

SENTENCIA: 00444/2007

AUDIENCIA PROVINCIAL DE MADRID Sección 10

Rollo: RECURSO DE APELACION 527 /2006

Autos: PROCEDIMIENTO ORDINARIO 1002 /2004

Órgano Procedencia: JDO. PRIMERA INSTANCIA N. 52 de MADRID

PONENTE: ILMO. SR. D. ANGEL VICENTE ILLESCAS RUS

SENTENCIA

Ilmos. Sres. Magistrados:

D. MARIANO ZAFORTEZA FORTUNY

D. ANGEL VICENTE ILLESCAS RUS

D^a ANA MARÍA OLALLA CAMARERO

En MADRID, a dieciséis de octubre de dos mil siete.

La Sección Décima de la Audiencia Provincial de Madrid, compuesta por los Señores Magistrados expresados al margen, ha visto en grado de apelación los autos nº 1002/04, procedentes del Juzgado de 1^a Instancia nº 52 de Madrid, seguidos entre partes, de una, como demandante-apelante O P Y C, S.L., representada por la Procuradora D^a M^a y defendida por Letrado, y de otra como demandada-apelada 5, S.A., representada por la Procuradora D^a M^a y defendida por Letrado, seguidos por el trámite de juicio ordinario.

VISTO, siendo Magistrado Ponente el Ilmo. Sr. D. ANGEL VICENTE ILLESCAS RUS

ANTECEDENTES DE HECHO

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

PRIMERO.- Por el Juzgado de Primera Instancia nº 52 de Madrid, en fecha 18 de enero de 2006, se dictó sentencia, cuya parte dispositiva es del tenor literal siguiente:

FALLO:"Que estimando parcialmente la demanda interpuesta por la Procuradora D^a , en representación de O C Y P, S.L. frente a 5 S.A., representada Por la Procuradora D^a , debo declarar y declaro resuelto el contrato de fecha 6 de abril de 2001. Absolviendo del resto de peticiones de la demanda al demandado. Estimando la demanda reconvenicional debo declarar y declaro, aparte del anterior pronunciamiento, que haga suyas el actor reconvenicional los 19.869,46 euros entregados. Condenando a "O C y P, S.L." a estar y pasar por las anteriores declaraciones. Cada parte satisfará las costas causadas a su instancia y las comunes por mitad."

SEGUNDO.- Contra la anterior resolución se interpuso recurso de apelación por la parte demandante. Admitido el recurso de apelación en ambos efectos, se dio traslado del mismo a la parte apelada. Elevándose los autos ante esta Sección, para resolver el recurso

TERCERO.- Por providencia de esta Sección, de fecha 26 de Septiembre de 2007, se acordó que no era necesaria la celebración de vista pública, quedando en turno de señalamiento para la correspondiente deliberación, votación y fallo, turno que se ha cumplido el día 15 de octubre de 2007.

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

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Se aceptan los razonamientos jurídicos de la resolución recurrida en todo cuanto no aparezca contradicho o desvirtuado por los que se expresan a continuación.

SEGUNDO.-

(1) A través de la demanda rectora de las actuaciones a que se contrae el presente Rollo, formulada mediante escrito con entrada en el Registro General de los Juzgados de Primera Instancia de Madrid en fecha 27 de septiembre de 2004, la representación procesal de la entidad mercantil «O C y P, S.L.» ejercitaba acción constitutiva de anulación parcial de contrato y personal de condena pecuniaria frente a «5, S.A.», en la que tras alegar los hechos y razonamientos jurídicos que estimaba de aplicación, los cuales se han de dar aquí por reproducidos en gracia a la economía procesal terminaba solicitando que se dictase “sentencia por la que: I. Se declare la nulidad de las cláusulas contenidas en los párrafos sexto y séptimo del contrato de franquicia suscrito entre la actora y la demandada en fecha 6 de abril de 2001. II. Se condene a la demandada a reintegrar a la actora la cantidad de diecinueve mil ochocientos sesenta y nueve euros (19.869 EUROS) correspondientes al canon de entrada indebidamente retenido, incrementados con el interés legal devengado desde la presentación de la demanda. III. Con carácter subsidiario, moderándose equitativamente por el Juzgador la aplicación de la cláusula penal prevista en el párrafo séptimo del artículo tercero el contrato de franquicia, se reduzca la cantidad que la demandada tiene derecho a retener, debiendo restituir a la actora la cantidad restante. VI. [sic] Se impongan las costas a la parte demanda”.

(2) Turnado el conocimiento de la demanda al Juzgado de Primera Instancia núm. 52 de los de Madrid este órgano acordó por medio de Auto dictado en fecha 11 de noviembre de 2004 la admisión a trámite de la demanda y la comunicación de las copias de ésta y de los documentos presentados a la parte demandada con emplazamiento para que, de convenirle, pudiera comparecer y contestar en tiempo y forma legales.

(3) Mediante escrito con entrada en el Registro General en fecha 22 de diciembre de 2004 compareció en las actuaciones la representación procesal de la entidad mercantil “5 , S.A.” y evacuó trámite de contestación a la demanda oponiéndose a su acogimiento. Asimismo formulaba demanda reconventional en la que tras invocar los hechos y razonamientos jurídicos que estimaba de aplicación, los cuales se han de dar aquí por reproducidos en gracia a la economía procesal, terminaba solicitando que se dictase “sentencia: 1.- Desestimando la demanda formulada íntegramente, absolviendo a esta parte de los pedimentos contra ella

formulados. 2.- Estimando la demanda reconvenicional formulada por esta parte y declarando resuelto de pleno derecho, con efectos desde el 22 de octubre de 2002 el contrato suscrito por las partes de fecha 6 de abril de 2001, haciendo suyos 5, S.A. los 19.869,46 euros entregados, en compensación, de conformidad todo ello con el artículo 3 del citado contrato de franquicia. 3 – Condenando a O C y P, S.L. a estar y pasar por las anteriores declaraciones y a cumplirlas en sus propios términos. 4.- E imponiendo las costas a la entidad demandante-demandada reconvenicional O C y P, S.L., tanto de la demanda como de la reconvenicional [sic], y declarando su temeridad”.

(4) Por Auto de 11 de enero de 2005 se acordó tener por contestada la demanda principal y por interpuesta demanda reconvenicional, así como la comunicación de las copias de esta y documentos adjuntos a la demandante principal para que, de convenirle, pudiera contestar precisamente sobre la misma en tiempo y forma legales.

(5) Mediante escrito con entrada en el Registro General en fecha 11 de febrero de 2005 la representación procesal de la entidad mercantil «O C y P, S.L.» evacuó trámite de contestación a la demanda reconvenicional en la que tras invocar los hechos y razonamientos jurídicos que estimaba de aplicación, los cuales se han de dar aquí por reproducidos en gracia a la economía procesal –entre los que manifestaba su voluntad de allanarse parcialmente a la demanda en el punto atinente a la resolución del contrato-, terminaba solicitando que se dictase “.. sentencia por la que se estime parcialmente la demanda reconvenicional declarando resuelto el contrato de franquicia suscrito por las partes el 6 de abril de 2001 y se desestimen el resto de pretensiones deducidas en la reconvenición, con imposición de las costas a la parte demandada- reconviniente”.

(6) Por proveído de 1 de marzo de 2005 se acordó convocar a las partes a la celebración de la audiencia previa para el día 18 de mayo de 2005 en la que efectivamente tuvo lugar con asistencia de las representaciones procesales de ambas partes y el resultado que en autos obra y se expresa.

(7) Celebrado el acto del juicio en fecha 7 de julio de 2005 y practicados los medios de prueba propuestos admitidos como pertinentes con el resultado que en autos obra y se expresa, la Ilma. Sra. Magistrado Juez del Juzgado de Primera Instancia núm. 52 de los de Madrid dictó sentencia en fecha 18 de enero de 2006 en la que con estimación de la demanda reconvenicional y acogimiento parcial de la demanda principal interpuesta resolvió declarar resuelto el contrato de franquicia litigioso haciendo suyas la parte demandada principal y actora reconvenicional las cantidades entregadas, sin especial pronunciamiento respecto de las costas procesales ocasionadas.

(8) Mediante escrito con entrada en el Registro General en fecha 3 de febrero de 2006 la representación procesal de la parte demandante principal «O C y P, S.L.» interesó del Juzgado «a quo» que tuviera por preparado recurso de apelación frente a la sentencia recaída.

(9) Por proveído de 9 de febrero de 2006 se acordó tener por preparado el recurso de apelación anunciado y emplazar a la recurrente para su interposición en tiempo y forma legales.

(10) Mediante escrito con entrada en el Registro General en fecha 16 de marzo de 2006 la representación procesal de la entidad mercantil «O C y P, S.L.» -interpuso el recurso de apelación anunciado fundándolo, tras una exposición de «antecedentes» de los que en este lugar se ha de hacer merced, en las siguientes” .. ALEGACIONES

PREVIA.- Dado que ambas partes están de acuerdo en la resolución contractual, la cuestión objeto del litigio se centra en enjuiciar la causa de tal resolución para así poder determinar si es ajustado el fallo de primera instancia que declara el derecho de la parte demandada a hacer suyas la cantidad de 19.869,46 EUROS entregadas por la actora en concepto de canon de entrada, en virtud de la cláusula penal prevista en el párrafo séptimo del artículo tercero del contrato de franquicia suscrito en fecha 6 de abril de 2001.

Asimismo y con carácter previo al análisis de la concurrencia de algún incumplimiento en el presente supuesto se debe analizar si es ajustada a Derecho (a cláusula penal que sirve de fundamento al fallo objeto de este recurso.

Con carácter subsidiario en el supuesto de que se estimase que la cláusula penal es ajustada a Derecho y que la parte actora incumplió sus obligaciones contractuales la cláusula penal debe ser moderada equitativamente dadas las circunstancias concurrentes en el presente supuesto.

PRIMERA.- Nulidad de las cláusulas contenidas en los párrafos sexto y séptimo del artículo tercero del contrato de franquicia.

La sentencia recurrida declara el derecho de la demandada a hacer suyas la cantidad de 19.869,46 EUROS entregadas por la actora en concepto de canon de entrada, en aplicación de la cláusula penal prevista en el párrafo séptimo del artículo tercero del contrato de franquicia suscrito en fecha 6 de abril de 2001.

La solución a la que llega el juzgador de instancia no es ajustada a Derecho, dicho sea con todos los respetos y en estrictos términos de defensa, puesto que las cláusulas contractuales que fundamentan el fallo son nulas.

Asimismo, es importante señalar que a pesar de que era pretensión de esta parte que se declarase la nulidad de los párrafos sexto y séptimo del artículo tercero del contrato de franquicia, el juzgador de instancia no sólo no se pronunció sobre esta pretensión, sino que ha fundamenta su fallo amparándose en dichas cláusulas. Las cláusulas cuya nulidad se invocan son las siguientes:

"ARTICULO 3 - TERRITORIO - NÚMERO Y PLAZO DE APERTURA DEL ESTABLECIMIENTO - EXCLUSIVIDAD

(...)

El Franquiciado se compromete a abrir al público la tienda 5 a Sec antes de que transcurran seis meses naturales desde la fecha de este contrato.

El no-cumplimiento, por parte del franquiciado, de la fecha de apertura, salvo sí este se debe a fuerza mayor no imputable al Franquiciado permitir al Franquiciado Principal y sólo a él resolver de pleno derecho el presente contrato mediante notificación por escrito en tal sentido, sin que el Franquiciado tenga derecho a la devolución de la cantidad abonada como derecho de entrada, quedando esta en compensación por la exclusividad que desde la firma de este contrato se le concede, por la información y formación recibidas, los gastos desembolsados, etc.. Todo ello sin perjuicio de las demás obligaciones y responsabilidades derivadas de tal incumplimiento contractual que se detallan en el artículo 20.

La validez de dichas cláusulas debe ponerse en relación con el párrafo quinto de artículo tercero, el cual dispone que:

El Franquiciado Principal deber autorizar la apertura del establecimiento 5 afecto a este contrato

(..).

La nulidad de dichas cláusulas se debe a los siguientes motivos:

1 Nulidad de las cláusulas por contravenir lo dispuesto en el artículo 1256 del Código Civil.

En virtud de lo dispuesto en el párrafo sexto del artículo tercero del contrato de franquicia el franquiciado se compromete a abrir al público la tienda 5 a Sec antes de que transcurran seis meses naturales desde la fecha de firma de dicho contrato, que en el presente supuesto se firmó el 6 de abril de 2001.

No obstante lo anterior, en el párrafo precedente se establece que "el Franquiciado Principal deber autorizar la apertura del establecimiento 5 a Sec afecto a este contrato (...)".

Por tanto, para que el franquiciado pueda cumplir con la obligación de apertura de la tienda en los seis meses siguientes a la firma del contrato es necesario que el Franquiciado Principal autorice el local en que se ha de abrir la tienda.

Se deja, por tanto, el cumplimiento de la obligación de apertura de la tienda, que le incumbe al franquiciado, a expensas de que el franquiciado principal autorice la apertura. En definitiva, el cumplimiento de la obligación por parte del franquiciado queda al único arbitrio de a otra parte, quien puede no autorizar ningún local (o autorizar aquellos que no interesen al franquiciado), impidiendo así a la otra parte cumplir con su obligación.

Es decir, queda al arbitrio de una de las partes, el Franquiciado Principal, que la otra cumpla o no cumpla con la obligación inicial del contrato, con el agravante de que, si la otra parte no cumple, el Franquiciado Principal retiene para sí sin mayor justificación la contraprestación inicial o canon de entrada.

Esta situación queda claramente prohibida por el artículo 1256 del Código Civil:

"La validez y el cumplimiento de los contratos no pueden dejarse al arbitrio de uno de los contratantes."

Cuestión distinta sería que la obligación del franquiciado de abrir la tienda en un plazo de seis meses surgiera desde que el franquiciado principal le autoriza al local en que ha de abrirse la tienda, bien por que así se indique en el propio contrato (y a tal efecto se contiene en su primera página la referencia a Tienda y Fecha de apertura que en este caso se dejaron en blanco), o bien por que esta autorización se incorporase más adelante como anexo (tal como prevé el párrafo quinto del propio artículo tres del contrato). Desde ese momento el franquiciado no depende ya del franquiciado principal para cumplir con su obligación de abrir la tienda en el local autorizado, realizando a tal efecto las obras de acondicionamiento necesarias.

Pero lo cierto es que tal como está redactado el contrato la obligación del franquiciado de abrir la tienda en los seis meses siguientes a la firma del contrato, dependiendo el cumplimiento de esta obligación de la previa autorización de la otra parte (que a mayor abundamiento se beneficia del incumplimiento) se produce una clara vulneración de la prohibición reflejada en el artículo 1256 del Código Civil, lo que determina la nulidad de esta cláusula por imperativo del artículo 6.3 del mismo Cuerpo Legal.

Lógicamente, la nulidad de la obligación impuesta al franquiciado en el párrafo sexto del artículo tercero implica la nulidad del párrafo siguiente del mismo artículo, en cuanto establece las consecuencias del incumplimiento de la obligación cuya nulidad se postula, permitiendo al franquiciado principal retener la cantidad percibida como canon de entrada al no cumplir el franquiciado con una obligación de apertura que no le puede ser exigible al depender de la exclusiva voluntad de la otra parte.

Estas cláusulas al haber sido fijadas en el contra de las exigencias impuestas por la buena fe y en perjuicio claro de los intereses de esta parte, con un desequilibrio evidente e injustificado, han de ser declaradas nulas.

Siendo nulas de pleno derecho las cláusulas contenidas en los párrafos sexto y séptimo del artículo tercero, en las que precisamente se ampara la empresa demandada para retener indebidamente la cantidad percibida como canon de entrada, procede declarar la obligación de esta empresa de restituir a la actora tal cantidad.

2 Cláusulas nulas por contravenirlo dispuesto en la Ley 7/1998, de 13 de abril, sobre Condiciones Generales de la Contratación.

El contrato de franquicia suscrito entre el demandante y la empresa S.A. (actualmente denominada, S.A.), se incluye dentro del ámbito de aplicación de esta norma, pues se trata de un texto uniforme redactado por el franquiciado principal al que deben adherirse los franquiciados que deseen explotar una tintorería de la franquicia, tal como hizo mi representada.

Por ello, el presente contrato está dentro de los ámbitos objetivos y subjetivos de aplicación de la norma, tal como se recoge en sus artículos 1 y 2:

"Ámbito objetivo:

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.

El hecho de que ciertos elementos de una cláusula o que una o varias cláusulas aisladas se hayan negociado individualmente no excluirá la aplicación de esta Ley al resto del contrato si la apreciación global lleva a la conclusión de que se trata de un contrato de adhesión.

Ámbito subjetivo.

La presente Ley será de aplicación a los contratos que contengan condiciones generales celebrados entre un profesional -predisponente- y cualquier persona física o jurídica -adherente-.

A los efectos de esta Ley se entiende por profesional a toda persona física o jurídica que actúe dentro del marco de su actividad profesional o empresarial, ya sea pública o privada.

El adherente podrá ser también un profesional, sin necesidad de que actúe en el marco de su actividad"

El que estamos ante cláusulas predispuestas cuya incorporación ha sido impuesta por el franquiciado principal se desprende del hecho de que en ningún artículo del contrato se hace mención alguna de la denominación del franquiciado, lo que evidencia que es el mismo contrato impuesto por la empresa demandada a todos sus franquiciados.

Una vez que ha quedado acreditado que al contrato de franquicia, que trae causa de esta litis, le es de aplicación la ley sobre condiciones generales de la contratación, debemos analizar cuando esta norma determina la existencia de una cláusulas nula o abusiva.

El artículo 8.2 de la Ley sobre Condiciones Generales de la Contratación dispone que serán nulas de pleno derecho las condiciones generales que sean abusivas, remitiéndose

expresamente a las definidas en el artículo 10 bis y Disposición Adicional Primera de la Ley 26/1984, de 19 de julio, General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios.

De tal forma, que el artículo 10 bis de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios establece:

"Se considerarán cláusulas abusivas todas aquellas estipulaciones no negociadas individualmente que en contra de las exigencias de la buena fe causen, en perjuicio del consumidor, un desequilibrio importante de los derechos y obligaciones de las partes que se deriven del contrato. En todo caso se considerarán cláusulas abusivas los supuestos de estipulaciones que se relacionan en la disposición adicional primera de la presente Ley.

El hecho de que ciertos elementos de una cláusula o que una cláusula aislada se hayan negociado individualmente no excluirá la aplicación de este artículo al resto del contrato.

El profesional que afirme que una determinada cláusula ha sido negociada individualmente, asumirá la carga de la prueba.

El carácter abusivo de una cláusula se apreciará teniendo en cuenta la naturaleza de los bienes o servicios objeto del contrato y considera todas las circunstancias concurrentes en el momento de su celebración, así como todas las demás cláusulas del contrato o de otro del que éste dependa".

Y según la Disposición Adicional Primera, a la que se remite el artículo transcrito, tendrán el carácter de abusivas, entre otras, las cláusulas o estipulaciones siguientes:

"4. La supeditación a una condición cuya realización dependa únicamente de la voluntad del profesional para el cumplimiento de las prestaciones, cuando al consumidor se le haya exigido un compromiso firme. La limitación o exclusión de forma inadecuada de la facultad del consumidor de resolver el contrato por incumplimiento del profesional.

La retención de cantidades abonadas por el consumidor por renuncia, sin contemplar la indemnización por una cantidad equivalente si renuncia el profesional.

La autorización al profesional para rescindir el contrato discrecionalmente, si al consumidor no se le reconoce la misma facultad, o la posibilidad de que aquél se quede con las cantidades abonadas en concepto de prestaciones aún no efectuadas cuando sea él mismo quien rescinda el contrato".

Las cláusulas contenidas en los párrafos sexto y séptimo del artículo tercero del contrato responden a los supuestos contemplados en la norma transcrita y por tanto han de considerarse cláusulas abusivas.

Ello se debe, en primer lugar, y tal como se ha expuesto anteriormente a que supeditan el cumplimiento de una obligación impuesta al franquiciado -la de abrir la tienda en un plazo de 6 meses- a la voluntad del franquiciado principal de autorizar el local, permitiendo al

franquiciado principal resolver el contrato y retener el canon de entrada aún cuando no se hubiera concretado ni por tanto autorizado el local en que debería abrirse la tienda.

Y en segundo lugar, no se prevé en el contrato una facultad equivalente para el franquiciado para el caso en que, como aquí ha ocurrido, no se concrete ningún local en dicho periodo por parte del franquiciado principal, o el que se concrete para abrir la tienda dieciocho meses después del contrato no pueda aceptarse por el franquiciado al no responder al proyecto de inversión facilitado por el propio franquiciado principal. En este caso no puede el franquiciado resolver el contrato y exigir una indemnización equivalente. Por el contrario debe limitarse soportar como el franquiciado principal procede a resolver el contrato y quedarse con su canon de entrada.

Por todo lo anterior, debe declararse la nulidad de las cláusulas contenidas en los párrafos sexto y séptimo del artículo tercero del contrato de franquicia por vulnerar lo dispuesto en la Ley 711998, de 13 de abril, sobre Condiciones Generales de la Contratación, y por rerrxis de esta norma, de lo dispuesto en la ley 2611984, de 19 de julio, General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios. La nulidad de estas cláusulas en virtud de dichas normas, implica, al igual que la nulidad al amparo del artículo 1256 CC, la obligación de la empresa demandada de restituir a la actora la cantidad correspondiente al canon de entrada indebidamente retenido.

SEGUNDA.- Inexistencia de incumplimiento alguno por parte de la actora.

En el presente procedimiento era también pretensión de ésta parte que se le reintegrase la cantidad de 19.869 Euros entregada en concepto canon de entrada, a su vez era pretensión de la parte demandada (formulada mediante demanda reconventional) el hacer suya dicha cantidad. Por tal motivo y para dar respuesta a dichas pretensiones, la sentencia objeto de este recurso basa su fallo en determinar qué parte incumplió con sus obligaciones contractuales.

De tal forma que el juzgador de instancia concluye señalando que: "La obligación de encontrar local era de la actora - según anexo que se aporta, siendo obligación de la entidad "5, S.A" de formación, documentación ... (...) la actora no logró presentar local que reuniera los caracteres solicitados y, es más, cuando se le comunica por la demandada la existencia de uno, después de llevar a cabo todas las tareas de información, la finalidad no se logra porque "O Cs y P, S.L. no realiza actuación tendente a conseguirlo".

La conclusión a la que llega el juzgador de instancia no se ajusta a la realidad de los hechos, dado que esta parte cumplió en todo momento con Sus obligaciones contractuales para así poder poner en funcionamiento el negocio de franquicia lo antes posible, actuando por tanto, con la diligencia de in debido empresario. De igual forma, mi representado actuó en todo momento de buena fe, al contrario que la parte contraria.

El fallo de la sentencia se basa, por tanto, en que el actor no realizó actuación tendente a conseguir el local que había encontrado la parte demandada, esto es, el local sito en el Centro Comercial "Puerta Alicante".

Dicha conclusión se aleja de la realidad, pues tal como hemos expuesto en los antecedentes de hecho la realidad fue bien distinta.

Mi representada estaba interesada en la apertura de una tintorería 5 á Sec en la ciudad de Alicante, lo que le llevó a suscribir un contrato de franquicia con la demandada en fecha 6 de abril de 2001.

En dicho contrato no se fijó el local afecto al negocio, ya que ni la actora tenía uno, ni a la demandada le interesaba fijarlo en dicho momento.

A pesar de ello, en la contestación a la demanda se señala de forma insistente que la actora era la parte realmente interesada en abrir el negocio de tintorería en el Centro Comercial "Ciudad de Alicante", algo totalmente incierto, y que queda desacreditado a través de la documental aportada de contrario.

Ello se debe a que no se explica el hecho de que si era tal el interés de la actora de abrir un negocio en dicho Centro Comercial, no se fijara en el contrato de franquicia al local nº 65 de la Planta Baja de dicho Centro Comercial como local objeto del contrato de franquicia.

Pues dicha solución habría sido lo lógico, si la realidad hubiera sido tal como alega la parte demandada, habida cuenta de que a fecha 6 de abril de 2001, momento en el que se firmó el contrato de franquicia la demandada ya había suscrito con la empresa gestora del Centro Comercial "Puerta de Alicante" un acuerdo de reserva de dicho local, para lo cual había entregado como garantía la cantidad de 3.370,73 Euros (1.060.000 pts.), y dado que por aquellas fechas, la previsión era que el centro comercial abriera sus puertas a finales del año 2001. La demandada tampoco comunicó a la actora la existencia del acuerdo de reserva al que hemos hecho referencia.

Pero no fue así, la demandada no fijó ningún local a la firma del contrato, seguramente porque su intención era, en aras a una mayor expansión de su negocio por Alicante, que la actora buscase un local en la ciudad de Alicante e intentar encontrar otro franquiciado para el Centro Comercial, y en caso de no encontrar otro franquiciado, siempre podían recurrir a la actora para que abriese una tintorería en el centro comercial, pues no olvidemos que era la demandada la que tenía que autorizar la apertura de la tintorería y la que suscribió un acuerdo de reserva por un local comercial en el Centro Comercial Puerta de Alicante, con la entidad gestora de dicho Centro.

Ello evidencia que la demandada actuó de mala fe durante la vigencia del contrato. Asimismo, la mala fe de la demandada ha quedado fehacientemente acreditada a través de la documental aportada en su escrito de demandada.

Así de tal forma, en el contrato de arrendamiento suscrito, en fecha 29 de mayo de 2002, entre la empresa , S.A. (gestora del Centro Comercial " ") y la empresa 5 , S.A. (Documento nº

30 de la contestación a la demanda) se estipuló una duración de ocho años y cinco meses, esto es, hasta el 28 de octubre de 2010.

Sin embargo, en el contrato de subarrendamiento suscrito entre la empresa 5 , S.A. y la actora esa vigencia era sólo hasta el 28 de mayo de 2007 (Documento nº 43 de la contestación a la demanda).

La demandada, a pesar de tener suscrito un contrato de arrendamiento con una vigencia de 10 años, le ofreció a la actora un contrato de subarriendo de menos de cinco años, a sabiendas de que dicho contrato iba en contra de lo establecido en el artículo 6 del contrato de franquicia, en el cual se establecía que en caso de que el local donde se fuese a establecer el establecimiento de tintorería fuera alquilado o subarrendado, el contrato debía tener un vigencia mínima de seis años.

La actitud de la demandada encuentra su explicación, en ese mismo artículo del contrato de franquicia, pues también establece que el contrato de subarrendamiento debía contener la siguiente cláusula:

"A la finalización del citado contrato de Franquicia, cualquiera que sea la causa, el Franquiciado Principal tendrá el derecho pero no la obligación de asumir, durante el tiempo que falte hasta la expiración del contrato de arrendamiento, la posición del Franquiciado y sustituirlo como parte arrendataria o subarrendataria (...)"

En aras a la verdad, es importante tener en cuenta que a comienzos del año 2002, y puesto que el interés de mi representada era comenzar la explotación del negocio lo antes posible y dado que la demandada no autorizó ningún local de los que la actora le presentó y ofertó, finalmente mi representada decidió aceptar el local que la demandada le ofrecía en Comercial "Puerta de Alicante".

Si bien, antes de aceptar esa concreta ubicación, y dado la fuerte inversión que el negocio requería, mi representado actuando con la diligencia debida, solicitó a la demandada la elaboración de un presupuesto de la inversión y de una previsión estimada de la cuenta de explotación.

Cuando la demandada remitió a la actora el desglose de la inversión y la cuenta de explotación provisional de la futura tienda del Centro Comercial "Puerta de Alicante" (Documento nº 8 de la demandada) mi representada tuvo una muy desagradable sorpresa, dado que el coste de la inversión ascendía a la cantidad de 21.871.000 pesetas (131.447 Euros), teniendo en cuenta que se trataría de una tienda pequeña, con una sola máquina de seco, es decir, la tienda que en el Dossier Informativo se denominaba Tipo A.

El problema es que en dicho Dossier, la inversión prevista para una tienda de este tipo era de 18.367.040 pesetas (110.388 Euros), es decir, tres millones y medio menos. Los costes de inversión que ahora se proponían para este tipo de tienda estaban más cercanos a los establecidos en el Dossier para una tienda Modelo B, con doble maquinaria y por tanto con mayor capacidad de producción.

El incremento de los costes de explotación conllevaba, como es lógico, que los beneficios de explotación que ahora se preveían eran sensiblemente inferiores a los inicialmente previstos.

Asimismo el tiempo que la actora tenía para poder amortizar la inversión era mucho menor, habida cuenta que el contrato de subarriendo que 5 á, SA, le ofrecía solo le aseguraba un plazo de menos de cuatro años y menos para poder explotar el negocio, esto es, desde finales de 2002 (momento de la apertura estimada del centro comercial) hasta mayo de 2007 (momento en el que expiraba la duración del contrato de subarriendo).

El boyante negocio que se ofertaba mediante el Dossier informativo que la demandada entregó a mi representada a finales del año 2000 se convertía en el año 2002 en una inversión altamente arriesgada, por ello el actor decidió finalmente desistir de su inicial intención de explotar una tintorería de la empresa demandada, puesto que las condiciones que la demandada le ofrecía en el año 2002 hacían inviable el negocio.

El que las condiciones que la demandada le ofrecía a mi representada desaconsejaban cualquier inversión se evidencia asimismo en el hecho de que la actora tampoco explotó el negocio de tintorería en el Centro Comercial "Puerta de Alicante". Pues no se debe olvidar que la parte demandada en su escrito de contestación a la demanda, concretamente en el hecho primero, comienza relatando que la empresa 5 , S.A. cuenta con 20 tintorerías propias en España, además de las tintorerías en franquicia.

Por ello, si el negocio era tan rentable y dado que 5, S.A. había suscrito un contrato de arrendamiento de un local en dicho Centro Comercial, lo lógico hubiera sido haber explotado el negocio por su cuenta. Pero finalmente la demandada decidió no explotar el negocio por si pesar de perder la renta de varios meses de alquiler. Del mismo modo tampoco encontró ningún franquiciado que quisiera explotar una tintorería en dicho centro comercial, dadas las condiciones del negocio.

Asimismo, es importante señalar que en la contestación a la demandada se señala insistentemente que el Dossier Informativo que 5 entregó a la actora tenía carácter no contractual.

La parte demandada parece desconocer que dicho Dossier informativo vincula a ambas partes, ya que tiene carácter precontractual, pues de su contenido depende que el franquiciado decida vincularse con la entidad franquiciadora, tal como se recoge en el artículo 62.3 de la ley 7/1996 de Ordenación del Comercio Minorista, el cual dispone que:

"Asimismo, con una antelación mínima de veinte días a la firma de cualquier contrato o precontrato de franquicia o entrega por parte del futuro franquiciado al franquiciador de cualquier pago, el franquiciador deberá haber entregado al futuro franquiciado por escrito la información necesaria para que pueda decidir libremente y con conocimiento de causa su incorporación a la red de franquicia y, en especial, los datos principales de identificación del franquiciador, descripción del sector de actividad del negocio objeto de franquicia, contenido y

características de la franquicia y de su explotación, estructura y extensión de la red y elementos esenciales del acuerdo de franquicia"

Dicho artículo ha sido desarrollado reglamentariamente por el Real Decreto 2485/1998, de 13 de noviembre, por el que se desarrolla el artículo 62 de la Ley 7/1996, de 15 de enero, de Ordenación del Comercio Minorista relativo a la regulación del régimen de franquicia, y se crea el Registro de Franquiciadores. Así, en su artículo tercero se señala que:

"Artículo 3. Información precontractual a/ potencial franquiciado.

Con una antelación mínima 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 o franquiciado principal deberá dar por escrito al potencial franquiciado la siguiente información veraz y no engañosa:

(..)

e. Contenido y características de la franquicia y de su explotación, que comprenderá una explicación general del sistema del negocio objeto de la franquicia, las características del saber hacer y de la asistencia comercial o técnica permanente que el franquiciador suministrará a sus franquiciados, así como una estimación de las inversiones y gastos necesarios para la puesta en marcha de un negocio tipo. En el caso de que el franquiciador haga entrega al potencial franquiciado individual de previsiones de cifras de ventas o resultados de explotación del negocio, éstas deberán estar basadas en experiencias o estudios, que estén suficientemente fundamentados. (...)

g. Elementos esenciales del acuerdo de franquicia, que recogerá los derechos y obligaciones de las respectivas partes, duración del contrato, condiciones de resolución y, en su caso, de renovación del mismo, contraprestaciones económicas, pactos de exclusivas, y limitaciones a la libre disponibilidad del franquiciado del negocio objeto de franquicia."

La demandada conocía perfectamente el carácter vinculante de dicha información, así como la obligación que tenía de entregársela al franquiciado, dado que en el contrato de franquicia suscrito en fecha 6 de abril de 2001, se recoge expresamente que la demandada facilitó a la actora dicha información.

Por ello, si las condiciones reales se apartan de la información que el franquiciador facilitó al franquiciado, cabe que este resuelva el contrato. Además en el presente supuesto, ha quedado acreditado que la demandada actuó de mala fe, puesto que a finales del 2000, concretamente, a fecha 4 de diciembre de 2000, la demandada conocía el importe de la renta del alquiler del local del Centro Comercial "Puerta de Alicante", cuya cuantía era muy superior a la contenida en el Dossier Informativo, y que conllevaba una muy considerable reducción de los beneficios de explotación.

Por todo lo expuesto, y aún en el supuesto de que no se declare la nulidad de las cláusulas contenidas en los párrafos sexto y séptimo del artículo tercero del contrato de franquicia, y dado que, al contrario de la demandada, la actora no ha incumplido las obligaciones asumidas en el referido contrato, debe reembolsársele a la actora la cantidad abonada en concepto de canon de entrada, y retenida indebidamente por la actora.

Asimismo, resulta de aplicación igualmente para la interpretación del contrato lo dispuesto en el artículo 1282 del Código Civil:

"Para juzgar la intención de los contratantes, deberá atenderse principalmente a los actos de estos, coetáneos y posteriores al contrato".

Debemos tener presentes que la empresa demanda se limitó en un primer momento a indicar a la actora las calles en las que debería buscar un local, después no autorizó el local que la actora había buscado y le ofertó, y por último propuso a la actora la apertura de la tintorería en el Centro Comercial Puerta de Alicante, sabiendo que dicho centro no abriría las puertas sino hasta finales del año 2002, cuando ya habrían transcurrido más de dieciocho meses desde la firma del contrato.

Durante todo ese tiempo, la demandada no puso ningún reparo a la demora en la apertura de la tienda, por el contrario, había propuesto y por tanto aceptado que la tienda no se abriera sino hasta finales de 2002. No es sino cuando la actora le comunica su intención de desistir del contrato, al no responder el local propuesto a las expectativas de inversión que había previsto confiando en los datos del Dossier Informativo cuando se decide resolver el contrato, amparándose en la excusa de que se ha sobrepasado el plazo máximo de que disponía el franquiciado para abrir la tienda y reteniendo en compensación por unas prestaciones inexistentes la cantidad abonada como canon de entrada.

Asimismo, debemos señalar que el párrafo octavo del artículo tercero del contrato de franquicia señala expresamente que:

"En el supuesto de que el Franquiciado Principal -juzgase oportuno permitir un retraso en la fecha de apertura, sí concurren circunstancias especiales que aconsejasen tal medida, lo comunicar por escrito al Franquiciado, señalando la fecha máxima en la que debe procederse a la apertura de la tintorería 5".

Algo que la demandada no hizo en ningún momento, ni comunicó por escrito a la actora la ampliación del plazo de seis meses, ni la fecha máxima en la que debía abrirse la tintorería. Lo que no hace sino acreditar de nuevo, que el cumplimiento del contrato quedó en todo momento al arbitrio de la demandada.

En definitiva, no ha existido incumplimiento alguno por parte de la actora, sino todo lo contrario, pues la no apertura de la tienda se debe a la actitud de la propia demandada que transcurrido un año desde la firma del contrato propone a la actora un concreto local que se

aparta de la información facilitada en el Dossier Informativo al exigir dicho local una inversión muy superior a la prevista en el mismo.

Ello conlleva la improcedencia de la retención del canon de entrada por parte de la demanda, dado que la actora no incumplió ninguna de sus obligaciones, y dada que dicha cantidad se paga por cada tienda que se abra, en concepto de exclusividad, y que no se ha procedido a la apertura de la tienda, por causas claramente imputables al franquiciado principal, resulta injustificado el pago del canon de entrada y, por tanto, la retención que del mismo se ha hecho por la demandada.

A lo anterior se añade, por un lado, que las contraprestaciones al pago del canon de entrada que se enumeran en el artículo 13, vinculadas en su mayoría a la apertura de la tienda, no se han efectuado por la demandada, y que el resto de ellas, en virtud del anexo que se incorporó al contrato, ya no quedaban cubiertas por el canon de entrada.

Por otro lado, la retención efectuada se dice hacer en compensación por un derecho de exclusiva que no se ha llegado a otorgar y por unos gastos que ni se detallan ni menos aún justifican.

En conclusión, la retención del canon de entrada que se ha efectuado por la demandada resulta injustificado, debiendo ser condenada a su devolución a la actora.

TERCERA.- Incongruencia de la Sentencia

Tal como se alegará en el presente motivo, el fallo de la Sentencia, así como la razonamiento recogido en el fundamento de derecho tercero resulta incongruente, al mismo tiempo que evidencia un completo desconocimiento de la figura del contrato de franquicia, dicho sea con todos los respetos y en estrictos términos de defensa.

Es importante, por tanto, concretar la naturaleza y regulación del contrato de franquicia, ya que es el contrato que firmaron las partes de este proceso.

Contrato de franquicia:

La definición del contrato de franquicia se encuentra recogida en el Reglamento Comunitario 4087/88 (actualmente integrado en el Reglamento 2790199) y en el artículo 62 de la ley 7/1996 de Ordenación del Comercio Minorista.

Es aquel contrato en virtud del cual una empresa, el franquiciador, cede a otra, el franquiciado, a cambio de una contraprestación financiera directa o indirecta, el derecho a la explotación de una franquicia para comercializar determinados tipos de productos y/o servicios, y que comprende por lo menos: el uso de una denominación o rótulo común y una presentación uniforme de los locales y/o de los medios de transporte objeto del contrato y la comunicación por el franquiciador al franquiciado de un "know-how".

El Tribunal Supremo, en numerosas sentencias ha declarado que es un contrato de carácter atípico, por lo que debe regirse 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.

No obstante lo anterior, y tal y como hemos señalado la ley 7/1996 de Ordenación del Comercio Minorista en su artículo 62 regula determinados aspectos de este contrato. Asimismo, dicho artículo es desarrollado reglamentariamente por el Real Decreto 2485/1998, de 13 de noviembre, por el que se desarrolla el artículo 62 de la ley 7/1996 de Ordenación del Comercio Minorista, relativo a la regulación del régimen de franquicia, y se crea el Registro de Franquiciadores.

En la resolución impugnada se señala en relación al contrato de franquicia que:

"Como norma general de funcionamiento, es de destacar que lo admitido por la generalidad de la práctica en la materia es que el candidato hará entrega de una cantidad a cuenta precontrato- en concepto de canon de entrada.

El canon de entrada que pagó la actora a la demandada era un pago en cumplimiento de las obligaciones contenidas en el contrato de franquicia., acuerdo que tenía carácter contractual y no precontractual, pues el que ambas partes suscribieron en fecha 6 de abril de 2004 era un contrato de franquicia, al amparo de lo dispuesto en el artículo 62 de la Ley 7/1996 de Ordenación del Comercio Minorista.

Esto es, un contrato por el cual una empresa, el franquiciador, cedía a otra, el franquiciado, a cambio de una contraprestación financiera directa o indirecta, el derecho a la explotación de una franquicia para comercializar determinados tipos de productos o servicios, en este caso, de tintorería.

En relación al canon de entrada en el contrato de franquicia se ha pronunciado el Tribunal Supremo en sus sentencias de 4 de marzo de 1997 y 30 de abril de 1998, así en esta última se señala que:

"La característica fundamental de esta modalidad contractual estriba en que una de la 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"

El canon de entrada, se configura, por tanto, como una cantidad que el franquiciado paga por el derecho a utilizar, por un tiempo determinado y en una zona geográfica delimitada, bajo ciertas condiciones de control 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 ostenta la titularidad la empresa franquiciadora.

Si embargo la solución a la que se llega en la sentencia de instancia resulta incongruente, pues el juzgador de instancia confunde el contrato franquicia con un precontrato y la cláusula penal recogida en el párrafo séptimo del artículo tercero del contrato de franquicia con las arras.

El canon de entrada no se configura en el contrato de franquicia, suscrito entre ambas partes, como un pago en garantía del cumplimiento del contrato, sino como pago por el derecho a explotar en exclusiva la marca de la demandada en un ámbito geográfico concreto.

Sin embargo, el párrafo sexto del artículo tres, cuya nulidad esta parte ha invocado, no se trata de una cláusula de arras, sino una cláusula penal al amparo de lo dispuesto en el artículo 1152 del Código Civil, que permite pactar una cláusula penal que sustituya la indemnización de los daños y perjuicios causados con el incumplimiento.

Asimismo, carece de sentido la argumentación que realiza el juzgador de instancia al señalar que procede la aplicación de la cláusula penal, cuya finalidad es compensar al franquiciado principal por la exclusividad concedida al franquiciado, a pesar de que no tuvo lugar dicha exclusividad ya que en ningún momento se concretó ningún local. Pero para la magistrada de instancia lo justifica alegando que la actora incumplió con sus obligaciones.

Como ya hemos reiterado a lo largo de este escrito, mi representada no incumplió con ninguna de sus obligaciones, sino todo lo contrario, fue la demandada la que incumplió y actuó de mala fe, lo que llevó a esta parte a rescindir su contrato.

Esta parte ejerció su facultad resolutoria conforme al ordenamiento jurídico, esto es, utilizó dicha facultad debidamente, actuando diligentemente y conforme a la buena fe.

Asimismo, no se debe olvidar que las obligaciones de las partes en el contrato de franquicia, suscrito no surgen sino desde que se concreta el local en que se procederá a la apertura de la tienda. Mientras tanto el franquiciado principal no concede la franquicia, ni la marca, ni tampoco cede exclusividad alguna, pues no existe punto sobre el que concretar los 100 metros de radio". Por ello, la obligación de apertura de la tienda que asume el franquiciado no puede entenderse exigible desde la firma del contrato, aunque literalmente se exponga así en el párrafo sexto del artículo tercero, pues ello resulta contradictorio con el resto del articulado (redactado unilateralmente por el franquiciador principal), sino que tal obligación surge desde que el franquiciado principal autoriza el local en que ha de procederse a al apertura con su correspondiente contrato de arrendamiento, en su caso. A partir de ese momento, que deberá quedar plasmado en el contrato, el franquiciado dispone de un plazo de seis meses para proceder a la apertura de la tienda, realizando las obras de acondicionamiento pertinentes (obras que a mayor abundamiento, deben ser las indicadas por el franquiciado principal).

Lo que resulta contrario tanto al espíritu del contrato como a la equidad y a la buena fe entre las partes es pretender que el franquiciado ha incumplido el plazo de apertura cuando aún no

se había concretado ni autorizado por franquiciador principal el local o tienda en que se iba a instalar la franquicia.

Por todo lo anteriormente, alegado procede que se declare que mi representada no incumplió con ninguna de sus obligaciones y que por tanto la demandada ha retenido indebidamente el canon de entrada.

CUARTA.- Moderación de equitativa de la pena impuesta por la cláusula penal al amparo de los artículo 1154 y 7 del Código Civil.

De manera subsidiaria a lo hasta ahora expuesto, y para el caso de considerarse que no procede declarar la nulidad de las cláusulas contenidas en los párrafos sexto y séptimo del contrato y que además ha existido incumplimiento del mismo por parte de la actora, considera esta representación procesal que procedería moderar la efectividad de la cláusula penal atendiendo a razones de equidad y de proscripción del ejercicio abusivo de un derecho.

Téngase en cuenta que mi mandante cumplió con su obligación consistente en el pago del canon de entrada. Cumplió con las indica franquiciado principal en la búsqueda de un local adecuado en las calles que te indicaron, localizó un local que sin embargo no fue aceptado por el franquiciado principal y en principio estaba dispuesto a abrir la tienda el, el local propuesto por la demanda, desistiendo de esta posibilidad cuando comprobó que las cifras de inversión que requería tal local y los beneficios de la explotación que ahora se le presentaban diferían sensiblemente de los previstos.

Por el contrario, la demandada, sin llegar a otorgar ningún derecho de exclusividad, y sin ofrecer la mayor parte de las contraprestaciones a las que según el contrato respondía el canon de entrada, ha retenido la totalidad del importe de este canon basando en un incumplimiento, la no apertura de la tienda en los seis meses siguientes a la firma del contrato, que ella misma ha motivado o al menos consentido. Esto supone a nuestro juicio un beneficio injustificado para la demandada que implica un ejercicio abusivo de un derecho contractual.

Asimismo, parte de los gastos que teóricamente cubrían el canon de entrada fueron asumidos directamente por la parte actora, pues como ya se ha señalado el contrato de franquicia se vio modificado mediante un Anexo en fecha 10 de abril de 2001, esto es, cuatro días después de la firma del contrato. En dicho anexo se hacía constar que:

«Mediante el presente anexo, LIMITE S.A y el franquiciado O C P S.L. acuerdan que la formación' del franquiciado y de su personal así como los gastos de desplazamiento y estancia del franquiciado principal que se produzcan como consecuencia de la asistencia para la elección del punto de venta, la asistencia para la visita de obras, la asistencia para la selección de personal y la asistencia para la apertura correrán a cargo de éste".

Tras la modificación sufrida por el contrato de franquicia mediante Anexo, el canon de entrada cubría exclusivamente el derecho de apertura de tienda, esto es la exclusividad recogida en el

artículo 3 del contrato de franquicia, esto es, el derecho a explotar con exclusividad un tintorería "5' en una zona territorial de 100 metros de radio.

Pero dado que no se fijó ningún local afecto a la explotación de un negocio de tintorería no ha existido exclusividad alguna.

Hemos de destacar la Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona de 10 de junio de 2004, Sala de lo Civil, Sección 14, ponente D.ª Agulló Berenguer (AC 2004X1 100) en la que se enjuicia quién debe hacer suyo el canon de entrada, se señala que dado que el canon de entrada corresponde al tipo de prestación duradera.

"debe examinarse si las prestaciones han sido útiles para ambas partes o si han permitido cumplir las finalidades previstas por ellas en el negocio, sin que puedan tampoco devolverse aquellas prestaciones agotadas o consumidas, "

Por tanto, el problema en todo caso radicaría en determinar qué parte del canon de entrada ha podido ser consumido o agotado durante el tiempo que duró la relación contractual, en este caso durante 15 meses.

Siguiendo con el criterio de esta Sala mantenida en el rollo 787/01 (AC 2002, 1728) de entender que al menos un 50% del canon viene destinado al Know-how de la franquiciadora al franquiciado necesario para el inicio de la actividad propia del negocio. El otro 50% comprenderá entonces la cesión del uso de explotación de las marcas y signos distintivos y la asistencia continuada técnica y comercial."

En el presente supuesto el canon de entrada no cubre el traspaso "know-how" de la franquiciadora al franquiciado necesario para el inicio de la actividad propia del negocio", puesto que como hemos señalado, ello quedó regulado mediante el anexo que se incorporó al contrato de franquicia.

Asimismo, el "know-how" que trasmite el franquiciador al franquiciado durante la explotación del negocio no se ha producido ya que no se comenzó a explotar el negocio.

De igual forma en el presente supuesto no ha habido ni cesión, ni uso de la marca de demandada, por lo que no cabe considerar que se ha consumido el canon en este aspecto.

Por todo ello, procedería en última instancia que por la Sala se moderase equitativamente la aplicación de la cláusula penal prevista en el párrafo séptimo del artículo tercero del contrato y se reduzca la cantidad que la demandada tiene derecho a retener, debiendo restituir a la actora la cantidad restante.

Y terminaba solicitando que se dictase sentencia en la que «.. acogiendo el presente Recurso de Apelación, revoque la Sentencia que respetuosamente se recurre, y:

I.- Se declare la nulidad de las cláusulas contenidas en los párrafos sexto y séptimo del artículo tercero del contrato de franquicia suscrito entre la actora y la demandada en fecha 6 de abril de 2001.

II.- Se condene a la demandada a reintegrar a la actora la cantidad de diecinueve mil ochocientos sesenta y nueve euros (19.869 E) correspondientes al canon de entrada indebidamente incrementados con el interés legal devengado desde la presentación de la demanda.

III.- Con carácter subsidiario, se modere equitativamente por la Sala la aplicación de la cláusula penal prevista en el párrafo séptimo del artículo tercero del contrato de franquicia, se reduzca la cantidad que la demandada tiene derecho a retener, debiendo restituir a la actora la cantidad restante.

VI.- Se impongan las costas a la parte recurrida».

(11) Mediante escrito con entrada en el Registro General en fecha 16 de mayo de 2006 la representación procesal de la entidad «5, S.A.» evacuó trámite de oposición al recurso de apelación interpuesto de contrario solicitando su desestimación. Al propio tiempo formulaba impugnación de la sentencia recaída con base en las siguientes «.. ALEGACIONES

Previa.- Sobre los pronunciamientos impugnados:

El fallo de la Sentencia pronunciada en el presente proceso tiene el siguiente tenor literal:

"Que estimando parcialmente la demanda interpuesta por la Procuradora, en representación de O, S.L. frente a 5, S.A., representada por la Procuradora Da FUENCISLA MARTÍNEZ MINGUEZ, debo declarar y declaro resuelto el contrato de fecha 6 de abril de 2001.

Absolviendo del resto de las peticiones de la demanda al demandado.

Estimando la demanda reconvenional debo declarar y declaro, aparte del anterior pronunciamiento, que haga suyos el actor reconvenional los 19.869, 46 euros entregados. Condenando a "O C y P, S. L." a estar y pasar por las anteriores declaraciones. Cada parte satisfará las costas causadas a su instancia y las comunes por mitad".

Los pronunciamientos que se impugnan por ser perjudiciales a los intereses de esta parte son los relativos a la estimación parcial de la demanda de "O C y P, S.L." y a las costas.

Primera.- Sobre el pronunciamiento relativo a la estimación parcial de la demanda de "O":

La Sentencia apelada, con notoria equivocación, declara estimada parcialmente la demanda de "O" cuando lo cierto es que basta la lectura del Suplico del escrito rector de aquella parte para comprobar que la resolución recurrida no ha acogido ninguno de los pedimentos articulados en el mismo por lo que debió ser íntegramente desestimada. Es más, en el

FUNDAMENTO DE DERECHO PRIMERO, in fine, de la Sentencia se lee: "Habiéndose allanado el demandado reconvenional a la pretensión estimadamente relativa a que se tenga por resuelto el contrato de franquicia suscrito por las partes el 6 de abril de 2001'.

La Sentencia de 18 de enero de 2006 declara resuelto el Contrato de Franquicia de 6 de abril de 2001 pero lo hace ignorando que esa pretensión de resolución contractual no fue articulada por "O C y P, S.L." sino por vía de reconvenición por la entidad demandada "5 , S.A.", a lo que se allanó "O" con el efecto de la estimación de la demanda-reconvenional, no la principal.

Es pues evidente el error de la Juzgadora a quo y la infracción de los artículos 216 y 218 de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

Se interesa pues en esta alzada la revocación de la Sentencia apelada en este extremo y que se declare íntegramente desestimada la demanda de "O C y P, S.L."

Segunda.- Sobre el pronunciamiento relativo a las costas de la primera instancia:

Las costas de la demanda principal, como consecuencia de lo anterior, deberán ser impuestas a "O" en aplicación de lo que previene el artículo 394.1 de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

En esta misma dirección, a juicio de esta parte, los hechos probados que declara la Sentencia, a saber, el patente incumplimiento de la demandada, unido a pretender más de dos años después, infundadamente la devolución de un dinero que legítimamente corresponde a "5 ", obligando a esta parte a incurrir en los gastos e incomodidades de un proceso, debe determinar, en todo caso que las costas de la demanda principal deban imponerse a "O", incluso de mantenerse la estimación parcial de la demanda, de conformidad con el artículo 394.2 de nuestra norma adjetiva procesal por haber quedado más que acreditada la temeridad con la que ha litigado esa parte. A juicio de esta parte la temeridad de "O" es tan evidente que no cabe entender lo contrario.

Yerra nuevamente la juzgadora a quo en cuanto a las costas de la demanda reconvenional infringiendo los artículos 394.1 y 395. 1 de la ley de Enjuiciamiento, pues como se recoge en el fallo la Sentencia apelada aquella demanda fue estimada y pese al allanamiento de la demandada reconvenional, dicho allanamiento sólo fue parcial y había mediado requerimiento fehaciente (Documento número 48 de la contestación reconvenición) con lo que las costas debieron imponerse a "O".

De conformidad con lo expuesto deberá revocarse el pronunciamiento relativo a las costas de la primera instancia imponiéndose a "O, S.L." tanto las de la demanda como las de la reconvenición.

Tercera.- Sobre las costas del recurso.- En este extremo se entiende de aplicación el artículo 397 de la Ley de Enjuiciamiento Civil que dispone que "Lo dispuesto en el artículo 394 será de aplicación para resolver en segunda instancia el recurso de apelación en que se impugne ... la falta de condena en las costas de la primera instancia". De conformidad con dicho precepto y

dada la estimación del presente recurso que se pretende, las costas del recurso de apelación deducido por esta parte deberán imponerse igualmente a "O C y P, S.L."».

Y terminaba solicitando que se dictase «.. Sentencia, DE UNA PARTE, desestimando íntegramente el recurso de apelación formulado por "O C y P, S.L." imponiendo a dicha entidad las costas de su recurso, y DE OTRA, estimando íntegramente el recurso de "5 S.A." revocando parcialmente la Sentencia de instancia disponiendo la desestimación íntegra de la demanda formulada por "O C y P, S.L." y condenado a dicha entidad a abonar las costas tanto de la demanda como de la reconvención, manteniéndose los restantes pronunciamientos, con imposición de las costas de este recurso a "O, S.L."..».

(12) Mediante escrito con entrada en el Registro General en fecha 29 de junio de 2006 la representación procesal de la entidad «O, S.L.» evacuó oposición a la impugnación interpuesta de contrario solicitando su desestimación.

TERCERO.- Ciertamente, de los términos en que quedó planteada la litis en periodo alegatorio, al allanarse parcialmente la demandante principal a la pretensión resolutoria del contrato formulada por la demandada en su reconvención, la única cuestión a decidir se circunscribe a cuál fue la parte que aportó la causa determinante de dicha resolución y al destino que deba darse a la cantidad entregada en concepto de «canon de entrada», para lo cual, la actora principal recurrente en apelación reproduce íntegramente en esta alzada los alegatos en que sustentaba la demanda principal.

CUARTO.- El contrato de franquicia tiene definición legal en el art. 62 de la Ley 7/1996, de 15 de enero, sobre Ordenación del Comercio Minorista, y queda configurado como aquél por el que se cede el derecho a la explotación de un sistema propio de comercialización de productos o servicios. Nada más se dice en el precepto sobre los elementos concretos que constituyen el objeto de franquicia y que posibilitan dicha cesión del derecho a la explotación. No obstante, es opinión común que los requisitos exigidos son: - la comunicación por el franquiciador al franquiciado de conocimientos confidenciales para el desempeño de la actividad (know-how) - la utilización de una marca o de otros signos distintivos y la presentación uniforme de los locales para mantener la unidad de la red. - la asistencia técnica o comercial permanente al franquiciado, en la que se insertaría la publicidad. - la contraprestación económica a cargo del franquiciado. La contemplación de una marca o signo distintivo deviene así elemento natural del contrato y de ello hay el debido reflejo en la normativa reglamentaria derivada de la Ley, representada por el RD 2485/98, de 13 de noviembre, en especial sus artículos 2 y 3, haciendo referencia este último a la acreditación de la concesión del título de la marca y signos distintivos. También la normativa comunitaria, cuyo antecedente es la sentencia del Tribunal de Justicia de 28 de enero de 1986, caso Pronuptias, se refiere a los derechos de propiedad industrial como elementos propios del contrato de franquicia. Así el Reglamento 4087/88 en su artículo primero e incluso el llamado Código Deontológico de la Franquicia en Europa de 1991. De los cuatro elementos o requisitos del contrato de franquicia citados no todos tienen la misma significación, en general y atendiendo a las circunstancias y casos concretos. El elemento principal caracterizado del contrato de franquicia es el de know-how, en cuanto que constituye la transferencia de los conocimientos confidenciales que posibilitan la actividad a

desarrollar por el franquiciado, lo cual se ve con mayor nitidez en un caso como el presente en que se trata precisamente de una franquicia de actividad o de servicios y en que la marca, al menos la presentada por la actora como propia de la franquicia, ocupaba un plano subalterno frente a dicha actividad ya que la marca Creditbankervices no era conocida ni ampliamente implantada - se estaba implantando y actualmente en Barcelona, según ha manifestado el legal representante de la actora en el acto del juicio, no hay ninguna franquicia, a la espera, según ha dicho, del resultado del juicio-. En estas condiciones, es obvio que lo que primaba era la actividad del franquiciado con los clientes que pudiera llegar a conocer por su diligencia profesional y por el contacto directo, con aplicación de los métodos y técnicas proporcionados por la franquiciadora a través del know-how, y ello en mucho mayor grado que la atracción que a esos clientes pudiera efectuar la concreta denominación escogida.

QUINTO.- El artículo 3 del contrato de franquicia, bajo la rúbrica «Territorio. Número y Plazo de apertura del establecimiento. Exclusividad», en sus párrafos sexto y séptimo, prevé que «.. El Franquiciado se compromete a abrir al público la tienda 5 a Sec antes de que transcurran seis meses naturales desde la fecha de este contrato.

El no-cumplimiento, por parte del franquiciado, de la fecha de apertura, salvo si este se debe a fuerza mayor no imputable al Franquiciado permitir al Franquiciado Principal y sólo a él resolver de pleno derecho el presente contrato mediante notificación por escrito en tal sentido, sin que el Franquiciado tenga derecho a la devolución de la cantidad abonada como derecho de entrada, quedando esta en compensación por la exclusividad que desde la firma de este contrato se le concede, por la información y formación recibidas, los gastos desembolsados, etc.. Todo ello sin perjuicio de las demás obligaciones y responsabilidades derivadas de tal incumplimiento contractual que se detallan en el artículo 20 ».

La actora y recurrente principal sostiene que dichas estipulaciones contractuales han sido impuesta por la franquiciadora, que encierra una cláusula abusiva que debe ser declarada nula conforme al art. 8 de la Ley 7/1998, y que, en cualquier caso, ha de ser interpretada en sentido contrario a la predisponente.

Por lo que se refiere al carácter abusivo, no cabe apreciar dicho carácter en las cláusulas acordadas entre quienes no reúnan la condición de consumidores por no ser destinatario final, a cuyo efecto se citan los arts. 1, 2 y 3 de la Ley 26/1984, de 19 de julio, general para la defensa de los consumidores y usuarios .

Ciertamente el régimen de las normas relativas a las condiciones generales de contratación es de aplicación también a los contratos concluidos entre empresarios y profesionales entre sí, pues así lo dispone el art. 2 Ley 7/1998, de 13 abril, sobre condiciones generales de la contratación:

«1. La presente Ley será de aplicación a los contratos que contengan condiciones generales celebrados entre un profesional -predisponente- y cualquier persona física o jurídica -adherente-.

2. A los efectos de esta Ley se entiende por profesional a toda persona física o jurídica que actúe dentro del marco de su actividad profesional o empresarial, ya sea pública o privada.

3. El adherente podrá ser también un profesional, sin necesidad de que actúe en el marco de su actividad».

Pero de ahí no se sigue que les sea también aplicable la sanción nulidad de las condiciones abusivas, pues el art. 8.2 de la Ley 7/1998, lo reserva para los contratos celebrados entre profesionales y consumidores:

«2. En particular, serán nulas las condiciones generales que sean abusivas, cuando el contrato se haya celebrado con un consumidor, entendiendo por tales en todo caso las definidas en el artículo 10 bis y disposición adicional primera de la Ley 26/1984, de 19 de julio, General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios».

Cuando no intervengan consumidores la nulidad solo se produce cuando:

«contradigan en perjuicio del adherente lo dispuesto en esta Ley o en cualquier otra norma imperativa o prohibitiva, salvo que en ellas se establezca un efecto distinto para el caso de contravención». O lo que es lo mismo, cuando las mismas no reúnan los requisitos que señala el art. 5: «1. Las condiciones generales pasarán a formar parte del contrato cuando se acepte por el adherente su incorporación al mismo y sea firmado por todos los contratantes. Todo contrato deberá hacer referencia a las condiciones generales incorporadas.

No podrá entenderse que ha habido aceptación de la incorporación de las condiciones generales al contrato cuando el predisponente no haya informado expresamente al adherente acerca de su existencia y no le haya facilitado un ejemplar de las mismas.

2. Cuando el contrato no deba formalizarse por escrito y el predisponente entregue un resguardo justificativo de la contraprestación recibida, bastará con que el predisponente anuncie las condiciones generales en un lugar visible dentro del lugar en el que se celebra el negocio, que las inserte en la documentación del contrato que acompaña su celebración; o que, de cualquier otra forma, garantice al adherente una posibilidad efectiva de conocer su existencia y contenido en el momento de la celebración.

3. En los casos de contratación telefónica o electrónica será necesario que conste en los términos que reglamentariamente se establezcan la aceptación de todas y cada una de las cláusulas del contrato, sin necesidad de firma convencional. En este supuesto, se enviará inmediatamente al consumidor justificación escrita de la contratación efectuada, donde constarán todos los términos de la misma.

4. La redacción de las cláusulas generales deberá ajustarse a los criterios de transparencia, claridad, concreción y sencillez».

Y en el presente caso por más que insista la recurrente, no cabe observar la infracción de ninguno de dichos requisitos.

SEXTO.- Asimismo, afirma la actora y recurrente principal, que las expresadas cláusulas infringen lo dispuesto en el art. 1256 C.C., alegato que no puede merecer favorable acogida por cuanto en este precepto se veda que el cumplimiento del contrato pueda quedar al arbitrio de uno de los contratantes, lo que no acontece en modo alguno cuando uno de ellos se reserva, en el ámbito de un contrato de franquicia, que ex deffinitione se orienta a la creación de una red de establecimientos comerciales con características análogas o que, en último término, no comporten demérito para la imagen de los signos distintivos propios de la franquiciadora (o franquiciada principal, en su caso) la aprobación o aceptación del local en que deba ejercerse la actividad. La parte actora principal, como ha quedado plenamente acreditado, no propuso un local que reuniera los requisitos fijados para poder ser aceptado por la franquiciadora en tiempo oportuno, ni aceptó tampoco el que dentro de los compromisos de asesoramiento y auxilio en la búsqueda de local adquiridos por la franquiciadora le fue propuesto por la misma.

SÉPTIMO.- En relación a la impugnación de las estipulaciones de méritos del contrato sobre plazo de apertura, también sostiene la apelante que la actora incumplió el mandato que se contiene en el art. 62 de la Ley 7/1996, de 15 enero, de ordenación del comercio minorista conforme al cual:

«con una antelación mínima de veinte días a la firma de cualquier contrato o precontrato de franquicia o entrega por parte del futuro franquiciado al franquiciador de cualquier pago, el franquiciador deberá haber entregado al futuro franquiciado por escrito la información necesaria para que pueda decidir libremente y con conocimiento de causa su incorporación a la red de franquicia y, en especial, los datos principales de identificación del franquiciador, descripción del sector de actividad del negocio objeto de franquicia, contenido y características de la franquicia y de su explotación, estructura y extensión de la red y elementos esenciales del acuerdo de franquicia».

No obstante tal afirmación solo se sostiene en sus alegatos, que contradicen la prueba practicada, de la que se desprende que la parte actora comunicó a la franquiciadora su interés en la restitución del canon de entrada sin alegar incumplimiento alguno de aquélla lo que es constitutivo de un desistimiento del contrato, y no obstante recibir la comunicación remitida por la demandada en contestación a la suya participándole la retención de la cantidad entregada no respondió a la misma y dos años más tarde interpone la demanda rectora de las presentes actuaciones.

OCTAVO.- A A propósito de la cláusula penal, importa destacar que como es sabido, constituye una estipulación que establece una sanción civil para el deudor que incumple una obligación, que se quiere reforzar con aquélla. Puede tratarse de cualquier tipo de pena (hacer, no hacer o dar alguna cosa); habitualmente consiste en la entrega de una suma de dinero. La cláusula penal es una obligación accesoria de la que con ella se refuerza. Sin la existencia de ésta carecería de razón de ser, pues no habría nada que asegurar o reforzar. Esa accesoriadad

determina que la extinción de la obligación principal lleve consigo la de la pena y no en cambio al contrario (art. 1.155 C.C.). Excepcionalmente la nulidad de la cláusula penal aparejaría la de la obligación principal si así se pactó, pero es que con tal pacto se difumina la subordinación que produce la accesoriedad. La nulidad de la obligación principal no arrastra la de la penal cuando esta última se pacta para el caso de que la obligación principal resultase nula por culpa del deudor, y fuera esto precisamente lo que sucediese. La figura a la que comúnmente se denomina cláusula penal tiene entre sus características la de poder cubrir muy diversas funciones: A) Una función de garantía del cumplimiento de la obligación principal: ante la amenaza de la pena, el deudor se encuentra más constreñido a realizar la prestación debida. Además, puede ejercer una función punitiva, si al producirse el incumplimiento, la pena puede exigirse además del cumplimiento forzoso de la obligación «in natura», o los daños y perjuicios causados. La cláusula penal que cubre simultáneamente ambas funciones da lugar a lo que se conoce en la doctrina como pena cumulativa. Para que se entienda convenida una cláusula penal de este tipo es preciso el pacto expreso. No es necesario que se emplee para ello ninguna expresión técnica, pero sí, desde luego, que inequívocamente aparezca ser eso lo que quisieron las partes (arts. 1.152,1 y 1.153 , in fine). B) También es posible, y así lo presume el art. 1.152, que la función que desempeña la cláusula penal sea liquidatoria, también llamada sustitutiva o compensatoria. Esta sustituirá a los daños y perjuicios que ocasione la falta de cumplimiento. En este caso el acreedor no necesita probar la existencia de esos daños, y tampoco su cuantía. Este tipo de cláusula penal no supone una mayor garantía de cumplimiento para el acreedor, ni una agravación especial de la condición del deudor incumplidor, salvo la que deriva de facilitar extremadamente el resarcimiento del acreedor, liberándose de la carga de la prueba de los extremos señalados. Si se establece una cláusula penal liquidatoria de cuantía muy superior a la que razonablemente puedan alcanzar los daños y perjuicios, absorberá los dos tipos de función mencionados. C) Asimismo la cláusula penal puede cumplir la función de facilitar el desistimiento de la obligación principal, permitiendo al deudor eximirse del cumplimiento de dicha obligación pagando la pena (art. 1.153 C.C .). Es la denominada multa penitencial, pena facultativa o de desistimiento. Precisa también pacto expreso. No garantiza el cumplimiento de la obligación principal ni tampoco agrava la situación del deudor, ni siquiera penaliza, en sentido estricto, el incumplimiento; es, de algún modo, una cláusula penal desnaturalizada. La obligación penal es exigible desde el momento en el que se produzca el incumplimiento que ella prevea, por el mero hecho de producirse, y aunque no se pruebe que se produjeron daños. El juez puede modificar la pena pactada en algunos supuestos de acuerdo con la equidad. El art. 1.154 del C.C . lo establece expresamente para cuando el deudor hubiera cumplido en parte o irregularmente la obligación. Aunque no previsto específicamente para las cláusulas penales, sino como norma general que se dirige a cualquier tipo de obligaciones, también podrá el juez, conforme a un criterio de equidad, moderar, es decir reducir la cláusula penal, cuando por otras causas resulte excesiva, conforme a lo dispuesto en el art. 1.103 C.C. La cláusula penal se regula asimismo en el Código de Comercio , en su art. 56 : «En el contrato mercantil en que se fijare pena de indemnización contra el que no lo cumpliera, la parte perjudicada podrá exigir el cumplimiento del contrato por los medios de Derecho o la pena prescrita; pero utilizando una de esas acciones quedará extinguida la otra a no mediar pacto en contrario». Este precepto, al igual que hace el art. 1.153 C.C., prohíbe, salvo pacto , exigir a la vez la pena y el cumplimiento de la obligación principal.

NOVENO.- Acerca de la función liquidadora de la cláusula penal, de la indemnización por el mayor daño y por el menor daño o ausencia del mismo, se impone recordar que cuando se pacta una cláusula penal para que cubra una función liquidadora de los daños y perjuicios que pueden causarse con el incumplimiento de la obligación principal, lo lógico es que los contratantes calculen previamente el monto que razonablemente puedan alcanzar éstos. Si llega a producirse el incumplimiento, el acreedor podrá exigir el abono de la pena pactada sin necesidad de probar que hubo daños, ni la cuantía de los mismos, convirtiéndose así la pena en una liquidación previa de la posible indemnización. No hay ningún inconveniente en que las partes pacten la cláusula penal que deseen, y que sea ésta la que sustituya la indemnización de daños y perjuicio, pues nos encontramos dentro del ámbito de la autonomía de la voluntad. Sin embargo, si es una cláusula verdaderamente liquidatoria lo único que tendrá de penal será el nombre, ya que la cantidad a pagar será exactamente la de los daños producidos. Aun así evidentemente una cláusula penal de este tipo, supone una innegable mejora en la situación del acreedor que no tiene que probar la existencia de los daños, ni la cuantía de los mismos, lo que es algo sumamente importante. Ahora bien, puede suceder que, producidos los daños por el incumplimiento, la cuantía de los mismos sea muy diferente de la prevista en la cláusula sustitutoria de los mismos. La cuantía real de los daños puede superar en mucho la pactada en la cláusula penal haciéndola irrisoria o bien no haberse producido ningún tipo de daños, o ser de un monto muy inferior al pactado, con lo que la cláusula penal resultaría excesiva. El art. 1.152 C.C., párrafo 1, es el que menciona la cláusula penal sustitutoria. La generalidad de la doctrina lo interpreta de forma que parece impedir que se pueda tomar en consideración cualquiera de los supuestos extremos que acabo de mencionar. Es posible que la cláusula penal sustitutoria se haya pactado con la intención de que la pena sustituyera los posibles daños causados, sin que importe la cuantía real de los mismos. Este sería un pacto lícito a tenor del art. 1.255 C.C. Ahora bien, si la cláusula penal sustitutoria se pactó con la intención de que la pena sustituyera los daños que realmente se hayan producido, y después si éstos fueran mayores o menores que lo calculado en la pena, no se redujera o aumentara ésta para adecuarla a los mismos, en los supuestos extremos que he manejado nos encontraríamos, o bien con la cláusula penal pactada como sustitutoria, que se convierte finalmente en cumulativa, o bien con una cláusula penal sustitutoria, que al ser irrisoria, no penalizaría en absoluto. Es decir, no se cumplirían en ninguno de los dos casos los fines para los que acordó la pena. Desde luego, nuestro Ordenamiento jurídico no es como el francés, en el que, desde la reforma del 9 de julio de 1975 si una cláusula penal resulta excesiva o irrisoria el juez puede intervenir corrigiendo esos excesos. Nuestro Derecho carece de una norma específica que cubra esas dos posibilidades. Si bien el art. 1.103 C.C ., antes mencionado, permite al juez moderar, esto es, reducir, la responsabilidad procedente de negligencia en el cumplimiento de toda clase de obligaciones, de acuerdo con un criterio de equidad, no hay ningún precepto que expresamente autorice a elevar la cuantía de la cláusula penal irrisoria, y aunque tal cosa sería equitativa, no podemos olvidar el mandato del art. 3,2 C.C .: las resoluciones judiciales no podrán descansar exclusivamente en la equidad, sino cuando la ley expresamente lo permita.

DÉCIMO.- Si la cláusula penal se quiso como sustitutoria de los daños y perjuicios realmente producidos, habrá de adecuarse a ellos. Otra cosa no se acomodaría al fin querido por las

partes. Se trata de una exigencia de justicia material. Es posible, a pesar del art. 1.152, 1 C.C., entender que en nuestro Ordenamiento también hay mecanismos legales para estos casos extremos. En cuanto a la indemnización por el mayor daño, hay dos casos en que la doctrina, en forma unánime, lo admite sin problemas: A) Si el incumplimiento fue doloso, no hay ninguna duda de que el acreedor, además de la pena pactada, podrá reclamar por vía ordinaria (arts. 1.101 y ss. C.C.) todos los demás daños sufridos. Otra cosa sería tanto como admitir una renuncia previa o anticipada a la responsabilidad por dolo; algo prohibido por el art. 1.102 C.C. B) Si el daño causado es distinto del previsto en la pena, es decir, si la cláusula sanciona un incumplimiento determinado y se da otra forma de incumplir, entonces se podrían reclamar esos daños, no previstos en la cláusula penal, por la vía normal de resarcimiento de daños (contractual o extracontractual). Uno de los supuestos donde puede apreciarse esta circunstancia es el de la pena acordada para el cumplimiento impuntual o tardío. Como se ha señalado con acierto por algún ilustre autor, la penalización sanciona el tiempo perdido y no la falta de prestación, por lo que sólo excepcionalmente es posible pedir a la vez cumplimiento y penalización. Entre las sentencias del Tribunal Supremo que reconocen la compatibilidad de la cláusula penal moratoria y otras indemnizaciones, cabe citar las de 1 de febrero de 1971 y 26 de mayo de 1980. Además de esos dos casos, parece que el art. 1.152, 1 C.C. no es una barrera insalvable para poder reclamar la indemnización por el mayor daño sufrido. El precepto dice así: «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 hubiere pactado». Pues bien, en ningún lugar de esta norma aparece dicho que la pena sustituirá la indemnización por daños y perjuicios sean éstos los que sean, y no parece razonable que se entienda así cuando los contratantes han querido calcular previamente los daños y perjuicios reales. La expresión «si otra cosa no se hubiera pactado» se refiere sencillamente a la posibilidad de una cláusula penal cumulativa, que precisa de pacto expreso, pero no se ocupa para nada de la cláusula penal sustitutoria. Muy recientemente algún autor entiende que siempre que no haya un pacto expreso en el que se diga que la cláusula penal impide que se pueda reclamar nada más, será posible reclamar el mayor daño sufrido. Para eso será inexcusable la prueba del acreedor de que los daños sufridos superan el monto de la pena estipulada, que proceden del incumplimiento del deudor y que no se quiso excluir tal posibilidad. Resulta obvio que una cláusula penal que no constriñe al deudor a cumplir, porque la pena es bastante menor que los daños causados carece de sentido. Así se ha afirmado en esta línea de pensamiento que «Puesto que la obligación penal, por su carácter accesorio, no puede ocasionar perjuicio alguno a la obligación principal, si la pena que se percibe por el incumplimiento de la obligación no indemniza en la medida adecuada, el acreedor podrá demandar por los daños y perjuicios sufridos, descontando el monto de la pena percibida». Se subraya que esta solución no está pensada para la generalidad de los casos, puesto que para algo acreedor y deudor fijaron el monto de la cláusula penal; solamente para los casos en que el acreedor pueda demostrar que verdaderamente los daños estaban mal calculados al pactar la pena. Conviene insistir que nuestro derecho no tiene preceptos específicos que permitan el pago del mayor daño, pero no admitirlo sería admitir, tanto para deudor como para acreedor - especialmente para este último que lo que pretende con la cláusula penal es reforzar su posición-, una intervención del factor suerte, que tendría razón de ser en los contratos aleatorios, pero no en los conmutativos, que es en los que habitualmente se incluye la cláusula penal. Igual que, salvo pacto expreso, el acreedor no podrá exigir conjuntamente el

cumplimiento de la obligación y la satisfacción de la pena, parece que el acreedor ha de tener derecho al abono de los daños reales cuando se pactó una cláusula penal sustitutoria. Obviamente, salvo pacto en contra que inmovilice esa cuantía. Así debe interpretarse normalmente la cláusula penal sustitutoria. Ello responde a un pleno respeto de la voluntad contractual de las partes y, consecuentemente, al principio de autonomía privada.

Análogamente, en el caso opuesto, de menor daño o ausencia del mismo, id est, cuando el incumplimiento contractual haya producido unos daños mucho menores que el monto de la pena pactada, o incluso que no haya producido ninguno, debe dársele un tratamiento paralelo al del mayor daño. Si no hubo pacto expreso de que, independientemente de cuales fueran los daños sufridos realmente por la inejecución del contrato, solamente se podría reclamar la pena, y ésta en todo caso -aunque sin olvidar que si no se produjeron daños y hay que pagar la pena, en puridad no nos encontraremos ante una cláusula penal sustitutoria o liquidatoria de éstos, sino cumulativa-. Si no es así, y la cláusula penal es de una cuantía mucho más elevada que los daños producidos, el deudor podrá rebajar la pena probando el monto real de los daños. De lo contrario se propiciaría un enriquecimiento injusto del acreedor. Éste tiene derecho a la pena precisamente porque esa sustituye a la indemnización de los daños. Si no llegaron a producirse o fueron muy inferiores a lo pactado, esa atribución patrimonial produciría un enriquecimiento injusto. Es más, de alguna forma se produciría una situación contraria al espíritu del art. 1.153 , último párrafo: «Tampoco el acreedor podrá exigir conjuntamente el cumplimiento de la obligación y la satisfacción de la pena, sin que esta facultad le haya sido claramente otorgada», puesto que el acreedor, aun cuando no obtendría el cumplimiento de la obligación, conseguiría los daños y perjuicios sufridos y además una cantidad en concepto de pena, cuando realmente lo querido por las partes fue el pago de los daños y perjuicios sin más. Así pues, pactar una pena sustitutiva significa que el incumplimiento contractual permite al acreedor exigirla sin necesidad de probar nada y obliga al deudor a abonarla. En la medida en que los daños superen en mucho lo que se pactó el acreedor podrá igualmente exigirlos, pero probando que se produjeron y su cuantía, y restándoles el montante de la pena. Si los daños son muy inferiores será el deudor el que tenga que probar esa cuantía. En cuanto a la vía correspondiente para solicitar la moderación de la cláusula penal adecuándola a los daños reales, parece claro que ha de ser la proporcionada por el art. 1.103 C.C . En cambio, para la reclamación del mayor daño, puede quedar la duda de si sería lo más oportuno que se reclame la diferencia en base al art. 1.101 C.C ., o si sencillamente bastaría la reclamación basada en que la cláusula penal pactada lo era por una cantidad aproximada, y que, al diferir de los daños reales, procede aumentarla. Para ambos supuestos es posible utilizar la vía de la interpretación de la voluntad de las partes. Pero, no es ésta la línea que sigue nuestro Tribunal Supremo. Salvando una sentencia aislada y repetidamente citada por los autores, la de 5 de noviembre de 1956 , en cuyo tercer considerando se dice «... como la facultad que a aquélla [a la Sala] compete de moderar la aplicación de la pena, no sólo en casos de parcial o defectuoso cumplimiento, sino también cuando resulten desorbitados sus efectos en determinados casos tales como el de Autos...», y en la que esta afirmación no se hacía como fundamento del fallo, ya que era un caso de inaplicabilidad de la pena y no de moderación de la misma, otra sentencia más reciente, la de 20 de octubre de 1988 , toma en cuenta el carácter elevado de la cláusula penal -si bien entre otras circunstancias- para justificar su reducción «ante el hecho indiscutido del cumplimiento

parcial, el breve lapso de tiempo de vida contractual y las dificultades que surgieron, no puede entenderse que el tribunal haya obrado [al moderar] contra el tenor de la norma, ni contra su finalidad, al entender excesiva la cantidad de diez millones de pesetas que la demandada pretendía retener...».

Después de haber afirmado que hubo un cumplimiento parcial indiscutido, está claro que el Tribunal Supremo no necesitaba más argumentos para proceder a la moderación de la pena, de acuerdo con el art. 1.154 . En la mayor parte de las sentencias del Tribunal Supremo se apuesta por la inmodificabilidad de la cláusula penal, fuera del supuesto del art 1.154 C.C . En la sentencia de 26 de diciembre de 1990, el Tribunal Supremo , tras considerar una pena elevada, la de entregar 100.000 pesetas por cada día de retraso en la entrega de una finca, cuya venta se resolvió, señala que no es inválida por su monto, ya que: «... responde al libre juego de la libertad contractual inserto en el art. 1.255 C.C ., y por ese, tal vez, exceso en su cuantificación, no cabe entender que sea contraria ni a la moral, ni al orden público, aunque no responda a los roles de la normalidad en las negociaciones que se pacten al respecto». En la misma sentencia se dice que, aunque la cláusula funcione como sustitutoria de los daños y perjuicios, no tiene porqué ser una cantidad igual a éstos, rechazándose asimismo la existencia de un abuso de derecho. En idéntico sentido se pronuncian las sentencias de 4 de febrero de 1991 y de 28 de enero de 1992 . La línea general del Tribunal Supremo es de respeto a la cláusula penal pactada. No obstante, algún autor ha precisado que «La pena sustituye automáticamente a la indemnización sin necesidad de probar el daño, ni su cuantía... de sobra sabemos que nuestro Tribunal Supremo, aunque a veces parezca que actúa así, e incluso diga que actúa así, afortunadamente casi nunca lo hace». Una vez más, cabe poner de relieve una característica de nuestro Tribunal Supremo consistente en dictar sentencias justas para los casos concretos, aunque se fundamenten sobre doctrinas incorrectas. Lo que podría confirmarse en este caso con la observación de que en ninguna de las sentencias examinadas se había probado por el deudor o por el acreedor, que los daños producidos por el incumplimiento eran muy superiores o muy inferiores a los pactados en la cláusula penal sustitutoria.

UNDÉCIMO.- A propósito de la facultad de moderación que establece el art. 1.154 C.C ., se ha suscitado la duda de si dicha moderación de la pena en caso de incumplimiento parcial o irregular puede aplicarse de oficio, o precisa petición de parte. La doctrina en forma casi unánime estima que la llamada facultad de moderación judicial es un mandato imperativo y que, por tanto, procede su aplicación de oficio. Únicamente algún autor opina que la moderación de la pena es una suerte de revisión de la relación jurídica. Lo que el juez hace al aplicar el art. 1.154 C.C . no es, respetando la pena pactada, sino adecuarla a la satisfacción obtenida por el acreedor con el cumplimiento parcial o irregular. Realmente, la relación jurídica se ha modificado ya, sin intervención del juez, por ese cumplimiento parcial o irregular. Recientemente un autor, después de recoger la opinión mayoritaria de la doctrina científica acerca de la aplicación de oficio de la facultad moderadora del art. 1.154 C.C ., se adhiere a ella con la siguiente precisión: «Dado que el juez va a realizar un juicio de equidad es probable que sea conforme con dicha finalidad su apreciación de oficio. Sin embargo -añade-, en la práctica parece que el deudor realizará algún acto que excite la apreciación judicial de oficio. Esto es, aunque el deudor no solicite expresamente la moderación de la pena, es muy probable que

ésta no se produzca si el deudor no invoca algún hecho o circunstancia relevante que determine bien la inexigibilidad de la pena, que el juez no aprecia, pero si le mueve a moderar su cuantía, bien su situación económica, bien su ausencia de culpa, o incluso la prueba de la ausencia de daño causado al acreedor por el incumplimiento. Nótese que procesalmente tiene la importancia de que, aun siendo de oficio, el deudor algo tendrá que alegar y probar, para que el juez decida una moderación no explícitamente pedida».

Esta puntualización ya se había hecho por la doctrina portuguesa en la que se señala cómo aunque la reducción de oficio de una pena manifiestamente excesiva es algo que entra dentro del orden público, lo que eso significa es que no es posible renunciar anticipadamente a solicitarla, pero de ahí no se sigue necesariamente que el juez pueda intervenir de oficio. Se trata de una medida que pretende proteger al deudor de su propia flaqueza y precipitación, pero si el deudor, una vez exigida la pena, no solicita su reducción, no reclama o reacciona de alguna manera contra su manifiesto exceso, significará que no encuentra abusiva la pena impuesta, pese al eventual monto elevado de la misma.

DUODÉCIMO.- La jurisprudencia opta por idéntica postura que la doctrina: así las Sentencias del Tribunal Supremo de 3 de julio de 1915, 19 de junio de 1941, 3 de enero de 1964, 5 de noviembre de 1984, 20 de mayo de 1986, 27 de noviembre de 1987 . Sin embargo, son habitualmente citadas dos sentencias en sentido opuesto: la de 20 de noviembre de 1970 (Ponente: J. Beltrán de Heredia) y la de 30 de junio de 1981, que recoge textualmente parte de lo dicho en la anterior (Ponente: Sánchez Jáuregui). En ellas se dice que la aplicación de la equidad implica una discrecionalidad ajena a la idea de mandato imperativo, y lleva consigo la necesidad de que la moderación se solicite por aquél a quien interese. Acaso pueda no compartirse esta afirmación, porque un juicio de equidad no es, en modo alguno, un juicio discrecional, sino que debe encuadrarse dentro de los límites de la equidad. La equidad, en teoría, no admitiría en cada caso más que una solución correcta, la que fuera absolutamente equitativa, pero dado que en la práctica el concretar esa única solución no siempre es fácil, hay que optar por entender que todas las soluciones encuadradas dentro de una zona cercana a la de esa única solución absolutamente correcta, la zona de certeza serán válidas. En el sentido de que es posible elegir entre ellas es donde puede existir una cierta discrecionalidad judicial. Fuera de este ámbito las soluciones no serían equitativas. Pero hay algo más. Esas dos sentencias, examinadas a fondo, más que negar que la facultad del art. 1.154 C.C . sea aplicable de oficio, lo que vienen a decir es que en los supuestos que contemplan no había razón alguna para proceder a la moderación. En una de ellas, la de 30 de junio de 1981, además de existir una actuación dolosa por parte del deudor en su incumplimiento -lo que eliminaría la posibilidad de moderar, de acuerdo con el espíritu del art. 1.103 C.C.-, el cumplimiento parcial realizado y que es el que hubiera podido dar lugar a la moderación, se encontraba de sobra compensado con el disfrute obtenido de la cosa objeto del litigio a la sazón un local comercial por parte del deudor. Como señala la propia sentencia, moderar en este caso sería contrario a la equidad. En cuanto a la sentencia de 20 de noviembre de 1970 , la obligación pactada no fue ni siquiera cumplida en parte o irregularmente, con lo que lo dicho en ella sobre la aplicación de oficio o a instancia de parte del art. 1.154 C.C . no resulta en modo alguno fundamento del fallo.

DECIMOTERCERO.- En el presente caso no procede la moderación de la pena por la potísima razón de que no existió un cumplimiento irregular del contrato sino su incumplimiento radical merced al desistimiento de la parte actora, uno de los casos sancionado con ella, sin que se haya acreditado no ser imputable a la obligada, lo que conduce al perecimiento del recurso principal interpuesto.

DECIMOCUARTO.- En relación con el recurso sobrevenido (impugnación) de la parte actora, asiste la razón a la misma cuando reprocha error en el fallo de la sentencia atacada en cuanto que la misma afirma haber acogido parcialmente la demanda principal y la reconvención. Ciertamente así ha de reconocerse por cuanto ninguna de las pretensiones formuladas por la actora principal ha sido estimada, y si se allanó parcialmente a las pretensiones de la reconvención, la sentencia definitiva acoge íntegramente las pretensiones que no fueron objeto de allanamiento, por lo que ha de revocarse la sentencia de primer grado en el sentido de que la demanda principal fue íntegramente desestimada e íntegramente acogida la reconvención, lo que comporta asimismo un diferente pronunciamiento respecto de las costas procesales ocasionadas.

En este sentido, ha de imponerse a la actora principal la condena al pago de la totalidad de las costas procesales ocasionadas en la primera instancia.

DECIMOQUINTO.- A propósito de las costas de esta alzada, la desestimación del recurso interpuesto por la representación procesal de la entidad mercantil «O C y P, S.L.», y el acogimiento de la impugnación formulada por la entidad mercantil «5, S.A.» apareja que haya de imponerse a la primera la condena al pago de las costas ocasionadas con su recurso sin que haya lugar a especial pronunciamiento respecto de las costas devengadas con ocasión del interpuesto por la segunda.

Vistos los preceptos legales citados y cuantas disposiciones normativas son de pertinente aplicación

FALLAMOS

En atención a lo expuesto, y con DESESTIMACIÓN del recurso de apelación interpuesto por la representación procesal de la entidad mercantil «O C y P, S.L.», y con ESTIMACIÓN de la impugnación formulada por la entidad mercantil «5, S.A.» frente a la sentencia dictada por la Ilma. Sra. Magistrada-Juez del Juzgado de Primera Instancia número 52 de los de Madrid en fecha 18 de enero de 2006 en los autos de procedimiento ordinario seguidos ante dicho Juzgado con el número 1002/2004, procede,

Absolver a la referida demandada principal de las pretensiones formuladas frente a la misma.

Declarar resuelto el contrato de franquicia que vinculaba a las entidades litigantes, de 6 de abril de 2001.

Declarar el derecho de la entidad mercantil «5, S.A.» a retener en su integridad la cantidad de 19.869,46 Euros, entregada a la misma en concepto de canon de entrada como compensación convenida por el incumplimiento de la entidad demandante principal.

Condenar a la entidad mercantil «, S.L.» al pago de las costas procesales de la primera instancia.

2.- IMPONER a la parte recurrente vencida «, S.L.» la condena al pago de las costas procesales ocasionadas con su recurso.

3.- NO HABER LUGAR a especial pronunciamiento respecto de las costas procesales ocasionadas con el recurso interpuesto por la entidad mercantil «5, S.A.»

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.