

Órgano: Audiencia Provincial  
Sede: Barcelona  
Sección: 14  
Nº de Recurso: 299/2007  
Nº de Resolución: 585/2007  
Procedimiento: CIVIL  
Ponente: FRANCISCO JAVIER PEREDA GAMEZ  
Tipo de Resolución: Sentencia

***SENTENCIA NÚM 585/2007***

Barcelona, doce de noviembre de dos mil siete

Audiencia Provincial de Barcelona, Sección Catorce

Magistrados:

Francisco Javier Pereda Gámez (ponente)

Marta Font Marquina

Rosa Maria Agulló Berenguer

Rollo n.: **299/2007**

Juicio Ordinario n.: 697/2006

Procedencia: Juzgado de Primera Instancia n. 41 de Barcelona

Objeto del juicio: daños y perjuicios derivados del incumplimiento de un contrato de franquicia.

Motivo del recurso: error en la apreciación de la falta de legitimación pasiva y errónea valoración de la prueba

Apelante: Imagphoto, Sociedad Limitada Unipersonal

Abogado: J. Madera Bravo

Procuradora: M. D. González Rodríguez

Apelado: Agfa Gevaert, S.A.

Abogado: R. Raimon Taiglavini

Procurador: I. Ranera Cahis

**ANTECEDENTES DE HECHO**

## 1. RESUMEN DEL PLEITO DE PRIMERA INSTANCIA

El día 28 de julio de 2006 la parte actora presentó demanda en la que solicitaba que se declare responsable a Agfa Gevaert, S.A.U. del daño producido a D-Imagphoto, S.L.U., se le obligue a "estar y pasar" por dicha declaración y se le condene al pago de 200.170,80 euros, correspondientes a 132.670,80 euros por daño emergente y 67.500 euros por lucro cesante, en concepto de indemnización de los daños y perjuicios producidos a la demandante, con expresa imposición de costas al demandado.

Relata haber mantenido relaciones con Agfa (a través de una sociedad interpuesta), en régimen de franquicia, desde 2004. Dice que constituyó la sociedad y adecuó el local a la marca siguiendo las indicaciones de la demandada. Afirma que Agfa Finance suministró la máquina, pero sostiene que "el protagonismo" lo llevaba la demandada (Agfa Gevaert), cubriendo las incidencias, suministrando consumibles, cubriendo la garantía, reparando y ofreciendo la venta residual. Da cuenta de las numerosas averías y continuas interrupciones en el servicio de una máquina de revelado, durante dos años, incluida su sustitución y su rotura definitiva, causa, según afirma, de sus pérdidas.

La parte demandada contesta y alega falta de legitimación pasiva, por ser Photo Spain, S.L. "y/o" (sic) Agfa Photo Finance "cesionarias" de Agfa Gevaert, S.A., según contrato de 29 de octubre de 2004, lo que fue notificado a la actora que lo aceptó (doctrina de los actos propios), y añade que los daños reclamados carecen de fundamento, prueba y lógica (no se prueba daño emergente ni lucro cesante). Niega la existencia de franquicia (no hay precio y se trataría de un simple arrendamiento financiero de una máquina de revelar) y admite que ella (luego Photo Spain) realizaban las revisiones y reparaciones. Da cuenta que en octubre de 2004 el "grupo Gevaert" cedió sus derechos en el contrato al "grupo Photo", comunicada la cesión por circular (como admitiría la actora en el f. 25 y se probaría con carta que escanea- f.71- y con los antecedentes del contrato de 7 de febrero de 2005).

Concluye que no se pueden sumar pérdidas de tres años e inversiones no amortizadas (considera pérdidas los activos del balance, existían diversas áreas de negocio, et.). Dice que no hubo tantas averías (sino puesta en marcha, actualizaciones, etc., que no impidieron el uso) y que nunca antes se había reclamado nada. Niega que se produjeran pérdidas en 2006. Rebate las cuentas e impugna el lucro cesante (que presume una facturación doble de la del último ejercicio, confunde facturación y pérdidas con la rentabilidad del negocio y cuenta un plazo de amortización muy breve).

La sentencia recurrida, de fecha 22 de diciembre de 2.006, considera que la causa de pedir es la rotura de la segunda máquina, con lo que no estaría legitimada la demandada, por no ser parte en el contrato. El juez expone jurisprudencia sobre el contrato de franquicia y mantiene que no es ese el contrato que une a las partes (no existe contrato, ni canon, ni cesión de rótulos), sino, en su caso, el contrato es de distribución y de arrendamiento financiero. A tal efecto analiza las pruebas: Finance fue el contratante y Agfa sólo suministró servicios de reparación; la cesión a Agfa-Photo fue notificada y aceptada con efectos de 1 de noviembre de 2004; la actora compró la segunda máquina a esta empresa, en novación modificativa.

En suma, el juez aprecia falta de legitimación pasiva y desestima la demanda, absolviendo a la demandada de lo pedido en su contra, sin hacer especial pronunciamiento en cuanto a las costas causadas en la instancia (por apreciar dudas de hecho justificativas).

## 2. CUESTIONES PLANTEADAS EN EL RECURSO DE APELACIÓN

El recurrente argumenta que yerra el juez al apreciar la falta de legitimación pasiva (basada en presunciones erróneas), a cuyo efecto considera que sí hubo cesión real y aceptación del contrato de garantía, suministro y reparación (aunque luego parece contradecirse), pero no del contrato de arrendamiento, que es simulado y del que no hubo aceptación tácita o expresa, exigida por la jurisprudencia. Añade que hay abundante prueba documental sobre la intervención de la demandada (facturas, asistencias técnicas, peticiones de consumibles). Reitera la falta de prueba de la aceptación de las cesiones (que considera simuladas a cuyo efecto invoca las resultas del concurso de Agfa Photo), invoca la doctrina de los actos propios (Agfa siguió prestando servicios y librando facturas, que cobró). Abunda, al fin, en la justificación de sus reclamaciones económicas (reclama las pérdidas, por irrecuperables, y repasa las cifras de gastos).

El apelado se opone y defiende la sentencia. Reitera que hubo cesión, comunicada y aceptada tácitamente, y que Gevaert colaboró temporalmente en la facturación y el cobro. Entiende correcto el uso de presunciones y niega que haya cesión simulada. Añade que el informe concursal confirma la cesión y que el acuerdo transaccional del concurso deriva de que el concursado era deudor de Agfa. Concluye repitiendo sus argumentos respecto a la cuantificación del daño.

### 3. TRÁMITES EN LA SALA

El asunto ha tenido entrada en la Sección el 10 de abril de 2007. Se ha admitido prueba documental y no se ha celebrado vista. La deliberación y votación de la Sala se ha llevado a cabo en fecha 8 de noviembre de 2007. Esta resolución no se ha dictado en el término previsto en el artículo 465.1 de la Ley de Enjuiciamiento Civil debido a causas estructurales, lo que se hace constar a los efectos del artículo 211.2 de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

## FUNDAMENTOS DE DERECHO

### 1. LA LEGITIMACIÓN PASIVA

La llamada a juicio de Agfa Gevaert, S.A. viene sostenida por el actor con base en la existencia de un contrato verbal de franquicia, de forma que la demandada habría asumido todas las incidencias nacidas de la apertura del negocio de fotografía, suministrando los consumibles, cubriendo la garantía, reparando y ofreciendo incluso la venta residual (antes y después de los contratos de escisión societaria de 29 de octubre de 2004). En este contexto, la intervención de Agfa Finance N.V. en el contrato de 1 de junio de 2004 (documento n. XIV de los acompañados a la demanda) habría sido sólo la articulación financiera de una relación contractual más amplia y dicha sociedad financiera sería sólo una "sección" de la demandada, la verdadera sociedad "madre".

El estudio de lo actuado revela que las relaciones entre la demandante y Agfa Gevaert, S.A. fueron estrechas antes y después de las operaciones de escisión de octubre de 2004 y que la intervención de Agfa Finance N.V. se limitó a formalizar y sostener el arrendamiento de la máquina. Tanto la empresa Agfa Photo Spain, S.L. (que ha continuado la línea de negocio de imagen por poco tiempo, al menos hasta su crisis concursal), como Agfa Photo Finance han mantenido con la demandante una relación marginal, solo al final del iter contractual. De hecho, no se acredita que Agfa Photo y Agfa Photo Finance sucedían a la demandada y su financiera (Agfa Fiance N.V.) en las relaciones con la actora (como veremos en el siguiente fundamento de derecho).

En trance de fijar la legitimación pasiva, no se puede deslindar la primera operación de arrendamiento, de 1 de junio de 2004 (documento XI) del hecho de que pocos meses después el arrendador diga que "retira" y "añade" una nueva máquina (documento XV), con expresa mención de subsistencia del contrato de 1 de junio de 2004. El contrato es único y la sustitución no puede sino responder a la cadena de reparaciones infructuosas del año 2004 y al efecto de la garantía del arrendador sobre la calidad y disponibilidad del objeto arrendado. Por ello, los hechos deben ser contemplados en su conjunto desde principios del año 2004 y no puede pretenderse que la sustitución de la máquina aleje la consideración de la demandada como legitimada pasivamente para responder.

En efecto, las actuaciones revelan que la demandada ha asumido frente a la actora obligaciones contractuales propias de un contrato de distribución:

- a) La puesta en marcha del negocio de fotografía, tras el arrendamiento del local el 1 de febrero de 2004 (documento IV), se lleva a cabo según un Proyecto dirigido o autorizado por Agfa, con aplicación de "criterios de rotulación exterior corporativa Agfa", así como del mobiliario, de forma que la tienda aparece exteriormente como perteneciente o vinculada al grupo Agfa (documento VI y fotos, documento VIII);
- b) Antes de la firma del contrato de arrendamiento de la máquina de revelado y de su entrega (1 de junio de 2006, documento XII), ya se habían llevado a cabo pedidos de material a la demandada (19 de febrero de 2004 y 31 de mayo, documentos XVI a XVII), proveedora no solo de una amplia gama de productos de fotografía sino también de todos los suministros necesarios para hacer funcionar la máquina;
- c) En el contrato de arrendamiento de 1 de junio de 2004 (documento XI), resalta la identidad de domicilio social entre la financiera y la empresa matriz, el carácter de "Sucursal en España" de Agfa Finance y una regulación contractual extraña que supone la exclusión de la obligación de mantenimiento y reparaciones a cargo de la financiera (cláusula 7ª), la exclusión de toda garantía (cláusula 8ª), pero la exigencia de mantener la máquina en buen estado (cláusula 12ª); se trata de un contrato de arrendamiento financiero llevado a cabo por una empresa que pertenece al propio suministrador de la maquinaria, lo que revela el exclusivo carácter formal de la formalización financiera del arrendamiento y la íntima conexión entre Agfa Finance y Agfa Gevaert;
- d) Es Agfa Gevaert quien ofrece la venta de la máquina a precio residual el 16 de junio de 2004, pocos días después del alquiler (documento XIV), clara demostración de que era la propietaria y solo proveedora formal de la sociedad de financiación (de su exclusiva propiedad);
- e) Sin firma de contrato alguno de mantenimiento y sin solución de continuidad, la demandada presta servicios no solo para la preinstalación, sino también para el mantenimiento y la reparación de la máquina durante el año 2004 (15 veces) y 2005 (7 veces), apareciendo sólo en este último año que algunos de los partes de reparación, con igual formato que los anteriores, incluyen el logotipo de Agfa Photo;
- f) La imposibilidad de reparar la máquina deriva, estrechamente, de la falta de suministro de repuestos por parte de Agfa Gevaert (carta, documento XLIII) y a lo largo de toda la vida del contrato, los suministros y repuestos son servidos en exclusiva por Agfa Gevaert (documentos XXXIV y ss.);
- g) Los contratos de "cesión" de 29 de octubre de 2004 (f. 121, 159 y 204 y sus traducciones, f. 135, 170 y 213) suponen, según la contestación a la demanda, la sucesión de Agfa Gevaert, pero su lectura deja claro que se trata de la separación societaria de una línea de negocio de una misma empresa;
- h) La circular de Noviembre de 2004 (f.118) confirma la continuidad de sede social y de la gama, calidad, disponibilidad, nombre y diseño de los productos, con firma de la empresa "madre" que viene a avalar las operaciones de la filial;

- i) El informe de los Administradores del concurso de acreedores de Agfaphoto Spain, S.L. (o S.L.U., sociedad limitada unipersonal) es contundente (f.233 y ss.), cuando afirma que, a pesar de la escisión, esta empresa depende de la empresa matriz (Agfa Gevaert), siendo "mero intermediario" de la demandada y compartiendo ubicación, correo, vehículos, teléfonos, sistema de funcionamiento y dependencia financiera;
- j) El pacto transaccional entre el concursado y la demandada, de 7 de noviembre de 2006 (f. 418) confirma la dependencia directiva, económica y financiera de Agfa Photo, hasta el punto de hacer frente a deudas por 1.820.761,43 euros, y en la carta de los Administradores de 19 de enero de 2007 (f. 371) consta la confirmación de que Agfa Gevaert asume el pasivo concursal de Agfa Photo;

Por todo ello, debe concluirse que ha quedado probado que la demandada mantenía con la actora una relación contractual más amplia que la que predica, propia de un contrato de distribución o de franquicia, en la que además de facilitar los signos de su marca, suministraba materiales para la reventa y otros para el revelado de fotografías y asistía técnicamente las reparaciones. Agfa está legitimada pasivamente para responder de la acción.

## 2. LA FALTA DE PRUEBA DE CESIÓN CONTRACTUAL

Las pruebas no acreditan que la actora conociera y asumiera la sustitución de Agfa Gevaert, como empresa "madre" de Agfa Finance, por las empresas Agfa Photo Spain, S.L. y Agfa Photo Finance, en posición de suministradora y empresa reparadora, la primera, y de financiera la segunda:

a) La demandada defiende en su contestación (f.64) que la demanda se debió haber dirigido contra Agfa Photo Spain, S.L. y Agfa Photo Finance, en virtud de la cesión de Agfa Gevaert, pero nada dice de las relaciones existentes entre Agfa Gevaert y Agfa Finance N.V., que son las que interesan al pleito, ni de los efectos de la cesión sobre los contratos de Agfa Finance;

b) No puede mantenerse que la aceptación en la contestación a la demanda de haber recibido una circular (f.26) suponga la notificación de la cesión y su aceptación por la actora, porque esta alegación se presenta en términos de rechazo de haber conocido la cesión y respecto a una carta de 21 de noviembre de 2005 (documento L), remitida cuando ya las relaciones se habían truncado, por la avería de la máquina y su falta de reparación;

c) Las circulares de 19 y 27 de octubre de 2004 (f.117 y 116, la primera de Agfa Finance y la segunda firmada por Agfa Gevaert y por el "futuro Director" de AGpaPhoto Spain, S.L.) esgrimidas por la demandada como "notificación" del contrato de cesión de 29 de octubre de 2004, no puede tener tal carácter, por ser de fechas anteriores a la cesión (que se produjo dicho 29 de octubre), por su generalidad (pues hablan de una "decisión", de "transferir" los contratos, expresión distinta de la de "ceder", y mantiene el sistema de cobros, con recibos que "serán presentados al cobro en la forma habitual") y porque no se acredita su envío y recepción fehaciente;

d) No es tampoco "notificación" remitir una circular en "Noviembre de 2004" (escaneada en la contestación a la demanda, f. 71), por las mismas razones de generalidad (habla de "transferir" y "segregar", asegura la continuidad, la carta está firmada también por la demandada) y no consta tampoco su remisión y recepción;

e) En este sentido, la mención de que Agfaphoto actúa el 7 de febrero de 2005 (documento XV) "en calidad de nuevo titular" para sustituir una máquina en mal estado, no puede significar notificación y conocimiento de una sucesión contractual, porque tal "titularidad" puede responder a simple cambio de denominación social.

En suma, no se ha probado que la demandada (y su filial financiera) fueran sustituidas en las obligaciones nacidas del contrato por las empresas del "Grupo Photo".

### 3. LA CALIFICACIÓN DEL CONTRATO

La sentencia recurrida desecha la calificación de franquicia y apunta a la de distribución y de arrendamiento de maquinaria, pero no progresa en las consecuencias de esta calificación jurídica alternativa.

Es evidente que no se puede contemplar el arrendamiento financiero de la máquina como único elemento del contrato y que, a pesar de la falta de documentación escrita, se debe contemplar el conjunto de prestaciones.

El hecho de que no conste el contrato de colaboración por escrito, ni pago expreso de canon, no enerva la constatación de la dependencia directa de la demandante respecto de la demandada (no era posible un proveedor alternativo). Agfa propagaba la imagen de su empresa a través de las relaciones establecidas, recibía con ello el reconocimiento del mercado y percibía las retribuciones propias del arrendamiento de la máquina, de la venta de suministros, de las reparaciones y, sobre todo, de la entrega del papel fotográfico y de los productos que constituye la base del revelado de fotografías.

Nos encontramos, por tanto, ante un contrato de colaboración empresarial, de tipo distributivo, en el que ambas partes reciben beneficios recíprocos por el uso de una marca y de unos productos de fábrica exclusiva. No consta que Agfa arriende o venda sus máquinas de revelado a cualquier empresa, sino que busca garantizar que con el arrendamiento se contraten otros servicios y promueve o se beneficia (sin queja ni reclamación, en lo que constituye, al menos una situación de mandato aparente) el uso de sus marcas y de una particular estética para la instalación de despacho de productos y servicios fotográficos.

También se ha probado que se produjo una falta de reparación de la máquina de revelado, que impidió a la actora desarrollar de forma adecuada una parte de su negocio, lo que constituye causa de los perjuicios reclamados.

### 4. LA CUANTIFICACIÓN DEL DAÑO EMERGENTE

Es evidente que la actora no aporta pericia que ampare sus pretensiones de indemnización, lo que coloca a la Sala en un contexto de gran dificultad para evaluar los daños y perjuicios.

En trance de establecerlos (el daño emergente y el lucro cesante), es evidente que las pretensiones de la parte actora son exageradas, porque respecto al daño emergente:

- a) Si admite la actora en su demanda que el revelado de fotografías suponía el 48,37% del volumen de negocio, no puede pretender que las pérdidas sociales de los ejercicios 2004, 2005 y 2006 sean debidas en su totalidad a la avería (temporal) de la máquina en octubre de 2004;
- b) No computa la persistencia de activos, como el valor de los materiales en stock, el valor mismo de la máquina (que era reparable, superadas las dificultades de suministro de piezas) y de los derechos de traspaso (en el local se ha instalado una zapatería, según fotos obrantes en autos, y no se prueba renuncia al arrendamiento), las posibilidades alternativas de continuar el negocio, el fondo de comercio, etc.;

- c) La cifra que exhibe como de pérdidas de los años 2004 a 2006 (132.670,80 euros) incluye las de 2006, cuando la empresa ya no existía y los valores reales de las pérdidas de 2004 y 2005 son sólo de 31.675,29 y 30.728,34 euros, según los libros y las declaraciones al Registro Mercantil.

En cuanto al daño emergente, teniendo en cuenta que la máquina funcionó hasta el 19 de octubre de 2005 (aunque sufrió algunas paradas intermitentes), parece razonable imputar a la conducta de la demandada la falta de facturación proporcional de los 21 días de reparaciones y paradas del año 2004 y los 78 días (8 de averías y 70 restantes del ejercicio) de 2005. Si en 2004 se facturaron 43.267,81 euros, de los que, según admite el actor y no rebate el demandado, un 48,37% correspondían a revelados (20.928,63 euros), para 21 días son 1.204,11 euros, cuyo beneficio neto, según el propio demandante (un 15%) significa 180,61 euros.

Para el año 2005, los mismos cálculos sobre una facturación de 33.482,55 euros, da 3.460 euros (el 48,37% de esta cifra es 16.195,50 euros, 73,92 diarios), con un beneficio neto del 15% (519 euros) y un total de 699,71 euros de daño emergente.

#### 5. EL CÁLCULO DEL LUCRO CESANTE

El alquiler de la máquina era por 60 meses (documento n. XI), en un cálculo que fácilmente se puede asimilar a su amortización y obsolescencia (dado el desarrollo tecnológico y teniendo en cuenta las normas de contabilidad y el precio residual), de los que se habían consumido, a octubre de 2005, 17 meses.

Razonablemente, la actora podía esperar unos beneficios del 15% (el demandado no rebate este porcentaje), sobre una facturación que venía a ser de una media de 2.320,25 euros (20.928,63 y 16.195,50 euros de facturación de revelados de 2004 y 2005, dividido entre los 16 meses que funcionó la máquina), con un beneficio neto del 15%: 348 euros. Los 17 meses de vida esperada de la máquina, a dicho importe, asciende a 5.916,65 euros.

Daño emergente y lucro cesante suman, en total, 6.616,26 euros, cantidad a la que debe ser condenada la demandada.

#### 6. LAS COSTAS

La parte actora no pidió condena al pago de intereses, por lo que no procede pronunciamiento, sin perjuicio del art. 576 LEC. Las costas de la demanda no son de cargo de ninguna de las partes, dada la estimación parcial, ni las del recurso, conforme a los artículos 398.1 y 394 de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

### FALLO

1. Estimamos el recurso de apelación y revocamos la sentencia de instancia.
2. Estimamos en parte la demanda y condenamos a Agfa Gevaert, S.A.U. a pagar a Imagphoto, Sociedad Limitada Unipersonal 6.616,26 euros, sin pronunciamiento sobre costas.
3. No nos pronunciamos sobre las costas del recurso.

Una vez se haya notificado esta sentencia, se devolverán los autos al Juzgado de Instancia con testimonio de la misma, para cumplimiento.

Así lo pronunciamos y firmamos.

PUBLICACIÓN.- En y una vez firmada por todos los Magistrados que la han dictado, se da a la anterior sentencia la publicidad ordenada por la Constitución y las Leyes. DOY FE.