

Roj: SAP O 4/2011
Id Cendoj: 33044370052011100001
Órgano: Audiencia Provincial
Sede: Oviedo
Sección: 5
Nº de Recurso: 491/2010
Nº de Resolución: 1/2011
Procedimiento: CIVIL
Ponente: MARIA PAZ FERNANDEZ-RIVERA GONZALEZ
Tipo de Resolución: Sentencia

Resumen:

OTRAS MATERIAS CONTRATOS

AUD.PROVINCIAL SECCION N. 5

OVIEDO

SENTENCIA: 00001/2011

Rollo: RECURSO DE APELACION (LECN) 0000491 /2010

Ilmos. Sres. Magistrados:

DON JOSÉ MARÍA ÁLVAREZ SEIJO

DON JOSÉ LUIS CASERO ALONSO

DOÑA MARÍA PAZ FERNÁNDEZ RIVERA GONZÁLEZ

En OVIEDO, a once de enero de dos mil once.

VISTOS, en grado de apelación, por la Sección Quinta de esta Audiencia Provincial, los presentes autos de Procedimiento Ordinario nº 710/09 , procedentes del Juzgado de Primera Instancia de Pravia, Rollo de Apelación nº 491/10, entre partes, como apelante y demandada DOÑA Celia , representada por la Procuradora Doña Carolina Álvarez López y bajo la dirección del Letrado Don Alfredo Soler Valdés-Bango, y como apelada, impugnante y demandante GRUPO INMOBILIARIO, RED DE INMOBILIARIAS ASTURIANAS, S.L., representada por la Procuradora Doña Eva Cortadi Pérez y bajo la dirección de la Letrado Don Javier de la Riera Díaz.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Se aceptan los antecedentes de hecho de la Sentencia apelada.

SEGUNDO.- El Juzgado de Primera Instancia de Pravia dictó Sentencia en los autos referidos con fecha nueve de junio de dos mil diez, cuya parte dispositiva es del tenor literal siguiente: "FALLO: Que estimando la demanda formulada por DOÑA BLANCA MOUTAS CIMADEVILLA Procuradora de los Tribunales en nombre y representación de GRUPO INMOBILIARIO, RED DE INMOBILIARIAS ASTURIANAS S.L. contra DOÑA Celia representada por la Procuradora de los Tribunales DOÑA CAROLINA ÁLVAREZ LÓPEZ, debo declarar y declaro haber lugar, a la misma y en consecuencia:

-Debo condenar a la demandada a que abone a la actora la suma de ONCE MIL NOVECIENTOS CATORCE EUROS CON DOCE CÉNTIMOS, cantidad que devengará el interés legal del dinero desde la interpelación judicial.

-No se efectúa especial pronunciamiento en cuanto a costas."

TERCERO.- Notificada la anterior Sentencia a las partes, se interpuso recurso de apelación por Doña Celia , y previos los traslados ordenados en el *art. 461 de la L.E.C .*, se remitieron los autos a esta Audiencia Provincial con las alegaciones escritas de las partes, no habiendo estimado necesario la celebración de vista.

CUARTO.- En la tramitación del presente Recurso se han observado las prescripciones legales.

VISTOS, siendo Ponente la Ilma. Sra. DOÑA MARÍA PAZ FERNÁNDEZ RIVERA GONZÁLEZ.

FUNDAMENTOS JURIDICOS

PRIMERO.- La sentencia dictada en los autos de los que este recurso dimana, tras estimar la demanda formulada por Grupo Inmobiliario, Red de Inmobiliarias Asturianas, S.L., con base en el contrato litigioso, contra Doña Celia , condenó a ésta a abonar a aquélla la cantidad de 11.914,12 euros, sin efectuar especial pronunciamiento sobre las costas. Y frente a dicho fallo se alzó por vía de recurso la nombrada demandada, la que después de denunciar una incorrecta aplicación del derecho y error en la valoración de la prueba -que adecuadamente ponderadas llevan a establecer un incumplimiento por parte de la actora de sus obligaciones (prestación de formación continuada, mantenimiento del sistema informático y publicidad)- lo que impide hablar de incumplimiento por parte de la recurrente, interesó la revocación de la recurrida para desestimar la demanda.

La actora, por vía de impugnación, interesó la revocación parcial de la sentencia apelada a fin de que se condenara en costas a la demandada-recurrente, toda vez que la demanda se había estimado sustancialmente y tampoco existían dudas de hecho ni de derecho.

SEGUNDO.- Así centrados en esta alzada los términos del debate, en orden a su resolución se debe comenzar recordando que nuestra jurisprudencia, que califica el contrato de franquicia de atípico, lo define como aquél que se celebra entre dos partes jurídica y económicamente independientes, en virtud del cual una de ellas, franquiciador, otorga a otra, franquiciado, el derecho a utilizar bajo determinadas condiciones de control, y por un tiempo y zona determinados, una técnica en la actividad industrial o comercial o de prestación de servicios del franquiciado, contra entrega por éste de una contraprestación económica, diferenciándose de los contratos de suministro o de distribución de mercancías en que el franquiciador debe transmitir su "saber- hacer" (know how) o asistencia o metodología de trabajo, aplicando sus métodos comerciales, quedando además obligado a diseñar, dirigir y sufragar campañas publicitarias, realizadas para difundir el rótulo o marca del franquiciador; añadiendo que, por su carácter atípico, el contrato en cuestión se registrará por la voluntad de las partes, plasmada en cláusulas y requisitos concretos que, fundados, sin duda, en relaciones de buena fe y mutua confianza, deben producir todos sus efectos, y para el caso de que hubiera lagunas, para interpretar su contenido, será preciso recurrir a figuras de contratos típicos afines a dicha relación contractual.

Así mismo debe también señalarse, como recuerda la Sentencia del T.S. de 21 de octubre de 2.005 , con relación al concepto y contenido del <<know how>> o "saber hacer" la evolución de su ámbito, que circunscrito primero a los "conocimientos de orden industrial", se extendió posteriormente a los de <<orden comercial>>, es decir, pasó a identificarse con conocimientos secretos referidos indistintamente al campo industrial o comercial, incluidos los aspectos organizativos de la empresa, el secreto comercial, llegando incluso a conectarse con la experiencia, es decir, con los conocimientos de orden empírico (adquisición progresiva, fruto de la experiencia en el desempeño de una actividad industrial o comercial o fruto de una tarea de investigación y experimentación), con la cualificación del especialista y con un menor grado de confidencialidad.

En este sentido amplio se le ha definido como conocimiento o conjunto de conocimientos técnicos que no son de dominio público y que son necesarios para la fabricación o comercialización de un producto, para la prestación de un servicio o para la organización de una unidad o dependencia empresarial, por lo que procuran a quien los domina una ventaja sobre los competidores, que se esfuerza en conservar evitando su divulgación.

Así, como se recuerda en la sentencia de 11 de octubre de 2.006 de la Sec. 9ª de la Audiencia Provincial de Madrid , la Sentencia del T.S. de 24 de octubre de 1.979 ya recogió un concepto descriptivo diciendo que <<lo que doctrinalmente se denomina Know How, es decir, el saber hacer, puede tener por objeto elementos materiales e inmateriales, bien se considere que sea un bien en sentido jurídico,

determinado por tratarse de una situación de hecho consistente en que las circunstancias de la empresa que constituye el objeto del secreto son conocidas de terceros o que el aprendizaje o la adquisición de experiencias por éstos puede resultar dificultoso, o ya que se trata de un bien en sentido técnico jurídico, por poseer las características propias de esa idea, como son el valor patrimonial y la entidad para ser objeto de negocios jurídicos, integrante de un auténtico bien inmaterial>>, de suerte tal que se ha llegado a hablar de <<metodología de trabajo>>, <<técnicas operativas>>, <<técnicas comerciales ya experimentadas>>, <<conjunto de conocimientos técnicos o sistemas de comercialización propios del franquiciador, como rasgo que le diferencia de otras empresas que comercian con el mismo tráfico; <<conjunto de técnicas y métodos para la instalación, comercialización y explotación, identificándose en la presentación de los locales, servicios prestados, productos, política de publicidad...>>.

TERCERO.- Examinada la cuestión litigiosa a la luz de lo expuesto, de la lectura de la propia demanda se colige que la relación comercial que vinculaba a las partes lo era bajo el referido régimen de franquicia antes señalado, pues y tal y como se desprende del EXPONEN PRIMERO del contrato suscrito entre las partes, la aquí demandante-apelada tiene como objeto el desarrollo y explotación de oficinas inmobiliarias, así como el desarrollo y explotación de un sistema propio para la gestión de las mismas, a cuyo fin dispone de un "saber-hacer" propio que comprende el aspecto técnico, comercial de promoción, publicitario, administrativo, financiero, de organización de recursos humanos y de gestión en general; siendo este "saber-hacer" de clara originalidad al incluir aspectos de uniformidad organizativa, de métodos y procedimientos desarrollados de manera específica a través de su experiencia previa, que se transmite al "franquiciado".

Junto a lo anterior, también debe tenerse presente que la ESTIPULACION IX establece como obligaciones del "franquiciador" la de poner a disposición del "franquiciado" todos sus conocimientos técnicos y operativos, así como el "saber-hacer" requeridos para la adecuada explotación de la franquicia, remitiéndose a la ESTIPULACION V la obligación de propiciar al "franquiciado" las prácticas de formación que se consideren necesarias sobre dirección, gestión y técnicas de venta, obligándose igualmente a ofrecerle periódicamente programas de formación, además de asesoramiento en lo que se refiere a experiencia y conocimientos sobre gestión, sistemas de venta, promociones, publicidad, funcionamiento interno y gestión de personal, control de servicios y demás aspectos relacionados con la operatividad del sistema; obligándose también a mantener una red informática que intercomunique a las empresas franquiciadas.

Al propio tiempo, en la ESTIPULACION XIV se contempla la obligación de publicidad y promociones periódicas del "franquiciador" para sostener y promover las ventas en beneficio del todos los "franquiciados".

CUARTO.- Sentado lo que antecede, se debe examinar ahora si las obligaciones que la recurrente dice fueron incumplidas por el "franquiciador" se incardinan dentro de ese "saber-hacer" y, por ende, son de carácter esencial, pues son precisamente lo que le hace diferente del resto de los negocios de igual giro, desde el momento que aquél se concibe como un conjunto de conocimientos técnicos de carácter secreto, sustancial y determinado, si bien el carácter secreto no implica desconocimiento absoluto por parte del público de todos los elementos individuales que lo componen, que sí pueden ser conocidos, sino que lo que realmente lo hace secreto, y por tanto ahí comporta su originalidad, es la particular unión de todos ellos.

Y, al propio tiempo, la condición de sustancial hace alusión a una serie de conocimientos técnicos que incluyen la formación necesaria para la comercialización de productos o servicios objeto de la franquicia, mejorando su posición competitiva en el mercado al incrementar su rendimiento o ayudándole a entrar en un nuevo mercado.

Asímismo, su carácter de determinado o descripción suficientemente completa conlleva la necesidad de permitir verificar si cumple las características anteriores, lo que requiere de una constante renovación.

En definitiva, que la obligación del "franquiciador" respecto del "saber-hacer" no se agota en este caso con la transmisión de un sistema original, sino que ha de haber un continuo desplazamiento del mismo y, en consecuencia, una necesidad constante de actualización del sistema; es decir, que todas las actividades que se derivan de la aplicación del "saber-hacer" requieren del despliegue de una actividad diligente, constituyendo ésta el criterio de determinación del contenido de las prestaciones.

A la vista de lo anterior, se debe examinar en primer término si efectivamente correspondía al "franquiciador" el riesgo por la obtención de un sistema comercial uniforme y eficiente, por el mantenimiento de unos estándares de calidad de un sistema operativo, en tanto su responsabilidad no se derivara de un mal resultado del "franquiciado", sino de la asistencia prestada de forma negligente, bien entendido que en todo caso recae sobre el "franquiciador" la carga de la prueba del cumplimiento de sus obligación, como se

señala en la sentencia de 4 de marzo de 1977, por tratarse de los hechos constitutivos de su pretensión y, además, por la mayor disponibilidad probatoria en que se halla, precisamente, por su condición de "franquiciador".

Y comenzando por la prestación de formación continuada, se alega por la hoy recurrente el incumplimiento de dicha obligación, que según la estipulación V y IX del contrato litigioso consistían en formación previa y continuada. Pues bien, la demandante pretende acreditar el cumplimiento de dicha prestación a través de un legajo de documentos, que aporta bajo el número 6, del que se desprende la existencia de dos días de curso (31 de mayo y 1 de junio de 2007) anteriores a suscribirse el contrato, así como la entrega de dos manuales de procedimiento y de personal, cuya importancia se pone de manifiesto en el hecho de que se entregaron a la demandada en depósito. Sin embargo dicha documental no justifica el cumplimiento que se alega, toda vez que la obligación de "saber-hacer" encierra en sí misma una labor de formación más intensa y continuada de asesoramiento, por lo que este Tribunal considera insuficiente la entrega de dos manuales sin más, que tampoco pueden estimarse completada con las escasas intervenciones telefónicas del personal "franquiciador" a la "franquiciada".

Tampoco puede correr mejor suerte la cuestión relativa a la prestación de mantenimiento del sistema informático, cuyo incumplimiento también alega la recurrente, ya que configurándose, como se configura, dicha obligación como una prestación esencial a lo largo de la estipulación VII y IX, apartado 4, la prueba obrante en los autos lo único que permite colegir con claridad es que en los dos meses de junio y julio se constató un fallo informático, sin que permita establecer la diligencia debida en la subsanación del mismo; antes al contrario, lo que permite constatar es la falta de reparación de la deficiencia hasta el punto de que condujo a la desaparición de la Web (documentos 17,18,19, 20 y 21).

Debiendo, finalmente, correr igual suerte el cumplimiento de la obligación referente a la publicidad, pues si bien es cierto que dicha obligación no se encuentra en la ESTIPULACION IX "obligaciones del franquiciador", no lo es menos que la ESTIPULACION XIV, bajo la rúbrica "Publicidad y Promociones", contempla la obligación del "franquiciador" de iniciar periódicamente las acciones publicitarias que estime convenientes para sostener y promover las ventas, siendo así que se configura como una de esas acciones la publicación de una revista, que dejó de editarse al tener que ser sufragado su coste entre todos los "franquiciados".

En su consecuencia, lo anterior lleva a concluir que la mercantil demandante, aquí apelada-impugnante, no desplegó la actividad requerida y dimanante de su "saber-hacer", toda vez que en sede del litigioso contrato de franquicia, a ella le incumbía, como un ordenado empresario, el conocimiento de los medios y formas de organización de los elementos de una empresa y de la colocación en el mercado de los bienes y servicios que produce la misma, razón por la cual debe darse lugar al recurso de apelación para desestimarse la demanda formulada contra dicha apelante

QUINTO.- Lo anterior conduce a la desestimación de la impugnación formulada por la actora contra la sentencia de instancia, ya que la mayor o menor extensión de una resolución judicial no es criterio determinante alguno para el pronunciamiento sobre las costas, ya que a lo que a de estarse es al criterio objetivo del vencimiento del *art. 394 de la L.E.C.* y, en su caso, a la existencia de dudas de hecho o de derecho.

Así las cosas, el supuesto litigioso no se encuentra exento de dudas a la hora de determinar si las prestaciones que se dicen incumplidas se hallan ínsitas dentro del "saber-hacer", lo que encaja en el análisis de los hechos, por lo que en este sentido debe mantenerse el pronunciamiento de la recurrida sobre las costas de la primera instancia.

SEXTO.- El acogimiento del recurso para desestimar la demanda conlleva no se efectúe especial pronunciamiento sobre las costas causadas con él en esta alzada, manteniéndose el pronunciamiento de la recurrida sobre las costas; debiendo ser impuestas a la impugnante las causadas por su impugnación (*art. 398 en relación con el 394 de la L.E.C.*)

Por todo lo expuesto, la Sala dicta el siguiente

FALLO

Estimar el recurso de apelación formulado por Doña Celia contra la sentencia de fecha nueve de junio de dos mil diez dictada por la Sra. Juez del Juzgado de Primera Instancia de Pravia, en los autos de los que el presente rollo dimana, resolución que se REVOCA para desestimar íntegramente la demanda,

manteniendo el pronunciamiento de la recurrida sobre las costas.

No procede expreso pronunciamiento sobre las costas causadas en esta alzada por dicho recurso.

Se desestima la impugnación formulada por la entidad Grupo Inmobiliario, Red de Inmobiliarias Asturianas, S.L. contra la misma sentencia, con expresa imposición a dicha impugnante de las costas causadas por ella en esta instancia.

Habiéndose estimado totalmente el recurso de apelación, conforme al *apartado 8 de la Disposición Adicional Decimoquinta de la L.O. 1/2009, de 3 de noviembre*, por la que se modifica la *L.O. 6/1985, de 1 de julio*, del Poder Judicial, procédase a la devolución del depósito constituido por la parte apelante para recurrir.

Contra esta resolución no cabe recurso.

Así, por esta nuestra Sentencia, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

PUBLICACION.- Dada y pronunciada fue la anterior Sentencia por los Ilmos. Sres. Magistrados que la firman y leída por la Ilma. Magistrado Ponente en el mismo día de su fecha, de lo que yo la Secretario, doy fe.