

Audiencia Provincial de Madrid, sec. 13ª, S 11-6-2010, nº 309/2010, rec. 282/2009

Pte: González Olleros, José

## Resumen

*La AP estima parcialmente el recurso de apelación interpuesto por el franquiciador demandado, confirmándose la resolución del contrato de franquicia por el incumplimiento del recurrente, lo que ha quedado suficientemente acreditado, pero se reduce la cuantía que debe satisfacer en concepto de indemnización por daños y perjuicios. Esta Sala llega a las mismas conclusiones que el juzgador de instancia en lo que se refiere a la procedencia de la resolución contractual instada por la actora, en tanto que se produjo incumplimiento de algunos de sus compromisos principales, sobre todo, dejando de suministrar a la actora las prendas necesarias para el éxito del negocio y de facturar las mercancías vendidas por esta, provocando con ello un proceso de progresivo deterioro y desabastecimiento con el consiguiente declive de los beneficios, todo lo cual supone un grave incumplimiento de sus obligaciones que le autorizaba a resolver el contrato. Si bien esta Sala difiere en la existencia y cuantía de los daños y perjuicios reclamados por la actora como consecuencia del incumplimiento de la demandada.*

## ÍNDICE

ANTECEDENTES DE HECHO

FUNDAMENTOS DE DERECHO

FALLO

AUD.PROVINCIAL SECCION N. 13

MADRID

SENTENCIA: 00309/2010

AUDIENCIA PROVINCIAL DE MADRID

Sección 13

1280A

FERRAZ 41

Tfno.: 91-4933835/6/3909/11 Fax: 91-493.39.10

N.I.G. 28000 1 7004583 /2009

Rollo: RECURSO DE APELACION 282 /2009

Proc. Origen: PROCEDIMIENTO ORDINARIO 911 /2007

Órgano Procedencia: JDO. PRIMERA INSTANCIA N. 38 de MADRID

De: CUTHBERT SPAIN S.L.

Procurador: MARÍA JESUS MARTIN LOPEZ

Contra: YOFINS 2006,S.L.

Procurador: SILVIA BARREIRO TEIJEIRO

Ponente: Ilmo. Sr. D. JOSÉ GONZÁLEZ OLLEROS

Magistrados:

Ilmo. Sr. D. CARLOS CEZÓN GONZÁLEZ

Ilmo. Sr. D. JOSÉ GONZÁLEZ OLLEROS

Ilmo. Sr. D. JOSÉ LUIS ZARCO OLIVO

SENTENCIA

En Madrid, a once de junio de dos mil diez. La Sección Decimotercera de la Audiencia Provincial de Madrid, compuesta por los Señores Magistrados

expresados al margen, ha visto en grado de apelación los autos de Juicio Ordinario sobre reclamación de cantidad, procedentes del Juzgado de Primera Instancia núm. 38 de los de Madrid, seguidos entre partes, de una, como demandante-apelado YOFINS 2006 S.L., representado por la Procuradora D Silvia Barreiro Teijeiro y asistido de la Letrado D<sup>a</sup> Ana María Valcárcel Márquez, y de otra, como demandado-apelante CUTHBERT SPAIN S.L., representado por la Procuradora D<sup>a</sup> María Jesús Martín López y asistido del Letrado D. José Luis Dégano Orgaz.

## ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Por el Juzgado de Primera Instancia núm. 38, de los de Madrid, en fecha veinticuatro de octubre de dos mil ocho, se dictó sentencia, cuya parte dispositiva es del tenor literal siguiente: "FALLO: I.- en cuanto a la demanda:

Uno.- con estimación de la demanda interpuesta por Yofins 2006 SL, representada por la procuradora D<sup>a</sup> Silvia Barreiro Teijeiro, contra Cuthbret Spain SL, representada por la procuradora D<sup>a</sup> María Jesús Martín López;

Dos.- declaro la resolución del contrato de franquicia de 14.6.2006 entre demandante como franquiciado, y la demandada como franquiciador, por incumplimiento de la demandada;

Tres.- y condeno a Cuthbret Spain SL:

a la devolución del documento original de aval bancario constituido por la demandante, reproducido en fotocopia al folio 45 de los autos, para su cancelación;

al pago de VEINTE MIL DOSCIENTOS VEINTISEIS EUROS CON CINCUENTA Y CINTO CENTIMOS (20.226,55) de principal, así como al pago del interés legal sobre dicho principal desde la presentación de la demanda el día 9.1.2007, y, desde la fecha de la presente sentencia, los intereses de la mora procesal del artículo 576 de la Ley de Enjuiciamiento Civil ;

Cuatro.- asimismo, condeno a la demandada al pago de las costas;

II.- respecto a la reconvención:

Cinco.- la desestimación de la reconvención deducida por Cuthbert Spain SL contra Yofins 2006 SL;

Seis.- y absuelvo a la reconvénida de dicha reconvención;

Siete.- por último, condeno a la reconvénida al pago de las costas de la reconvención."

En fecha cuatro de diciembre de dos mil ocho, se dictó auto aclaratorio, cuya parte dispositiva es del tenor literal siguiente:"Dispongo,

1.- la denegación de la solicitud formulada por la demandante YOFINS 2006 S.L., representada por la procuradora D<sup>a</sup> SILVIA BARREIRO TEJEIRO, de la sentencia de fecha 24.10.08.

2.- Al propio tiempo, en cuanto al escrito presentado el 07.11.08 - escrito, por tanto, de dicha demandada, y no de la demandante, como por error se refiere en la providencia 11.11.08 - de preparación de recurso de apelación contra la sentencia de fecha 24.10.08, siendo la resolución apelable, presentado el escrito dentro de plazo y expresándose en el mismo los pronunciamientos que se impugnan, se tiene por preparado por dicha parte recurso de apelación contra la resolución mencionada (artículo 457.1 y 2 de la Ley 1/2000, de Enjuiciamiento Civil-LECn -)

3.- Emplácese a la parte recurrente por VEINTE DÍAS para que interponga, ante este juzgado, el recurso de apelación conforme a lo dispuesto en los artículos 458 y siguientes (artículo 457.3 de la LECn).

SEGUNDO.- Contra la anterior resolución se interpuso recurso de apelación por la parte demandada, que fue admitido en ambos efectos, del cual se dio traslado a la parte apelada, elevándose los autos ante esta Sección en fecha veintiocho de abril de 2009, para resolver el recurso.

TERCERO.- Recibidos los autos en esta Sección, se formó el oportuno Rollo turnándose su conocimiento, a tenor de la norma preestablecida en esta Sección de reparto de Ponencias, y conforme dispone la Ley de Enjuiciamiento Civil , quedó pendiente para la correspondiente DELIBERACIÓN, VOTACIÓN Y FALLO, la cual tuvo lugar, previo señalamiento, el día nueve de junio de dos mil diez.

CUARTO.- En la tramitación del presente recurso se han observado todas las disposiciones legales.

## **FUNDAMENTOS DE DERECHO**

PRIMERO.- Por la representación de la apelante Cuthbert Spain S.L. demandada en primera instancia, se interpone recurso contra la sentencia dictada por el Ilmo. Sr. Magistrado Juez de 1<sup>a</sup> Instancia núm. 38 de Coslada con fecha 24 de octubre de 2.008, estimatoria de la demanda de resolución de contrato de franquicia e indemnización de daños y perjuicios interpuesta por la actora y hoy apelada Yofinsa 206 S.L. denunciando como único motivo de apelación error en la valoración de la prueba.

SEGUNDO.- En la demanda iniciadora del procedimiento la actora, resumidamente exponía que tras contactar con la demandada el 5 de mayo de 2.006, con fecha 14 de junio de 2.006 firmó un contrato de franquicia para comercializar los productos de la marca Sabella Mourelle en un local arrendado en la ciudad de La Coruña. Que mientras ella cumplió con sus iniciales obligaciones de abonar 12.000 euros mas IVA (13.920 euros) en concepto de canon de entrada y de constituir un aval bancario por importe de otros 12.000 euros para garantizar el cumplimiento de sus obligaciones, la franquiciadora demandada, desde el primer momento, incumplió las suyas porque, ni prestó la información y el asesoramiento pactados; ni entregó toda la mercancía pedida, tanto en el día de la apertura de la tienda como posteriormente; ni pagó la mitad del coste de la campaña de publicidad a lo que se había comprometido; ni

instaló el programa informático pactado que sustituyó por una simple terminal. Que por el contrario, en diversas ocasiones remitió prendas de temporadas anteriores y con defectos de calidad; remitió facturas sin detalle de los envíos y albaranes de entrega que no se correspondían con la mercancía. Que el día 7 de septiembre firmó con el coordinador Sr. Galdos una relación de irregularidades que padecía la tienda, y que la situación devino insostenible por los referidos incumplimientos de la franquiciadora. Que para tratar de solventar esta situación envió el 14 de noviembre de 2.006 un burofax a la demandada pero no obtuvo respuesta alguna, por lo que el 21 de noviembre de 2.006 remitió otro resolviendo el contrato y pidiendo el envío de una persona para realizar el inventario. Que ante la falta de respuesta levantó con fecha 4 de diciembre de 2.006 Acta Notarial de inventario. Que finalmente con fecha 16 de diciembre de 2.006 recibió un burofax de la demandada en el que procedía a resolver el contrato. Que por todo ello pedía: en primer termino, la resolución del contrato, y en segundo lugar, la condena de la demandada al abono en concepto de indemnización de daños y perjuicios de 13.920 euros por devolución del canon de entrada, 1.200 euros por el alquiler del local, 395,63 euros por los gastos de constitución de la sociedad franquiciada, 290 euros por el coste del 50% de la campaña de publicidad, 4.165,12 euros por los gastos de compra de bolsas, perchas e informática para la tienda; y 295,80 euros por los gastos de rotulo con la marca de la demanda; cuyo importe total ascendía a 20.226,55 euros.

La demandada se opuso negando los imputados incumplimientos. Precisaba luego que la constitución de la sociedad franquiciada se hizo para ayudar a la actora evitándole gastos fiscales a sus administradores y dueños. Que la apertura de la tienda estaba prevista para el mes de agosto de 2.006 y no se efectuó hasta el mes de octubre de ese mismo año, como resultaba del hecho de que tanto la constitución de la sociedad como el alquiler del local se hicieran en julio. Que fue era la actora la que había incumplido su obligación de enviar diariamente el cierre de caja a través del sistema informático impidiendo a la franquiciadora conocer las ventas que efectuaba. Que por esta razón decidió suspender la remisión de facturas y que era incierto que entregaran albaranes que no se correspondían con las mercancías remitidas. Que desde la visita del coordinador las relaciones entre las partes devinieron insostenibles negándose la actora a pagar los portes que se les debían y las mercancías enviadas. Que en concreto la actora le adeudaba una primera factura (la núm. 295 de fecha 7-12-07) por importe de 23.812,48 euros una vez descontados los 208,91 euros de un bono, y otra (la núm. 278 de fecha 31-10-06) por importe de 827,89 euros.

Por lo expuesto la demandada interesaba la desestimación de la demanda y seguidamente formulaba reconvención en reclamación de importe de las precitadas facturas.

La actora se opuso a la reconvención diciendo que la primera factura nunca le fue presentada al cobro ni existían albaranes de entrega de las supuestas mercancías que reflejaba; y respecto de la segunda que en reiteradas ocasiones le había pedido a la demandada aclaraciones sobre la misma ya que las mercancías que supuestamente comprendía no se correspondían con los albaranes de entrega.

El Juzgador de instancia estimó la demanda y desestimó la reconvención.

TERCERO.- En las alegaciones de su recurso, también resumidamente, la apelante denuncia error en la valoración de la prueba y consiguiente infracción del art. 217 de la L.E.C .. Afirma que contrariamente a lo que aprecia el Juzgador de instancia, nunca incumplió como franquiciadora sus obligaciones contractuales. Que no es cierto que hubiera enviado prendas de temporadas pasadas, ya que se trata de productos básicos que se repiten todas ellas, ni lo es el envío de productos distintos al de su marca pues la misma comprende los conocidos como "Mujer 10" así como otros productos distintos de la ropa. Que la actora no ha acreditado la supuestamente defectuosa calidad de las prendas, ni se tampoco la remisión de mercancía insuficiente. Que insiste en que fue la demandante la que incumplió su obligación de envío del cierre diario de caja a pesar de lo pactado, ingresando el dinero que le parecía siendo esta la razón de reclamarle el importe de las facturas en la demanda reconvencional reproduciendo en el resto del recurso las mismas alegaciones que ya expusiera en su contestación a la demanda. Concluye mostrando su disconformidad con las cantidades reclamadas por la actora.

CUARTO.- Según la S.T.S. de 27 de septiembre de 1.996 "El contrato de franquicia surgido del tipo contractual del derecho norteamericano denominado "franchising" como manifestante de una situación contractual que no tiene su reflejo en el Derecho positivo, debe estimarse como enclavado dentro del área de los denominados contratos atípicos. 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. Su plasmación jurisprudencial surge de la Sentencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas -de 28 de enero de 1.986 - caso "Pronupcia", según la cual, los datos que definen su naturaleza jurídica, y su diferencia con los contratos, y de suministro o de distribución de mercancías, son los siguientes: a) Que el franquiciador debe transmitir su "know-

how", o asistencia metodología de trabajo, aplicando sus métodos comerciales y b) Que dicho franquiciador queda obligado a diseñar, dirigir y sufragar las compañías publicitarias, realizadas para difundir el rótulo y la marca del franquiciador. En fin, estos contratos, son peculiares y característicos de las nuevas formas comerciales para eludir la presión monopolista de las grandes multinacionales, cuya tendencia al control de los mercados, solamente puede ser frenada mediante conciertos y uniones comerciales de los pequeños comerciantes y empresas, agrupados en centrales de compras, que realicen campañas comerciales homogéneas y continuas. Como todo contrato atípico, en ese caso mercantil, se registrará, 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", el contrato de franquicia. No es sino hasta el año 1.996 en que el art. 62 de la Ley 7/1996 de ordenación del Comercio Minorista define la relación de franquicia como aquella actividad comercial que se lleva a efecto en virtud de un acuerdo o contrato por el que una empresa, denominada franquiciadora, cede a otra, denominada franquiciada, el derecho a la explotación de un sistema propia de comercialización de productos o servicios. Dicha norma es desarrollada por el Real Decreto 2485/1998 de 13 de noviembre en el cual se dice en su artículo 2 que:"Se entenderá por actividad comercial en régimen de franquicia, regulada en el art. 62 de la Ley 7/1996, de Ordenación del Comercio Minorista, 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 prestación 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. Es usual en este tipo de contratos de, basados en la mutua confianza, la inserción de cláusulas protectoras tales como la de prohibición de competencia postcontractual como es la controvertida del caso de autos que figura como 21.1,2 y 3 del contrato, por cuanto si le fuera posible al franquiciado seguir en la explotación del negocio en el mismo lugar donde desarrollaba la franquicia sin otra observancia que la de retirar el rótulo del franquiciador y modificar la apariencia del establecimiento, mantendría a buen seguro la clientela impidiéndole al franquiciador nombrar con éxito otro franquiciado en esa zona y, por tanto, continuar beneficiándose de su propia industria, cláusula que si bien en un principio pudo entenderse como restrictiva de la libre competencia fue luego admitida por el T.J.C.E. que con ocasión del precitado caso Pronuptia habló de "un periodo razonable" y que la Comisión concreta (con ocasión, entre otras, de la Decisión acordada en el mismo asunto con fecha 17 de diciembre de 1986) en "un plazo no superior al año" o en "el necesario para que el franquiciador pueda buscar, seleccionar y formar un nuevo franquiciado, así como para darle tiempo a crear un nuevo mercado en el territorio del antiguo franquiciado" que es, en definitiva, el objeto que se persigue con la analizada restricción. Es por ello por lo que siendo el contrato de autos de franquicia, cuyas características conocía y acepto el demandado, no puede luego cuestionar que no hubo Know how, ni aprovechamiento de la clientela, ni vulneración del principio territorial.

En el presente caso la cláusula quinta del contrato expresamente contemplaba como motivo general de resolución del mismo el incumplimiento por cualquiera de las partes de las estipulaciones del mismo en consonancia con la lo dispuesto en el art. 1.124 del a tenor del cual "La facultad de resolver las obligaciones se entiende implícita en las recíprocas, para el caso de que uno de los obligados no cumpliera lo que le incumbe", precepto que autoriza la posibilidad de resolución en contratos que, como el de autos, contiene obligaciones recíprocas para ambas partes". Dicho precepto permite al perjudicado optar por exigir entre el cumplimiento o la resolución del contrato con el resarcimiento de daños y perjuicios en ambos casos, pero para ello es necesario que tanto los perjuicios como las ganancias que se dejan de obtener por ello se acredite que derivan de la responsabilidad que resulte del curso normal de las cosas y de las circunstancias económicas del caso concreto de acuerdo con el repetido art. 1.124, en relación con el artículo 1.106 del mismo Código.

Situados en este punto y de conformidad con lo dispuesto en el art. 217 a la actora que pidió la resolución correspondía acreditar que la demandada había incumplido alguna de las obligaciones principales del contrato así como la existencia y cuantía de los perjuicios reclamados, de la misma manera que correspondía a la demandada probar que la actora le adeudaba el importe de las facturas reclamadas en su demanda reconvencional. Todo quedaba reducido pues a una mera cuestión probatoria sobre la que la jurisprudencia del T.S. de la que citamos a título de ejemplo la Sentencia de 7 de julio de 2.004 con cita de la de 29 de julio de 2.002, se ha pronunciado reiteradamente diciendo que cuando se trata de valoraciones probatorias, la revisión de la sentencia deberá centrarse en comprobar que aquélla aparece suficientemente expresada en la resolución recurrida, y que las conclusiones fácticas a las que así llegue no dejen de manifiesto un error evidente o resulten incompletas, incongruentes o contradictorias, sin que, por lo demás, resulte lícito sustituir el criterio del juez "a quo" por el criterio personal e interesado de la parte recurrente.

Pues bien en el presente caso una vez reexaminada la prueba practicada, esta Sala llega a las mismas conclusiones que el Juzgador de instancia en lo que se refiere a la procedencia de la resolución contractual instada por la actora. Sus conclusiones no han sido desvirtuadas en esta alzada en la que la apelante se ha limitado a reproducir los mismos hechos de su contestación a la demanda. Tal y

como la sentencia expone, esencialmente de la documental y testifical practicada resulta acreditado que mientras la actora cumplió rigurosamente sus obligaciones contractuales, abriendo la tienda, constituyendo una sociedad para su explotación, constituyendo asimismo un aval bancario para responder de sus obligaciones, abonando el canon de entrada y pidiendo a la franquiciadora las prendas de su marca, esta, por el contrario, no cumplió algunos de sus compromisos principales tales como asistir técnicamente a la demandante desde la instalación del negocio, preservar la marca de los ataques que claramente se venían perpetrando contra ella como lo acredita la documental aportada, pero sobre todo, dejando de suministrar a la actora las prendas necesarias para el éxito del negocio y de facturar las mercancías vendidas por esta, provocando con ello, como expone el Juez a quo, un proceso de progresivo deterioro y desabastecimiento con el consiguiente declive de los beneficios, todo lo cual supone un grave incumplimiento de sus obligaciones que le autorizaba a resolver el contrato.

Sin embargo en lo que esta Sala difiere es en la existencia y cuantía de los daños y perjuicios reclamados por la actora como consecuencia del incumplimiento de la demandada. Estimamos procedente como daños y perjuicios derivados del incumplimiento la reclamación de 13.920 euros entregados como canon de entrada a la franquiciadora; los 290 euros correspondientes a la mitad de los gastos de publicidad, que aunque no figuran pactados en el contrato, se había comprometido esta a abonar, y finalmente los 295,80 euros satisfechos por la realización del rotulo de la marca de la demandada. Todo ello asciende a un total de 14.505,8 euros en lugar de los 20.226,55 solicitados. El resto (gastos de constitución de la sociedad, alquiler de dos meses del local, gastos de constitución de la sociedad y gastos por compra de bolsas, perchas y sistema informático) no pueden ser acogidos porque la sociedad fue constituida voluntariamente por sus administradores claramente con la finalidad de buscar legítimamente unos beneficios fiscales sin exigencia contractual alguna, el local arrendado al parecer sigue funcionando aunque lo sea sin la franquicia en su día concertada, los objetos marcados han sido reutilizados comercialmente por la actora sin mas que eliminar la marca de ellos como el mismo administrador Sr. Jesús Ángel en el acto del juicio, y no se ha acreditado que el sistema informático instalado por la demandante sea inservible para la continuidad del negocio porque fuera solo específico para la explotación de la franquicia.

Finalmente debe decaer la petición de condena de la actora y demandada en reconvencción al pago de las facturas 295 y 278 por no haberse acreditado su impago. Los documentos que las conforman al margen de ser unilaterales, no resultan en modo alguno complementados con otros de los que efectivamente pudiera deducirse su impago.

QUINTO.- Por disposición del art. 394 no procede hacer especial imposición de las costas causadas con motivo de la demanda principal a ninguna de las partes. Deberán por el contrario imponerse a la demandante reconvenccional las costas causadas en primera instancia con motivo de la desestimación de su demanda.

Por disposición del art. 398 de la L.E.C . no procede tampoco imponer las costas causada en este recurso a ninguna de las partes.

Vistos los preceptos legales citados y demás disposiciones normativas de general y pertinente aplicación.

## FALLO

Que estimando en parte como estimamos el recurso de apelación interpuesto por la Procuradora D<sup>a</sup> María Jesús Martín López en nombre y representación de Cuthbert Spain S.L. contra la sentencia dictada por el Ilmo. Sr. Magistrado Juez de 1<sup>a</sup> instancia núm. 38 de Madrid con fecha 24 de octubre de 2.008, de la que el presente Rollo dimana, debemos revocarla parcialmente y la revocamos y en su lugar estimando parcialmente la demanda interpuesta por la Procuradora D<sup>a</sup> Mónica Vázquez Couceiro en nombre y representación de Yofins 2.006 S.L., debemos declarar y declaramos resuelto el contrato de franquicia concertado entre ambas partes con fecha 14 de junio de 2.006, condenando a la demandada a la devolución del aval prestado por la actora con motivo del mismo, así como al pago de la cantidad total de 14.505,8 euros en concepto de daños y perjuicios, sin que proceda imponer a ninguna de las partes las costas causadas en primera instancia como motivo de esta demanda.

De otra parte debemos desestimar y desestimamos la demanda reconvenccional interpuesta por Cuthbert Spain S.L contra la precitada actora, con imposición a la reconvincente de las costas causadas en primera instancia.

No procede hacer especial imposición de las costas causadas en este recurso a ninguna de las partes.

Al notificarse esta resolución instrúyase a las partes si es o no firme y, en su caso, los recursos que pudieran caber contra la misma, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 248-4 de la Ley Orgánica del Poder Judicial .

Así por nuestra sentencia, de la que se unirá certificación literal al Rollo de Sala núm. 282/09 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

**Fuente de suministro: Centro de Documentación Judicial. IdCendoj: 28079370132010100322**