

Procedimiento: CIVIL

AUD.PROVINCIAL SECCION N. 2

LEON

SENTENCIA: 00326/2011

AUD.PROVINCIAL SECCION N. 2

LEON

N01250

C., EL CID, 20

UNIDAD PROCESAL AYUDA DIRECTA

Tfno.: 987/233159 Fax: 987/232657

N.I.G. 24089 42 1 2009 0007820

ROLLO: RECURSO DE APELACION (LECN) 0000338 /2011

Juzgado de procedencia:JUZGADO DE PRIMERA INSTANCIA N.1 de LEON

Procedimiento de origen:PROCEDIMIENTO ORDINARIO 0000774 /2009

Apelante: AFOSER ZAMORANA DE SERVICIOS SOCIALES SL

Procurador: CRISTINA DE PRADO SARABIA

Abogado:

Apelado: GRUPO INDES EDADES SL

Procurador: SANTIAGO MARCOS MANOVEL LOPEZ

Abogado: JOSE LUIS CELEMIN SANTOS

SENTENCIA NUM. 326-11

ILMOS/A SRES/A:

D. ALBERTO FRANCISCO ALVAREZ RODRIGUEZ.- Presidente

D. ANTONIO MUÑOZ DIEZ.- Magistrado

D^a M^a DEL PILAR ROBLES GARCIA.- Magistrada

En León, a cuatro de noviembre de dos mil once.

VISTOS en grado de apelación ante esta Sección Segunda, de la Audiencia Provincial de León, los Autos de Procedimiento Ordinario 774/2009, procedentes del Juzgado de Primera Instancia Nº. 1 de León, a los que ha correspondido el Rollo Recurso de Apelación (LECN) 338/2011, en los que aparece como parte apelante AFOSER ZAMORANA DE SERVICIOS SOCIALES SL, representada por la Procuradora Doña. Cristina de Prado Sarabia y asistida por el Letrado D. Jaime Sanz Fernández-Soto y como parte apelada GRUPO INDES EDADES SL, representado por el Procurador D. Santiago Marcos Manovel López y asistido por el Letrado D. José Luis Celemín Santos, sobre reclamación cantidad, siendo Magistrado Ponente el Ilmo. D. ANTONIO MUÑIZ DIEZ.

ANTECEDENTES DE HECHO:

PRIMERO.-Por el Juzgado expresado al margen, se dictó sentencia en los referidos autos, con fecha 12 de enero de 2011, cuya parte dispositiva, literalmente copiada dice así: "**FALLO:** Que desestimando íntegramente la demanda presentada por AFOSER Zamorana de Servicios Sociales, SL, representada procesalmente por la Procuradora Sra. De Prado Sarabia, contra Grupo IDES EDADES, SL, representada por el Procurador Sr. Manovel López, y estimando parcialmente la demanda reconvenzional interpuesta por la demandada contra la demandante principal:

1) Debo absolver y absuelvo a Grupo IDES EDADES, SL de todos los pedimentos contra ella dirigidos.

2) Debo declarar y declaro resuelto el contrato de franquicia suscrito entre Grupo IDES EDADES, SL y AFOSER Zamorana de Servicios Sociales, SL en fecha 5 de mayo de 2008, por incumplimiento imputable a la franquicia, condenando a AFOSER Zamorana de Servicios Sociales, SL al pago a Grupo IDES EDADES, SL de una suma de 21.396 euros, más los intereses previstos por el artículo 576 de la Ley de Enjuiciamiento Civil

3) Debo condenar y condeno a AFOSER Zamorana de Servicios Sociales, SL al pago de las costas causadas en esta instancia como consecuencia de la demanda principal, sin hacer especial pronunciamiento respecto de las causadas por la reconvección "

SEGUNDO.-Contra la relacionada sentencia, se interpuso por la parte demandante recurso de apelación ante el Juzgado, y dado traslado a la contra parte, por ésta se presentó escrito de oposición, remitiéndose las actuaciones a esta Sala y señalándose para la deliberación, el pasado día 31 de Octubre.

TERCERO.-En la tramitación del presente recurso se han observado las prescripciones legales.

FUNDAMENTOS DE DERECHO:

PRIMERO.-La entidad "Afozer Zamorana de Servicios Sociales, S.L." formuló demanda frente a la demandada, la entidad "Grupo Indes Edades, S.L.", con la que, con fecha 5 de mayo de 2008, había suscrito un contrato de franquicia, con base en los incumplimientos contractuales de esta última en cuanto: a) entrega del dossier informativo precontractual; b) la obligación de comunicar un "know how"; c) la obligación de prestar asistencia técnica y comercial; d) la obligación de prestar un asesoramiento continuado; e) la obligación de formación de personal; f) obligación de mantener un contacto permanente; y g) obligación de entregar determinada documentación, interesando, en consecuencia, la resolución del contrato de franquicia y

se condenara a la demandada a hacerle devolución del canon de entrada, o al menos, de la parte correspondiente a las cuatro quintas partes de la cantidad entregadas mas tres meses y se declarara la nulidad de la cláusula tercera en lo referente a la obligación de entregar el nombre y dirección de los clientes y la de la cláusula decimoséptima referida al pacto de no competencia post-contractual. La demandada se opuso a la demanda negando la existencia de los incumplimientos imputados por la demandante como fundamento de la resolución del contrato por incumplimiento y formula demanda reconvenicional contra la actora ejercitando acción de resolución del contrato por incumplimiento de la demandante reconvenida consistente en el impago de sus obligaciones económicas -abono de royalties- y haber resuelto unilateral e injustificadamente el contrato, solicitando, la resolución del contrato por incumplimiento de la franquiciada y la condena de la misma a abonar a "Grupo Indes Edades, S.L." la cantidad de 29.052,00 euros, mas intereses legales, en concepto de daños y perjuicios.

La demandante reconvenida se opuso a la demanda reconvenicional alegando que el incumplimiento de la franquiciada responde a los previos incumplimientos de la demandada reconviniente y la improcedencia, en consecuencia, de las cantidades reclamadas.

La sentencia dictada en la primera instancia desestima la demanda principal y estima parcialmente la demanda reconvenicional declarando resuelto el contrato de franquicia que ligaba a las partes por incumplimiento de la franquiciada y condena a esta ultima, la entidad "Afozer Zamorana de Servicios Sociales, S.L." a abonar a la actora reconvenicional la cantidad de de 21.396 euros.

Contra dicha sentencia, y en disconformidad con la misma, se interpone recurso de apelación únicamente por la demandante principal, la entidad "Afozer Zamorana de Servicios Sociales, S.L.", por los motivos que pasamos a examinar.

SEGUNDO.-En relación con el contrato de franquicia la STS de 21 de octubre de 2005 señala que "la sentencia de 27 de septiembre de 1.996 , cuya doctrina es reproducida en lo fundamental en la Sentencia de 30 de abril de 1.998 , 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 1.996 (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; y, 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 1.997 (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".

En nuestro caso, es el contrato denominado de franquicia acompañado como documento número 1 de la demanda, de fecha 5 de mayo de 2008, el que delimita los derechos y obligaciones para cada una de las partes contratantes, encontrándonos ante un supuesto en que franquiciador y franquiciado se reprochan recíproco incumplimiento contractual, si bien la conclusión obtenida por la juzgadora de instancia, tras valoración de las pruebas practicadas, es la de que ha sido la franquiciada la que ha incumplido las obligaciones económicas derivadas del contrato y el pacto de no concurrencia al continuar explotando el mismo negocio en el que se inició con la franquicia tras desvincularse de la misma, conclusión que la ahora recurrente trata de combatir alegando, como ya hizo en la instancia, que ha sido la franquiciadora la que ha incumplido previamente sus obligaciones lo que le conferiría el derecho a dar por resuelto el contrato.

TERCERO.-La parte actora, ahora recurrente, reitera, como queda dicho, en esta alzada su pretensión resolutoria del contrato de franquicia por los incumplimientos de la entidad franquiciadora, la demandada "Grupo Indes Edades, S.L." respecto a sus obligaciones legales y contractuales, en concreto, y en primer lugar, el deber de información precontractual.

El deber de información precontractual en las redes de franquicia fue instaurado por el artículo 62.3 de la Ley 7/1996, de 15 de enero, de Ordenación del Comercio Minorista y bajo su influencia el art. 3 del Real Decreto 2485/1998 desarrolla el contenido del mismo, estableciendo que con una antelación de veinte días a la firma del contrato o precontrato de franquicia o a la entrega por parte del futuro franquiciado al franquiciador de cualquier pago, el franquiciador principal deberá dar por escrito al potencial franquiciado información veraz y no engañosa sobre sus principales datos de identificación, derechos de propiedad industrial, sector de la actividad franquiciada, experiencia, contenido y características de la franquicia y de su explotación, estructura o extensión de la red en España y los elementos esenciales del acuerdo.

La justificación de esta exigencia de que la información se entregue por escrito es permitir al potencial miembro de la red examinar y evaluar la información que se le presenta en modo reflexivo, y poder prestar así un consentimiento informado.

No obstante, como señala la doctrina, la exigencia legal del art. 3 RD 2485/1998 de que la información precontractual conste por escrito deberá interpretarse en términos amplios, adaptándolo a las nuevas realidades, -la introducción de la tecnología en la negociación- y entender que el requisito de escritura se refiere a que la información conste en un soporte duradero y accesible, y así es lo cierto que la utilización de nuevas tecnologías en el ámbito del deber de transparencia en los contratos de red permite nuevas posibilidades de cumplimiento de la obligación de información precontractual,

la primera de ellas sería de que el documento de información se encuentre en la página web del cabeza de red.

Así, a efectos ejemplificativos, la Ley Modelo sobre Comercio Electrónico aprobada por la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (16 de diciembre de 1996), tras señalar en su preámbulo que se observa que un número creciente de transacciones comerciales internacionales se realizan por medio del intercambio electrónico de datos y por otros medios de comunicación, habitualmente conocidos como "comercio electrónico", en los que se usan métodos de comunicación y almacenamiento de información sustitutivos de los que utilizan papel, establece en el artículo 6.1 que "cuando la ley requiera que la información conste por escrito, ese requisito quedará satisfecho con un mensaje de datos si la información que éste contiene es accesible para su ulterior consulta", y en el 2 que "el párrafo 1 será aplicable tanto si el requisito en él previsto está expresado en forma de obligación como si la ley simplemente prevé consecuencias en el caso de que la información no conste por escrito".

En el presente caso la representante de la demandante, D^a Encarna, ha reconocido en el acto del juicio que conoció al Grupo Edades a través de internet, que buscó entre diversas franquicias y que optó por aquella por ser la más económica, que el primer contacto con la franquiciadora fue telefónico y que después vino a León donde tuvo una entrevista con el Sr. Hipólito, que hizo la reserva previa y que luego volvieron a reunirse al firmar el contrato en Zamora, del cual previamente le habían mandado un modelo así como documentación y que las líneas del negocio las vio en internet, ya que en la página web venía todo estupendamente.

De todo ello no cabe sino concluir que cuando se firmó el contrato definitivo el 5 de mayo de 2008 (documento nº 1 de la demanda) y se entregó la parte fundamental que restaba en concepto de canon - 15.900 euros más IVA- por derechos de entrada, ya que otros 1.000 euros se habían entregado con anterioridad por la reserva, la franquiciada contaba con toda la información necesaria para decidir libremente y con conocimiento de causa el otorgamiento del contrato, así como los principales datos de la empresa franquiciadora, descripción del sector objeto de negocio, contenido y características de la franquicia y su explotación, estructura de la red y elementos esenciales del contrato.

El propio desarrollo posterior del negocio, que la actora continúa explotando en la actualidad, bajo la marca "Cuidare" avala tal conocimiento.

Es más, en ningún momento por parte de la demandante se residenció la causa del descontento y posterior resolución en una supuesta falta de información veraz y completa en el período precontractual (burofax de fecha 9 de febrero de 2009).

Debe por todo ello el motivo decaer.

CUARTO.-En segundo lugar se reitera por la actora que por la demandada se había desconocido el contenido del artículo 2 del Real Decreto 2485/1998 que obliga al franquiciador a facilitar al franquiciado el "saber hacer" o "know how" para el desarrollo del negocio.

La transmisión del "know how" del franquiciador al franquiciado es un requisito básico del contrato de franquicia según la legislación comunitaria y la doctrina jurisprudencial.

Respecto al "know how", como dice la STS de 21 de octubre de 2005, "el principal problema consiste en determinar que cabe entender por "know how", "saber como", si bien en la traducción al castellano del Reglamento Comunitario 4087/88 se utiliza la expresión "saber hacer", procedente de la versión francesa "savoir faire", (así también el RD 2.485/98, de 13 de nov.)-; aunque ya cabe adelantar que no hay un concepto preciso, y que además varía en relación con las distintas modalidades de franquicia y sector de mercado a que se refiere, o incluso cuando opera con autonomía. 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 1.979 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...".

Pues bien, negar la existencia del "know how" del franquiciador supone desconocer - como ya se expuso- el carácter de requisito básico del contrato de franquicia que tiene la transmisión del "know how" del franquiciador. Supone también ignorar el propio contenido del contrato de autos. En efecto, en la cláusula vigesimosegunda del Contrato de Franquicia de 5 de mayo de 2008 , la franquiciada reconoce haber recibido del "Grupo Indes Edades, S.L.". la totalidad del material indicado en la cláusula duodécima del capítulo Sexto , que incluye un paquete administrativo (inicio de la actividad), un paquete de formación, un paquete corporativo (elementos gráficos), un paquete de publicidad, un paquete de oficina y el denominado Manual Operativo. Asimismo la representante de la actora reconoció que tras la firma del contrato se le facilitó una clave para entrar en la intranet de la franquiciadora, donde se cuelga información y documentación de interés para el desarrollo del negocio y la cual se va actualizando continuamente.

No podemos, pues, negar la transmisión de ese "saber hacer" o "know how" desde que en ejecución del contrato de franquicia de 5 de mayo de 2008 "Afozer Zamorana de Servicios Sociales, S.L." llegó a aperturar y abrir al público el negocio objeto del contrato de franquicia, bajo la marca Edades, y conforme a los métodos y técnicas establecidas por la franquiciadora iniciándose en la explotación del negocio. Resulta, además, relevante a este respecto lo manifestado por la representante legal de la demandante sobre el total desconocimiento que tenía antes de firmar el contrato de franquicia sobre los negocios objetos de la misma pues desde esta perspectiva mal se puede entender pudiera iniciar la explotación del negocio y continuar su posterior desarrollo, que en la actualidad realiza bajo la marca "Cuidare", si no se le hubiesen transmitido los métodos y técnicas establecidas por la franquiciadora y que constituyen ese "saber hacer" o "know how".

Por todo ello también este motivo de recurso debe decaer.

QUINTO.-Se reitera igualmente por la recurrente la alegación relativa al incumplimiento por parte de la franquiciadora de la obligación de formación de personal.

La obligación de formación tiene por función el adiestramiento, preparación y entrenamiento del franquiciado y su personal en la explotación del modelo de empresa para la finalidad contractualmente acordada.

Resulta acreditado, por el propio reconocimiento de la representante legal de la actora, que tras la suscripción del contrato de franquicia, la misma asistió a un curso de formación durante dos días y medio en León, y que le fue facilitada la clave para acceder a la intranet de la franquiciadora donde se cuelga diversa documentación e información de interés, que se va actualizando.

En el contrato suscrito por las partes en 5 de mayo de 2008 (cláusula duodécima) se prevé como obligación del franquiciador la facilitar al franquiciado el asesoramiento y orientación en relación al adiestramiento y gestión de personal dependiente del mismo

dedicando a tal fin un periodo de cuatro semanas desde la fecha del contrato, en sus instalaciones.

No puede afirmarse que la formación inicial no fuera prestada, pues se reconoce el curso inicial de dos días y medio en León, que ha de estimarse suficiente para instruir al franquiciado en las nociones básicas. Asimismo, se reconoce que la documentación prevista en el contrato de franquicia fue entregada. Y en cuanto a la prestación del asesoramiento y orientación en relación al adiestramiento y gestión de personal dependiente de la franquiciada, en sus instalaciones, debemos estar conformes con el criterio de la juzgadora de instancia de que el mismo no había de ser necesariamente presencial, pues, como ya dijimos respecto a la información precontractual, las nuevas tecnologías permiten nuevas posibilidades de cumplimiento también en cuanto al cumplimiento de esta obligación de asesoramiento.

A este respecto resulta significativa la relación de llamadas telefónicas y correos electrónicos aportados por la demandada (documento número seis) que patentizan sobradamente el cumplimiento por parte del franquiciador de su obligación de asistencia y formación continuada.

Asimismo resulta relevante que por parte de la actora no se haya aportado ningún documento (fax, correo electrónico) de fecha anterior a la ruptura de relaciones (burofax de 9 de febrero de 2009) en el que el franquiciado haya solicitado asistencia o comunique sus quejas por el deficiente cumplimiento de sus obligaciones por el franquiciador, en concreto no atender la solicitud de asistencia y formación continuada.

Es por todo ello que no puede afirmarse que la obligación de asesoramiento y orientación en relación al adiestramiento y gestión del personal dependiente de la franquiciada no fuera prestada.

Por lo expuesto el motivo de recurso debe ser rechazado.

SEXTO.-El siguiente motivo de recurso viene referido a la devolución del canon de entrada y puesta en marcha del negocio de franquicia (16.900 €), al considerar la recurrente que procedía la devolución de dicho canon o, subsidiariamente, de la parte del mismo correspondiente al período por transcurrir en el momento de la resolución del contrato, de los 5 años pactados en el mismo.

Respecto al canon de entrada es de señalar que el contrato de franquicia, en su cláusula decimoséptima, se prevé expresamente el pago por el franquiciado de la suma de 16.900 euros, mas IVA, como contribución inicial, acordándose un fraccionamiento del mismo, mediante un pago inicial de 1.000 euros, correspondiente a la reserva de la franquicia, y el resto (15.900 euros), a la firma del contrato. Igualmente se establece que el pago de dicha cantidad lo es "en concepto de retribución por el otorgamiento de la presente franquicia", sin que, por tanto, se adicione expresamente derechos al canon de entrada.

Así pues, el canon de entrada trataría, en este caso, de compensar como contraprestación mediante su abono por el franquiciado las distintas aportaciones del franquiciador tales como: asesoramiento previo a la apertura del local, formación inicial y transmisión del "saber-hacer" con la entrega en depósito de manuales de franquicia, además de

remunerar parte de los gastos en que incurre el franquiciador para la puesta en marcha del negocio.

En consecuencia, y como dice la Sentencia de esta misma Audiencia, sección primera, de 30 de junio de 2010 , "todo ello supuso una aportación básica y esencial para comenzar en su negocio inmobiliario el franquiciado, con la adquisición de conocimientos y experiencias que indudablemente suponen un aprovechamiento futuro como así se demuestra en su actividad posterior a romperse la relación con el franquiciador, originándose esta contraprestación al inicio de la relación contractual sin que por ello se justifique modulación alguna, una vez producida la ruptura entre las partes".

En este mismo sentido la SAP de Madrid, sección 14, de 16 de febrero de 2011 , al tratar un supuesto en que se solicitaba por la franquiciada la devolución de la parte proporcional del canon de entrada y tras establecer que, según se indica en el contrato, el canon de entrada, "permite la adquisición o el derecho de entrada a la franquicia y remunera la formación inicial del franquiciado" señala que "no podemos hacer los cálculos que nos solicitan los apelantes, pues los servicios que se remuneran con tal dinero están prestados y consumidos", y añade "solamente tendría sentido la reclamación presentada por los apelantes, que son los casos de los que se ocuparon las sentencias de la Audiencia Provincial de Barcelona (Sección 14ª) de fecha 9 de septiembre de 2002 y la del Tribunal Supremo de fecha 1 de junio de 2009 invocadas en el recurso , cuando la cantidad de inicio sirviese para abonar la formación continuada que recibiese el franquiciado o la utilización de la marca y signos durante la vida del contrato, lo que aquí no ocurre, pues por tales servicios se deben pagar cantidades adicionales".

En definitiva, en el caso que nos ocupa, y como ya queda dicho, el canon de entrada no se articula como un pago adelantado de cesión de derechos sino como retribución al acceso de un tercero a la red del franquiciador y por los costes derivados de la ejecución de las obligaciones iniciales asumidas por este con carácter previo a la correcta ejecución del contrato estipulado, y como así lo corrobora el momento en que resulta exigible el cumplimiento de la obligación de pago de dicho canon de entrada, por lo que, y al no adicionarse al mismo ningún otro derecho, en caso de resolución antes de tiempo de la relación contractual, como aquí acontece, resulta improcedente la devolución del canon o de parte proporcional del mismo, en cuanto que este ha sido amortizado con la correcta explotación de la actividad económica desarrollada por la franquiciada, y en la que aún continúa.

Además ha de tenerse en cuenta que al no haber quedado acreditados los incumplimientos que la actora imputa no resulta factible la resolución por causa imputable a la franquiciadora y si la resolución instada por esta última por incumpliendo de la franquiciada de sus obligaciones económicas y por causa de la resolución unilateral del contrato.

Por lo expuesto también este motivo debe ser rechazado.

SEPTIMO.-Discrepa también la recurrente de la indemnización por importe de 9.396 euros fijada a favor de la demandada- reconviniente por el concepto de daños y perjuicios y reclamada por la misma en la demanda reconventional.

La cantidad equivale al importe del canon mensual de mantenimiento que la franquiciada debería satisfacer de seguir vigente la relación contractual hasta el momento de su vencimiento, moderada por la juzgadora en uso de la facultad moderadora prevista en el artículo 1.103 del Código Civil .

La procedencia de la indemnización postulada parece incuestionable desde la realidad efectiva de que esa resolución anticipada y unilateral por parte de la franquiciada hubo de ocasionar perjuicios a la franquiciadora, que ve quebrado su derecho a obtener una prestación durante un plazo más largo, que era el previsto para la relación de la franquicia; ahora bien no obstante, la expectativa que la franquiciadora tenía era la de seguir cobrando ese canon, dado que su pago obedecía a una serie de contraprestaciones que ella debía realizar según contrato (asesoramiento y asistencia técnica permanente, etc) y que ahora ya no debe efectuar, con el consiguiente ahorro, ha estimarse como igualmente procedente la moderación que se hace en la sentencia recurrida, y con la que, por otra parte, la demandada-reconviniente ha mostrado conformidad.

Por lo expuesto también este motivo debe ser desestimado.

OCTAVO.-El último motivo de recurso, viene referido al pacto de no competencia post-contractual previsto en la cláusula decimoséptima del contrato de franquicia suscrito entre las partes y que en la sentencia recurrida se estima incumplido por la actora al venir realizando, en contravención de lo dispuesto en la cláusula controvertida, con posterioridad a la extinción del contrato de franquicia, actividades relacionadas con las materias que fueron objeto del mismo, por lo cual condena a aquellas a indemnizar al franquiciador, la entidad "Grupo Indes Edades, S.L.", en la cantidad de doce mil euros conforme a lo previsto en la citada cláusula.

La recurrente interesa que se declare la nulidad de la expresada cláusula.

La cláusula decimoséptima de los respectivos contratos de franquicia concertados entre la ahora recurrente, "Afozer Zamorana de Servicios Sociales, S.L." -franquiciada-, y la entidad "Grupo Indes Edades, S.L." -franquiciador-, establecía un pacto o prohibición de competencia contractual y post contractual en los términos siguientes: "...el FRANQUICIADO y sus partícipes se obligan durante la vigencia de este contrato, y durante el plazo de un año y seis meses a partir de la terminación del mismo, a no realizar actividad alguna que tenga relación con las materias que son objeto del presente contrato. En caso de incumplimiento de esta obligación, vendrán obligados solidariamente entre sí y con la mercantil de la que son miembros, a indemnizar al FRANQUICIADOR con la cantidad de DOCE MIL EUROS (12.000 €)".

La cláusula que hace referencia a la no competencia tanto contractual como post-contractual es una de las más habituales en los contratos de franquicia.

Su justificación no es otra que proteger, durante y después de la vigencia del contrato de franquicia, el modelo de negocio creado y desarrollado por el Franquiciador y que cede al Franquiciado a cambio de una contraprestación económica, evitando que este pueda aprovecharse en perjuicio de aquel del conocimiento del mercado que adquirió durante el desarrollo del contrato.

Pues bien, respecto al pacto de no competencia controvertido, consideramos que el acuerdo alcanzado, restringiendo la competencia de los exfranquiados durante un año y seis meses tras la extinción de la franquicia, excede de la duración impuesta por las normas comunitarias atinentes a la franquicia, y al ámbito territorial al que debe afectar la limitación, pero ello no autoriza a considerar que la cláusula sea nula en su integridad.

El Reglamento CEE 4087/1988 de la Comisión, de 30 de noviembre de 1988, relativo ya a la aplicación del artículo 85.3 (81.3) del Tratado de Roma a categorías de acuerdos de franquicia, en su artículo 3.1.c), al establecer que es obligación del franquiciado "no ejercer, ni directa ni indirectamente, un comercio similar en un territorio donde pudiera competir con un miembro de la red franquiciada, incluido el franquiciador; el franquiciado podrá ser mantenido bajo esta obligación después de la expiración del contrato, por un periodo razonable no superior a un año, en el territorio donde haya explotado la franquicia", consagró entonces la licitud de estas cláusulas de no competencia, sustentada además en que, según el artículo 3.2.d) del Reglamento el franquiciado no puede utilizar el know how comunicado para otros fines que la explotación de la franquicia, pudiendo ser mantenido bajo esta obligación con posterioridad a la expiración del acuerdo. Además, el artículo 3.1.d) prohibía al franquiciado, en relación a la cláusula de no competencia indirecta, adquirir participaciones financieras en el capital de una empresa competidora que den al franquiciado el poder de influir en la conducta económica de tal empresa. Reparemos, no obstante, en que las prohibiciones, como ocurría con el contrato de agencia, no son absolutas, pues las cláusulas de no competencia tienen un límite temporal, que se fija en su razonabilidad, aunque no superior al año, y espacial, pues se ciñe a la zona donde explotó la franquicia.

El indicado Reglamento 4087/1988 dejó de estar en vigor, siendo sustituido por el Reglamento CEE 2790/1999 de 22 de diciembre de 1999 - el cual establece en la letra a) del artículo 5 que la exención no se aplicará a "cualquier cláusula, directa o indirecta, de no competencia cuya duración sea indefinida o exceda de cinco años; una cláusula de no competencia que sea tácitamente renovable a partir de un período de cinco años será considerada como de duración indefinida; no obstante, este límite temporal de cinco años no se aplicará cuando los bienes o servicios contractuales sean vendidos por el comprador desde locales y terrenos que sean propiedad del proveedor o estén arrendados por el proveedor a terceros no vinculados con el comprador, siempre y cuando la duración de la cláusula de no competencia no exceda del período de ocupación de los locales y terrenos por parte del comprador".

La posibilidad de extender estas cláusulas más allá de la duración del contrato fue mucho más discutida pero lo cierto es que el Reglamento, como antes el TJCE, lo admitieron, justificándolo en la necesidad de impedir que los competidores se beneficien del know how del franquiciador y de la clientela adquirida como resultado de éste, de sus signos distintivos y de sus probados métodos comerciales: bastaría con que el exfranquiado retirara el rótulo del establecimiento y modificara su apariencia para que conservara gran parte de la clientela, impidiendo al franquiciador nombrar con éxito un nuevo franquiciado en la zona. El cese de la franquicia supone per se y sin necesidad de más convenio la imposibilidad de que el franquiciado siga empleando todo signo identificativo del modo de operar de la franquiciadora, además de, como vimos, emplear el know how comunicado.

En efecto, la prohibición de competencia tras el fin del contrato puede pactarse lícitamente en el contrato de franquicia siempre que se cumplan las condiciones establecidas en el Reglamento 2.790/1999 o caso contrario se solicite y obtenga la correspondiente autorización singular del Tribunal de Defensa de la Competencia, o en su caso de la Comisión. De acuerdo con la letra b) del artículo 5 del Reglamento 2790/99 , la exención no se aplicará a cualquier "obligación directa o indirecta que prohíba al franquiciado, tras la expiración del acuerdo, fabricar, comprar, vender o revender bienes o servicios excepto cuando tal obligación:

- se refiera a bienes o servicios que compitan con los bienes o servicios contractuales, y
- se limite al local y terrenos desde los que el comprador haya operado durante el período contractual, y
- sea indispensable para proteger conocimientos técnicos transferidos por el proveedor al comprador.

Y siempre y cuando la duración de dicha cláusula de no competencia se limite a un período de un año tras la expiración del acuerdo; esta obligación se entenderá sin perjuicio de la posibilidad de imponer una restricción ilimitada en el tiempo, relativa al uso y la cesión de conocimientos técnicos que no sean de dominio público".

Sin embargo, asistimos a una normativa destinada, tal y como se explicita en el Reglamento de 1999 , no a regular la posición o el equilibrio de las partes en los contratos, sino estrictamente a establecer exenciones a las restricciones verticales desde el punto de la defensa de la competencia. Por tanto, si el pacto alcanzado supera el límite, deberá afirmarse que la cláusula en cuestión no supera el examen antitrust por el exceso, pero no que el pacto de no competir es nulo en su integridad, consecuencia ésta que la norma indicada no contempla.

En este mismo sentido el Tribunal Supremo, en Sentencia de 31 de julio de 2007 , referida a un contrato de distribución y licencia de marca y en que por el juzgador de instancia, y en relación con el pacto de no competencia incluido en el mismo, se había invocado las exenciones por categorías en las normas europeas sobre franquicias, que dicho Alto Tribunal estima admisible, se viene a señalar que "el simple hecho de que un acuerdo no pueda ampararse en una exención establecida en un reglamento comunitario o en las normas internas, por no cumplir sus exigencias, no puede significar que ese acuerdo esté necesariamente prohibido", y que "el pacto previsto en el contrato no puede considerarse como contrario a la libre competencia, dado que aparece como justificado para evitar, dentro de la relación vertical entre concedente y distribuidor, que éste pudiera explotar la posición y conocimientos obtenidos durante la vigencia del contrato para aprovecharse ventajosamente del know-how y tecnología de la concedente y dificultar con ello abusivamente su normal implantación en el sector geográfico en que el contrato de distribución con pacto de exclusiva se había desarrollado", y concluye: "advertir que "los pactos contractuales establecidos en las relaciones comerciales de orden vertical entre dos empresas deben regirse, a efectos de la normativa de defensa de la competencia, por los principios que inspiran el régimen sobre restricciones verticales. Según esto, las citadas disposiciones comportan que no impiden o restringen la libre competencia, en aquellos contratos en los cuales la distribuidora recibe de la concedente derechos de propiedad industrial y conocimientos

técnicos (como es el caso de los contratos en cuestión), los pactos que no afectan al mercado por explicarse en función de la economía del contrato que justifica proteger de manera temporal los derechos del concedente en el periodo inmediatamente posterior a su extinción para evitar ventajas abusivas en favor del distribuidor o agente cifradas en el aprovechamiento de aquellos conocimientos y derechos, especialmente, como es el caso, cuando el pacto de no competencia ex post [con carácter posterior] tiene un carácter esencial en un contrato que permite la introducción en el mercado relevante de una empresa fuertemente competidora".

Es por ello, que lo procedente es moderar la extensión tanto temporal como espacial de un pacto lícito, como es el de los franquiciados de no competir con la franquiciadora tras la terminación de la franquicia, atemperando su duración a los límites, tanto temporales como espaciales, comunitarios para que no suponga una restricción indebida de la competencia sin dar lugar sin más a su nulidad.

Por lo expuesto el motivo de recurso debe ser estimado en el sentido indicado.

NOVENO.-Dada la parcial estimación del recurso no ha lugar a hacer especial pronunciamiento sobre las costas de esta alzada (art. 398.2 LEC).

VISTOS los preceptos legales citados, y demás de general y pertinente aplicación.

FALLO:

Que **estimando en parte** el recurso de apelación interpuesto por la representación procesal de la entidad "AFOSER Zamorana de Servicios Sociales, S.L.", contra la sentencia dictada, con fecha 12 de enero de 2011, por la Ilma. Sra. Magistrada Juez del Juzgado de Primera Instancia número uno de León , en autos de Juicio Ordinario núm. 774/09, de los que este rollo dimana, debemos declarar que el pacto de no competencia post contractual tiene el límite temporal de un año y el territorial a la zona donde se desarrollaba la actividad. Se mantienen los demás pronunciamientos que se contienen en la resolución recurrida y no resulten incompatibles con los anteriores. No ha lugar a hacer especial pronunciamiento sobre las costas de esta alzada.

En su momento, devuélvase las actuaciones originales al Juzgado de procedencia, con testimonio de la presente sentencia, para ejecución y cumplimiento.

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