BURKHARDT

S E N T E N C I A N Ú M. 298

ILTMOS. SRES.

PRESIDENTE

D. JOSE REQUENA PAREDES

MAGISTRADOS

D. ANTONIO GALLO ERENA

D. JOSÉ M^a JIMÉNEZ BURKHARDT

En la Ciudad de Granada, a dos de julio de dos mil siete.

La Sección Tercera de esta Audiencia Provincial constituida con los Iltmos. Sres. al margen relacionados ha visto en grado de apelación -rollo nº 81/07- los autos de P. ORDINARIO nº 797/04, del Juzgado de Primera Instancia nº SIETE de GRANADA, seguidos en virtud de demanda de Everardo , COIMA 2.002 S.L., Trinidad , y Elisa contra GRUPO DECORA 14 S.L.

ANTECEDENTES DE HECHO:

PRIMERO.- Que, por el mencionado Juzgado se dictó resolución en fecha 19/07/06 , cuya parte dispositiva es del tenor literal siguiente: "Que estimando el suplico de la demanda presentada por el Procurador MARIA AFRICA VALENCUELA PEREZ, actuando en nombre y representación de Everardo , COIMA 2002 S.L., Trinidad y Elisa , contra GRUPO DECORA 14 S.L., representado por el Procurador CAROLINA GONZÁLEZ DÍAZ, debo declarar y declaro la nulidad de los contratos de franquicia suscritos entre las partes en el presente procedimiento, y que constan unidos a las páginas 181 y ss de las actuaciones (documentos 19 a 22 de la demanda).

Que como consecuencia del anterior pronunciamiento declarativo, debo condenar y condeno a la demandada a pagar a cada uno de los demandantes las siguientes cantidades:

1.- Everardo , 12.263,18 euros (documento 23 de la demanda).

- 2.- Coima 2002 S.L., 12.263,18 euros (documento 46 de la demanda).
- 3.- Trinidad , 24.401,09 euros (documento 81 de la demanda).
- 4.- Elisa , 24.400,60 euros (documento 98 de la demanda).

Que desestimando como desestimo el suplico de la demanda reconvenicional presentada por GRUPO DECORA 14 S.L., representada por la Procuradora Carolina González Díaz, contra Everardo , COIMA 2002 S.L., Trinidad y Elisa , representados por la Procuradora MARÍA ÁFRICA VALENZUELA PÉREZ, debo absolver y absuelvo a los codemandados reconvenicionales de los pedimentos formulados en su contra.

Que debo concenar y condeno a GRUPO DECORA 14 S.L., A que pague las costas causadas en este procedimiento.

"

SEGUNDO.- Que contra dicha resolución se interpuso recurso de apelación por la parte demandada, al que se opuso la parte contraria; una vez elevadas las actuaciones a este Tribunal se siguió el trámite prescrito y se señaló día para la votación y fallo, con arreglo al orden establecido para estas apelaciones.

TERCERO.- Que, por este Tribunal se han observado las formalidades legales en ésta alzada.

Siendo Ponente el Ilmo. Sr. Magistrado D. JOSÉ M^a JIMÉNEZ BURKHARDT .
No se aceptan los fundamentos jurídicos de la sentencia apelada.

FUNDAMENTOS DE DERECHO:

PRIMERO. Cuando se formula la demanda, se indica que la acción en ella ejercitada es la de "nulidad contractual", la subsidiaria de "anulabilidad" y subsidiariamente de todo de "resolución contractual", con indemnización de los daños y perjuicios causados, añadiendo, a modo de síntesis, en el ultimo párrafo del hecho introductorio que "La presente reclamación se sostiene en la irrealidad de la información precontractual, confeccionada expresamente por la demandada a fin de lograr la firma de los contratos y que constituyó el elemento esencial para la prestación del consentimiento por parte de mis representados. Asimismo, en parte como consecuencia de lo anterior, se acreditaran los gravísimos incumplimientos en que ha incurrido la demandada en el desarrollo de dichos contratos, lo que faculta a ésta parte para solicitar la nulidad, en su caso, la anulabilidad o, en defecto de todo ello la resolución de los mismos con la consiguiente indemnización de los daños y perjuicios". Resulta, a la vista de ello, evidenciado que, de entrada, se está confundiendo entre la pretendida nulidad y la resolución contractual, pues si la reclamación se sostiene en la irrealidad de la información precontractual (relacionada en el expositivo 4º del los cuatro contratos de franquicia) y en los gravísimos incumplimientos en que ha incurrido la demandada en el desarrollo de los mismos, es evidente que entraría en el ámbito de la acción de resolución contractual (art 1.124 cc) pero no en el de la nulidad del contrato.

SEGUNDO. Como colofón a los razonamientos expresados en los fundamentos jurídicos segundo y tercero de su sentencia, el Sr Juez a quo establece que "En base a los motivos expuestos procede declarar la nulidad de los contratos de franquicia por la existencia de dolo en el franquiciador o, en su defecto, de error invalidante del consentimiento, con la consiguiente estimación de la demanda origen de éstas actuaciones y desestimación de la demanda reconvenicional", estimación que comporta, en base a lo que dispone el art 1.303 cc, el reconocimiento a los franquiciados de la indemnización correspondiente a lo que cada uno pagó por el concepto de canon de entrada. Y la representación de los demandantes, al formular escrito de oposición al

recurso de apelación, solicita la confirmación de la sentencia, que se decanta solo por la nulidad contractual, lo que supone que los oponentes consienten en que la estimación de la demanda lo sea por tal motivo, con olvido de la petición de resolución contractual, que solo de forma subsidiaria fue interesada, resolución que, en definitiva, no había porque interesar habida cuenta que todos los contratantes estuvieron de acuerdo en resolver el contrato, aunque con las recíprocas acusaciones de su falta de cumplimiento. Bien es cierto que habiéndose aquietado la representación de los demandantes a la sentencia de instancia, que les reconoce indemnización por el canon de entrada en base a la nulidad de los contratos y fundamento en el art 1.303 cc, que era lo que, en definitiva, solicitaba con carácter principal, aquietados a ellas han de ser considerados los actores.

TERCERO. Habida cuenta que en el desarrollo del fundamento jurídico segundo se confunde entre la nulidad y la anulabilidad del contrato, se hace preciso reseñar que es doctrina pacífica del T.S. (STS de 14-3-1983, 13-2-1985, 24-2-1992, 20-6-1996, 27-4-1997) que "entre los grados de invalidez de los contratos se distingue la inexistencia y la nulidad absoluta, según que al contrato le falte alguno de sus elementos esenciales señalados en el art 1.261 cc, o que haya sido celebrado, aun reuniendo esos requisitos esenciales, en oposición a las leyes imperativas cuya infracción da lugar a la ineficacia; situaciones jurídicas distintas de aquella otra en que la ineficacia deviene a consecuencia de vicios del consentimiento en la formación de la voluntad o falta de capacidad de obrar en uno de los contratantes o falsedad de la causa, casos de la denominada nulidad relativa o anulabilidad". Admitido que en los reseñados contratos mediaron los tres requisitos de consentimiento, objeto y causa, y no siendo el caso de que se hubieren celebrado en oposición a normas imperativas cuya infracción sería productora de ineficacia, resulta que la sentencia, aunque habla de nulidad, se refiere a la nulidad relativa o anulabilidad supuesto que la fundamenta en vicios del consentimiento, vicios del consentimiento que, por error, prestaron los franquiciados ante la actuación dolosa de la franquiciadora demandada que mediante engaño doblegó la voluntad de los contratantes. Y tal actuación dolosa de la demandada productora de error en los actores a virtud del que consintieron en celebrar un contrato que de otro modo no habrían celebrado, se centra en que la empresa franquiciadora Grupo Decora S.L. no era titular de la marca El Jardín de Teca, que era el objeto de cesión mediante el contrato de franquicia, pues a las fechas de celebración de los respectivos contratos, la demandada se atribuyó la titularidad de una marca que no le correspondía, al estar inscrita en la O.E.P.M a nombre de otra empresa de nombre el Jardín de Teca S.L., de tal modo que, a sabiendas de que no era titular de la marca, se atribuye esa condición consiguiendo mediante éste engaño el consentimiento de los franquiciados.

Resulta mas que evidente que la piedra angular de la cuestión se halla tanto en que Grupo Decora S.L. se hubiere atribuido la titularidad de una marca que no le correspondía (cuestión sobre la que después se abundará), como en que, como consecuencia de la supuesta actuación dolosa de la franquiciadora, se hubiere emitido por los franquiciados una voluntad viciada a consecuencia del error padecido, en la creencia de que la marca El Jardín de Teca, emblema de la franquiciadora, era de la titularidad del Grupo Decora S.L., cuando no lo era, cuando era la citada marca la razón de ser de su deseo contractual ante las expectativas de negocio que se le habían ofrecido a través de propaganda vía Internet, de revistas especializadas en muebles, o en ferias con ofertas de franquicias, donde la marca que aparecía era la reseñada.

También es doctrina pacífica del T.S. que "siendo el fundamental de los requisitos del negocio jurídico la declaración de voluntad, hasta el punto de ser el consentimiento el alma del contrato, se precisa que esa voluntad declarada, para que produzca la plenitud de sus efectos, sea consciente y libremente emitida, pues si faltan esas condiciones se emite una voluntad viciada, distinta de la que hubiere sido la verdadera voluntad del sujeto no influido por tales vicios". Y como quiera que el consentimiento se presume libremente formado, de tal modo que quien invoca la existencia de un vicio debe de probarlo, tal prueba, según también pacífica doctrina del T.S., debe ser plena, pues los vicios tienen un carácter excepcional muy acusado, dado que la falta de rigor y cautela en su apreciación mermaría considerablemente la seguridad del tráfico y la estabilidad de los contratos (STS 14-5-1968, 28-2-1969, 30-6-1971, 28-2-1974, 7-1-1975, 22-6-1994, 23-5-1996). Pero es que, además, el error ha de ser sustancial o determinante y, además, excusable, es decir, que no sea imputable a quien lo padece, no imputabilidad que sería predicable en el supuesto de que no hubieren podido tener suficiente información sobre la empresa con la que iban a contratar y la actividad a que se dedicaba, información extraíble de la escritura de constitución de la sociedad Grupo Decora S.L de 2 de abril de 2.001, debidamente inscrita en el Registro Mercantil, por lo que gozaba de publicidad, donde expresamente se consignaba como objeto social la venta y distribución de muebles, complementos y artículos de decoración, pudiendo desarrollar tales actividades tanto directamente como en régimen de franquicia, mediante la concesión del derecho de franquicia y cesión del uso de la marca El Jardín de Teca, como también se podían haber documentado sobre quien era el titular de la marca el Jardín de Teca con solo pedir información a la O.E.P.M., cuyos registros son también públicos para quienes tengan interés en conocerlos. Y si bien es cierto que tanto en la citada fecha, como en las de los cuatro contratos, Grupo Decora S.L. no era titular de la marca Jardín de Teca, al serlo de la mercantil Jardín de Teca S.L., puesto que la cesión o transferencia de la marca fue hecha por la mercantil El Jardín de Teca S.L. a Grupo Decora S.L. en fecha 17 de agosto de 2.004 (posterior, incluso, a la presentación de la demanda), esto no quiere decir que los franquiciados hubieren sido inducidos a error ante tal circunstancia, de modo que, de haberla conocido, no habrían celebrado el contrato, pues la cuestión del derecho de propiedad de la marca y de la supuesta infracción marcaría por la utilización de una marca de la que no se es titular, es irrelevante para lo que aquí se discute, puesto que ante la evidente y no discutida (y plenamente conocida por los franquiciados) relación existente entre las dos mercantiles, pues no en vano eran administradores solidarios de ambas D. Tomás y D^a Sandra, los franquiciados tenían conocimiento pleno de que la mercantil con la que contrataban podía prestarles, en principio, los servicios que buscaban y ese era el núcleo de su consentimiento, sin que en su decisión de contratar tuviere injerencia alguna la cuestión del registro de la marca como correspondiente, o no, al Grupo Decora S.L. Cuestión distinta es que, confiados en la apariencia que suponía la estipulación 4^a del contrato, en cuanto que Grupo Decora S.L. podía ceder el uso de la marca a los franquiciados, en el posterior desarrollo de su actividad comercial hubiere resultado que no podían hacerlo, por pertenecer la marca a otra persona o entidad mercantil distinta. Y buena prueba de ello es que en la carta remitida por D^a Elisa anunciado la resolución del contrato conforme a lo establecido en la cláusula 16.1.2, se apoyaba en el incumplimiento por el franquiciador de sus obligaciones contractuales, de las que se hacía una enumeración, que si bien hubieren podido fundamentar una acción de resolución contractual, en modo alguno puede apoyar una de anulabilidad del contrato. Y aunque de los otros tres franquiciados no hay constancia de la citada carta, que no fue presentada por la representación de los actores, sí la hay de la respuesta dada por la entidad demandada a

cada uno de ellos, donde se hace referencia al "burofax recibido el 19-2-2004", que deja latente la duda de lo irregular que resulta, por la especial coincidencia, de que los cuatro franquiciados, que vivían en ciudades distintas: Torrevieja, Murcia, Bilbao y Alicante, se pusieron de acuerdo para enviar el mismo día la carta anunciadora de la resolución contractual, con contenido presumiblemente igual. Como también no deja de ser irregular que los reproches que contiene la misiva, centrados principalmente en la falta de rentabilidad de los negocios por no alcanzarse las expectativas económicas prometidas por la franquiciadora, no se hicieren esperar desde la fecha de celebración de los respectivos contratos, que siendo el del Sr Everardo el 16-12-2002, el de Coima 2.002 S.L. el 2-1-2003, el de la Sra Trinidad el 12-2-2003 y el de la Sra Elisa el 26-8-2003, éste último seis meses anterior a la fecha de la carta y el primero un año, dos meses y seis días, estando los otros dos entre ese periodo de tiempo, resultando ser realmente periodos de tiempo excesivamente cortos para poder calibrar la rentabilidad de un negocio.

Todo lo cual supone que la Sala no pueda estar de acuerdo con la apuntada causa de nulidad de los contratos, con la consiguiente desestimación de la demanda y estimación del recurso de apelación en éste extremo, ello extensivo, claro está, a las indemnizaciones que se conceden a cada uno de los franquiciados como consecuencia de la estimación de la demanda y que, aunque son sustancialmente inferiores a las solicitadas en la demanda, su representación procesal se aquietó a ello.

CUARTO. Reconvencionalmente, la representación de Grupo Decora S.L. formula demanda reconvencional contra los franquiciados D. Everardo, D^a Trinidad, D^a Elisa y contra la mercantil Coima 2002 S.L., interesando la resolución de los cuatro contratos de franquicia suscritos y la indemnización a aquella por los franquiciados de una serie de cantidades por los conceptos que después se dirán.

Es doctrina jurisprudencial (STS 9-6-1992 y 30-3-1992) que la facultad resolutoria se puede ejercitar en nuestro ordenamiento no solo en la vía judicial, sino también mediante declaración, no sujeta a forma, dirigida a la otra parte, pero a reserva, claro está, que sean los Tribunales quienes examinen y sancionen su procedencia cuando es impugnada (negando el incumplimiento o rechazando la oportunidad de extinguir el contrato) determinando, en definitiva, si la resolución ha sido bien hecha o si se ha de tener por indebidamente utilizada. En el presente caso, como ya se apuntó, ninguna impugnación se efectuó por alguna de las partes a resultas de la resolución intentada por la otra, pues si los cuatro franquiciados, al unísono, remitieron misiva resolutoria, mediante burofax, a la franquiciadora anunciándole la resolución, no le vino a la zaga ésta que, en telegramas remitidos pocos días después, también manifestaba su intención de resolución., por lo que se hacía innecesaria la petición de que judicialmente fuese esta declarada.

Y a consecuencia de la resolución contractual, comúnmente admitida, la actora reconvencional solicita en el hecho quinto de la demanda reconvencional sea indemnizada por cuatro conceptos distintos, a cargo, el primero, de la franquiciada de Bilbao y de todos, los tres restantes.

A) En cuanto a la reclamación de las facturas pendientes de abono por parte de la franquiciada de Bilbao, se ha de precisar que la indemnización de los daños y perjuicios que permite el art 1124 cc lo es como consecuencia del incumplimiento de alguna o

algunas de las cláusulas contractuales, sin que la reclamación que se hace entre en éste ámbito, al tratarse de una deuda generada, caso de ser cierta la alegación de la reclamante, en el normal desarrollo de la actividad comercial donde, por descuido de la persona encargada de la contabilidad de la actora, se efectuó por partida doble un abono procedente de la devolución de unos muebles efectuado por la franquiciada; lo que no quiere decir que, en su caso, pueda hacerle la reclamación de la deuda por el procedimiento que corresponda.

B) En cuanto a lo reclamado por el concepto de canon de publicidad, derivado del no cumplimiento por los franquiciados de la estipulación 11.1.2 del respectivo contrato, como quiera que la obligación que tenía el franquiciado por tal concepto era pagar trimestralmente al franquiciador un canon de publicidad del 3%, calculado sobre sus ventas netas anuales, que sería abonado en los cinco últimos días de los meses de marzo, junio, septiembre y diciembre, resulta que, según la actora reconvenzional, Murcia debe la suma de 69.766 euros; Torre Vieja, 1.708.811 euros; Bilbao, 903.871 euros y Alicante, 837.231 euros, sumas que obtiene de "una comparativa efectuada sobre los datos aportados por las facturas del canon de publicidad para el año 2.003 y la facturación declarada en el folio 40, añadiendo la que consta en la central de lo facturado en el 2.004", todo lo cual dice que se acredita con los documentos 162 a 167 y 1.037 a 1.086, lo que supone que un ejercicio de contabilidad que debería haber interesado mediante la oportuna pericial contable, deba ser efectuada por el Tribunal, desarrollando una labor impropia de la función jurisdiccional, debiendo de dar por ciertas tales cantidades que se obtiene de una "comparativa" de cuarenta documentos.

C) En cuanto a la indemnización interesada por vulneración de la estipulación sobre no competencia (apartado 7.2.15 del contrato), ciertamente está acreditado documentalmente que los cuatro franquiciados, después de la resolución contractual, han continuado ejerciendo la misma actividad de venta de muebles y objetos de decoración, que era la propia de la franquicia el Jardín de Teca, en los mismos establecimientos y que en cierta publicidad procedente de las páginas amarillas de Telefónica y vía Internet, aparece aun el nombre de la franquicia e, incluso, residualmente, hay algunos elementos en algunos establecimientos que revelan su pertenencia a la franquicia. En consecuencia, el incumplimiento de la obligación contractualmente asumida, a través de la cláusula referida, sería objeto de indemnización si la petición se hubiere orientado a acreditar y cuantificar las pérdidas (que podrían englobarse en el concepto de lucro cesante) sufridas por la franquiciadora a consecuencia de la competencia desleal ejercida por los franquiciados al seguir vendiendo objetos iguales a los del negocio de la franquiciadora durante el año siguiente a la resolución. Sin embargo, la petición indemnizatoria parece orientada a reclamar los perjuicios sufridos por la baja de las únicas cuatro tiendas franquiciadas, cuya concertación en franquicia le supuso a la actora reconvenzional un considerable aumento en el gasto del nuevo personal que hubo de ser contratado como consecuencia de la ampliación del negocio, la dotación al personal de las herramientas necesarias para su trabajo (software y hardware), nuevas necesidades crediticias, inversiones en publicidad para dar a conocer la marca el Jardín de Teca, inversiones logísticas y ampliación de stock. Y el espíritu de la petición reside, no en lo que es, en sí, las consecuencias de la vulneración de la cláusula sobre no competencia, sino en la supuesta confabulación o estrategia orquestada por los franquiciados para, una vez alcanzadas las ventajas y experiencia que supone el pertenecer a la franquicia, abandonarla y aprovecharse de tales ventajas mediante la continuación de sus negocios,

cuestión que, de ser cierta, habría de ser orientada a otra Jurisdicción distinta de la Civil. Pero es que, además, al igual que ocurre en el caso del canon de publicidad, solicita la indemnización a cargo de cada demandado reconvenional de 90.185 euros, que desglosa en partidas tales como: personal, software y hardware, necesidades crediticias, inversiones en marca e inversiones logísticas, reclamando por cada concepto una serie de cantidades que extrae de documentos aportados, debidamente numerados, pero que nuevamente deberían de haber sido examinados por un perito contable en comprobación de si las cantidades reclamadas eran de esa cuantía y correspondían a los conceptos reclamados.

D) Y en cuanto a la indemnización por cláusula penal, se ha de precisar que la estipulación 17.1 y 17.1.2 debe ser entendida en sus justos términos, y es que la cláusula entra en juego, una vez resuelto el contrato, cuando el local de negocio del franquiciado "permanezca en el uso de los rótulos o cualesquiera otros elementos corporativos, incluyendo el uso de la marca en acciones de comunicación o en cualquier soporte". La prueba fundamental en que se apoya el demandante reconvenional es un informe de una agencia de detectives y de éste informe no se extrae la consecuencia pretendida por la reconvincente, pues comienza diciendo que en ninguno de los cuatro establecimientos aparece el logotipo el Jardín de Teka. Y después aparece un reportaje fotográfico, acompañado de comentario, de los cuatro tiendas, en las que no aparece ningún rotulo o vestigio de su pertenencia a la franquiciadora, como no sea en el caso de Alicante donde en las bolsas de papel que se entregan con la mercancía comprada aparece el logotipo El Jardín de Teka, muy posiblemente en un afán de agotarlas que en el de servirse de la publicidad que ello pueda reportar, resultando que en todas las tiendas se ha borrado el logotipo. Y si bien es cierto que en las paginas amarillas sigue apareciendo el logotipo, de la documental aportada resulta comprobada la dificultad de su supresión inmediata e, incluso, la inclusión automática que hace la Compañía Telefónica con carácter gratuito de tal publicidad con independencia de que sea o no solicitada por el interesado. Aunque tampoco semejante acción se puede encuadrar en el espíritu de la norma que habla del uso de la marca "en acciones de comunicación", expresión que supone una actuación del franquiciado preordenada a darse publicidad con prevalimiento de la marca y ello a través de cualquier medio de comunicación de masas, como periódico o televisión, aunque no con un carácter residual como es la simple publicación en paginas amarillas.

Consecuentemente, estimándose la demanda reconvenional en cuanto a la petición de resolución contractual, no lo es en cuanto a las peticiones indemnizatorias.

QUINTO. En materia de costas, habiéndose desestimado la demanda principal, con la consiguiente estimación del recurso de apelación formulado por la mercantil Grupo Decora S.L., las costas de la primera instancia se le han de imponer a los actores D. Everardo , D^a Rita , Coima 2.002 S.L. y D^a Elisa ; y estimándose parcialmente la demanda reconvenional, con la consiguiente estimación parcial del recurso de apelación formulado por los últimamente citados, no procede hacer pronunciamiento sobre costas en ninguna de las instancias, todo conforme a lo que disponen los artículos 394 y 398 LEC :

VISTOS los artículos citados y demás de común y pertinente aplicación.

FALLO:

Estimando el recurso de apelación formulado por Grupo Decora S.L., se revoca la sentencia apelada, absolviéndole de las pretensiones contenidas en la demanda. Y estimando parcialmente el recurso de apelación formulado por la representación de D. Everardo , D^a Rita , Coima 2002 S.L. y D^a Elisa , se revoca la sentencia apelada en el sentido de estimar parcialmente la demanda reconvencional, declarando resueltos los cuatro contratos de franquicia que ligaban a las partes en litigio, declarando no haber lugar a las pretensiones indemnizatorias.

En cuanto a las costas, se estará a lo dicho en el fundamento jurídico quinto.

Así por ésta nuestra sentencia, definitivamente juzgando, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.