



Roj: SAP M 10315/2005
Id Cendoj: 28079370182005100498
Órgano: Audiencia Provincial
Sede: Madrid
Sección: 18
Nº de Recurso: 309/2005
Nº de Resolución: 535/2005
Procedimiento: Recurso de apelación
Ponente: JESUS CELESTINO RUEDA LOPEZ
Tipo de Resolución: Sentencia

AUD.PROVINCIAL SECCION N. 18

MADRID

SENTENCIA: 00535/2005

Rollo: RECURSO DE APELACION 309 /2005

Proc. Origen: PROCEDIMIENTO ORDINARIO 614 /2003

Órgano Procedencia: JDO. PRIMERA INSTANCIA N. 12 de MADRID

PONENTE: ILMO. SR. D. JESÚS RUEDA LÓPEZ

APELANTE: D.A. PORTUGAL CONFECOES DE ALGODAO, S.A.

PROCURADOR: M^a CARMEN MORENO RAMOS

APELADO: DON ALGODON INTERNACIONAL 90, S.A.

PROCURADOR: MARIA CRISTINA HUERTAS VEGA

En MADRID, a veintiséis de septiembre de dos mil cinco.

ILMOS. SRES. MAGISTRADOS:

ILMO. SR. D. LORENZO PÉREZ SAN FRANCISCO

ILMO. SR. D. PEDRO POZUELO PÉREZ

ILMO. SR. D. JESÚS RUEDA LÓPEZ

La Sección Decimoctava de la Audiencia Provincial de Madrid, compuesta por los Señores Magistrados expresados al margen, ha visto en grado de apelación los autos sobre reclamación de cantidad, procedentes del Juzgado de 1ª Instancia nº 12 de Madrid, seguidos entre partes, de una, como apelante demandante D.A. PORTUGAL-CONFECOES DE ALGODAO, S.A. representada por la Procuradora Sra. Moreno Ramos y de otra, como apelado demandado DON ALGODÓN INTERNACIONAL 90, S.A. representada por la Procuradora Sra. Huertas Vega, seguidos por el trámite de juicio ordinario.

Visto, siendo Magistrado Ponente el Ilmo. Sr. DON JESÚS RUEDA LÓPEZ.

I.- ANTECEDENTES DE HECHO

La Sala acepta y da por reproducidos los antecedentes de hecho de la resolución recurrida.

PRIMERO.- Por el Juzgado de 1ª Instancia nº 12 de Madrid, en fecha 12 de enero de 2005, se dictó sentencia, cuya parte dispositiva es del tenor literal siguiente: "FALLO: Desestimar la demanda interpuesta por la Procuradora de los Tribunales, María del Carmen Romero Ramos, en nombre y representación de DON ALGODÓN PORTUGAL CONFECOES DE ALGODAO, SA, contra DON ALGODÓN INTERNACIONAL 90 SA, en reclamación de la cantidad de 2.791.114,09 euros, más intereses y costas. Imponer a la parte demandada el pago de las costas causadas por el presente procedimiento".

SEGUNDO.- Por la parte demandante se interpuso recurso de apelación contra la meritada sentencia, admitiéndose a trámite y sustanciándose por el Juzgado conforme a la Ley 1/2000 , se remitieron los autos a esta Audiencia.

TERCERO.- Que recibidos los autos en esta Sección se formó el oportuno rollo, en el que se siguió el recurso por sus trámites. Quedando en turno de señalamiento para la correspondiente deliberación, votación y fallo, turno que se ha cumplido el día 22 de septiembre de 2005.

CUARTO.- En la tramitación del presente procedimiento han sido observadas en ambas instancias las prescripciones legales.

II.- FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Ejercitada por la parte actora en su día una acción personal declarativa de incumplimiento contractual de la demandada y de reclamación de cantidad en concepto indemnizatorio derivado de tal resolución y de pago de cantidades que se afirman debidas durante el desenvolvimiento de la relación comercial que se afirma existía en virtud de sendos contratos de franquicia de 1 de marzo de 1995 y 1 de marzo de 1998, al amparo del art. 1124 y cc C.c. y opuesta la demandada a tales pretensiones, fue dictada sentencia en la instancia por la que se desestimaba en su integridad la demanda formulada, interponiéndose por la actora el recurso que es ahora objeto de consideración por esta Sala y que ha venido a fundamentar en la, a su juicio, infracción del artº. 217 LEC y errónea valoración de la prueba.

SEGUNDO.- Planteada así la cuestión en esta alzada, y comenzando por el examen del primero de los motivos de apelación referido a la alegada infracción del art. 217 LEC , no así del 1214 C.c . al estar derogado por la Ley 1/2000 de Enjuiciamiento Civil , ello en relación con el contenido contractual del contrato de 1 de marzo de 1995 y en relación con la carga de acreditar el pago de los "rappels" derivados de ese contrato y los derivados del siguiente de 1 de marzo de 1998, no comparte en modo alguno esta Sala la fundamentación del recurso en relación con la primera de tales cuestiones.

Efectivamente, si lo que se pretende con la demanda es el pago de determinadas cantidades derivadas de ese primer contrato en concreto el pago de un 4% de la facturación en concepto de rappel si se alcanzaba un determinado objetivo de ventas, es de todo punto evidente que habría de aportarse el mencionado contrato para determinar cual fuera su clausulado, siendo claro que de la mera acreditación indiciaria de que existiera tal pacto concreto no puede derivarse ni su concreción ni la forma de producción ni su vinculación con el resto del contenido contractual. Es claro que si sobre la actora, y así lo reconoce, pesaba la carga probatoria de acreditar el sustento fáctico y jurídico de la reclamación formulada en tal concepto, no cumplida tal carga difícilmente puede pretender la estimación de sus pretensiones, y menos así intentarlo por meras deducciones derivadas de que en un fax se admitía tal rappel, cuando se ignora en relación con qué volumen de ventas. Pero es que además el recurrente realiza una afirmación no acorde con el contenido de la sentencia al afirmar que la misma en el párrafo primero del fundamento de derecho segundo rechaza el argumento de la demandada, cuando lo cierto es que tal párrafo es meramente enunciativo de la reclamación de la actora en este punto y de la oposición de la demandada sobre el mismo, estimando probado la sentencia en base al contrato de 1998 que se suscribió otro en 1995 y se resolvió en agosto de 1997, infiriendo la total independencia entre ambos. Con el resto de su argumentación en relación con tal cuestión es obvio que la recurrente hace supuesto de la cuestión cuando tras afirmar que ha acreditado la existencia de ese contrato, manifiesta que también ha acreditado una pequeña parte de su contenido, cuando no es cierto puesto que sólo ha acreditado que se pactó un pago pero no las condiciones que determinarían la procedencia del mismo, y no probado cuales fueran éstas y si fueron cumplidas no puede exigir a la demandada el cumplimiento de las que meramente se le suponen. Pero es que además en su argumentación la recurrente también ignora el contenido de la prueba pericial obrante en autos, folio 821, en el que la Sra. Perito afirma que " ..la cifra rapels calculado por la demandante#no pueden ser ratificados por la que suscribe puesto que se ha reiterado se desconoce el contenido del contrato de 1995 que es que señala los importes mínimos de compra que dan derecho a rappels#", con lo que es evidente que no se ha acreditado la procedencia de tal reclamación y por lo tanto que no se ha infringido en la sentencia de instancia el artº. 217 LEC en este extremo.

TERCERO.- Igual infracción se alega en relación con la carga de acreditar el pago de los rappels devengados en virtud del contrato de 1998. Pues bien, el citado artº. 217 LEC impone a la parte actora la cumplida acreditación de los hechos constitutivos de su acción y a la demandada la de los impeditivos o extintivos, sin perjuicio de lo cual y positivizando la anterior doctrina jurisprudencial sobre el principio de facilidad probatoria, establece que habrá de tenerse en cuenta para la valoración del llamado "hecho dudoso" tal facilidad o la disponibilidad del medio de prueba. Se afirma en la sentencia de instancia que de las pruebas

aportadas por la actora no puede entenderse acreditada tal falta de pago ni de la demandada su efectivo abono en relación con las cantidades referidas a los años 1998, 1999 y 2000, puesto que se estima acreditada la improcedencia en cuanto al año 2001, y que por ello habrá de aplicarse tal precepto al entenderse hecho dudoso ese abono. En principio incumbiría a la demanda acreditar el pago, pero no es menos cierto que el mismo venía efectuándose mediante su descuento en las facturas, y por ello podría parecer que quien tiene la mayor facilidad para aportarlas es la actora que no lo ha efectuado, y ello no supondría una inversión probatoria.

Se afirma en sustento de su argumentación por la recurrente que no es tal esa facilidad probatoria por su parte, en primer lugar porque se trata de una pequeña compañía portuguesa que litiga fuera de su País, que la demandada es una multinacional y que se trata de un hecho negativo, argumentación que no es de recibo desde el momento en que si bien es cierto que la distinta nacionalidad de los litigantes no ha de suponer un perjuicio, tampoco ha de suponer un beneficio para quien acciona, que al hacerlo en España ha de sujetarse a las normas procesales españolas y desde luego a la obligación de probar lo que alega, "incumbit probandi ei qui agit", y en cuanto a que se trate de un hecho negativo lo es en su formulación pero no en su probanza, puesto que es de insistir bastaría con la aportación documental dicha. En cuanto a la diferente actitud de las partes lo que no puede obviar la recurrente es que su voluminosa aportación documental ha sido en gran parte inocua siendo trascendente que, como afirma el dictamen pericial folio 815, no se ha aportado la contabilidad oficial de la empresa demandante ni de las proveedoras, por lo que no se ha podido analizar los libros oficiales, cuentas anuales y documentos anexos y no se aportan los documentos originales de las facturas.

Ahora bien, siendo ello cierto no lo es menos que esa misma exigencia de aportación documental de la actora sería predicable de la demandada ya que es por sí o por Dacosa quien factura, y los documentos 6, 8, 10 y 11 de la contestación adolecen de idéntica unilateralidad que los presentados por la demandante. Por ello en el caso de autos el principio de la facilidad probatoria afecta por igual a ambas contendientes y por lo tanto no es suficiente para solventar el llamado "hecho dudoso", con la consecuencia que se deriva del artº. 217 LEC, es decir, que su falta de acreditación ha de perjudicar a la actora si es un hecho constitutivo o a la demandada si es extintivo, y como de lo que se trata es de acreditar el pago ha de entenderse que el mismo no se ha probado, y por lo tanto procedería condenar a la demandada al abono de las cantidades pericialmente determinadas en concepto de rappels de los años 1998, 1999 y 2000.

CUARTO.- El segundo motivo de recurso se fundamenta en la, a juicio de la recurrente, errónea apreciación de la prueba en relación con la procedencia de abono del rappel de 2001 y el efectivo pago del mismo y los derivados de ejercicios anteriores.

En base a lo antes fundamentado entendiéndose no acreditado el pago, la sentencia de instancia determina el devengo de los rappels correspondientes a las anualidades de 1998 a 2000 a.i., no así del 2001, motivo por el cual se formula el presente recurso, obviamente ahora limitado a este último extremo, es decir, el devengo en tal ejercicio. Se afirma en apoyo de su pretensión revocatoria que el dictamen emitido por el perito judicial es contundente en el sentido de estimar que los pedidos reales fueron superiores a los que se derivan de los resúmenes contables aportados con la demanda. Pero no puede obviar la parte que el informe pericial adolece de una gran imprecisión no por la labor de la Sra. Perito sino por la insuficiencia documental aportada, no pudiendo darse a tal informe en cuanto a los puntos en que existe discrepancia el valor absoluto que se pretende cuando lo primero que en el mismo se afirma es que no ha podido examinarse la documentación mercantil oficial de la actora. Y ciertamente no es de recibo la justificación que de tal carencia se da en el recurso de que la entidad actora es extranjera y se somete a un plan general contable distinto, porque lo cierto es que sea cual sea el plan contable que haya de aplicarse lo cierto es que se ignoran los documentos mercantiles sobre los que ha de efectuarse tal aplicación. Pero además es contradictorio con tal línea argumentativa de defensa al afirmación de ser totalmente cierto que la prueba pericial contable había de practicarse de forma contradictoria con aportación de libros y soportes contables por ambas partes, para sin embargo reconocerse que por su propia parte podía haber aportado la totalidad de su contabilidad y no lo hizo, siendo quien estaba obligada a acreditar el hecho constitutivo de su acción, es decir, el devengo de las cantidades que reclama para con ello obligar a la demandada, como antes se afirmó en cuanto a anualidades anteriores, a probar el pago.

En cuanto al segundo punto del motivo segundo de recurso referido al impago de las bonificaciones a obtener de los proveedores, no es en modo alguno de recibo la argumentación del recurso de que nos hallamos ante una obligación de resultado. Si se reclama una cantidad en tal concepto, en concreto 314.224,11 €, lo que ha de acreditarse es que en cumplimiento de la cláusula 9.3.1 del contrato, la demandada ha obtenido una bonificación del 2 % de los fabricantes y que esa bonificación por ese concreto importe no ha obtenido

reflejo en la facturación. Y tal pretensión no puede mutarse en una mera afirmación de incumplimiento de una obligación de resultado porque en tal caso ha de acreditarse tal incumplimiento y por ende solicitar una indemnización que puede o no coincidir con ese 2 %. Son los fabricantes los que en su caso habría de proceder a ese descuento, y la demandada abonarlo a la actora salvo en los casos en que ella misma o sus filiales fueran los fabricantes, pero esa obtención no depende de la voluntad de la demandada, por lo que en su caso lo que habría de acreditarse es que tal parte nada hizo para obtenerlo y en su caso derivar de ello las consecuencias pero no imponer a la misma el pago de una cantidad similar a la de un descuento no efectuado, más aún cuando se reconocen abonados los efectivamente realizados. El compromiso de la demandada era obtener una bonificación y pagar lo resultante, pero no obtenerla incondicionalmente cuando no depende de su voluntad, y cuando además previo a ese abono en liquidación final antes del inicio de cada ejercicio ha de acreditarse el pago de las facturas a los proveedores, y no de cualquier factura sino precisamente de aquéllas de las que se derive la concreta reclamación económica formulada.

QUINTO.- El tercer motivo de recurso también fundamentado en errónea valoración de la prueba, ataca el fundamento de derecho cuarto de la sentencia de instancia en lo que se refiere a la falta de ayuda, know how y asistencia técnica y comercial que sean necesarias, aduciendo que la demandada incumplió tal obligación, así como las inversiones en materia de publicidad.

Pues bien, las argumentaciones dadas por la recurrente en modo alguno desvirtúan las afirmaciones contenidas en la resolución recurrida siendo así que el pacto 3.2 del contrato dice lo que dice, que no es otra cosa que la obligación, casi el derecho como franquiciadora, de la demandada de proporcionar a la franquiciada tal asistencia. Por lo tanto no basta con la genérica afirmación de que se ha incumplido esa cláusula tan genérica si no se afirman y prueban hechos concretos de los que se derive su incumplimiento, y es por lo tanto una obligación abierta e inconcreta como se afirma en la sentencia. No basta con decir que es la demandada la que ha de definir el concepto y contenido de la prestación, ha de probarse que la contraria nada ha efectuado, ha sido totalmente pasiva o bien que ha realizado actos concretos en detrimento de esa obligación. Por lo tanto si en el recurso se afirma ser cierto que "las partes no han conseguido precisar en Autos el contenido de dicha asistencia técnica y que no ha probado que se hubiese prestado#" ya dirá la recurrente cuales son los incumplimientos que denuncia.

Y en cuanto a las obligaciones en materia de publicidad, el contrato es de una claridad meridiana: la demandada ha de abonar el porcentaje que se cita sobre la facturación, pero es la actora la que ha de proponer la actividad publicitaria de que se trate como lógica consecuencia de que se pacta su autorización, no proposición ni imposición, por la demandada. Por lo tanto es obvio que la procedencia de la reclamación ha de venir determinada por la cumplida acreditación de que la actora propuso acciones publicitarias y que las mismas, o bien se autorizaron y no se abonaron en el porcentaje dicho, o bien se denegaron sin justificación, de manera que si nada de ello se acredita, como nada se ha acreditado, nada se puede reclamar en tal concepto ni fundamentarse en ello una pretensión resolutoria contractual.

Por último en cuanto al cuarto motivo de recurso no es en realidad tal sino una mera apreciación de parte a efectos valorativos de prueba, con lo que es inocuo a los efectos de esta alzada.

En lo referente a los fundamentos de derecho quinto y sexto de la sentencia de instancia referidos a las pretensiones sobre resolución indebida del contrato y la cuantía indemnizatoria fijada en un 15 % de la facturación del año anterior, y la suma reclamada en concepto de lucro cesante por apoderamiento del fondo de comercio, nada se ha alegado por la recurrente y por lo tanto ningún razonamiento ni pronunciamiento ha de realizar esta Sala a tenor de lo dispuesto en el artº. 465 4 LEC .

En su consecuencia, procede la estimación parcial del recurso formulado, y con ello la también parcial de la demanda, condenando a la demandada al pago a la actora de las cantidades debidas en concepto de rappel de los ejercicios 1998, 1999 y 2000, por importe total según se desprende del informe pericial obrante en autos, folio 821 de los autos, ascendente a 310.914,89 .- euros, más los intereses legales desde la fecha de interposición de la demanda y los del artº. 576 LEC desde la fecha de esta sentencia, sin expreso pronunciamiento en cuanto a las costas procesales causadas en la primera instancia ni en cuanto a las de esta alzada dada la estimación parcial del recurso.

Vistos los artículos citados y demás de general y pertinente aplicación

Por cuanto antecede en nombre de Su Majestad El Rey y por la autoridad conferida por el Pueblo Español,

III.- FALLAMOS



Que estimando parcialmente el recurso de apelación interpuesto por D.A Portugal Confecções de Algodão S.A. representada por el Procurador de los Tribunales Sra. Moreno Ramos contra la sentencia dictada por el Ilmo. Sr. Magistrado Juez titular del Juzgado de 1ª. Instancia nº 12 de Madrid de fecha 12 de enero de 2005 en autos de juicio ordinario nº 614/03 DEBEMOS REVOCAR Y REVOCAMOS la misma y en su consecuencia estimando parcialmente la demanda en su día formulada contra D. Algodón Internacional 90 S.A. DEBEMOS CONDENAR Y CONDENAMOS a la misma al pago a la actora de 310.914,89 .- euros más los intereses legales desde la fecha de interposición de la demanda y los del artº. 576 LEC desde la de esta sentencia, desestimándose el resto de los pedimentos de la demanda formulada, sin expreso pronunciamiento en cuanto a las costas procesales causadas en esta alzada.

Así por esta nuestra sentencia de la que se unirá certificación literal al Rollo de Sala, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

PUBLICACIÓN.- 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.

FONDO DOCUMENTAL • CENDOJ