

AUDIENCIA PROVINCIAL DE MADRID SECCION N. 13

SENTENCIA: 00318/2008

Rollo: RECURSO DE APELACION 701 /2007

Proc. Origen: PROCEDIMIENTO ORDINARIO 686 /2004

Órgano Procedencia: JDO. PRIMERA INSTANCIA N. 15 de MADRID

Ponente: ILMO. SR. D. CARLOS CEZÓN GONZÁLEZ

Magistrados:

Ilmo. Sr. D. MODESTO DE BUSTOS GÓMEZ RICO

Ilmo. Sr. D. CARLOS CEZÓN GONZÁLEZ

Ilmo. Sr. D. JOSÉ GONZÁLEZ OLLEROS

SENTENCIA

En Madrid, a once de julio de dos mil ocho. La Sección Decimotercera de la Audiencia Provincial de Madrid, compuesta por los Señores Magistrados expresados al margen, ha visto en grado de apelación los autos de Juicio Ordinario sobre Reclamación de Cantidad, procedentes del Juzgado de Primera Instancia nº 15 de Madrid, seguidos entre partes, de una, como demandante- apelado FC, S.L., y de otra, como demandado-apelante JB, S.L.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO. Por el Juzgado de Primera Instancia Quince de los de Madrid, en el indicado procedimiento ordinario 868/04, se dictó, con fecha 29 de marzo de 2007, sentencia con Fallo del siguiente tenor:

"Que estimando parcialmente la demanda presentada por representada por el Procurador Don en nombre y representación de FC S.L. contra JB S.L., representada por la procuradora Doña :

"1º Declaro la falta de efectos resolutorios del contrato derivados de la comunicación remitida por JB S.L. a FC S.L. el 16 de diciembre de 2003.

"2º.- Declaro que JB S.L. se encuentra obligada a indemnizar a FC S.L. por los daños y perjuicios causados a esta última como consecuencia del incumplimiento contractual de demandada en la cantidad de 78.847,88 euros, que devengará desde la fecha de la presente resolución el interés previsto en el artículo 576 de la Lec.

"3º.- Declaro que JB se encuentra obligada a abonar a la actora el importe de las facturas nº B/2300203, B/2300205, B/2300206 y B/2300207 que ascienden a 5.731,60 euros más el interés legal del dinero desde la fecha de interposición de la demanda hasta la fecha de la presente resolución, a partir de la cual será de aplicación el interés previsto en el artículo 576 de la Lec.

"4º.- Debo condenar y condeno a la parte demandada a pagar a la actora las cantidades indicadas en los apartados anteriores sin hacer expresa imposición de las costas causadas a ninguna de las partes".

SEGUNDO. Contra dicha resolución interpuso recurso de apelación JB S.L. Las actuaciones ingresaron en esta Audiencia Provincial el 16 de octubre de 2007.

TERCERO. Elevadas las actuaciones a esta Audiencia Provincial correspondió, por reparto, el conocimiento del recurso a esta Sección Decimotercera. Fue incoado el correspondiente rollo y se asignó ponencia, con arreglo a las normas preestablecidas al efecto. Por auto de 18 de febrero de este año se admitió prueba DOCUMENTAL presentada por la parte apelante para esa segunda instancia, consistente en información del Registro Mercantil obtenida por Internet (folios 445 al 448 de las actuaciones del Juzgado) y se denegó prueba, también documental, interesada por la misma parte, consistente en petición de información al Registro Central de Franquiciadores. En el mismo auto se señaló para la DELIBERACIÓN, VOTACIÓN y FALLO del recurso el día 9 de julio de este año y dicho día fue examinada y decidida la apelación por este Tribunal.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO. El Tribunal acepta los Fundamentos de Derecho de la sentencia apelada, a excepción de las últimas expresiones del Fundamento de Derecho Séptimo, desde "que comprende el beneficio dejado de obtener por las ventas de los artículos a la demandada y el canon o royalty de explotación que se habrían producido..." hasta el final, que se rechazan.

SEGUNDO. FC S.L. (en lo sucesivo FC) reclamó en el presente proceso a JB S.L. (en adelante J), como vinculadas por un contrato de franquicia en el que la actora era franquiciadora y la demandada franquiciada, las siguientes declaraciones y condenas:

1º.- Se declarase la inexistencia de causa resolutoria válida que sirva para fundamentar la resolución del contrato de franquicia de 21 de diciembre de 2002.

2º.- Se declarase la inexistencia de incumplimiento contractual por parte de la actora como causa eficiente de la resolución invocada por la demandada, J.

3º.- Se declarase la responsabilidad contractual de la demandada, Jorpa, por incumplimiento del contrato.

4º.- Se declarase la obligación de indemnizar a la actora y a cargo de la demandada, en concepto de daños y perjuicios, en la cantidad de 158.033,09 euros.

5º.- Se declarase la obligación de pago por facturas impagadas por suministros efectuados, a cargo de la demandada y a favor de la actora, en la cantidad de 5.731,60 euros

6º.- Se declarase la obligación a cargo de la demandada del pago de intereses moratorios desde la presentación de la demanda.

7º.- Se impusiesen a la demandada las costas del procedimiento.

La sentencia de la primera instancia, como hemos visto, declaró la falta de efectos resolutorios del contrato derivada de la comunicación de J a FC de 16 de diciembre de 2003 y condenó a la demandada a pagar a la actora 78.847,88 euros por daños y perjuicios más 5.731,60 euros por facturas adeudadas, con los intereses correspondientes en los términos del Fallo de la sentencia, sin condena en costas.

Dicha resolución es recurrida por la demandada, J, articulando los motivos siguientes:

Primero.- Infracción de ley, con exclusión de la ley especial aplicable e infracción de los principios de legalidad y especialidad.

Falta de legitimación activa, en el sentido de incumplimiento por parte de la actora y de Miss C S.L. (entidad con la que se formalizó el contrato), incumplimiento que forzosamente producía una falta de acción para reclamar el cumplimiento del contrato a Jorpa.

Infracción del Real Decreto 2.485/98, que desarrolló el artículo 62 de la Ley 7/96, de Ordenación del Comercio Minorista. El franquiciador debe facilitar al franquiciado sus datos de inscripción en el Registro de Franquiciadores y debe acreditar al franquiciado tener concedido para España, y en vigor, el uso o licencia de uso de la marca y signo distintivo de la entidad franquiciadora.

Inidoneidad de la actora para ser franquiciadora.

Franquicia inexistente, por la materia que suministra, la marca "La Cuenta Hazlotú", rótulo y símbolos no sirven para nada y la actora vende a precios prohibitivos.

Segundo.- Infracción de los artículos 1.256 y 1.449 del Código Civil.

Tercero.- Error en la valoración sobre las causas de resolución contractual invocadas por la franquiciada, con infracción del artículo 217.2.6 de la ley de Enjuiciamiento Civil.

Cuarto. Error en la valoración de la prueba (en la cuantificación del perjuicio).

TERCERO. Uno.- Los antecedentes precisos para la comprensión de la cuestión enjuiciada son los siguientes:

a.- El 21 de diciembre de 2002 Miss Cuentas S.L., como franquiciadora, y Jorpa, como franquiciada, a medio de sus representantes legales, suscribieron un contrato de franquicia consistente en la cesión por la franquiciadora a la franquiciada del concepto de negocio creado por la primera y "saber hacer" bajo la marca "Las Cuentas Hazlotú" y rótulo y símbolo

registrados (folios 45, 212 y 213 de las actuaciones de primera instancia), al objeto de venta a los usuarios finales de determinados artículos de bisutería (abalorios, alfileres de bisutería, bolsas, bolas de cristal y de madera y otros), por tiempo de cinco años, con exclusividad de la franquiciada en el área metropolitana de Bilbao durante el primer año y en una determinada zona de la misma capital a partir de la expiración del primer año, con obligación de la franquiciada de proveerse única y exclusivamente de mercancía suministrada por la franquiciadora, debiendo la franquiciada abonar a la franquiciadora un canon de entrada (que fue satisfecho) y un royalty de explotación por importe del dos por ciento de la total facturación anual (contrato a los folios 28 al 45).

b.- Durante el primer año del contrato, se subrogó en la posición contractual que ocupaba la franquiciadora Miss Cuentas S.L., la demandada Familia Cuentas.

c.- El 17 de diciembre de 2003 la franquiciada J encargó la realización de un requerimiento notarial a FC (que se hizo el 19 del mismo mes y año) y a Miss Cuentas S.L., dando por resuelto el contrato de 21 de diciembre del año anterior, alegando incumplimientos de la franquiciadora, consistentes en:

- 1.- Graves retrasos o falta de aprovisionamiento.
- 2.- Falta de asistencia continuada o de información.
- 3.- Pérdida de control sobre los elementos diferenciadores de la franquicia (folios 46 y 47).

d.- J dejó de actuar como franquiciada de la demandante y de usar la marca y el rótulo comercial objeto de cesión y continuó, en el mismo local, bajo su propio nombre, ejerciendo el comercio de bisutería. Tal resolución unilateral del contrato por la franquiciada motivó el presente proceso, en el que la franquiciadora no pide el cumplimiento del contrato, sino una indemnización de daños y perjuicios. La cuantificación de los daños y perjuicios pedidos proceden del estudio hecho por la auditoría de cuentas Doña María Rosa (folios 92 al 98) ratificado en el juicio.

Dos.- Pasando ya al estudio del recurso, es de constatar que en el primer motivo se mezclan cuestiones muy diversas. Insiste la recurrente en la falta de legitimación activa de la demandante, que en la sentencia de la primera instancia, en razón de las dudas puestas de manifiesto por la demandada en su contestación acerca de la realidad de la sustitución de FC en el lugar de Miss Cuentas S.L. en el contrato, se desestimó por actos propios de J, que tenía reconocida la condición de franquiciadora, sucesora de Miss C S.L., a la demandante, si bien en el recurso la demandada aclara que la falta de legitimación activa denunciada lo era por incumplimiento por parte de la actora y de Miss C S.L. que forzosamente producía una falta de acción para reclamar el cumplimiento del contrato a la demandada, lo que enlaza con lo que luego se censura por la apelante en el motivo tercero de su recurso, acerca de la prueba de los incumplimientos mencionados en el requerimiento de diciembre de 2003, posponiendo el estudio del asunto al momento en que se aborde ese tercer motivo.

Ahora bien, por ser tema que expresamente se menciona en este primer motivo, habrá de decirse que no influye en la resolución jurídica del litigio que Familia Cuentas esté o no inscrita

en el Registro General de Franquiciadores del Real Decreto 2.485/98 (constituiría la falta de inscripción un incumplimiento administrativo que en nada alteraría la relación civil constituida entre las partes) o que Familia Cuentas no sea titular de la marca cedida para identificación de la franquicia (la marca pertenece a Don Eugenio, administrador único de la demandante y que también lo fue, cuando el contrato, de Miss C S.L. -folios 20, 28 y 213-, sin que durante la vida efectiva del contrato la demandada haya sufrido perturbación, oposición o impedimento del uso pacífico de la marca o reclamación de tercero por tal motivo).

Tampoco afectan al desarrollo obligacional de la relación de franquicia cuestiones introducidas en este primer motivo del recurso como la solvencia o regularidad mercantil de la sociedad actora en orden a los depósitos obligatorios en el Registro. En cuanto a que la marca cedida "no sirve para nada" (como si se le hubiese cedido "aliud pro alio", cosa diferente de la pactada) es cuestión que no se alegó por la franquiciada en su comunicación de resolución y que no ha sido objeto de prueba en el proceso. Y en orden a los precios que la franquiciadora ponía a los géneros suministrados a la demandada (ésta se obligaba en el contrato a proveerse exclusivamente de mercadería suministrada al franquiciador), es precisamente el tema del segundo motivo del recurso.

Tres.- Denuncia la apelante en el segundo motivo del recurso infracción de los artículos 1.256 y 1.449 del Código Civil, conforme a los cuales la validez y el cumplimiento de los contratos no puede dejarse al arbitrio de uno de los contratantes y el señalamiento del precio no podrá nunca dejarse al arbitrio de uno de los contratantes.

En el presente caso no existe prueba de que los precios establecidos por la franquiciadora excedieren en mucho de los normales en el mercado, pues las comparaciones hechas en el proceso a instancia de la demandada con los precios de otros proveedores, como Fontorpin S.L., H.J. Hofert S.A. y Crisluk de Bohemia (testificales mediante auxilio judicial practicadas en los Juzgados de Les Masies de Voltregà, Barcelona y Córdoba, folios 341 al 351, 358 al 360, 373, 378 y 386) nada prueban, porque no estamos en condiciones de saber si la calidad de los géneros procurados por Familia Cuentas y por los otros proveedores es igual o semejante.

Por lo demás, la demandada no puede invocar fijación unilateral de los precios por la actora como causa de nulidad, puesto que no ha reconvenido, no hizo mención a esa circunstancia como causa de resolución del contrato y, de otra parte, el contrato de franquicia de 2002 establece una obligación de la franquiciada de proveerse exclusivamente de productos de la franquiciadora, sin expresión alguna de precios, de donde se desprende que los precios los fijaría la franquiciadora, lo que no implica quiebra del equilibrio contractual en una relación obligacional sinalagmática, puesto que el contrato de franquicia presupone uniformidad en apariencias, modos, productos y precios de todos los establecimientos franquiciados, y lealtad y comunidad de intereses entre franquiciador y franquiciado, de modo que la fijación de los precios por el primero no rompe el equilibrio de la relación, pues el volumen de ventas del franquiciado interesa por igual a éste y al franquiciador y la buena fe en la ejecución del contrato impone al franquiciador ofrecer a la otra parte los productos a precios competitivos con los que el franquiciado pueda obtener beneficios, en interés de ambas partes.

Cuatro.- Censura la apelante en su tercer motivo del recurso la valoración que en la sentencia apelada se hace sobre las causas de resolución contractual invocadas por la franquiciada, con infracción del artículo 217, apartados dos y seis, de la ley de Enjuiciamiento Civil.

Dice en primer lugar que la sentencia no acepta sus alegaciones sobre retrasos de la actora en servir los pedidos porque el documento aportado por la demanda a este respecto (número 1 de los de la contestación, folios 143 y 144) es un simple listado elaborado unilateralmente y que por ello no puede ser tenido en cuenta y se pregunta J por qué no se estima tal documento aportado por ella y, sin embargo, se admite la simple manifestación de la parte actora sobre el tiempo invertido en la remisión de los pedidos. Y habrá de decirse que ello es debido, al amparo de lo dispuesto en el apartado dos del artículo 217 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, a que la carga de la prueba del incumplimiento incumbe a la demandada, como hecho obstativo a la pretensión de la actora. Por lo demás, no es de aplicar el apartado seis del mismo artículo 217, porque igual facilidad y disponibilidad probatoria tienen a este respecto demandada y actora.

Además, ha de observarse que la sentencia apelada no niega que existiesen retrasos en el suministro de pedidos por parte de la franquiciadora, sino que los retrasos, en la medida en que se han manifestado en el proceso, no constituyen un incumplimiento grave y esencial e las obligaciones de FC que hubiesen provocado la frustración del fin del contrato, a los efectos del artículo 1.124 del Código Civil, criterio que comparte este Tribunal. Como dijimos en nuestra sentencia de 18 de abril de 2006 (rollo 198/05), "no ignora este tribunal la jurisprudencia existente sobre la resolución de los contratos, ni que ésta resulta improcedente en los supuestos de incumplimiento parcial o cumplimiento defectuoso, debiendo acudir en tales casos a la vía reparatoria, bien mediante la realización de obras correctoras, bien a través de la reducción del precio (Sentencia del Tribunal Supremo de 28 de octubre de 2005); y que, superada la tradicional 'rebeldía en el cumplimiento de las obligaciones contractuales', la jurisprudencia considera que el incumplimiento, para motivar la resolución contractual, ha de revestir la entidad suficiente como para frustrar el propio fin del contrato (Sentencia del Tribunal Supremo de 3 de marzo de 2005, entre las más recientes".

En lo que atañe a las otras dos causas de resolución, no puede afirmarse que la franquiciadora no proporcionase asistencia a la franquiciada, en la medida en que resultaba necesaria, y en cuanto a que la franquicia careciese de contenido porque la actividad desplegada por la franquiciada no necesitaba del "saber hacer" que pudiese ofrecer la franquiciadora, ha de hacerse notar que es un hecho que bien pudo constatar y valorar la demandada al tiempo de suscribir el contrato de franquicia.

Cinco.- En consecuencia, al amparo de lo establecido en los artículos 1.101 y 1.124 del Código Civil, la demandada debe indemnizar a la actora por resolución injustificada del contrato, en cuanto incumplimiento de las obligaciones asumidas. Lo que enlaza con el contenido del cuarto motivo del recurso, referido a la cuantía de la indemnización.

Seis.- Sobre el último motivo del recurso (error en la cuantificación del perjuicio), la sentencia apelada ha corregido el pedimento de la actora reduciendo el margen de las ventas de la

actora a un 19,82 por ciento, conforme al dictamen del perito Sr. Benedicto (folios 171 al 173), así como la cifra de ventas al público de la franquiciadora durante el año de efectividad del contrato ha sido dejada en 142.305,84 euros, siguiendo el mismo dictamen. Por lo demás, se ajusta la sentencia apelada a la metodología de la pericia de Doña María Rosa (folios 92 al 98). Pero un cálculo fundado únicamente en los beneficios de la franquiciadora por ventas durante un año, que se multiplica por cuatro años, que son los que faltaban hasta el fin de la duración convenida del contrato, más los royaltys, que se cuantifican multiplicando por cinco la facturación anual del año 2003, calculada sobre hipótesis de margen comercial, resulta artificial e inidóneo para calibrar la real entidad de los perjuicios por el abandono anticipado de la relación por la demandada, pues una determinación económica del perjuicio hecha del modo expuesto no tiene en cuenta:

a.- Que en el estudio contable de la auditora Sra. María Rosa se incluyen como compras hechas por la franquiciada a la franquiciadora en el primer año de vigencia del contrato (a efectos de multiplicarlo por los cuatro años que quedaban de vida a la franquicia cuando la resolución por la demandada) 23.365,15 euros de mercancías adquiridas en el año 2002, que sumados a los 58.141, 02 euros de ventas del año 2003 arroja el resultado de 81.505,17 euros como ventas del periodo de efectividad del contrato, que acepta la sentencia apelada (final del Fundamento de Derecho Séptimo). Pues bien, si el contrato tiene fecha 21 de diciembre de ese año, es claro que esas compras de 2002 (23.365,15 euros) corresponden a la provisión inicial del comercio, de volumen superior a los futuros pedidos ordinarios y periódicos, ya que el día de la apertura del establecimiento el mismo ha de contar con géneros suficientes de todas las clases de productos propios del negocio, de modo que el primer pedido es excepcional y no sirve para hacer un cálculo de volumen ordinario de compras.

b.- La necesidad de apreciar de forma restrictiva y ponderada la cuantía de las ganancias dejadas de obtener (artículo 1.106 del Código Civil) y la necesidad de probar con rigor (al menos razonable, aplicando criterios de probabilidad, de acuerdo con el curso normal de los acontecimientos) la seguridad de la pérdida, pues el lucro no puede ser dudoso o incierto, de ahí que se deban rechazar las ganancias contingentes o fundadas en meras esperanzas o expectativas sin sustento real, conforme a reiterada jurisprudencia (ad exemplum, Sentencia del Tribunal Supremo de 2 de octubre de 1990). Como expresa la Sentencia del Tribunal Supremo de 19 de enero de 2006, "frente a la tangibilidad y fácil prueba del daño emergente, el lucro cesante presenta un alto grado de indeterminación, con lo cual se plantea la búsqueda de un criterio válido para dilucidar cuándo nos encontramos ante una hipótesis de lucro cesante, de ganancia verdaderamente frustrada, y cuándo estaremos ante una mera esperanza imaginaria, dudosa y contingente. La ganancia frustrada debe determinarse mediante un juicio de probabilidad, teniendo en cuenta lo que lógicamente fuera de esperar según el curso normal de las cosas y las circunstancias del caso concreto (Sentencia de 21 de noviembre de 1977)". En consecuencia, el cálculo de las ganancias dejadas de obtener por la actora en el presente caso, a causa del abandono injustificado de la relación de franquicia por la demandada ha de ponderarse con cautela, rechazando fáciles soluciones como la de multiplicar por cuatro las ganancias efectivas de un año entendiendo que esas mismas ganancias iban a perpetuarse en el tiempo, sin contar con posibles variaciones de modas o hábitos de consumo en un comercio tan variable como el de complementos y sin estar en

condiciones de apreciar si la franquiciadora (que es quien tenía que proveer a los franquiciados del material vendible y aportar ideas y propuestas de captación y retención de clientela) se adecuaría con acierto a las nuevas tendencias.

c.- Tampoco se ha valorado a la hora de cuantificar los daños y perjuicios que la franquiciadora, desde el momento en que la franquiciada dejaba de utilizar su marca, quedaba en condiciones de concertar la misma franquicia con un tercero, lo que podía haber ocurrido en un plazo razonable, no siendo admisible que, por el incumplimiento de la primera franquiciada, estableciéndose una nueva relación de idéntico contenido, la franquiciadora pase a duplicar durante tres años las ganancias derivadas de una misma franquicia en la misma zona (las derivadas del nuevo contrato y las percibidas como indemnización por incumplimiento de la primera franquiciada).

d.- Como tampoco se ha tenido en cuenta que, por la naturaleza de los géneros que se vendían en el establecimiento franquiciado (producciones fabricadas de Asia sin ninguna particularidad que las distinguiese de otras de la misma procedencia), no resulta que la demandada, en su actividad de venta de bisutería al por menor subsiguiente a la terminación de la relación de franquicia, se haya aprovechado de una especial experiencia adquirida precisamente a través de la franquicia.

e.- Y, por último, tampoco que la inversión realizada por Miss C S.L. y, luego, por FC en interés del negocio franquiciado de la demandada ha sido prácticamente nulo (repárese que las estancias en Bilbao de la asistente comercial, Sra. Carmela , y de la directora de arte, Sra. Encarna , fueron sufragadas por la demandada, folios 145 y 146).

Por todo ello, entendemos que no es ajustada a la real entidad del daño una indemnización por daños y perjuicios como la solicitada en la demanda, ni siquiera como la otorgada en la sentencia apelada, considerando más ajustada una cifra global por pérdida de ganancias por ventas y pérdida de royaltys (que no tiene que referirse necesariamente a cuatro años) concretada prudentemente en 20.000 euros. Más el royalty del primer año de contrato, no pagado, que importa 2.846 euros, realizado el cálculo conforme a las conclusiones contables de la sentencia (14.230,58 dividido por cinco). En total, 22.846 euros. En estos términos se estimará parcialmente el recurso.

Siete.- La condena a la demandada por las cuatro facturas impagadas no ha sido impugnada en el recurso, de modo que deberá respetarse.

CUARTO. Estimaremos el recurso sólo en cuanto a la cuantía de la indemnización debida por la demandada a causa de incumplimiento contractual y no haremos pronunciamiento sobre las costas de esta segunda instancia (artículo 398, apartado dos, de la Ley de Enjuiciamiento Civil).

FALLAMOS

Que debemos ESTIMAR y ESTIMAMOS parcialmente el recurso de apelación interpuesto contra la sentencia de 29 de marzo de 2007 del Juzgado de Primera Instancia número Quince de los de Madrid dictada en el procedimiento del que dimana este rollo, CONFIRMANDO dicha resolución, con la sola excepción de modificar la cuantía de la indemnización por daños y perjuicios como consecuencia del incumplimiento contractual de la demandada, fijándola por esta sentencia, en 22.846 euros (veintidós mil ochocientos cuarenta y seis), en sustitución de los 78.847,88 euros concedidos en la sentencia recurrida, que confirmamos en todo lo demás. No hacemos pronunciamiento sobre las costas de esta apelación.

Así por esta nuestra sentencia, de la que se unirá certificación al rollo de sala 701/07, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

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