

AUD.PROVINCIAL PALMA DE MALLORCA SECCION QUINTA

SENTENCIA: 00357/2011

Rollo: RECURSO DE APELACION (LECN) 319 /2011

Ilmo. Sr. Presidente:

D. MATEO RAMÓN HOMAR

Ilmos. Sres. Magistrados:

D. SANTIAGO OLIVER BARCELÓ

D^a. COVADONGA SOLA RUIZ

En PALMA DE MALLORCA, a nueve de Noviembre de dos mil once.

VISTOS en grado de apelación ante esta Sección Quinta, de la Audiencia Provincial de PALMA DE MALLORCA, los Autos de PROCEDIMIENTO ORDINARIO 811/2009, procedentes del JUZGADO DE PRIMERA INSTANCIA N. 9 de PALMA DE MALLORCA, a los que ha correspondido el Rollo de Sala RECURSO DE APELACION (LECN) 319/2011, en los que aparece como parte demandada apelante, la entidad PUENTES DE POZUELO, SA, representada por el Procurador de los tribunales, D. FRANCISCO BARCELÓ OBRADOR, y asistida por el Letrado D. ANTONIO GONZÁLEZ SASTRE, y como parte demandante apelada, la entidad DIABLITO FRANCHISING S.L., representada por el Procurador de los tribunales, D. JUAN MIGUEL PERELLÓ OLIVER, y asistida por el Letrado D. JAIME PASTOR ALOY.

ES PONENTE el Ilmo. Sr. D. SANTIAGO OLIVER BARCELÓ.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO

- Seguido el juicio por sus trámites legales ante el JDO. PRIMERA INSTANCIA N. 9 de PALMA DE MALLORCA, por el mismo se dictó Sentencia con fecha 8 de marzo del corriente año, cuyo Fallo dice: " Estimar la demanda formulada por Diablito Franchising S.L. contra Puentes de Pozuelo, S.A., resolviendo el contrato de franquicia suscrito entre las partes el 19 de junio de 2007 por incumplimiento del franquiciado, y condenando al demandado a que pague al actor: a) 24.364,55 euros en concepto de facturas impagadas más sus intereses legales desde la interposición de la demanda b) 109.788,39 euros como indemnización de daños y perjuicios c) 161.700 euros en concepto de cláusula penal desde que la demandada recibió el requerimiento resolutorio hasta el acto de audiencia previa, más las cantidades que se vayan devengando hasta que se vayan devengando hasta que se devuelva el Manual de Franquicia. Con imposición de las costas del procedimiento al condenado".

SEGUNDO

- Que contra la anterior resolución y por la representación de la parte demandada, se interpuso recurso de apelación y seguido el recurso por sus trámites se celebró deliberación y votación en fecha 10 de octubre del corriente año, quedando el recurso concluso para Sentencia. TERCERO .- En la tramitación de este procedimiento se han observado las prescripciones legales.

FUNDAMENTOS JURIDICOS

PRIMERO

- Formulada demanda en ejercicio y acumulación de las acciones de resolución contractual de franquicia, de reclamación de cantidades debidas y de indemnización de daños y perjuicios, por parte de la entidad "Diablito Franchising, SL" contra la entidad "Puentes de Pozuelo, SA", en suplico de que " se dicte en su día sentencia que contenga los siguientes pronunciamientos: Que se proceda a la resolución del contrato de franquicia suscrito entre las partes con fecha 19 de junio de 2007, debido a los graves y reiterados incumplimientos del franquiciado de sus obligaciones. Que se condene al demandado a abonar al demandante la cantidad de 24.364,55 euros más los intereses que se generen, correspondientes a las facturas impagadas que se han aportado. Que se condene al demandado a que indemnice a mi representado en la suma de 109.788,38 euros, importe de los daños y perjuicios acreditados. Que se condene al demandado a abonar a mi representado con penalización reflejada en el contrato la suma de 19.200 euros por el tiempo transcurrido desde el plazo de recepción del Burofax y hasta la fecha de la presente, 21 de mayo de 2009. Dicha cuantía se incrementará tal y como dispone el contrato en 300 euros diarios hasta la entrega del Manual de KnowHow" ; está última fue declarada en situación de rebeldía procesal, no sin antes haber contestado la demanda y, tras la práctica de las pruebas propuestas y admitidas, salvo el interrogatorio del representante legal de la entidad demandada por su incomparecencia, la demanda fue estimada en la instancia por Sentencia de fecha 8 de marzo de 2011, cuyo Fallo es del tenor literal siguiente: " Estimar la demanda formulada por Diablito Franchising S.L. contra Puentes de Pozuelo, S.A., resolviendo el contrato de franquicia suscrito entre las partes el 19 de junio de 2007 por incumplimiento del franquiciado, y condenando al demandado a que pague al actor: a) 24.364,55 euros en concepto de facturas impagadas más sus intereses legales desde la interposición de la demanda b) 109.788,39 euros como indemnización de daños y perjuicios c) 161.700 euros en concepto de cláusula penal desde que la demandada recibió el requerimiento resolutorio hasta el acto de audiencia previa, más las

cantidades que se vayan devengando hasta que se vayan devengando hasta que se devuelva el Manual de Franquicia. Con imposición de las costas del procedimiento al condenado”.

Contra la anterior resolución se alza la representación procesal de la entidad "Puentes de Pozuelo, SA", alegando que no es rebelde, que la actora no entregó copia del Manual de Know-How y de sus anexos, que la actora no podía ceder el contrato pues lo había hecho previamente en exclusiva a un tercero para toda la Comunidad Autónoma de Madrid, que la actora ha incumplido su obligación de aprovisionamiento de "la masa de la pizza" y de la maquinaria necesaria, que el contrato litigioso es de adhesión e impuesto a la demandada, y existe desproporción entre el importe impagado y los daños y perjuicios que se imponen y no han resultado probados, que la cláusula penal resulta desproporcionada, desorbitada y abusiva; y, subsidiariamente, sería aplicable la moderación equitativa que prevé el art. 1.154 del Código Civil, por todo lo cual interesa " el revisado de las actuaciones y nuevo juicio y dictado de sentencia que estimando el recurso de apelación revoque y anule la de primer grado sustituyéndola por otra nueva y favorable que sea justa y ajustada a derecho ".

La representación procesal de la entidad "Diablito Franchising, SL" se opone al recurso formalizado de adverso, alegando que la demandada se limitó a contestar la demanda y no acudió a los actos de audiencia previa y juicio, que la actora ha probado los incumplimientos de la demandada y reconocidos por ésta en su contestación, que entregó el Manual de Know-How, que la demandada no ha acreditado perjuicio alguno derivado del contrato de explotación para la Comunidad de Madrid, que la alegación de adhesión del contrato es nueva y no debatida en la instancia amén de que se niega tal carácter, que las cantidades reclamadas fueron reconocidas al contestar la demanda, que la contraparte no ha acreditado el pago de las facturas, que las indemnizaciones y su cálculo devienen de aplicar los pactos contractuales, al igual que la cláusula penal diaria, y que no procede la aplicación del art. 1.154 del Código Civil por tanto la demandada ha incumplido totalmente la obligación principal consistente en la devolución del Manual Know-How, por todo lo cual interesa la confirmación íntegra de la sentencia recurrida.

SEGUNDO

- Ciertamente no procedía en su momento la declaración de rebeldía hasta su incomparecencia a la vista, en tanto la entidad "Puentes de Pozuelo, SA" contestó la demanda en plazo, pero no compareció al acto de la audiencia previa ni al juicio, y en cuanto sólo fue admitida la prueba propuesta por la actora y, si bien la demandada acompañó documentos con su contestación, no fueron ratificados ni propuestos como medios probatorios en el acto de la audiencia previa, teniéndose por confesa a la parte demandada, dejando a la contraparte en indefensión procesal que debió redactar las preguntas (f. 185 de autos). El art. 265.3 de la Ley de Enjuiciamiento Civil establece que "no obstante lo dispuesto en los apartados anteriores, el actor podrá presentar en la audiencia previa al juicio los documentos, medios, instrumentos, dictámenes e informes, relativos al fondo del asunto, cuyo interés o relevancia sólo se ponga de manifiesto a consecuencia de alegaciones efectuadas por el demandado en la contestación a la demanda" y la demandada no presentó los documentos en la audiencia previa, ni los ratificó al no comparecer a tal acto. En el mismo sentido, los arts. 426.5, 414.3, 427 y 296.2 de la LEC, que se dan por aplicables y con más los presupuestos del año subsiguiente.

TERCERO

- En la franquicia, el derecho concedido autoriza y obliga al franquiciado, a cambio de una aportación económica, directa o indirecta, a utilizar la marca de productos y/o servicios, el "know how" (saber hacer) y otros derechos de propiedad intelectual, ayudado por la continua asistencia comercial u/o técnica, en el marco de un contrato de Franquicia escrito y suscrito por las partes a este efecto.

El concepto es la conjunción de tres elementos:

- La propiedad o el derecho de uso de los signos distintivos (marca, rótulo, razón social, nombre comercial, signos, logos).
- El uso de una experiencia, un "saber hacer".
- Una serie de productos, servicios y/o tecnologías, patentadas o no, que el franquiciador ha concedido, ha puesto a punto o ha adquirido.

El "saber hacer" es un conjunto de informaciones prácticas, no patentadas, que resultan de la experiencia del franquiciador. Es secreto, sustancial e identificable.

El franquiciador debe garantizar al franquiciado el disfrute del "saber hacer" que ha creado y desarrollado. Dicho "saber hacer" es transmitido mediante una información y formación adaptadas al franquiciado, controlando su aplicación y el respeto al mismo.

La franquicia es pues, un método de colaboración contractual entre dos empresas jurídica y económicamente independientes en virtud de la cual, una de ellas (empresa franquiciadora o franquiciador), que es titular de determinada marca, patente, método o técnica de fabricación o actividad industrial y comercial previamente prestigiados en el mercado, concede a la otra (empresa franquiciada o franquiciado) el derecho a explotarla, por un tiempo y zona delimitados y bajo ciertas condiciones de control, a cambio de una prestación económica, que suele articularse mediante la fijación de un canon inicial, que se complementa con entregas sucesivas en función de las ventas efectuadas (canon o royalties). Son elementos esenciales del contrato de franquicia

1. La cesión o licencia de elementos de propiedad industrial (signos distintivos como marcas, rótulos de establecimientos, nombre comercial) para comercializar productos o servicios creando una imagen uniforme de la cadena.
2. La transmisión de un saber hacer ("know how") del franquiciado.
3. Prestación continuada de asistencia técnica o comercial franquiciado, que debe ser continua durante toda la vigencia del contrato y no sólo

referida a la formación profesional sino a los aspectos de la actividad y al desarrollo del "know how" transferido.

En primer lugar, el franquiciador deberá elaborar su propio sistema de negocio y desarrollar, en su caso, los productos y servicios objeto del sistema de franquicia, sistema que deberá haber explotado al menos en una unidad piloto. Las principales obligaciones del franquiciador derivan de la transmisión de la unidad patrimonial organizada o modelo de empresa que va a desarrollar el franquiciado, modelo de empresa que deberá ser constantemente puesto al día por el franquiciador. El franquiciador también viene obligado a ceder, temporalmente, una serie de bienes, derechos y conocimientos que constituyen la parte esencial del contrato; dicha cesión, respecto algunos de los elementos, se realizará en régimen de exclusividad, para así garantizar la imposibilidad de un desarrollo libre de ese modelo de empresa por terceros ajenos a la red de franquicia. No siempre será el franquiciador el que cumpla, como parte del contrato, las obligaciones contractuales; en algunas ocasiones el franquiciador se sirve de intermediarios para realizar algunas de las prestaciones. Las principales obligaciones del franquiciador son:

1. Haber puesto a punto y explotado con éxito un concepto durante un tiempo razonable y, al menos, en una unidad piloto, antes del lanzamiento de la cadena.
2. Ser titular de los derechos sobre los signos de distinción entre la clientela (marca y signo distintivo) y la cesión de uso de la marca y signos distintivos al franquiciado, así como del "know how" del negocio en determinado territorio y tiempo.
3. El franquiciador prestará al franquiciado una asistencia técnica y comercial, que se traduce en aspectos tales como técnicas de venta, administración, merchandising, localización del emplazamiento más adecuado, decoración del local, publicidad y actividades promocionales comunes a la red e individuales al franquiciado, estudios de mercado, etc.
3. El franquiciador debe respetar la zona de exclusiva concedida al franquiciado donde éste llevará a cabo la explotación del negocio.

4. Formación inicial y continuada del franquiciado y de su personal en todos y cada uno de los aspectos del funcionamiento del negocio.
5. Señalar las fuentes de aprovisionamiento autorizadas.
6. Coordinar las campañas de publicidad a nivel nacional.
7. Proporcionar al franquiciado la información precontractual.

Con independencia de lo reseñado, debe entenderse la franquicia y su contenido según lo prevenido en los art. 1 y 2 del Real Decreto 201/2010, que deroga el Real Decreto 2485/1998 y el Real Decreto 419/2006 (art. 1 y 2), y art. 62 de la ley 7/1996 de Ordenación del Comercio Minorista y Reglamento CE-1582/97 ; como lo hacen las SAP Barcelona de 13 y 31 de enero de 2000, y 22 de abril de 1998, STS de 21 de octubre de 1996, 7 de junio de 2000, 27 de octubre de 1994, 25 de abril de 2000, SAP Balears de 27 de julio de 1998.

Ídem. la STS de 27 de septiembre de 1996 por la que la parte franquiciada estaba obligada al pago puntual de las mercancías recibidas y facturadas, y dado su incumplimiento la franquiciadora podía resolver el contrato, así como reclamar el importe total del valor de lo servido.

En este caso, ha quedado cabalmente probado que la actora entregó a la demandada el Manual de Know-How y los Anexos a que se refiere el contrato de franquicia (cláusula octava) suscrito a 19 de junio de 2007 (véase testifical del Sr. Faustino), y que en cambio no ha sido devuelto a la actora.

El testigo aludido formó al personal, además de entregar el Manual de franquicia, y facilitó la asistencia necesaria para la explotación del negocio (cl. 8.8 y 13). El Manual y Anexos forman parte del contrato (cl. 26ª) y el testigo hizo la formación en base al Manual, y no se concibe la explotación de varios años si no es con el asesoramiento y productos de la actora.

CUARTO

- Pueden realizarse clasificaciones teniendo en cuenta las diferentes modalidades en que la franquicia puede presentarse en el mercado:

A. Por la actividad:

1. Franquicia de producto (distribución): El franquiciador selecciona una serie de productos fabricados por terceros, para que a su vez se distribuyan en sus unidades franquiciadas. De esta forma el franquiciado será un intermediario entre el franquiciador y el consumidor final.
2. Franquicia de servicios: Es aquella franquicia en la que el franquiciador ofrece a sus franquiciados, no un producto, sino un servicio o un conjunto de servicios, mediante la transmisión de un saber hacer y de métodos originales y experimentados.
3. Franquicia de producción: El franquiciador es el propietario de la marca y el fabricante de los productos que distribuye a sus franquiciados.
4. Franquicia industrial: En ella tanto franquiciador como franquiciado son dos industriales relacionados por un contrato de franquicia, mediante el cual el primero cede al segundo el derecho de fabricación, la tecnología, etc.

B. Por el tipo de contrato:

1. Franquicia individual: Es aquella que se contrata entre un franquiciador y un solo franquiciado individual.
2. Máster franquicia: Existe, entre el franquiciador y el franquiciado final una figura intermedia: el "máster franquiciado", que ejercerá las funciones de franquiciador en una zona geográfica determinada donde se quiere llevar a cabo la expansión de la franquicia en cuestión (es habitual cuando se pretende la extensión de la franquicia fuera del país de origen).
3. Franquicia córner: Es la que se comercializa dentro de otro establecimiento que destina un espacio a la venta de los productos o a la prestación de los servicios del franquiciador.

C) Por su expansión:

1. Regional o zonal: Es la franquicia que se desarrolla en una determinada zona o región geográfica predefinida en el contrato, en la que el franquiciado llevará a cabo la gestión de su negocio.
2. Nacional: La franquicia que cuenta con unidades franquiciadas en todo un territorio nacional, en el que los distintos franquiciados ejercen su actividad. Esta actividad es la que adoptan la mayoría de las redes de franquicia, no limitándose sólo a una parte del país.
3. Internacional: Este tipo de franquicias es el "master franchise", la que se desarrolla en varios países donde cuenta con unidades franquiciadas.

También existe la "multifranquicia" cuando el franquiciado tiene más de una franquicia de una misma cadena y la "plurifranquicia" cuando el franquiciado gestiona franquicias diferentes que son complementarias y no competitivas entre sí.

Para que el potencial franquiciado tenga información suficiente como para permitirle decidir su ingreso en la red con conocimiento de causa parece necesario que el franquiciador le informe respecto al territorio reconocido en el contrato como propio del franquiciado y sobre las características de la protección territorial contractual que se le va a dispensar.

En particular parece necesario que se le informe respecto a si en dicho territorio existe ya otro franquiciado, o si el franquiciador se reserva el derecho de establecerlo en el futuro; si el franquiciador se reserva el derecho a instalar un establecimiento integrado en la red de su propiedad en dicho territorio. Así como si se distribuirán en dicho territorio los productos puestos en el mercado por el franquiciador a través de otros canales de distribución.

En cuanto al territorio, debería informarse al franquiciado el que le corresponde con carácter mínimo, en el caso de que el franquiciador se reserve el derecho de establecer nuevos establecimientos propios integrados en la red, o de conceder nuevas franquicias en el territorio

contractualmente definido como propio del franquiciado, o el radio mínimo de distancia dentro del cual no podrá ejercer su derecho de establecer un nuevo franquiciado o un nuevo establecimiento propio. Puede también indicar el mínimo de población que deberá quedar englobada en el territorio mínimo del franquiciado.

También debe indicarse si dentro de dicho territorio la franquicia se desarrollará desde un local previsto en el contrato, si el local sede de la franquicia deberá ser aprobado por el franquiciador, y las condiciones bajo las cuales el franquiciador aprobará la reubicación del establecimiento franquiciado en otro punto del territorio contractual, o el establecimiento en el mismo de una sucursal del franquiciado.

Del mismo modo deberían indicarse las posibles restricciones que soporte el franquiciador en cuanto a la implantación de establecimientos o concesión de franquicias de un negocio competitivo, bajo otra marca e imagen comercial, en el territorio contractualmente definido. Así como respecto a la distribución de productos o prestación de servicios similares a través de otros sistemas de distribución y bajo otra marca en el territorio contractualmente definido.

Las posibles restricciones que pesen sobre los franquiciados respecto a buscar clientes fuera del territorio contractualmente definido, o respecto a la posibilidad de aceptar encargos realizados por clientes que tengan su domicilio fuera del territorio contractualmente definido.

Las restricciones que pesen sobre el franquiciador en cuanto a buscar clientes en el territorio contractualmente definido o aceptar órdenes procedentes de clientes con domicilio en dicho territorio, así como la posible compensación que el franquiciador pagará al franquiciado en estos casos, si aparece definida en el contrato.

Los posibles derechos de tanteo y retracto que se concedan al franquiciado respecto a las nuevas franquicias a implantar en el territorio contractualmente definido o en territorios colindantes.

Por último deberá indicarse si el mantenimiento de la exclusividad territorial depende de la realización, por parte del franquiciado, de un determinado volumen de ventas u otras circunstancias, así como las circunstancias en que el territorio del franquiciado podrá ser alterado.

Ídem. la SAP Barcelona de 15 de septiembre y 22 de abril de 1998.

En este caso, la exclusividad pactada (cláusula tercera) no ha sido desatendida localmente (cl. 3.1), y el que se concediese otra para la Comunidad de Madrid no ha ocasionado a la demandada (cl. 3.2), por no acreditado, perjuicio alguno. El contrato de autos fue suscrito por D. Jon y por D. Laureano, éste último en representación de "Puentes de Pozuelo, SA" como Consejero Delegado, para un solo establecimiento en la localidad de Pozuelo de Alarcón (Anexo 1), y el mismo Sr. Laureano suscribió otro contrato de cesión del derecho de exclusiva, a 24 de septiembre de 2004 (f. 108-109 de autos) para otro establecimiento en Madrid, por lo que sería el titular de la acción la persona que posee los derechos de explotación de la marca para toda la Comunidad Autónoma de Madrid, y no la ahora demandada.

QUINTO

- El segundo grupo de "pactos de exclusiva" que suelen contener los contratos de franquicia se refieren a las fuentes de aprovisionamiento, para que el potencial franquiciado pueda formarse una idea precisa de la cuestión o para que de acuerdo con lo exigido por el art. 62 LOCM tenga información suficiente para decidir su ingreso en la red con conocimiento de causa, será necesario que el franquiciador le informe sobre las obligaciones que el contrato implica para el franquiciado de adquirir o arrendar productos u otro género de bienes muebles o contratar servicios, del franquiciador, o de proveedores designados o aprobados por éste, o de acuerdo con las especificaciones del franquiciador, tanto para la instalación como para el posterior funcionamiento de la franquicia.

La información deberá indicar, para ser suficiente la descripción del método a través del cual o razones por las cuales el franquiciador elige a los

suministradores y revoca su autorización respecto a los mismos, así como la forma a través de la cual modifica las especificaciones, en su caso.

La indicación respecto a cuáles son las categorías de bienes para las cuales el franquiciador o los otros franquiciados son los únicos proveedores especializados, así como los posibles contratos existentes entre el franquiciador y los proveedores autorizados, indicando el beneficio que tales acuerdos reportan al franquiciado, los criterios a través de los cuales se determinan las cantidades que el proveedor autorizado entrega al franquiciador por las compras o contrataciones realizadas por los franquiciados (p.e. el porcentaje del precio que es entregado a éste) caso de que el contrato entre franquiciador y proveedor contenga disposiciones al respecto, y la cifra global anual obtenida en el ejercicio anterior por el franquiciador por dichos conceptos.

Las restricciones de carácter vertical relativas a las fuentes de aprovisionamiento suelen tener carácter restrictivo de la competencia, y como en el caso de las restricciones territoriales son objeto de tratamiento en el Reglamento 2790/99.

En el caso, no consta requerimiento, objeción, protesta o reserva por parte de la demandada en referencia a posible faltas de suministro de la masa de pizza, como tampoco los pedidos no servidos; siendo que las compras documentadas en las facturas no prueban que la actora incumpliere su obligación de aprovisionamiento, y sí que la demandada acudió a terceros para adquirir algunos productos similares (cl. 9.2) y 19.a.5 y 11) -f. 115 a 146 de autos-, no obstante la mayoría son prefabricados, vinos y bebidas.

SEXTO

- Los contratos y su evolución son los que las partes han querido; los productos y servicios son el objeto de los mencionados contratos; no deberían existir "sorpresas" (la relación se basa en la confianza y suele ser muy personal).

Si con la demanda, exigiendo lo que la LEC establece, ya se tienen los elementos fundamentales fácticos y probatorios, una audiencia previa en la

que se vigile el cumplimiento riguroso de las exigencias legales permitirá simplificar enormemente la práctica de prueba y la correcta resolución del proceso. Para comprobarlo, tres cuestiones básicas:

- A. Posición de las partes ante documentos y dictámenes presentados: Los documentos suelen ser privados y con documentación copiosa, por ello conviene aclarar si se admiten o impugnan para saber el material con el que se cuenta.

- B. Fijación de los hechos controvertidos (art. 428); es esencial y casi siempre será:
 - Fijación del tipo de contrato de colaboración que reguló la relación entre las partes.

 - Determinar los motivos concretos de conflicto:

 - Resolución anticipada correcta o no.

 - Supuestos incumplimientos.

 - Indemnizaciones (determinando de qué tipo).

- C. Proposición y admisión de prueba. Pero en este caso la demandada no acudió a la audiencia previa ni al juicio, siendo que no impugnó los documentos de la actora, y los hechos perjudican a la demandada ante la incomparecencia a interrogatorio de su representante legal, en virtud de lo prevenido en el art. 304 de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

Apartada en consecuencia, por faltar el elemento subjetivo preciso, la aplicación de la Ley 26/1984, de 19 de julio, General de Consumidores y Usuarios (LGDCU), habrá que tener en cuenta las disposiciones de la Ley 7/1998, de 13 de abril, de Condiciones Generales de la contratación (LCGC), cuyo art. 2 señala que es de aplicación "a los contratos que contengan condiciones generales entre un profesional (predisponente) y cualquier persona física o jurídica (adherente)".

Como habitualmente este tipo de contratos, sobre todo en el caso de franquicias o concesiones, entra dentro del ámbito objetivo de aplicación que describe el art. 1.1 LCGC ("Son condiciones generales de la contratación las cláusulas predispuestas cuya incorporación al contrato sea impuesta por una de las partes, con independencia de la autoría material de las mismas, de su apariencia externa, de su extensión y de cualesquiera otras circunstancias, habiendo sido redactadas con la finalidad de ser incorporadas a una pluralidad de contratos"), serán de aplicación sus previsiones normativas, en particular la no incorporación de las condiciones desconocidas (art. 7 .a), ilegibles, ambiguas, oscuras e incomprensibles (art. 7 .b), o la nulidad de las que contradigan la LCGC o cualquier otra norma imperativa o prohibitiva (art. 8.1), o que merezcan la calificación de abusivas (art. 8.2).

Por otra parte, se trata de un contrato bilateral, sinalagmático, de colaboración, de duración continuada y de buena fe que se traduce en una recíproca lealtad tanto del franquiciador como de todos los componentes de la red de franquicia.

La naturaleza jurídica de la franquicia tiene las siguientes características:

1. Es un contrato mercantil, tanto objetiva como subjetivamente, pues tanto el objeto del mismo son actos de comercio, de actividades de intermediación o venta con ánimo de lucro como que los sujetos intervinientes en el contrato son comerciantes conforme lo previsto en el art. 3 del Código de Comercio.
2. Es atípico por no tener en nuestro Derecho posibilidad alguna de subsunción en los esquemas contractuales de nuestros códigos.
3. Es mixto por la yuxtaposición y adición de instituciones típicas.
4. Es, además bilateral por cuanto su perfeccionamiento se efectúa entre dos partes perfectamente definidas, de cuya formalización se derivan derechos y obligaciones recíprocas para ambas.
5. Es sinalagmático y oneroso, porque se da la nota característica de las relaciones obligatorias sinalagmáticas: la interdependencia o nexo causal entre dos deberes de prestación, de manera que cada uno de ellos, en relación con el otro, funciona como contravalor o como contraprestación.

Si entendemos por contrato de adhesión aquél en el que el desigual poder de contratación de las partes hace que desaparezca la discusión previa a la suscripción, quedando la redacción del contrato en manos del oferente, los contratos de franquicia presentan, cuando menos, una situación similar.

Efectivamente, el contrato de franquicia supone a los franquiciados la aceptación de un formulario tipo de contrato, dotado de auténticos anexos de condiciones generales (no hay que olvidar la necesidad de mantener inalterables las condiciones básicas del sinalagma no sólo con el contratante sino con el conjunto de la red), requiriendo la franquicia la fijación unilateral por el franquiciador como contratante dominante y coordinador del sistema, de las principales condiciones del futuro ejercicio negocial, como son la imagen uniforme, la presentación de local, los procesos de producción o comercialización, inversiones mínimas, stocks, pagos a la red, política de precios, etc., dejando a la negociación particular entre franquiciador y franquiciado los aspectos relativos a la adecuación del franquiciado a su entorno, como el territorio o área de responsabilidad, cuotas de ventas mínimas, etc. Y aun éstas dentro de baremos estables a todo contratante. Es decir, que en el contrato coexisten cláusulas normativas y condiciones generales predispuestas destinadas a ser directamente recibidas en el período de formación contractual sin posibilidad de negociación alguna.

La existencia de condiciones generales de la contratación en los contratos de franquicia, en el bien entendido que éstas hayan sido expresamente aceptadas por el adherente, no desvirtúa que el contrato de franquicia se trate de un auténtico contrato, para cuya formación haya libre consentimiento y negociación. No hay que olvidar que dicho tipo de cláusulas serán inevitables para llevar a cabo el sistema de franquicia como son las relativas a evitar que el saber hacer y la asistencia que el franquiciador transmita al franquiciado puedan beneficiar a la competencia como aquéllas cuyo objeto sea la salvaguarda de la identidad y la reputación de la red, simbolizada por la marca franquiciada.

Ídem. SAP Baleares de 27 de julio de 1999, STS Cataluña de 17 de septiembre de 1999 ; STS de 4 de marzo de 1997 por la cual el hecho de que en el contrato no se estableciera sanción alguna para el caso de incumplimiento por la entidad franquiciadora, y sí para la entidad

franquiciada, no implica que aquella parte no esté obligada al cumplimiento de sus propias obligaciones; SAP Madrid de 13 de enero de 1997 por la cual no puede proyectarse el concepto estricto de contrato de adhesión, pues la adhesión del franquiciado (comerciante) a la actividad empresarial del franquiciador, con aprovechamiento de sus marcas y fondo de comercio, necesariamente genera una limitación de su posición de libertad contractual.

En el presente caso, la alegada oposición en base a que el contrato discutido es de adhesión es nueva y no puede integrar el presente recurso de apelación al no ser debatidas en la instancia, vedado por otra parte, si bien se resuelve a los efectos de no poder alegar indefensión. Precisamente, las cláusulas fueron aceptadas voluntariamente, en autonomía de la voluntad, con los límites y limitaciones que las partes tuvieron por conveniente, y si bien algunas son pre-redactadas, no son impuestas, documentadas, disponibles y comprensibles; y que, en equilibrio de contraprestaciones, se descarta que sean clasificables de abusivas, como tampoco lo son los recursos, indemnizaciones y penalizaciones pactadas, siquiera la sumisión expresa al domicilio del franquiciador sobre la que no se formuló declinatoria (cláusula trigésima del contrato de franquicia).

SÉPTIMO

- Sobre la obtención de una indemnización, debemos analizar los motivos de la misma (hay que tener en cuenta las circunstancias que excluyen las indemnizaciones: art. 30 LCA):

1. "Daños y perjuicios": suele ser como consecuencia de haber resuelto de forma anticipada un contrato de duración definida: por resolver el contrato indefinido sin el adecuado "preaviso"; por incumplir pactos o compromisos.

En estos casos, para la determinación y cálculo de estos daños, se aplicará el régimen común del Código Civil (art. 1101 y ss.). Por eso, cabe hablar de:

- Lucro cesante: beneficios dejados de obtener (muy difícil cálculo si el contrato tiene duración indefinida).
- Daño emergente: por los costes que supuso adecuar locales; medios de transporte; publicidad en beneficio del empresario; indemnizaciones e personal; comisiones o retribuciones dejadas de percibir.

En este apartado, conviene hacer una precisión: el contrato de agencia regula la indemnización de daños y perjuicios en su art. 29 para el supuesto tan concreto de las inversiones o gastos realizados por indicación del empresario que no se hayan podido amortizar. Deben ser inversiones distintas a los nuevos gastos normales del agente (promoción, transporte,...). Por ejemplo, instalaciones especiales por las características particulares del producto.

2. "Por clientela": el problema consiste en comprobar si al extinguirse la colaboración, con independencia a los daños y perjuicios, el empresario continúa favoreciéndose de la clientela generada por la actividad profesional del agente, distribuidor o franquiciador.

Es evidente que, si el colaborador ha cumplido y le han resuelto el contrato sin justa causa, si ha generado nuevos clientes su actividad, el empresario se estaría "enriqueciendo injustamente", por eso hay que indemnizar. Pero también cabría obtener en determinadas circunstancias remuneración por clientela aunque el empresario hubiera actuado correctamente. Se llega a decir que la finalidad de esta indemnización es más remuneratoria de un trabajo más que indemnizar por un perjuicio, compensar por haber creado clientela durante la vigencia del contrato.

En contratos de franquicia no es tan frecuente este problema. La cuestión se plantea con toda su fuerza en los contratos de agencia y distribución.

El franquiciado es un empresario, persona física o jurídica que explota en nombre propio la empresa franquiciada y que asume frente al franquiciador las obligaciones que se derivan del contrato de franquicia, y que la Jurisprudencia ha configurado como un empresario independiente del franquiciado. Veremos que la obligación principal del franquiciado es de

carácter pecuniario, y que la suma a la que se verá obligada será en función de los servicios prestados al franquiciador. También es destacable su obligación de preservar la imagen del franquiciador y de su red. Además el franquiciado deberá cumplir las órdenes del franquiciador en relación con la aplicación y uso del saber hacer transmitido, la confidencialidad en cuanto a las técnicas comerciales, así como el suministro de la información que le requiera el franquiciador en relación con el ejercicio de la actividad y el uso de la propiedad industrial del franquiciador dentro de lo permitido. Además también tendrá restricciones en lo relativo a la suscripción de determinados pactos de exclusiva, pactos que no deberán infringir el Derecho de la competencia. A continuación se especifican las principales obligaciones del franquiciado:

- 1) Desarrollo de la actividad respetando y aplicando los métodos de gestión propuestos por el franquiciador, normas de establecimiento e instalaciones.
- 2) Atender a las contraprestaciones económicas de la concesión y prestaciones realizadas, normalmente consistentes en el pago de un canon de entrada, canon periódico de publicidad que puede ser calculado en un porcentaje sobre la facturación anual del franquiciado o sobre los productos adquiridos y royalties por el uso de las marcas.
- 3) Obligación de confidencialidad y secreto respecto de terceros del "know How" y otros secretos empresariales transmitidos por el franquiciador, incluso con posterioridad a la finalización del contrato.
- 4) No infracción de los derechos de propiedad industrial e intelectual cedidos, esto es, usarlos dentro del marco contractual.
- 5) Obligación de no competencia. El franquiciador no podrá ejercer actividad alguna que directa o indirectamente represente una competencia con la actividad que constituya objeto del contrato de franquicia y podrá ser mantenido en esta obligación durante un año con posterioridad a la terminación del contrato.
- 6) Información periódica al franquiciador de la gestión y trayectoria de las ventas.

7) Permitir la supervisión y control del franquiciador, haciendo posible el acceso a la contabilidad e inventario.

8) Con el fin de mantener la identidad y reputación de la red, el franquiciado se obligue a abastecerse exclusivamente del franquiciador o proveedores autorizados por el franquiciador. Este aprovisionamiento exclusivo sólo puede referirse a los productos que sean marca del franquiciador.

9) Obligación de vender o utilizar en el marco de la prestación de servicios productos de la marca del franquiciador así como productos que no son de la marca del franquiciador pero que se comercializan o usan en toda la red para el mantenimiento de una imagen uniforme.

10) Realizar una cifra anual de ventas.

11) No cesión del contrato ni del local sin la aprobación previa del franquiciador.

El segundo efecto derivado de la resolución unilateral abusiva es la indemnización de los daños y perjuicios causados al franquiciado por ella y en particular del daño emergente.

Una cuestión de especial relevancia en esta sede es la indemnización como daño emergente de parte del valor del canon de entrada en proporción al tiempo de contrato no disfrutado.

Ésta es una pretensión hecha valer habitualmente por los franquiciados en supuestos de resolución abusiva por parte del franquiciador y aun en casos en que el juzgador de instancia y la sala reconocieron la existencia de mutuos incumplimientos sin poder determinar a cuál de las dos partes debía imputársele el primer incumplimiento relevante.

Un problema esencial es la determinación del sentido y naturaleza del canon de entrada que establecen, en muchas ocasiones, los franquiciadores como requisito imprescindible para la incorporación a la red de un nuevo franquiciado.

La justificación del canon varía de caso a caso en la práctica contractual. En él pueden estar incluidos la valoración de los gastos que va a ocasionar al franquiciador la asistencia prestada por él mismo o su personal durante el período entre la estipulación del contrato y la apertura del establecimiento o el acceso al valor acumulado por la red en términos e buen nombre de la marca y know-how acumulado por ésta antes del ingreso en la misma.

En cambio el denominado canon periódico tiene como función remunerar el uso del modelo de empresa durante el período de vida del contrato. La contribución del franquiciado a la publicidad general de la red suele ser, y es conveniente que sea, objeto de un canon separado.

Para resolver correctamente la cuestión de la indemnización en concepto de falta de disfrute de las prestaciones aseguradas por el canon de entrada satisfecho habrá que tomar en cuenta que la contraprestación que se compromete a pagar el franquiciado está compuesta de ambos cánones o por el canon inicial unido a un porcentaje indeterminado del margen comercial del franquiciador en aquellas franquicias que no tienen establecido un canon periódico, como sucede en muchas de distribución en que el franquiciador es además fabricante de los productos comercializados por el franquiciado, y la naturaleza de las prestaciones que queden cubiertas por el canon, atendiendo al carácter duradero del contrato.

En un contrato de duración pueden existir prestaciones instantáneas y prestaciones duraderas. Las prestaciones duraderas pueden haberse realizado íntegramente o estar parcialmente pendientes de ejecución. La asistencia al franquiciado durante el período de instalación debe considerarse una prestación duradera que concluye en el momento de apertura del establecimiento. La parte del canon que corresponda a esta prestación no debe ser objeto de devolución al fin del contrato.

En cuanto al uso del modelo de empresa parece artificioso distinguir entre el aprovechamiento del goodwill de la marca y del know-how acumulado y el uso de los mismos. Ambos constituyen una misma prestación duradera durante toda la vida del contrato. En consecuencia se tratará de una prestación duradera parcialmente incumplida y el valor de la parte proporcional que corresponda al período de contrato no disfrutado como

consecuencia de la resolución unilateral injustificada por parte del franquiciador deberá ser entregado al franquiciado en concepto de indemnización de daños y perjuicios por daño emergente.

El fundamento del lucro cesante se encuentra en la propia indemnización del interés contractual positivo, esto es, en la necesidad de reponer al perjudicado en la situación en que se hallaría si el suceso dañoso no se hubiera producido, que fundamente la indemnización. Ello exige que se le indemnice también la ganancia que haya dejado de obtener.

Otro problema en esta sede consiste en dilucidar el período de tiempo relevante a los efectos del cálculo del lucro cesante. Este es respecto a qué período tras la extinción del contrato por resolución injustificada debe de considerarse que los beneficios que verosímilmente se han dejado de percibir constituyen lucro cesante. Dos son los períodos a tener en cuenta atendiendo a las circunstancias, el período restante de duración del contrato o el período de duración de la prohibición de competencia tras la extinción. Esta segunda opción obedece al hecho de que aunque la resolución contractual tiene como efecto la liberación de las partes del contrato el efecto liberatorio no afecta a las estipulaciones previstas en el contrato para el caso de extinción que producen sus efectos a partir de la misma.

Ídem. la STS de 4 de marzo de 1997.

En principio, y salvo pacto en contrario o distinto, la indemnización por daños y perjuicios tiene lugar, conforme al art. 1.124 del Código Civil, cuando se decreta la resolución del contrato y se prueba definitivamente la concurrencia de los mismos, al amparo del art. 1.101 y ss. del Código Civil, en el caso de los subsiguientes al cese de la distribución (Sentencia de 3 de julio de 1986).

Teniendo en cuenta la jurisprudencia del Tribunal Supremo, se da una relación de supuestos:

- a. Los beneficios dejados de obtener y derivados de los contratos de exclusiva (lucro cesante).

- b. Los gastos realizados por el distribuidor o cesionario en sus locales para representar dignamente al concedente o fabricante.
- c. Los gastos y desembolsos que se haya tenido que efectuar por indemnizaciones (laborales o de otro tipo) al personal, cuando la empresa no puede continuar por la resolución unilateral llevada a cabo por el concedente, lo que representa que se ha producido el despido de los dependientes y auxiliares comerciales, y
- d. El incremento de la clientela que gracias a la labor del concesionario ha experimentado su principal y supone que, extinguido el contrato, la cartera de clientes sigue disponiéndola el concedente.

También procede indemnización si no se cumple con el preaviso convenido (Sentencias de 27 de mayo de 1993, 18 de diciembre de 1995 y 25 de enero de 1996), o se actúa en forma abusiva, maliciosa, sin junta causa y conculcando la buena fe. El supuesto de indemnización por clientela representa una indemnización compensatoria, que ha de distinguirse de la indemnización de perjuicios derivada de incumplimiento, cuyo alcance normalmente será más amplio (Sentencia de 27 de mayo de 1993).

El cálculo de la compensación no puede llevarse con olvido de los márgenes de beneficios obtenidos por el concesionario, pero teniéndose siempre en cuenta las reducciones que resulten procedentes. Se debe centrar la indemnización en la exclusiva función de captación y consolidación de clientela, con lo que se remuneraría, y parece lo más justo y equitativo, la específica labor de apertura y creación de mercados para los productos objeto de la distribución.

Y a su vez, el franquiciado suele asumir las siguientes obligaciones: a) Usar correctamente las marcas y signos comerciales cedidos, que así como conforma derecho, también representa una obligación en su posición de usuario autorizado; b) Situar su establecimiento comercial en un lugar señalado y dotarlo de los equipamientos, decoración, publicidad y complementarios que le fije el franquiciante; c) Cumplir debidamente el uso y aplicación de los conocimientos técnicos y sistemas de comercialización del franquiciador, respetando su imagen, adquirir un mínimo de mercancías o materias primas, si así se convino, no difundir información confidencial de

tecnologías, aceptar inspecciones, respetar los precios señalados, y las instrucciones comunicadas, evacuar informes que le requiera el franquiciador sobre la situación de los mercados y pagar el precio del contrato, que equivale a la compensación económica a favor del principal, que en la práctica se hace operativa mediante el abono de una cantidad inicial que se fija en el contrato y se complementa con entregas sucesivas y periódicas en relación a las ventas o en atención a los plazos previstos.

El contrato se extingue cuando ha transcurrido el tiempo por el que se pactó, aunque es frecuente y casi normal que se estipule su continuación y renovación automática, salvo denuncia de cualquiera de las partes (Sentencia de 21 de octubre de 1996). En los supuestos de no fijarse término de duración, cabe la resolución anticipada, mediante preaviso de alguna de las partes.

En el caso de autos, la demandada ha incumplido claramente sus obligaciones contractuales, y las indemnizaciones derivadas y pactadas pero, si bien no lo es la cláusula penal, sí la indemnización por finalización anticipada (período pendiente por royalty medio mensual) desproporcionada, máxime atendida la duración de 8 años prevista del contrato (cláusula 4.1); concretamente no ha abonado los "royalties" que ascienden a 24.364,55 Euros, ni a los proveedores, cuyos impagos (cl. 7.2) han sido reconocidos por la propia demandada, que debe ponerse en relación a la indemnización por los "royalties" dejados de percibir por la finalización anticipada e imputable a "Puentes de Pozuelo, SA", y con la derivada de la cláusula penal desde el 18 de marzo de 2009, a razón de 300.- euros/día (cláusula 20ª) hasta la efectiva entrega, por no devolver el Manual de la franquicia y sus Anexos, ambas que se estiman, sin perjuicio de la facultad de moderar la primera.

Tales impagos trimestrales facultan al franquiciador para resolver el contrato y exigir las indemnizaciones y la aplicación de la cláusula penal (cláusula 19ª, 9.2 y 20ª).

Las facturas impagadas (f. 46, 47, 49, 52 a 54, 56, 62, 67) generaron gastos bancarios por devolución de cheques (f. 48, 50, 51, 55 y 63 a 66 de autos), que conforman la suma reclamada por tales conceptos.

OCTAVO

- Son cláusulas penales, habituales en los contratos de franquicia, según SAP de Barcelona de 4 de marzo de 2004: "(responsabilidad conforme a las reglas generales de liquidación del daño), cumple una función coercitiva o de garantía, incluso otra estrictamente penal en la medida en que sanciona o castiga el incumplimiento. De ahí que merezca el mismo tratamiento que una cláusula penal (arts. 1.152 y ss. CC)"

Circunstancia que habilita al Juez para aplicar la facultad moderadora prevista en el art. 1.154 del Código Civil. Cláusula penal que puede incluirse en el propio contrato de franquicia o en un negocio separado pero relacionado con el de franquicia (SAP de Barcelona de 2 de abril de 2003). Este tipo de cláusulas facilitan la determinación de los perjuicios en los supuestos de resolución de los contratos y la interpretación del alcance y contenido de las mismas queda sujeta al criterio interpretativo general de las mismas.

La genéricamente denominada "cláusula penal" puede desempeñar funciones bien diversas, como ya señalara de forma particularmente cuidadosa la STS de 21 de febrero de 1969 : "Nuestro ordenamiento jurídico admite esa triple finalidad de la cláusula penal, asignándole una "función liquidatoria", sustitutiva de la indemnización de daños y perjuicios en el art. 1.152.1 ; una "misión liberatoria" en el párrafo primero del art. 1.153 y sentencias de 28 de diciembre de 1946, 25 de enero de 1957 y 28 de febrero de 1961 -multa penitencialis-; y una "función" verdaderamente "penal" en el párrafo segundo de este último artículo -pena cumulativa-...". En efecto, según nuestro Código Civil (que, a fin de cuentas no hace más que recoger y sistematizar los supuestos y conocidos en la práctica con anterioridad a la codificación), la estipulación que tiene por objeto el establecimiento de una cláusula penal desempeña con carácter general un papel garantista del cumplimiento de la obligación. Pero dicha finalidad puede conseguirse de formas tan diversas que resulta preferible optar por exponer ante todo las diferentes especies del supuesto genérico de cláusula penal.

Conforme al tenor del artículo 1.152.1 y atendiendo a la práctica, la función característica y propia de la cláusula penal estriba en ser una previsión negocial sustitutiva de la indemnización de daños y perjuicios para el supuesto de incumplimiento definitivo de la obligación: "en las obligaciones con cláusula penal, la pena sustituirá a la indemnización de daños y al abono de intereses en caso de falta de cumplimiento, si otra cosa no se hubiera pactado".

Se habla, por tanto, de "pena sustitutiva o compensatoria" cuando las partes valoran anticipadamente los posibles daños y perjuicios que el incumplimiento de la obligación puede acarrear al acreedor. Siendo una valoración anticipada, ni que decir tiene que la cuantificación prevista por las partes no tiene por qué guardar correlación alguna con los futuros y eventuales daños y perjuicios.

Tratándose de la cláusula penal se ha declarado, por el contrario, que exime al acreedor del deber de probar la existencia de los daños y perjuicios sufridos y su evaluación, a cuyo efecto las partes pactan de antemano la extensión cuantitativa en que se ha de traducir el resarcimiento sin necesidad de aquella prueba (SSTS de 20 de mayo de 1986 y 10 de noviembre de 1983).

Por su lado, la segunda parte del artículo 1.153 evidencia que "el acreedor podrá exigir conjuntamente el cumplimiento de la obligación y la satisfacción de la pena" siempre que "esta facultad le haya sido claramente otorgada"

En tales casos, se habla de "pena cumulativa" en cuanto la reclamación del acreedor acumula, adiciona o agrega la pena y el cumplimiento (o la pena y la indemnización común, por falta de cumplimiento o resolución del contrato).

La multa penitencial constituye un supuesto concreto de "obligación con cláusula facultativa" que, técnicamente hablando y pretiriendo la valoración económica pertinente en cada caso, no agrava la responsabilidad del deudor en caso de incumplimiento (como hace la cláusula penal), sino que le

permite dejar de cumplir la obligación principal o garantizada, sustituyéndola por la prestación de la pena.

Finalmente, la cláusula penal es una "obligación subsidiaria", en cuanto sólo es exigible por el acreedor en caso de incumplimiento de la obligación principal. Si ésta es cumplida, la pena queda automáticamente extinguida.

Respecto de la exigibilidad de la cláusula penal el Código Civil contiene una regla sumamente críptica: "sólo podrá hacerse efectiva la pena cuando éste fuere exigible conforme a las disposiciones del presente Código" (art. 1.152,2).

La pena constituye un medio de garantizar el cumplimiento de la obligación, participa de las características que definen el concepto de garantía, dado que realmente se pretende agravar la responsabilidad del deudor, constriñéndolo a un cumplimiento regular, asegurando la satisfacción del crédito, tiene " como función principal la de añadir un plus de onerosidad al convenio para la parte que no la cumple y de esta manera actúa precautoriamente como estimulante para la adecuada y perfecta ejecución comercial" (STS de 19 de diciembre de 1991, 7 de marzo de 1992 y 12 de abril de 1993).

Por ello y resumiendo la posición de la jurisprudencia para la STS de 19 de diciembre de 1990 es una verdadera cláusula de garantía.

Es indudable que la cláusula actúa sobre la voluntad del deudor, que para evitar que le sea impuesta la obligación en que consiste la pena, procurará dar regular cumplimiento a la obligación principal asegurada.

En cualquier caso es esencial para su validez que la ejecución o aplicación de la cláusula penal no dependa de la voluntad de una sola de las partes contratantes estimando el Tribunal Supremo que ello no ocurre cuando entra en juego en virtud del incumplimiento de los términos del contrato(STS de 26 de noviembre de 1992).

Reiteradamente la doctrina del Tribunal Supremo ha proclamado que la cláusula penal, que sustituye la indemnización, es una excepción al régimen general de las obligaciones por lo que debe interpretarse restrictivamente: STS de 9 de noviembre de 1993 y 9 de marzo de 1989 : la interpretación más adecuada en relación con la naturaleza de la cláusula penal, es la restrictiva, STS de 26 de diciembre de 1990 : en la interpretación del significado y alcance de una cláusula penal se debe evitar imponer sobre el contratante una carga abusiva, usuraria o desproporcionada con las circunstancias de hecho, STS de 8 de febrero de 1993 : resulta acorde con las reglas de la lógica y los criterios de razonabilidad limitar la extensión cuantitativa de la cláusula penal, conforme también con un alcance restrictivo en la interpretación de cláusulas de esta naturaleza, STS de 14 de febrero de 1992 : además de exigirse el pacto expreso, han de interpretarse restrictivamente. En definitiva es abundante la doctrina jurisprudencial que establece que las dudas respecto de su existencia, contenido y alcance han de ser interpretadas con carácter restrictivo.

Esta interpretación restrictiva, no debe ser asumida como actitud previa dirigida a reducir el alcance de la estipulación, ya que sólo debemos acudir a esta doctrina en caso de duda o inseguridad.

Es indudable que la cláusula actúa sobre la voluntad del deudor, que para evita que le sea

En este caso concreto, la cláusula penal no sustituye a la indemnización por daños y perjuicios irrogados, cada una con su función, como antes se ha explicitado, y no se entiende abusiva.

NOVENO

- Por lo general, la previsión convencional de la cláusula penal está referida, lisa y llanamente, al incumplimiento de la obligación principal. Ello es natural, ya que resulta prácticamente imposible prever todos los supuestos de incumplimiento. Pero, al mismo tiempo, plantea un grave problema cuando el incumplimiento no ha sido total, sino sólo parcial o defectuoso.

Para atender a dicho problema dispone el art. 1.154 que "el Juez modificará equitativamente la pena cuando la obligación principal hubiera sido en parte o irregularmente cumplida por el deudor".

La moderación judicial sólo entrará en juego cuando las partes no hayan previsto el supuesto de incumplimiento parcial, defectuoso o extemporáneo que, realmente, haya tenido lugar, llegado el momento de cumplimiento.

Por supuesto, la facultad de moderación judicial queda excluida de pleno en los casos de incumplimiento total. La propia jurisprudencia (STS de 3 de junio de 1973) declara la inaplicabilidad del art. 1.154 cuando el deudor no logre acreditar que, al menos, ha cumplido parcial o irregularmente.

Ad exemplum en la STS de 29 de enero de 1992, existiendo modificaciones en la obra, "si bien no sustanciales", y teniendo en cuenta el exiguo plazo convenido admite la reducción de su importe acudiendo al art. 1.154 CC, en los mismos términos en la STS de 20 de abril de 1983, se hace uso de la "facultad moderadora" por acreditarse la realización, como fruto de acuerdos posteriores, de obras que no estaban en el proyecto ni fueron objeto de contratación en el convenio en que se estableció la cláusula penal, y a las que se atribuye, en parte, el retraso habido, aplicándose también poco acertadamente el precepto mencionado, en la STS de 6 de febrero de 1979, al obedecer el retraso a la desidia del propio actor en la elección de los últimos materiales ornamentales para la conclusión de la obra y a sucesivas variaciones en la obra proyectada. En todos estos casos el criterio adecuado es el de reducir la pena en la parte en que el retraso no es imputable al deudor, en traslado de la doctrina expuesta con anterioridad, que parte de la necesaria atribución al deudor del incumplimiento para la exigencia de la pena, sin acudir a la facultad moderadora prevista en el art. 1.154 CC, aplicando el criterio ya empleado por la STS de 15 de julio de 1989, que estima que si parte del retraso se debe a fuerza mayor y otra parte a la responsabilidad del contratista, se incurre en la pena por el número de días, o en su caso a los períodos de tiempo que se haya producido el retraso por culpa del deudor, es decir reducir su cuantía al no ser aplicable a la porción del incumplimiento que no es exigible al deudor, criterio al que también acertadamente acude la STS de 3 de noviembre de 1990, donde descuenta días por baja laboral de los trabajadores, aplicando

la pena a los restantes, incluidos los días no hábiles para el trabajo en la construcción y los que hubo bajas temperaturas en la zona que se pretendían excluir.

Es doctrina reiterada, STS de 27 de marzo de 1982 y 5 de noviembre de 1964, que la eficacia de la cláusula penal, su aplicación, siempre está subordinada al hecho de que existiera incumplimiento de aquella precisa obligación en cuya garantía fue establecida la pena, sin embargo ello no impide que cuando se pacte con amplitud, pueda la estipulación aplicarse a cualquier obligación incumplida, este es el caso de la STS de 9 de julio de 1991.

Sin embargo, cuando la obligación para cuya garantía se estableció la penalidad civil, ha sido cumplida parcialmente, dado que en tal situación necesariamente debe aplicarse el art. 1.154 CC, como establece la STS de 16 de marzo de 1979, la cantidad reclamada procedente de la cláusula penal además de no devengar intereses no podrá estimarse como deuda líquida y exigible. La redacción del art. 1.154 permite extender la eficacia de la facultad moderadora a cualquiera de los supuestos de la cláusula penal: "coercitivo, "penal" y "sustitutivo o liquidatorio".

Por otra parte la STS de 19 de febrero de 1985 recuerda que es irrelevante a los efectos de la moderación el que la pena resulte desproporcionada o abusiva, y la STS de 13 de julio de 1984.

En esta misma línea se sitúan otras sentencias anteriores, 21 de mayo de 1948 y 8 de marzo de 1951, que precisaban que la moderación de la pena por el juez depende de que haya cumplimiento parcial, no de la buena o mala fe del deudor.

Pese a ello, lejos de ser pacífica la doctrina anterior, aunque sí mayoritaria y técnicamente más correcta, existen otras sentencias que, frente a las anteriores, confieren un amplio sentido a la facultad otorgada en el art. 1.154 y entienden que: "cualquier exceso o desvío que pudiera existir en la cuantificación o exigencia de la misma está perfectamente restaurado o corregido merced a la facultad discrecional que confiere a los tribunales el

art. 1.154". STS de 26 de diciembre de 1990, partiendo de idéntica posición la STS de 1 de octubre de 1990.

Siempre que existe incumplimiento parcial procede la moderación de la pena, así lo ha proclamado en reiteradas ocasiones nuestra jurisprudencia, entre ellas destacamos la reciente sentencia de 25 de enero de 1995 que ante un incumplimiento parcial estima que cabe hacer uso de la facultad moderadora, la de 3 de octubre de 1989, que se enfrenta ante un supuesto de hecho de gran frecuencia, pago parcial, y acuerda moderar y reducir el importe de la pena, la de 20 de octubre de 1988 que estima bien realizada la aplicación del 1.154 CC partiendo del "hecho indiscutido de un cumplimiento parcial", mencionando, además, otros motivos para justificar la reducción, como que el requerimiento resolutorio se produjo dentro de los cinco días siguientes a aquél en el que debió haberse entregado la cantidad, que la obra contemplada como realizable en la fecha del contrato presentó dificultades urbanísticas, y la excesiva cuantía de la pena, la de 5 de noviembre de 1984, que entiende que la reducción aparece justificada, por el hecho de haber dado comienzo el demandante comprador a cumplir su obligación, abonando las letras convenidas en el contrato, y la de 20 de abril de 1983 que ante la obligación de entrega de la cosa, irregularmente cumplida por el contratista, justifica, ampliamente, el uso hecho por la Sala de instancia del art. 1.154 del CC, moderando, a su amparo, equitativamente, la multa penitencial convenida.

Por otra parte numerosas sentencias, como las de 31 de mayo de 1994, 8 de febrero de 1993, 27 de julio de 1992, 2 de junio de 1991, 23 de octubre de 1990, 19 de febrero de 1990, 10 de mayo de 1989, 3 de enero de 1964, 8 de enero de 1945, 19 de junio de 1941, 26 de octubre de 1934, 10 de diciembre de 1932, 30 de enero de 1932, proclaman el carácter imperativo de la moderación que señala el art. 1.154 del Código, como efecto de la declaración de incumplimiento o cumplimiento defectuoso de la obligación a que afecta la cláusula.

Algunos autores basan la moderación en este caso en que la finalidad del precepto, no reside en rebajar equitativamente una pena excesivamente elevada, sino en que las partes, al pactar la pena, pensaron en el caso de incumplimiento total y evaluaron la pena en consideración de esta hipótesis,

nada más lógico que si el incumplimiento no fue total en la intención de las partes no se deba íntegramente la pena, sino en proporción al pago parcial. La jurisprudencia normalmente estima que se produce un incumplimiento parcial cuando se abona parte del precio total, aunque se pactase que la cláusula penal actuaría ante el "impago del cualquiera de los plazos", y admite la moderación en base al cumplimiento parcial en tales casos, STS 8 enero de 1945, 11 de marzo de 1957, 19 de mayo de 1958, 13 de junio de 1962, 3 de febrero de 1973, 26 de enero de 1980, a título ejemplificativo, recogemos los fundamentos de la STS de 7 de junio de 1991.

Para determinar el alcance de la moderación y el modo de llevarla a cabo apenas encontramos criterios jurisprudenciales que puedan servirnos de guía, entre los escasos pronunciamientos a los que podemos acudir citamos la STS de 8 de enero de 1945, que declara que el juez para la modificación, tomará en cuenta las normas generales de la equidad y especialmente, el grado de culpa y la intensidad del perjuicio ocasionado. Cuando se han moderado penas moratorias, así la STS de 19 de diciembre de 1986, suele con frecuencia multiplicarse el número de días naturales por un tanto por ciento de la penalidad diaria prevista aplicable desde el día previsto de cumplimiento (terminación obras), hasta la fecha efectiva en que se satisface el interés del acreedor (conclusión real de la obra).

En tal sentido, y habida cuenta tanto de la duración contractual pendiente al producirse el requerimiento resolutorio a efectos de determinación de los daños y perjuicios, como que a éste se adiciona la cláusula penal no desproporcionada, estima este Tribunal en equidad que la primera debe quedar definitivamente fijada en 54.894,20 euros (cláusula 22ª). Por demás, la cláusula penal diaria fue reclamada, previa actualización, en el acto de la audiencia previa y devengará hasta el día en que el Manual y Anexos se devuelvan a la actora.

DÉCIMO

- La estimación parcial del recurso de Apelación impide hacer expresa imposición a las partes de las costas procesales causadas en esta alada, en una estricta aplicación de los principios objetivo y de vencimiento, y

conforme a lo prevenido en los art. 398, 395 y 394 de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

En atención a todo lo precedentemente expuesto, esta Sala de la Sección Quinta de la Audiencia Provincial de Palma de Mallorca HA DECIDIDO:

FALLAMOS

1º) Estimar en parte el Recurso de Apelación interpuesto por el Procurador de los Tribunales D. Francisco Barceló Obrador, en representación de la entidad "Puentes de Pozuelo, SA", contra la Sentencia de fecha 8 de marzo de 2011, dictada por el Juzgado de Primera Instancia nº 9 de esta Capital, en los autos de Juicio Ordinario nº 811/2009, de que dimana el presente Rollo de Sala; y en su virtud,

2º.) Confirmamos los pronunciamientos que la resolución impugnada contiene; salvo que la indemnización por daños y perjuicios (apartado b) de la sentencia recurrida) queda fijada en la cantidad de 54.894,20 Euros.

3º.) No procede hacer especial pronunciamiento respecto de las costas procesales devengadas en esta alzada.

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

PUBLICACION.- Dada y pronunciada fue la anterior Sentencia por los Ilmos. Sres. Magistrados que la firman y leída por el Ilmo. Magistrado Ponente en el mismo día de su fecha, de lo que yo la Secretaria certifico