



Roj: SAP B 7713/2004
Id Cendoj: 08019370142004100479
Órgano: Audiencia Provincial
Sede: Barcelona
Sección: 14
Nº de Recurso: 69/2003
Nº de Resolución:
Procedimiento: CIVIL
Ponente: ROSA MARIA AGULLO BERENGUER
Tipo de Resolución: Sentencia

AUDIENCIA PROVINCIAL

DE

BARCELONA

SECCION DECIMOCUARTA

ROLLO Nº 69/03

PROCEDIMIENTO ORDINARIO Nº 418/2001

JUZGADO PRIMERA INSTANCIA 39 BARCELONA

SENTENCIA N.º m.

Ilmos. Sres.

D^a M^a EUGENIA ALEGRET BURGUES

D^a ROSA M^a AGULLÓ BERENGUER

D^a JOANA M^a FONTANA RODRIGUEZ DE ACUÑA

En la ciudad de Barcelona, a diez de Junio de dos mil cuatro.

VISTOS, en grado de apelación, ante la Sección Decimocuarta de esta Audiencia Provincial, los presentes autos de Procedimiento Ordinario, número 418/2001 seguidos por el Juzgado de Primera Instancia 39 de Barcelona, a instancia de PHONES 4 U S.L. , contra RETEVISION MOVIL S.A. ; los cuales penden ante esta Superioridad en virtud del recurso de apelación interpuesto por ambas partes contra la Sentencia dictada en los mismos el día 6 de septiembre de 2002, por el Sr. Juez del expresado Juzgado .

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Se aceptan los Antecedentes de Hecho de la sentencia apelada cuya parte dispositiva es del tenor literal siguiente: "FALLO: Que estimo en parte la demanda interpuesta por PHONES 4U S.L. contra RETEVISION MOVIL S.A. y en consecuencia CONDENO a la demandada a que satisfaga a la parte actora la suma de TREINTA MIL ONCE EUROS CON OCHENTA Y UN CENTIMOS (30.011'81 EUROS), más el interés legal incrementado en dos puntos devengado desde hoy y hasta el completo pago.

Todo ello sin imposición a ninguna de las partes de las costas causadas por la tramitación de esta primera instancia."

SEGUNDO.- Contra la anterior sentencia se interpuso recurso de apelación por ambas partes y admitido el mismo en ambos efectos, se elevaron los autos a esta Superioridad, previo emplazamiento de las partes, y comparecidas las partes, se siguieron los trámites legales y tuvo lugar la celebración de la vista pública el día 10 de diciembre de 2003, con el resultado que obra en la precedente diligencia.

TERCERO.- En el presente juicio se han observado y cumplido las prescripciones legales.

VISTO, siendo Ponente el Ilmo/a. Sr/a. Magistrado/a D/D^a. ROSA M^a AGULLÓ BERENGUER.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Se aceptan los fundamentos de derecho de la sentencia apelada que no se opongan a los que siguen.

PRIMERO.- La parte actora, PHONES 4U S.L. , formuló demanda de juicio ordinario reclamando una determinada suma dineraria como liquidación económica derivada de la resolución de un contrato de franquicia que le unía con la demandada. El contrato fue concluido mediante carta el 29-1-2001 por la franquiciadora, RETEVISION MOVIL S.A., invocando el incumplimiento por parte de la franquiciada de las obligaciones del contrato, reducidas en el procedimiento de instancia a la falta de cobertura de objetivos mínimos de altas en la telefonía móvil a que se comprometió la actora franquiciada (90 según el Anexo III del contrato).

En la demanda se pretenden, en virtud de la resolución contractual injustificada por parte de la demandada, que se condena a la adversa al pago de la correspondiente indemnización de daños y perjuicios consistente en el daño emergente y en lucro cesante por el tiempo que quedaba por cumplir del contrato que tenía una duración de 3 años prorrogables hasta cinco, y en derecho por clientela y gastos invertidos en las diligencias previas seguidas ante el mismo juzgado a quo, además de los beneficios no abonados por Retevisión en concepto de márgenes según la definición dada en el contrato a éstos que los distingue de las comisiones, y según el cual (Anexo 1 del contrato), como diferencia entre el precio neto de venta de cualquier producto (pack, terminal etc ...) por la franquiciadora al franquiciado y el precio de venta al público, sin IVA, recomendado por la franquiciadora para ese producto.

Por su parte Retevisión Móvil S.A. negó que la resolución del contrato no tuviese causa justificada, impugnó la procedencia de la indemnización solicitada y también parte de las facturas reclamadas por la demandante en liquidación del contrato.

La sentencia dictada en primera instancia declara que no existió motivo justificado para la resolución unilateral por parte de Retevisión Movil S.A. ; que la actora no tenía derecho al percibo de los beneficios por márgenes por no haberlos reclamado antes de la interposición de la demanda cuando se le giraron las correspondientes facturas sin que conste que efectuara protesta por la menor cantidad entregada por este concepto, de lo que colige el juez de instancia la existencia de una renuncia a su cobro aplicando para ello la teoría de los actos propios. La sentencia asimismo da lugar a una indemnización por daños y perjuicios reduciendo la cantidad peticionada en la demanda por lucro cesante, desestimando la correspondiente a clientela por entender que esta indemnización debe considerarse comprendida en los daños y perjuicios por lucro cesante y los gastos procesales de las Diligencias Previas y los preliminares y coetáneos a la firma del contrato, declarando el derecho a obtener la devolución de parte del canon de entrada.

Frente a dicha sentencia se alzan ambos litigantes. La parte actora solicita que se eleve la indemnización por lucro cesante hasta la cantidad pedida en la demanda, que se conceda la indemnización por clientela, la solicitada por márgenes y las derivadas de las Diligencias Preliminares. La parte demandada también recurre la sentencia reiterando que la resolución del contrato tuvo por causa los incumplimientos de la parte demandante por lo que no procedía el pago de indemnización alguna, reiterando la oposición en su día deducida respecto a la improcedencia de la reclamación formulada de contrario.

SEGUNDO.- Habida cuenta que el Juzgado a quo efectúa una completa cita jurisprudencial de la definición y alcance del contrato de franquicia que hoy por hoy carece de regulación legal expresa contenida en la sentencia del TS 1º , DE 27-9-1996 y su origen en la Sentencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, de 28 de enero de 1986 - caso "Pronupcia", baste señalar, como esta Sala ha tenido oportunidad en anteriores sentencia, como en la de 17-3-2003 , que, "desde un punto de vista doctrinal ha sido definido como aquel 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 este de una contraprestación económica". " De igual forma el TS Sala 1ª en sentencia de 4-3-1997 volvía a remarcar que: "La característica fundamental de esta modalidad contractual estriba en que una de las 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" Y en igual sentido la STS 1ª de S 30-4-1998 "

Por ello, ... "Como todo contrato atípico, en este caso mercantil, se regirá, en primer lugar por la voluntad de las partes plasmada en cláusulas y requisitos concretos que formulados, sin duda, en relaciones de buena

fe y mutua confianza, debiendo, las mismas, 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 consensual atípica " .

En cuanto a su duración debe estarse a lo especialmente establecido entre las partes si bien tratándose de un contrato basado en la confianza y concebido intuitu personae, se reconoce a cualquiera de los contratantes la posibilidad de resolverlo, sin perjuicio del derecho de la otra parte en determinados casos, como es el de resolución injustificada del contrato y el incumplimiento de las obligaciones por la adversa siempre que el mismo sea esencial y frustrante de las expectativas negociales de la otra parte (STS 1-2-2001), a ser indemnizada por los daños y perjuicios que dicha resolución le acarree.

TERCERO.- En primer lugar el recurso que plantea la demandada en orden a la procedencia de la resolución unilateral del contrato notificada a la otra parte mediante carta el día 29-1-2001 ha de ser desestimado, asumiendo esta sala, en aras de brevedad y para evitar repeticiones innecesarias, las acertadas argumentaciones del juzgador de instancia. Sólo ex abundancia, se señala que el cumplimiento de objetivos por parte de la actora denota la improcedencia de la resolución del contrato, que fue la causa fundamental esgrimida por la demandada para hacerlo; tampoco se acreditó la eliminación de personal invocada asimismo por Retevisión, la cual, en cualquier caso no justificaría la resolución contractual por lo expuesto anteriormente, es decir, porque la supuesta reducción de personal no tuvo influencia en la correcta marcha del negocio dado que como se ha dicho, se alcanzaron las expectativas concertadas y por ende no merece la consideración de incumplimiento esencial del contrato. Por el contrario resultó plenamente acreditado el incumplimiento del contrato por parte de Retevisión al forzar a la franquiciada a aceptar un cambio unilateral, perjudicial e injustificado de las condiciones del contrato de franquicia en cuanto a las comisiones e importe del margen de beneficio sobre el que se concedía participación a la otra parte contratante.

Únicamente ha de estimarse el recurso de la parte demandada en relación a la reclamación del canon de entrada, respecto de la cuantía concedida como más adelante se expondrá al tratar de los distintos conceptos a indemnizar que se reclaman por la parte demandante y que por simple razón sistemática se analizarán conjuntamente.

CUARTO.- Entrando en el estudio del recurso de la parte actora, debemos comenzar por la solicitud de los márgenes no abonados durante la vigencia del contrato que la sentencia rechaza por aplicación de la doctrina de los actos propios al no haber formulado protesta a la facturación presentada por la demanda en su momento.

Sin embargo ser cierta la falta de reclamación u objeción, ello no supone renuncia a las cantidades que correspondían según el contrato, como el mismo aclara en lo que atañe a los derechos y facultades de la franquiciadora en la cláusula 25 (FL. 102) y que debe entenderse aplicable igualmente a la otra parte. En cualquier caso para que la doctrina de los actos propios pueda prosperar es preciso como recuerda la STS de 24-5-2001 que "los actos propios sean inequívocos, en el sentido de crear, definir, fijar, modificar, extinguir o esclarecer sin duda alguna una determinada situación jurídicamente afectante a su autor y que exista una incompatibilidad o contradicción según el sentido que de buena fe hubiera de atribuirse a la conducta precedente - sentencias, por citar entre las más recientes, de 18 de enero de 1990 , 5 de marzo de 1991 , 4 de junio y 30 de octubre de 1992 , 12 y 17 de diciembre de 1994, 31 de enero y 16 noviembre de 1999, 23 de mayo, 25 de julio y 25 de octubre de 2000, 27 de febrero y 16 de abril de 2001 . Debiendo ser las renunciaciones de los derechos claras y terminantes.

No constituye acto propio alguno el simple silencio ante el cambio de condiciones económicas o la omisión de comisiones o márgenes de beneficio pendientes.

Se considera pues procedente la cantidad de 8.751.688 pesetas por márgenes pendientes de abono.

QUINTO.- Establecido lo anterior procede entrar ahora en el examen de las indemnizaciones que solicita la demandante principal como daños y perjuicios derivados de la resolución anticipada del contrato al amparo del Art. 1106 del Código Civil .

Se comparte el criterio del juzgador a quo en la desestimación de la reclamación por gastos generados por el seguimiento de las Diligencias Preliminares, efectuada sobre la base de la denegación por la adversa del derecho de información necesario que provocó la incoación de aquéllas, porque se están reclamando las costas generadas en aquéllas actuaciones que ya han sido objeto de resolución judicial independiente y firme en el seno de las propias Diligencias.

En concepto de daño emergente se reclamaban por la actora diversas partidas, la primera de ellas, la devolución del canon de entrada satisfecho que el juzgado concede en proporción al tiempo en que el contrato no surtió efecto. Ahora es impugnado por la demandada que solicita una fundamentación más completa de esta decisión y la reducción de la cantidad acogida en la sentencia por este concepto que ascendió a la suma de 7.011'81 euros (1.166.667 pesetas), de las 2.000.000 pesetas reclamadas exclusivamente por canon de franquicia.

Compartimos el criterio de la sentencia en orden a la devolución parcial del canon de entrada, ahora bien se han de efectuar una serie de precisiones, siguiendo el criterio de esta Sala. En primer lugar, que las partes convinieron en que se pagaría un canon de entrada a título de reembolso de todos los gastos soportados por Retevisión para posibilitar la constitución de la relación comercial FL 104. En segundo lugar, que el contrato tenía una duración inicial prevista de 3 años siendo resuelto como se ha dicho transcurrido sólo 15 meses. Como quiera que no se han justificado los gastos de conclusión del contrato, el pago de la suma indicada obedece primordialmente al desplazamiento del know-how y a la cesión o concesión del uso de las marcas y signos distintivos de Amena y por la prestación continuada de asistencia técnica comercial. Si el contrato tenía una duración inicial de tres años y el canon de entrada cubría el precio de la franquicia y el contrato se resuelve al primer año, es claro que existe un pago adelantado de cesión de derechos y servicios que no se van a prestar.

Nos encontramos ante una relación obligatoria duradera, ya que su desenvolvimiento supone un periodo de tiempo mas o menos prolongado y por tanto una pervivencia temporal lo que implica una conducta duradera o bien la realización de una serie de prestaciones periódicas. Y dentro de una relación obligatoria duradera la relativa al canon corresponde al tipo de prestación duradera porque la obligación perdura a través de un tiempo prolongado, lo que ha de ocurrir en las prestaciones de trabajo, de servicios o de gestión y los efectos de la resolución también son diferentes a las prestaciones instantáneas puesto que en las duraderas, como lo es el canon de entrada, 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 en que duró la relación contractual, en este caso durante 15 meses. Siguiendo con el criterio de esta Sala mantenida en el rollo 787/01, se debe 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, desplazamiento del know-how no negado por la actora, por lo que este concepto se ha de entender consumado. El otro 50 % comprenderá entonces la cesión del uso de explotación de las marcas y signos distintivos y la asistencia continuada técnica y comercial, de las que se ha consumido 15 meses de tres años (36 meses). Por ello si el canon fue de 2 millones de pesetas y el 50 % se ha agotado con la transmisión del know-how, la cantidad resultante de 1.000.000 pesetas se ha de dividir por los meses de duración del contrato y multiplicarlo por 15 meses para averiguar la cantidad consumada que es de 416.666 pesetas, de forma que la demandada ha de devolver la cantidad de 583.334 pesetas, es decir, 3.506 euros, más el IVA correspondiente. Es por ello que procederá la estimación parcial del recurso de la parte demandada en este único punto.

SEXTO.- En orden al lucro cesante hay que recordar con la sentencia del TS de 26-9-02 que su fundamento es la necesidad de reponer al perjudicado en la situación en que se hallaría si el suceso dañoso no se hubiera producido, lo que exige que se le indemnice también la ganancia que haya dejado de obtener.

A diferencia del daño emergente, daño real y efectivo, el lucro cesante se apoya en la presunción de cómo se habrían sucedido los acontecimientos en el caso de no haber tenido lugar el acto ilícito. En el presente caso, de no haber tenido lugar la resolución del cumplimiento del pacto de duración por parte de la demandada lo que exige un juicio de probabilidad que no puede lógicamente realizarse exclusivamente por el perjudicado mismo. Ha de huirse de un criterio meramente objetivo para comprobar si existen daños objetivos que tengan en cuenta también el curso ulterior de los hechos. En este sentido la STS de 17-7-02 señala que: "El sentido del artículo 1106 del Código Civil se refiere a las pérdidas que han de ser reales y a las ganancias frustradas o dejadas de percibir que han de presentarse con cierta consistencia y no así las que estrictamente son dudosas, pues sin exigirse la rigurosidad de tener que tratarse de ganancias seguras, sí hay que considerar las ganancias que resulten verosímiles, apoyadas en algún principio de prueba y así lo exige la doctrina jurisprudencial, al proclamar la necesidad de demostrar que realmente se han dejado de obtener, por presentarse como ganancias muy probables (Sentencias de 30-12-1997; 27-10-1992; 8-7 y 21-10-1996)".

La parte actora estima ajustada la cantidad de 61.767.119 pesetas, según el informe pericial que aporta con la demanda y que fue ratificado en período de diligencias finales según el cual se estima un aumento de beneficios en un 15 % en los años siguientes que quedan por finalizar el contrato, calculado en una duración de cinco años. Se ha de compartir en parte el criterio del juzgador en cuanto a que resulta improcedente el cálculo sobre la base de duración de cinco años del contrato puesto que el período estipulado fue de tres años y también la reclamación del 15 % de crecimiento porque aunque así lo asegura el perito de la actora lo niega el de la parte demandada quien afirma la evolución a la baja del mercado de la telefonía móvil, por lo que teniendo en cuenta estas circunstancias se estima ajustada la cantidad de 11.250.000 pesetas, es decir, 67.613'86 euros.

SEXTO.- En cuanto a la indemnización por clientela, esta Sala no estima que sea incompatible con la petición de lucro cesante puesto que la clientela se está refiriendo a los beneficios que la misma continúa proporcionando al franquiciador después de la resolución del contrato, en este sentido la propia Retevisión admite que ha retenido algún cliente. Ello no obstante, no resulta de aplicación matemática la disposición del artículo 28 del contrato de agencia puesto que hay que tener en cuenta que el producto objeto de la franquicia por su notoriedad exime de gran parte de la difusión y trabajo de captación de cliente por parte del franquiciado a quien se hace publicidad por el franquiciador, de forma que el beneficio a que a la demandada hubiera proporcionado la cliente no puede estimarse derivado mas que en una pequeña parte de la actividad de la franquiciada. Por ello en este concepto la cantidad a indemnizar será de un 5% de la reclamada, es decir, 1.736.616 pesetas, es decir, 10.437 euros.

SEPTIMO.- Por todo lo expuesto la cantidad a pagar por la demandada será de 134.155'57 euros y ante la falta de solicitud de especial interés, corresponderá el legal incrementado en dos puntos desde la fecha de esta sentencia ya que la estimación de la demanda sigue siendo parcial y se ha revocado en parte el pronunciamiento del juzgado de instancia de conformidad con lo establecido en el artículo 576 LEC. Por lo que, estimándose en parte ambos recursos no procederá especial declaración sobre las costas de esta alzada de conformidad con lo establecido en el artículo 398.2 de la LEC.

FALLAMOS

ESTIMANDO EN PARTE los recursos presentados por PHONES 4 U S.L. y RETEVISION MOVIL S.A. contra la sentencia de fecha 6 de septiembre de 2002, dictada por el Juzgado de Primera Instancia 39 de Barcelona en autos de juicio ordinario 418/01, CON REVOCACION PARCIAL de la misma y ESTIMACION PARCIAL de la demanda, CONDENAMOS a la parte demandada a que pague a la actora la cantidad de 134.155'57 euros, más el interés legal devengado desde la fecha de esta sentencia incrementado en dos puntos, sin especial declaración sobre las costas de ninguna de las dos instancias.

Y firme que sea esta resolución, devuélvase los autos originales al Juzgado de su procedencia, con testimonio de la misma para su cumplimiento.

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

PUBLICACION.- 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.