

AUDIENCIA PROVINCIAL DE PALMA DE MALLORCA, SECCION CUARTA

SENTENCIA: 00253/2005

Rollo nº 160/2005

Proc. Ordinario nº 175/2004

Proveniente del Juzgado 1ª Inst. nº 18 de Palma

SENTENCIA

Ilmos. Señores:

PRESIDENTE

Dª María del Pilar Fernández Alonso

MAGISTRADOS

Dª Juana María Gelabert Ferragut

D. Jaume Massanet Moragues

Palma, a 20 de junio de dos mil cinco.

VISTOS por esta Sección Cuarta de la Audiencia Provincial, en grado de apelación, los presentes autos, juicio Ordinario, seguidos por el Juzgado de Primera Instancia nº 18 de Palma, bajo el nº 175/04, Rollo de Sala nº 160/05, entre partes, de una como demandada apelante INVERSIÓN Y GESTIÓN DE FRANQUICIAS, S.L., representada por el Procurador D. Frederic X. Ruiz Galmés y de otra, como actora - apelada NUEVOS CONCEPTOS Y FRANQUICIAS, S.L., representada por el Procurador D. Miguel Socias Rosselló asistidas ambas de sus respectivos letrados D. Luis Ferrari Ojeda y Dª. Lorena Oliver Far.

ES PONENTE el Ilmo. Sr. Magistrado D. Jaume Massanet Moragues

H E C H O S

PRIMERO

- Por la Ilma. Sra. Magistrado Juez del Juzgado de Primera Instancia nº 18 de Palma, en fecha 9 de diciembre de 2004, se dictó Sentencia, cuyo fallo dice así: "ESTIMAR ÍNTEGRAMENTE la demanda presentada por el Procurador de los Tribunales D. Miguel Socias Rosselló en nombre y representación de Nuevos Conceptos y Franquicias S.L., condenando a Inversión y Gestión de Franquicias, S.L., representada por el Procurador de los Tribunales D. Frederic Xavier Ruiz Galmés a pagar a la actora el importe reclamado de seis mil seiscientos ochenta y cuatro euros (6684 euros), que devengarán el interés legal desde la fecha de la presentación de la demanda; igualmente debo condenar a la demandada Inversión y Gestión de Franquicias, S.L. a la devolución de los equipamientos, cedidos en concepto de depósito gratuito, como consecuencia de la resolución unilateral de los contratos de franquicia nº 319 y 320, cuyo importe de mercado asciende a quince mil euros; finalmente condeno a la entidad demandada Inversión y Gestión de Franquicias, S.L. al pago de las costas causadas."

SEGUNDO

- Contra la anterior sentencia y previa su preparación, se interpuso recurso de apelación por la representación de la parte demandada, la entidad mercantil Inversión y Gestión de Franquicias, S.L., mediante escrito motivado presentado en tiempo y forma, del cual se dio traslado al otro litigante, la actora, también mercantil, Nuevos Conceptos y Franquicias, S.L., que presentó su escrito de oposición al recurso; y seguido el procedimiento por sus trámites, se elevaron los autos a este Tribunal que señaló para deliberación, votación y fallo por la Sala el día 14 de junio del corriente año, que por turno le correspondió; quedando el presente Rollo concluso para sentencia.

TERCERO

En la tramitación de este Recurso se han observado las prescripciones legales. =

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Se aceptan los fundamentos de derecho y los hechos probados de la sentencia apelada en lo que no se opongan a los que siguen

PRIMERO

- Se ejercita por la parte actora Nuevos Conceptos y Franquicias, S.L., acción personal en reclamación de cantidad y de devolución de determinados equipamientos.

Relata la parte actora que, en tanto titular de la marca Big Dog, en fecha 27 junio 2003 firmó con la demandada Inversión y Gestión de Franquicias, S.L., dos contratos de franquicia para la explotación por ésta, como franquiciada, de sendos puntos de venta Big Dog, de perritos calientes; que poco después, en 2 julio 2003, firmaron otro de exclusividad para la provincia de Málaga, de la explotación de la marca Big Dog en franquicia; que en fecha 9 septiembre 2003 firmaron otros dos contratos, uno de rescisión del contrato de exclusiva y el otro de reconocimiento de deuda, reconociendo la demandada franquiciada que adeudaba al franquiciador la cantidad de 6.684 Euros, pactándose su pago a plazos y que en caso de impago de cualquiera de ellos, toda la deuda quedaría vencida y que el demandado quedaba obligado a la devolución de todo el equipamiento del que es depositario en virtud de aquellos dos contratos de franquicia; que ante nuevos incumplimientos del demandado, dio por rescindidos unilateralmente los dos contratos de franquicia en base al incumplimiento de la cláusula 5.8 de ambos contratos y acordó exigir la devolución de los equipamientos en virtud de la cláusula 12.

Por su parte, la demandada Inversión y Gestión de Franquicias, S.L., después de concordar la relación contractual expresada, se opone a la resolución contractual por entender que ha sido la actora la primera que ha

incumplido al no suministrarle el know how del negocio a que venía obligado, lo que le ha causado una serie de pérdidas que le impidió hacer frente al pago de 6.640,40 ? en concepto de suministros y por ello se vio en la necesidad de tener que suscribir los contratos de rescisión de la exclusividad y de reconocimiento de deuda.

SEGUNDO

- La sentencia con la que se dio por terminada la primera instancia de este procedimiento civil, estima totalmente la demanda en los términos que se han dejado transcritos ad pedem literam en el antecedente de hecho primero de esta resolución.

La propia parte demandada, Inversión y Gestión de Franquicias, S.L., se levanta en apelación contra la sentencia con la pretensión de obtener otra que, revocando la de instancia, desestime íntegramente la demanda, reproduciendo, en lo esencial y al efecto, la argumentación mantenida en la instancia.

Recurso éste que es objeto de oposición por la parte actora apelada, Nuevos Conceptos y Franquicias, S.L., que ha impetrado de la Sala la confirmación de la sentencia.

TERCERO

- El contrato de franquicia se regula en la Ley 7/1996, de 15 de enero de Ordenación del Comercio Minorista y en su reglamento aprobado por Real Decreto 2485/1998, de 13 de noviembre, por el que se desarrolla el artículo 62 de la Ley, relativo a la regulación del régimen de franquicia, y se crea el Registro de Franquiciadores (BOE 26 Noviembre 1998), en cuyo artículo 2 de tal reglamento se define la actividad comercial en régimen de franquicia como "aquella que se realiza en virtud del contrato por el 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 o servicios y que comprende, por lo menos: el uso de una denominación o rótulo común y una presentación uniforme de los locales o de los medios de transporte

objeto del contrato; la comunicación por el franquiciador al franquiciado de un «saber hacer», y la prestación continua por el franquiciador al franquiciado de asistencia comercial o técnica durante la vigencia del acuerdo", añadiendo que "Se entenderá por acuerdo de franquicia principal aquél por el cual una empresa, el franquiciador, le otorga a la otra, el franquiciado principal, en contraprestación de una compensación financiera directa o indirecta, el derecho de explotar una franquicia con la finalidad de concluir acuerdos de franquicia con terceros, los franquiciados. Asimismo, la actividad comercial en régimen de franquicia se deberá ajustar a lo establecido en el Reglamento CEE número 4087/88, de la Comisión, de 30 de noviembre, relativo a la aplicación del apartado 3 del artículo 85 del Tratado a categorías de acuerdos de franquicia, o en la disposición que lo sustituya."

La finalidad primordial que persigue dicha figura es, pues, la comercialización de determinados tipos de productos o servicios, para lo cual, el franquiciador ha de ceder al franquiciado el uso de una denominación o rótulo común, ha de comunicarle un determinado "know how", ha de formar al franquiciado y a su personal, ha de prestarle de manera continua asistencia comercial o técnica durante la vigencia del acuerdo y ha de existir una presentación uniforme de los locales y de los medios de transporte.

El Tribunal Supremo de 30 abril 1998 (EDJ 1998/2951) ya nos decía que el contrato de franquicia ha surgido del tipo contractual del derecho norteamericano denominado "franchising".

Desde un punto de vista doctrinal ha sido definido como aquél que se celebra entre dos partes jurídica y económicamente independientes, en virtud del cual una de ellas (franquiciador) otorga a la otra (franquiciado) el derecho a utilizar bajo determinadas condiciones de control, y por un tiempo y zona delimitados, una técnica en la actividad industrial o comercial o de prestación de servicios del franquiciado, contra entrega por éste de una contraprestación económica.

CUARTO

- Según el principio dispositivo dominante en nuestro derecho civil, el resultado de éste recae sobre la actividad de las partes, de suerte que cada una de ellas tiene la carga de afirmar y, en caso necesario, la de probar los hechos que constituyen el supuesto de la norma jurídica en que respectivamente se amparan, de forma que si los no alegados no pueden ser objeto de discusión o examen, los no probados no pueden constituir base de la sentencia. Tal y como dispone el art. 217 LEC al regular las normas sobre la carga de la prueba, corresponde al actor y al demandado reconviniente la carga de probar la certeza de los hechos de los que ordinariamente se desprenda, según las normas jurídicas a ellos aplicables, el efecto jurídico correspondiente a las pretensiones de la demanda y de la reconvenición e incumbe al demandado y al actor reconvenido la carga de probar los hechos que, conformes a las normas jurídicas que les sean aplicables, impidan, extingan o enerven la eficacia jurídica de tales hechos, reglas para cuya aplicación deberá tenerse en cuenta la disponibilidad y facilidad probatoria que corresponde a cada una de las partes en litigio.

A este respecto debe recordarse que la Ley no dispensa a todos los medios de prueba de idénticos vigor y eficiencia; antes bien, asigna a unos un valor reglado o tasado -como acontece con ciertos aspectos de los documentos; o de lo respondido por las partes en confesión-, abstracción hecha de cuál pueda ser el grado de persuasión subjetiva del juzgador; en tanto que, para otros - entre los que se encuentra la prueba pericial- confía al órgano jurisdiccional la formación discrecional -que no arbitraria- de su convencimiento.

En el presente caso, también conviene recordar que, como se dice en la Sentencia nº 446 de 19 julio 2002, Sección 5ª de esta Audiencia, con cita de la Sentencia nº 213 de 25 marzo 2002 de esta Sección 4ª, a diferencia de lo que ocurría con la anterior LEC de 1881 , ahora en la nueva LEC no se admite una actitud procesal meramente pasiva en el demandado, así con referencia al juicio ordinario, se impone al demandado en el artículo 405.2 la positiva obligación de negar o admitir los hechos aducidos por el actor (por esto se han de narrar de manera ordenada y clara) no basta ya la simple negación; en el nuevo juicio verbal, al emplazar al demandado ya se

le cita de comparecencia a efectos de que pueda absolver el interrogatorio de preguntas (art. 440.1 LEC) que oralmente le formule la actora, con la prevención de que si no comparece y se propusiera y admitiera su declaración, podría considerarse que admite los hechos del interrogatorio en que hubiera intervenido personalmente y le sean enteramente perjudiciales (art. 304-1 LEC). Por su parte el artículo 217 LEC al determinar la carga de la prueba recoge en su apartado 6, el principio de la facilidad probatoria, en virtud del cual para la aplicación de lo dispuesto en sus apartados anteriores de tal artículo, el Tribunal deberá tener presente la disponibilidad y facilidad probatoria que corresponde a cada una de las partes del litigio. De todo ello se deduce, como venimos diciendo, que la nueva ley ha acabado con la absoluta pasividad que se permitía al demandado en el régimen de la anterior legislación. Ahora ha de colaborar activamente con la administración de justicia de conformidad a las reglas de la buena fe (art. 247 LEC) pudiendo ser sancionado -tanto actor como demandado- por infracción a dichas reglas, por impugnación temeraria de algún documento (art. 320.3 LEC), por tacha temeraria o desleal (art. 344 LEC) o por retrasar la ejecución de una prueba admitida (art. 288 LEC), entre otros supuestos de no colaboración o colaboración defectuosa.

QUINTO

- Sentado ello, procede pasar a analizar el recurso de apelación que sostiene la demandada Inversión y Gestión de Franquicias, S.L.

Revisadas todas las actuaciones, se constata que la apelante no desvirtúa en modo alguno los acertados razonamientos de la sentencia de instancia, puesto que la apelante no hace sino reproducir los mismos elementos de hecho y de derecho que ya fueron desestimados en el primer grado jurisdiccional, mas sin realizar crítica acertada alguna a los razonamientos que condujeron a tal conclusión, por lo que aquellos razonamientos de la sentencia de instancia han de merecer el refrendo de esta Sala que los hace íntegramente suyos dándolos aquí por reproducidos en evitación de inútiles reiteraciones en motivación por reenvío

SEXTO

- Efectivamente, la apelante en sus dos motivos de apelación insiste en esta alzada en que la franquiciadora actora Nuevos Conceptos y Franquicias, S.L. ha sido la primera en incumplir el contrato la primera que ha incumplido al no suministrarle el know how (manual operativo) del negocio a que venía obligado y que la resolución de los contratos de franquicia ha de ser necesariamente declarada judicialmente vía ex art. 1124 CC , pudiendo ella oponer las excepciones del 1100.

Al efecto conviene recordar que como sienta la STS Sala 1ª de 4 abril 1990, EDJ 1990/3761, "es doctrina reiterada de esta Sala que no procede la aplicación del art 1.124 del CC , por no entrar en juego su reglamentación, cuando en el contrato existe pacto de lex commissoria, es decir, cuando hay cláusula establecida por las partes que regula y condiciona el ejercicio de la resolución (Sentencia de 4 de mayo de 1972); y si se dispone que el incumplimiento de la prestación funcione como condición resolutoria, entonces la resolución se produce automáticamente y no por la "facultad" de resolver que otorga el dicho art. 1.124 (Sentencias de 1 de mayo de 1946, 18 de diciembre de 1956, 23 de noviembre de 1964, 8 de mayo de 1965, 24 de febrero de 1966 y 30 de marzo de 1976); por último, cual se recoge en la reciente sentencia de 12 de marzo del corriente año 1990, la opción entre exigir el cumplimiento o la resolución de lo convenido corresponde a la parte perjudicada por el incumplimiento del contrato y puede ejercitarla ya en la vía judicial, ya fuera de ella, a reserva de que si la declaración de resolución se impugna por la otra parte quede sometida al examen y sanción de los Tribunales, que declararán si es o no ajustada a derecho, pues los efectos de la resolución han de ser instados y obtenidos por la vía judicial (Sentencias de 24 de octubre de 1941, 28 de enero de 1943, 7 de enero de 1948, 19 de marzo de 1949, 23 de diciembre de 1953, 30 de septiembre de 1955, 16 de noviembre de 1956, 4 de noviembre de 1958, 22 de junio de 1959, 9 de marzo de 1960, 19 de marzo de 1961, 25 de marzo de 1964, 2 de noviembre de 1965, 6 de octubre de 1967, 3 de julio de 1971, 21 de mayo de 1976...), pero la resolución del contrato es acto del contratante que considera incumplido el mismo por el otro (Sentencia de 17 de enero de 1986) y puede solicitarse mediante voluntad

unilateral de quien ha cumplido, siendo la resolución que la acoge proclamación simple de la resolución ya operada (Sentencia de 14 de junio de 1988)".

Consecuentemente, en cuanto a la declaración judicial de la resolución contractual no lleva razón la apelante por cuanto queda expresado y sencillamente porque él consintió la resolución declarada por la contraparte en base al pacto de *lex commissoria* pactado en base al incumplimiento de la apelante. Incumplimiento éste que ha sido admitido llanamente por la demandada apelante. Y decimos que ha sido consentido por la apelante por cuanto nada objetó a ninguna de las comunicaciones que al efecto de dirigió la actora y que obran en la prueba aportada. Podía haber discrepado la franquiciada la apelante cuando la franquiciadora le comunicó fehacientemente la resolución contractual y entonces sí que procedería que la controversia inter partes fuera resuelta judicialmente.

Sin embargo lo dicho no impide que tenga que averiguarse quien ha sido el primer incumplidor contractual, así la STS Sala 1ª de 16 mayo 1969, EDJ 1969/340 manifiesta que

"el pacto de "*lex commissoria*" implícito en las obligaciones bilaterales o recíprocas, está consagrado en el artículo 1124 del Código Civil , el que no es aplicable cuando se trata de obligaciones que, estando incorporadas a un contrato, tienen puro carácter accesorio o complementarlo (Sentencias de 5 de enero de 1935 y 5 de mayo de 1953), y la jurisprudencia tiene reiteradamente declarado que no tiene derecho a pedir la resolución el contratante que incumpla sus obligaciones, pero la determinación de quién fue el incumplidor es una cuestión de hecho, de la exclusiva competencia del Tribunal a cuya decisión ha de respetarse en casación mientras no se impugne conforme al número séptimo del artículo 1692 citado, según declaran, entre otras muchas, las Sentencias de 12 de diciembre de 1914, 12 de marzo de 1947, 6 de diciembre de 1957, de mayo de 1959 y 19 de mayo de 1961."

Consecuentemente, procederá el estudio sobre si fue la actora Nuevos Conceptos y Franquicias, S.L. la primera incumplidora del contrato, según se denuncia en el otro motivo de apelación.

SÉPTIMO

- Y por lo que hace al otro motivo de apelación sobre que fue la franquiciadora actora la primera que ha incumplido al no suministrarle el know how (manual operativo) del negocio a que venía obligado, tampoco puede tener favorable acogida. Dice la apelante que no le corresponde a ella la prueba de un hecho negativo, pero es que en el caso la franquiciada ahora apelante, en ninguna de las comunicaciones que dirigió a la franquiciadora actora ni siquiera le expresó que no había recibido el know how (manual operativo) del negocio y lo que al efecto es más definitivo, tampoco lo hizo constar entre los "temas pendientes" que relaciona en su comunicación a la actora de 10-7-2003 (al folio 140) ni en los contratos de resolución de la exclusividad o de reconocimiento de deuda, a pesar de sostener en el presente pleito que la falta de dicho know how fue la causa de sufrir "una serie de pérdidas que le impidió hacer frente al pago de 6.684,40 ? en concepto de suministros" (vid. hoja 4 de su escrito de contestación al folio 94), añadiendo a renglón seguido que "para paliar la situación se llegó con la franquiciante a un acuerdo..." (los indicados de resolución y de reconocimiento de deuda).

De todo ello se extrae como consecuencia natural que el demandado sí que disponía del know how, y ello concuerda con lo acreditado por la actora Nuevos Conceptos y Franquicias, S.L. de que se le entregó al franquiciado apelante al momento de la firma de los dos contratos de franquicia juntamente con el KIT (cláusulas 5.5 de los contratos de franquicia nºs 319 y 320, folios 20 y 25).

Consecuentemente, se desestima el recurso de apelación de la demandada apelante Inversión y Gestión de Franquicias, S.L., lo cual implica la confirmación de la sentencia de instancia.

OCTAVO

- Que con respecto a las costas y de acuerdo con lo previsto en el artículo 398, en relación con el 394 de la Ley de Enjuiciamiento Civil , procede imponer las de esta alzada a la parte apelante Inversión y Gestión de Franquicias, S.L. por haber sido rechazadas todas sus pretensiones.

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

FALLAMOS

En atención a lo expuesto, esta Sección Cuarta de la Audiencia Provincial, HA DECIDIDO:

- 1) Que se desestima el recurso de apelación interpuesto por el Procurador don Frédéric-Xavier Ruiz Galmés, en nombre y representación de la entidad mercantil Inversión y Gestión de Franquicias, S.L., contra la sentencia de fecha 9 diciembre 2004, dictada por la Ilma. Sra. Magistrado Juez del Juzgado de Primera Instancia nº 18 de Palma, en los autos Juicio Ordinario 175/2004, de los que trae causa el presente Rollo 160/2005, y en consecuencia
- 2) Se confirma íntegramente la referida sentencia de instancia en todos sus extremos.
- 3) Se condena a Inversión y Gestión de Franquicias, S.L. a pagar las costas procesales de esta alzada a la parte actora apelada Nuevos Conceptos y Franquicias, S.L.

Estese a lo dispuesto en el art. 248.4 de la Ley Orgánica del Poder Judicial al notificar la presente.

Así por esta nuestra sentencia, de la que se llevará certificación al Rollo de la Sala, definitivamente Juzgando, la pronunciamos, mandamos y firmamos.

PUBLICACIÓN.- Dada y pronunciada que ha sido la anterior sentencia por los Ilmos. Señores Magistrados que la firman y leída por el Ilmo. Sr. Magistrado don Jaume Massanet Moragues, Ponente que ha sido en este trámite, en el mismo día de su fecha, de lo que yo, la Secretario, certifico.

PUBLICACIÓN: En la misma fecha fue leída y publicada la anterior resolución por el Ilmo. Sr/a. Magistrado que la dictó, celebrando Audiencia Pública. Doy fe.