

AUDIENCIA PROVINCIAL SECCION N. 19 MADRID

SENTENCIA: 00289/2007

ROLLO: RECURSO DE APELACION 274/2007

PROCEDIMIENTO ORDINARIO 223/2004

JDO. PRIMERA INSTANCIA N. 70 de MADRID

Ponente: Ilmo. Sr. D. EPIFANIO LEGIDO LOPEZ

Ilmos. Sres. Magistrados:

D. EPIFANIO LEGIDO LOPEZ

D. RAMON RUIZ JIMENEZ

D. MIGUEL ANGEL LOMBARDIA DEL POZO

En MADRID a, treinta y uno de mayo de dos mil siete.

La Sección Decimonovena de la Audiencia Provincial de Madrid, compuesta por los Sres. Magistrados expresados al margen, ha visto en grado de apelación los autos de juicio Ordinario 223/2004, provenientes del Juzgado de Primera Instancia nº 70 de Madrid y seguidos sobre reclamación de cantidad, que han dado lugar en esta alzada al rollo de Sala 274/2007, en el que han sido partes, como apelante-demandado, al tiempo que reconviniendo, D. Mariano , que estuvo representado por el Procurador Sr. Argos Linares; y de otra, como apelada-actora, Grupo de Franquicias Hosteleras SL, que vino al litigio representada por la Procuradora Sra. Campillo García, habiendo estado ambas partes defendidas por Letrado.

VISTO, siendo Ponente el Magistrado Ilmo. Sr. D. EPIFANIO LEGIDO LOPEZ, que expresa el común parecer de este Tribunal.

ANTECEDENTES DE HECHO

Se dan por reproducidos los que contiene la sentencia apelada en cuanto se relacionen con esta resolución y

PRIMERO.- Con fecha 31-03-2006 el Juzgado de 1ª Instancia nº 70 de Madrid en los autos de que dimana este rollo de Sala, dictó sentencia cuyo fallo es del tenor literal siguiente: "Que debo estimar y estimo parcialmente la demanda deducida por la Procuradora Dª María Isabel Campillo García, en nombre de Grupo de Franquicias Hosteleras SL, contra D. Mariano , en su consecuencia, condeno a éste último a:

1.- a abonar a la parte actora la cantidad de 60.101 # en concepto de penalización no indemnizatoria de acuerdo con la cláusula 13.1 del contrato de franquicia suscrito entre las partes el 13 de mayo de 2003.

2.- a abonar a la actora la cantidad de 1.943,38 # correspondientes a las facturas impagadas.

3.- A abonar a la parte actora la cantidad de 303.930 # en concepto de daños y perjuicios causados por la resolución unilateral del contrato de franquicia.

4.- Al abono de los intereses devengados desde la interposición de la demanda respecto de la cantidad de 1.943,38 €, así como al pago de las costas. Desestimándose el resto de las pretensiones.

Que debo desestimar y desestimo la demanda reconvencional formulada por el Procurador D. Ignacio Argos Linares, en nombre de D. Mariano, contra Grupo de Franquicias Hosteleras SL, todo ello con expresa condena en las costas de la reconvención a la parte actora de la misma".

SEGUNDO.- Notificada la sentencia a las partes se interpuso recurso de apelación por la representación procesal de D. Mariano, que formalizó adecuadamente (folios 2832 y ss) y del que, tras ser admitido en ambos efectos, se dio traslado a la contraparte, que se opuso al mismo (2853 y ss), remitiéndose luego los autos principales a este Tribunal en el que tuvieron entrada en 19-04-2007, abriéndose, de inmediato, el correspondiente rollo de Sala.

TERCERO.- En esta alzada, para cuya deliberación, votación y fallo se señaló el veintiuno de los corrientes, se han observado las prescripciones legales.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

No se dan por reproducidos los que contiene la sentencia apelada que se sustituyen por los siguientes y

PRIMERO.- Grupo de Franquicias Hosteleras SL a través de su representación procesal y partiendo del contrato de franquicia de 13-05-2003, ejercitó acción personal frente a D. Mariano, franquiciado, reclamando del Juzgador de instancia fuese condenado éste último a abonarle la cantidad de 365.978,38 euros que distribuía así: 60.101 Euros en concepto de penalidad no indemnizatoria de acuerdo con la cláusula 13.e del contrato de franquicia, 1.943,38 Euros por facturas impagadas que se enumeran en el punto 5 de los hechos de la demanda y 303.930 Euros en concepto de daños y perjuicios causados por la resolución unilateral del contrato de franquicia que activó el demandado debiendo abonar éste también los intereses al tipo legal desde el día de vencimiento de las cantidades que se adeudan y pago de los intereses a partir de la interpelación judicial incrementados en dos puntos, con pago de las costas. A la demanda se opuso la representación procesal del Sr. Mariano que justificó, en tesis del propio demandado, la resolución unilateral del contrato, entendiéndolo que no debía cantidad alguna al demandante al tiempo que reconvenía para que:

1.- se declarase ajustado a derecho la resolución del contrato de franquicia de 13-05-2003 con efectos de 31-12-2003;

2.- se declarase el incumplimiento doloso por la actora de las obligaciones derivadas de dicho contrato o subsidiariamente su incumplimiento mediante culpa o negligencia;

3.- se condenase a Grupo de Franquicias Hosteleras SL a indemnizar a D. Mariano en la cantidad de 113.744,09 euros: 68.467,37 euros por pérdidas en el negocio desde el 9-07-2003

a 31-12-2003, 23.750 euros en concepto de remuneración correspondiente al demandado-reconviniendo como director y jefe de cocina a razón de 2.500 euros mensuales y 21.556,36 euros en concepto de costes de la remodelación del local situado en la calle Murcia núm. 12 de Ibiza, con sus intereses y condenar a Grupo de Franquicias Hosteleras SL a estar y pasar por los anteriores pronunciamientos y al pago de las costas de la reconvención.

El Juzgador de instancia estimó parcialmente la demanda, concedió la totalidad de las cantidades reclamadas por la actora (365.978,38 euros), reduciendo los intereses a los que se hubiesen devengado desde la interposición de la demanda respecto de la cantidad de 1.943,38 euros, así como al pago de las costas, para desestimar el resto de las pretensiones. Desestimaba en su totalidad la demanda reconvencional formulada por el Sr. Mariano frente a Grupo de Franquicias Hosteleras SL, con costas de la reconvención a quien la formuló.

SEGUNDO.- Se alza contra la sentencia la representación procesal de D. Mariano denunciando:

a.- infracción por la sentencia apelada del art. 3.e del RD 2485/1998, de 13 de noviembre, que desarrolla el art. 62 de la Ley 7/1996 de Comercio Minorista, al omitir valorar la existencia del "know how" del negocio del Grupo de Franquicias Hosteleras. La afirmación del Juzgador de instancia en la sentencia impugnada de que la obligación contenida del art. 62 de la ley 7/1996 es oponible a mi mandante y no a la entidad franquiciadora;

b.- la extralimitación del Juzgador de instancia al suplir la carencia probatoria de la demandante en relación al pretendido cumplimiento de sus obligaciones por Grupo de Franquicias Hosteleras;

c.- la improcedencia de la indemnización por "lucro cesante" de 303.930 # amparada en el documento núm. 23 de la demanda y d.- la falta de motivación de la sentencia apelada al desestimar la demanda reconvencional interpuesta por la parte demandada contra Grupo de Franquicias Hosteleras para terminar suplicando:

1) se declare ajustada a derecho la resolución del contrato de franquicia de 13-05-2003 con efecto de 31-12-2003;

2) se declare el incumplimiento doloso por parte de Grupo de Franquicias Hosteleras SL de las obligaciones derivadas para dicha parte del contrato de franquicia de 13-05-2003; o subsidiariamente, su incumplimiento mediante culpa o negligencia;

3) se condene a Grupo de Franquicias Hosteleras SL a indemnizar a D. Mariano la totalidad de los daños y perjuicios ocasionados por el incumplimiento contractual a que hace referencia el pedimento anterior y, concretamente, al pago por tal concepto de la cantidad de 113.744,09 euros y

4) se condene a Grupo de Franquicias Hosteleras SL a estar y pasar por los anteriores pronunciamientos y al pago de las costas de primera instancia así como de la presente apelación.

Al recurso se opuso la contraparte en escrito, igualmente extenso como el del recurrente y que está unido a los folios 2853 y ss de los autos principales.

TERCERO.- Dar respuesta a la problemática suscitada requiere, ineludiblemente, acreditar los hechos que este Tribunal entiende acreditados, desde la prueba practicada en la instancia, para luego examinar la caracterización esencial del contrato de franquicia a la luz de la legislación aplicable, doctrina y jurisprudencia, tratando luego de determinar, al subsumir los hechos acreditados en la doctrina y normas aplicables, la conclusión necesaria en orden a si es o no procedente estimar el recurso devolutivo interpuesto, única forma de atender al principio de congruencia que recoge el art. 218 LEC y que requiere una valoración histórica de los hechos acaecidos, a través de la prueba practicada y el contraste posterior de aquellos elementos fácticos con el contrato que vincula a las partes, teniendo siempre presente que estamos en presencia, como se deduce de la prueba practicada, de un verdadero y propio contrato de adhesión en que la autonomía de la voluntad del franquiciado aparece esencialmente limitada por la configuración misma del contrato repetido en su clausulado específico, teniendo a la vista, según dijimos, la configuración jurídica del repetido contrato en la legislación, la escasa legislación reguladora del mismo, vista, también, desde la doctrina y la jurisprudencia.

La mejor forma de conocer el alcance de los hechos acreditados habrá de venir dada desde el examen de la prueba documental que aportaron demandante y reconviniendo a sus escritos con posterior contraste con la prueba que se practicó en el juicio, específicamente el interrogatorio de las partes y el examen de los testigos que comparecieron ante el órgano jurisdiccional y que ratificaron, con los matices que constan en autos, los informes unidos al procedimiento.

CUARTO.- El demandante Grupo de Franquicias Hosteleras SL, como vimos, hace arrancar su acción personal, que reside en el incumplimiento de la demandada, del extenso contrato de franquicia fechado el 13-05-2003 (77 y ss) que va precedido del precontrato, también de franquicia, de 18-03-2003 (68 y ss) y que contiene, a lo que a nosotros interesa, en este momento, como cláusula 13.1.e la siguiente: son obligaciones del franquiciado posteriores a la extinción del contrato abstenerse de ejercer, en ningún caso, por sí, por terceras personas, o por medio de su participación en sociedades mercantiles, actividades de naturaleza idéntica, similar o conexas con aquella que constituye el objeto del presente contrato de franquicia, manteniéndose en tal prohibición durante un año posterior a la fecha de la extinción de la relación contractual que vincula a las partes, dicha prohibición regirá por la forma de exclusividad otorgada en este contrato. El incumplimiento del franquiciado de la presente estipulación dará derecho al franquiciador al cobro de una indemnización de 60.101 euros (sesenta mil ciento un euros), en concepto de penalidad no indemnizatoria y sin perjuicio de las reclamaciones por daños y perjuicios que el citado incumplimiento pudiera dar lugar. Extinción del contrato, que, según recoge la demandante, se había anunciado ya por el Sr. Mariano en su carta de 9-09-2003 (100), a la que se opuso Grupo de Franquicias Hosteleras SL en la carta remitida en 22 de septiembre (folios 102 y ss), consumándose la resolución unilateral en la también carta enviada por el Sr. Mariano a Grupo de Franquicias Hosteleras SL

en 01-10-2003 (105 y ss), que es rechazada por la actora en carta de los folios 108 y ss (de estos documentos, que recogen la resolución, nos ocuparemos en otro momento cuando tengamos que pronunciarnos sobre la pertinencia o el rechazo de la finalización del contrato a petición del franquiciado).

Ciertamente el Sr. Mariano hizo uso de la franquicia hasta el 31-12-2003 (ver informe que como documento núm. 8 se acompañó a la demanda y que está unido a los folios 112 y ss), como también lo es que en los primeros días de enero de 2004 desarrollaba el Sr. Mariano actividad comercial e industrial en el local aludido, que había arrendado a tercero, con nombre ya no de "Entretapas y Vinos" sino de "Civet Restaurante" (124 y ss). Consta también en los autos, y este es un dato reconocido por los litigantes, que se impagaron facturas por el demandado, cerca del suministrador Lavazza, en cantidad de 1.943,38 # (132 y ss), aún cuando el propio Sr. Mariano pretendió hacer frente a aquel pago cerca del proveedor.

Acompañó el demandante al escrito rector del proceso informe del economista D. Darío , que rechazado por la contraparte, no fue ratificado a presencia judicial, del que quiere deducir la demandante que se le adeudan como lucro cesante o beneficio dejado de obtener la cantidad de 303.930 Euros.

Por su parte el demandado trató de acreditar el incumplimiento de la demandante aportando el documento número 15 acompañado a la reconvenición, y que fue remitido por el Sr. Luis Alberto (citado como testigo por la actora y demandado- reconviniente y sin comparecer a presencia judicial en el acto del juicio), que tiene, sin perjuicio de la lectura atenta que se pueda hacer al folio 273 de los autos principales, como datos esenciales los siguientes:

- * "la teoría es muy buena pero no hay práctica por lo que paso a referir en estos puntos".
- * "Al pagar el canon de entrada (que es de 3.500.000 pesetas) no se ha visto".
- * "La teoría; muy buena, está perfectamente elaborada, diseñada, es decir un diez (30%). La práctica: nula, inexistente sin desarrollar, sin aplicación al negocio, no ha habido seguimiento, no apoyo, no previsión por parte de la central por las incidencias de mercancías una vez dichas por el franquiciado con antelación, etc".
- * "Todo esto lleva a un engaño total por parte de la franquicia ya que ha habido un apoyo inexistente por parte de la central".
- * "En definitiva si no fuese por todo el esfuerzo puesto por el franquiciado y con los contactos con proveedores que tiene en Ibiza hubiera sido todo una ruina".
- * "Arquitecto Leandro: sin comentarios. Un despropósito. Llegaba a las 10 h y se iba a las 16 h. Todo lo que se pedía modificaciones, planos etc, se retrasaba considerablemente. Mala gestión por su parte del proyecto y al final dejadez total (ejemplo de dejadez: factura no entregada). Problemas con él desde el principio".
- * "Compras: "mala información por los proveedores". "Mala gestión con los proveedores". Gran impedimento en la apertura por culpa de estos (aquí relataría todos los puntos)".
- * "Escandallos: mal desarrollados y eso trae consigo un retraso en la gestión del local y la consiguiente realización de la cuenta de explotación para detectar fallos de gestión del local". "Espero tu llamada".

Este documento núm. 15 se atribuye Sr. Luis Alberto , que desempeñaba un específico cargo en el Grupo de Franquicias Hosteleras SL y que efectivamente conectó con el Sr. Mariano , que en el propio interrogatorio, a presencia judicial, venía a decir que Sr. Luis Alberto "se solidarizó". "Estaba de su parte".

De otra parte para acreditar el demandado que el local había dejado de integrarse en "Entretapas y Vinos", remitió requerimiento notarial en 10-06-2004 al que acompañaban distintas fotografías en las que el repetido restaurante, ya sin el anagrama ni la caracterización del Grupo de Franquicia, se rotulaba como "Civet Restaurante" (412 y ss), con la correspondiente carta de productos para servir a los clientes.

También el propio demandado acompañaba informe a su reconversión confeccionado por D. Salvador que situaba las deudas del propio demandado en la cantidad de 68.437,73 euros (546 y ss), que se ratificó a presencia judicial en el acto del juicio, como también se ratificó el informe del mismo economista que obra a los folios 2556 y ss en relación con la inviabilidad comercial del negocio que había propuesto la franquiciadora al franquiciado.

Hemos de destacar, como esencial para concretar, como haremos luego, los hechos acreditados, el informe confeccionado por el Sr. Miguel a petición de la Asociación Nacional entre Franquiciados de Hostelería y Restauración, respecto de los costes de materia prima de la oferta de productos "Entretapas y Vinos", cuyas conclusiones se sientan a los folios 2636 y ss, que vienen a admitir que el coste de materia prima para un establecimiento de la cadena "Entretapas y Vinos" es el 32,22% sobre el PVP sin IVA, sin olvidar que esta cantidad se verá incrementada en alguna décima al incluir los desayunos, en aquellos establecimientos que ofrezcan este servicio y añade, acerca de las fichas técnicas (extremo éste que es esencial -folio 2637-) lo siguiente: "la información que aparece en las fichas no es complementa ni está ajustada, como ejemplo de esto en las fichas de platos para cuyo ensamblaje se emplean bandejas de producto cocinado listo para su uso, 71,6% de los platos del menú y 22,22% de los de la carta, no hay correspondencia entre el contenido de las bandejas y la información aparecida en la ficha. Es por ello que las fichas técnicas no pueden ser consideradas como una herramienta fiable que sirva de base a la planificación y desarrollo del trabajo diario.

La precisión y rigurosidad de las citadas fichas es imprescindible para que puedan ser referencia para el personal de cocina en el momento de elaborar y presentar los platos, pero también referente en la gestión de pedidos y en la gestión general del establecimiento. Dada la importancia de estas fichas en la gestión diaria de un establecimiento, su falta de fiabilidad las convierte en una herramienta inútil para la elaboración de los platos y la gestión del establecimiento".

QUINTO.- El reconviniendo acompañaba también a su escrito de reconversión distintos documentos sobre el coste de remodelación del local (426 y ss), de los que obtenía la cifra que luego llevaba a la reconversión, esto es 21.556,36 Euros, sin que exista un informe pericial o una relación exhaustiva de aquellas cantidades empleadas ciertamente en el acondicionamiento del local a la franquicia, local que, de otra parte, quedó siempre a disposición del franquiciado.

El propio franquiciado percibía determinadas cantidades como encargado del establecimiento, pretendiendo ahora en la reconvencción interesar nada menos que 23.750 Euro en concepto de remuneración como director y jefe de cocina, como si fuera posible multiplicar los cargos y sumar a cada uno de ellos una cantidad para luego reclamarla ante una crisis del contrato celebrado entre las partes.

Concluía el interrogatorio del demandado-reconviniente afirmando, lo que quedó contrastado en los autos, que los platos preparados nunca llegaron, que tuvo dificultades extremas con los proveedores, que no hubo inspecciones ni asesoramiento y que pretendió abonar la cantidad de 1.900 # a quien le suministró mercancía en la forma que consta en autos. El representante legal de la demandante dice haber firmado en Ávila el contrato y carecer de datos cuando se indagaba sobre la verdadera problemática surgida en orden a los proveedores y a la falta de asesoramiento y auxilio al franquiciado. Respecto de estos extremos la contraparte se limitó a firmar lo contrario sin acreditar, teniendo, como tenía acceso, a las fuentes de prueba. Su falta de certeza.

De otra parte, ya dijimos, que el informe sobre el lucro cesante confeccionado por el economista Sr. Darío se rechazó por la parte contraria y no fue ratificado a presencia judicial.

SEXTO.- Del examen de la prueba practicada pueden sentarse, como esenciales y como hechos acreditados, los siguientes:

a.- la celebración del contrato de franquicia a que antes hicimos mención, precedido del precontrato del mismo nombre, que es un contrato de adhesión en el que no tiene intervención alguna, en su redacción, la parte demandada, esto es el franquiciado, como lo demuestra su sola lectura, y especialmente en lo relativo a las obligaciones del franquiciado y a las causas resolutorias, de las cláusulas 13 y 12 de los autos principales, que exige, a la hora de ser interpretado, tener muy en cuenta los criterios que el Código Civil establece a estos fines, y específicamente los que se recogen en el art. 1288 del propio texto.

b.- El contrato de franquicia inicia tardíamente su andadura, sin la colaboración del franquiciador frente al franquiciado, sin el necesario asesoramiento en el personal que debía trabajar en el local arrendado en Ibiza, sin los necesarios suministros de los proveedores habituales y del propio franquiciador respecto del franquiciado y con un material, especialmente relativo a las fichas técnicas, que impedían, según dictamen pericial, la elaboración de platos y la gestión del establecimiento, por no citar los escandallos, que contenían errores palmarios, según se hacen constar en los autos.

c.- Los problemas se dieron también en lo relativo al arquitecto que remodeló el local, que incluso llegó a remitir una factura del local de la calle Infanta Mercedes de Madrid para ser abonado por el franquiciado, dejando claro Don. Luis Alberto , en el documento que como núm. 15 se acompañó a la reconvencción, la totalidad de irregularidades y verdaderos y propios incumplimientos atribuibles al franquiciador frente al franquiciado; documento éste que tiene una importancia decisiva por cuanto Don. Luis Alberto efectivamente pertenecía al Cuerpo

Técnico de la demandante y que, aún cuando no compareció a presencia judicial, remitió la carta al Sr. Mariano , pues sólo él podía conocer la problemática que plasma en la misma, todo ello en el contexto del examen de la prueba practicada desde las reglas de la sana crítica. Por tanto los incumplimientos se dieron lo que justifica el primer anuncio de la resolución en la carta de 09-09-2003 y la materialización de la misma en carta de 01-10-2003 para 31-12-2003, incumplimiento grave y esencial, como luego veremos, del contrato de franquicia, gestado por el franquiciador, pues de nada sirve conceder o remitir el "saber hacer", si luego no se ponen en marcha todos los mecanismos establecidos en el contrato de franquicia para que el negocio montado por el franquiciado funcione, especialmente en lo relativo a fichas técnicas, platos preparados, y buen suministro de material o productos por los proveedores, teniendo en cuenta que no es lo mismo el suministro en la península que en Ibiza, extremo éste que no se contempló, en modo alguno, en el contrato de franquicia, que es uniforme, por ser de adhesión y que se aplica para todos los franquiciados que se vinculen con "Entretapas y Vinos", debiendo tener presente, como especifica Don. Miguel que los costes de la materia prima de la oferta de productos es francamente elevado, situándose en un 32,22% sobre el Precio de Venta al Público sin IVA, lo que dificultará, obviamente, la rentabilidad del negocio que se establezca.

d) El demandado, con el informe del Sr. Salvador acreditó el importe de las pérdidas sufridas desde 9-06-2003 a 31-12- 2003, que alcanzan la cifra de 68.437,73 Euros, y en cuyo informe, según vimos, se ratificó a presencia judicial, complementándose con otro posterior en el que se recogía la inviabilidad económica del negocio. Si se examina el primero de los informes, unido a los folios 547 y ss, se comprobará que se tienen en cuenta la totalidad de las partidas necesarias para concluir cual sea el resultado económico y financiero de la explotación del restaurante "Entretapas y Vinos" de Ibiza, que se condensa, según vimos, en 68.437,73 Euros de pérdidas.

e) El demandado no acreditó que tuviese que percibir como director y jefe de cocina, además de las cantidades que hacía propias como encargado, otros 23.750 Euros, y

f) Ciertamente se efectuaron gastos para adecuar y adecuar el local arrendado por el Sr. Mariano a los criterios establecidos en el contrato de franquicia, pero también lo es que aquel local reciclado fue luego utilizado posteriormente con otro nombre, en enero del año de 2004, estando total y absolutamente modificado, según requerimiento judicial, a 10-06-2004 (409 y ss).

SÉPTIMO.- El contrato de franquicia se caracteriza, por primera vez, en nuestro ordenamiento jurídico, al margen de los pronunciamientos jurisprudenciales, con el art. 62 de la Ley 7/1996, de 15 de enero, de Ordenación del Comercio Minorista donde se expresa en su número 1 que la actividad comercial en régimen de franquicia es la 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 propio de comercialización de productos o servicios, imponiendo la misma norma a los franquiciadores la obligación de inscribirse en el registro establecido en las Administraciones competentes, al tiempo que se añade que con una antelación mínima de veinte días a la firma de cualquier

contrato o precontrato de franquicia o entrega por parte del futuro franquiciado al franquiciador de cualquier pago, el franquiciador deberá haber entregado al futuro franquiciado por escrito la información necesaria para que pueda decidir libremente y con conocimiento de causa su incorporación a la red de franquicias y, en especial, los datos principales de identificación del franquiciador, descripción del sector de actividad del negocio objeto de franquicia, contenido y características de la franquicia y de su explotación, estructura y extensión de la red y elementos esenciales del acuerdo de franquicia. Reglamentariamente se establecerá, finalizaba el art. 62 de la ley 7/1996, de 15 de enero, las demás condiciones básicas para la actividad y decisión de las franquicias. Este art. 62, como consta en los autos se desarrolla por el RD 2485/1998, de 13 de noviembre, relativo a la Regulación del Régimen de Franquicias y se crea el Registro de Franquiciadores, teniendo por finalidad el repetido contrato de franquicia, como expresa la exposición de motivos del Real Decreto a que acabamos de hacer mención, permitir que los comerciantes independientes puedan establecer negocios más rápidamente y, en principio, con más posibilidades de éxito que si tuvieran que hacerlo sin la experiencia y la ayuda del franquiciador, abriéndoles así la posibilidad de competir de forma más eficaz con otras empresas de distribución. El Real Decreto en su art. 2º recoge, entre otros extremos, que el franquiciador habrá de comunicar al franquiciado el "saber hacer" y "la prestación continua por el franquiciador al franquiciado de asistencia comercial o técnica durante la vigencia del acuerdo", al tiempo que se regula en el art. 2 de que venimos hablando del Real Decreto tantas veces citado el acuerdo de franquicia principal, para destacar su art. 3 la información precontractual al potencial franquiciado, que deberá ser "información veraz y no engañosa" y comprender la totalidad de los datos que recoge el art. 3º, que damos por reproducido, quedando relevados de penetrar en los antecedentes del repetido contrato que tiene, en nuestros días, una importancia decisiva como lo demuestra la sola consulta de la jurisprudencia tanto del Tribunal Supremo como de las Audiencias Provinciales; y así sentencias como las de 27-09-1996 y 30-04-1998, describen el contrato de franquicia como modalidad contractual con la característica fundamental de 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 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, con entrega de una prestación económica, que suele articularse normalmente mediante la fijación de un canon o porcentaje.

Serían, por tanto, como recoge la sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona de 21-09-2004, como prestaciones principales iniciales del contrato de franquicia las siguientes:

- 1.- la adhesión al franquiciado de los signos distintivos de los que es titular el franquiciador;
- 2.- la comunicación al franquiciado del "know how" o saber hacer y
- 3.- la prestación continuada por el franquiciador al franquiciado de la asistencia comercial o técnica.

Son obligaciones del franquiciado, obviamente, el pago de los cánones periódicos por la transmisión pactada, la adquisición o mantenimiento de los elementos materiales o necesarios para una correcta aplicación del bien transmitido, informar al franquiciador sobre cuantos eventos puedan afectar a la marcha del ejercicio de la franquicia, la obligación de explotar y dedicarse con intensidad al uso del bien concedido y actuar realmente y en buena fe, sin práctica de competencia desleal con el franquiciador, así como responsabilizarse de las obligaciones contraídas por el contrato, siempre, y añadimos nosotros, que cumpla adecuadamente el franquiciador aquéllas que asume por el contrato mismo y que hemos referido anteriormente, pues no basta remitir el "saber hacer" si luego se desatiende la formación, el suministro del material pactado y las fichas técnicas de rigor, desamparando al franquiciado a su suerte y con el solo propósito de percibir la cantidad o cantidades pactadas en el propio contrato de franquicia.

Ya por último decir, como ha resaltado la jurisprudencia que al estar en presencia de un contrato prácticamente atípico, habremos de atender, esencialmente, a su clausulado, en cuanto que reflejase relaciones contractuales recogidas bajo el prisma de la buena fe y la mutua confianza y para los supuestos de existencia de lagunas habrá que acudir a los contratos típicos afines a dicha relación consensual, que hemos calificado, como lo hace la jurisprudencia, como atípica; bien entendido que en nuestro caso concreto el contrato de franquicia lo es de adhesión como lo demuestra su redacción y vino a reconocer el representante legal de la franquiciadora en el interrogatorio practicado a presencia judicial. Son contratos inmodificables que se presentan a la firma a toda persona que quiere adherirse a la franquicia de "Entretapas y Vinos" de la que es titular Grupo de Franquicias Hosteleras SL.

OCTAVO.- El contrato de franquicia puede, obviamente, estar sujeto al ejercicio de acción resolutoria ya por el franquiciador o por el franquiciado, pues, con independencia de la regulación específica que contenga el contrato, es lo cierto que siempre podrá acudirse al importante art. 1124 CC cuando estemos en presencia de un incumplimiento total o propio de la contraparte sin que baste el incumplimiento de prestaciones accesorias que no impiden al acreedor obtener el fin económico del contrato, como ha recogido la jurisprudencia del Tribunal Supremo, entre otras muchas, en la sentencia de 21-09-1990. Es doctrina reiterada (STS 20-06-1990, 16-04-1991 y 25-11-1992) que la viabilidad de la facultad resolutoria, ejercitada en vía judicial o extrajudicial, si bien el estudio del último caso precisa de la sanción judicial, de ser impugnada por la contraparte (STS de 4-04-1990), hace precisa la concurrencia, no sólo de la existencia de un vínculo contractual vigente, y de la reciprocidad de las prestaciones estipuladas en el mismo, sino además que la otra parte haya incumplido de forma grave las obligaciones que le incumbían. No es viable la resolución para un contrato cumplido defectuosamente (sentencia de 27-03-1991), y sí cuando estemos en presencia de un verdadero y propio incumplimiento, pues como dice la sentencia de 28-04-1999: "la exigencia del cumplimiento simultáneo de las obligaciones bilaterales y consiguiente excepción "non adimpleti" frente a las reclamaciones abusivas hay que entenderla en sus justos límites. El contraste debe establecerse entre las obligaciones básicas de los contratantes, las que se denominan contraprestaciones, no pudiendo invocar, para excepcionar el cumplimiento contractual, otras obligaciones adicionales, por muy importantes que éstas puedan ser desde el punto de vista ético y jurídico". En nuestro caso concreto entiende este Tribunal que los

incumplimientos que hemos recogido en la fundamentación jurídica que precede permitía resolver unilateralmente el contrato, por haber incumplido gravemente sus obligaciones el franquiciador frente al franquiciado, de manera que quien incumple, en este caso concreto, el franquiciador, no podrá luego, desde la propia dicción del art. 1124 y jurisprudencia que lo interpreta, ejercitar acción indemnizatoria, como lo hizo Grupo de Franquicias Hosteleras SL, más allá de las únicas cantidades que se le reconocen, que son la de 1.942,38 Euros como facturas impagadas por el franquiciado y que asumió el franquiciador, dentro de la normativa específica del pago que como medio extintivo de las obligaciones recogen nuestro Código Civil en los arts. 1157 y siguientes. Y es que los daños y perjuicios por lucro cesante, además de no estar ratificado el informe en que se recogen a presencia judicial, carecen de consistencia porque es precisamente el franquiciador quien da lugar y motiva la resolución unilateral del contrato con el franquiciado, y si esto es así habremos de comprender que no podrá aplicarse la penalización no indemnizatoria de la cláusula 13.1.e, pues incumplido el contrato por el franquiciador quedará relevado el franquiciado de asumir las obligaciones de permanencia en la abstención o exclusión de actividades de naturaleza idéntica o similar o conexas con las que constituyen el objeto del contrato de franquicia, cuya interpretación, ya dijimos, nunca puede favorecer al que gesta el contrato en su propio beneficio y sujetando al franquiciado a obligaciones que sobrepasan, incluso, la propia regulación del contrato de franquicia en la escasa normativa de que conoce el derecho español al respecto.

NOVENO.- Este Tribunal estima parcialmente el recurso de apelación interpuesto por el Sr. Mariano en cuanto que revoca la sentencia de instancia excluyendo de su contenido 60.101 Euros, de una parte, y 303.930 Euros de otra, para también acoger parcialmente aquel recurso en cuanto se va a estimar, como se puede deducir de lo expuesto, parcialmente la reconvencción en lo relativo a las pérdidas del negocio en cantidad de 68.437,77 Euros, que son las que tuvo el franquiciado como consecuencia de la celebración del contrato de franquicia desde el mes en que se firma hasta el 31-12-2003, excluyéndose, como se excluyen, los 23.750 Euros que se interesan como una remuneración suplementaria que carece de soporte en el contrato y en la propia relación que las partes acuerdan, así como también se rechaza los 21.556,26 euros reclamados como gastos de remodelación, pues aún cuando se frustró esencialmente el fin del contrato, es lo cierto, que aquellas obras redundaron luego en beneficio del propio demandado-reconviniente, que las utilizó para continuar el negocio en abril del año 2003 y que luego le sirvieron también, tras la oportuna modificación, para continuar en la explotación del negocio de restauración en Ibiza, con el nuevo nombre que hacía constar en el requerimiento de junio del año 2004.

En consecuencia se acogen los motivos I, II y III del recurso devolutivo interpuesto por el Sr. Mariano, a través de su representación procesal, pues el lucro cesante carece de cualquier virtualidad desde la dinámica del incumplimiento, además de que la prueba pericial que le sirve de soporte no se ratificó a presencia judicial, con impugnación de la contraparte, se detectó error en la apreciación de la prueba en el examen de la practicada en el procedimiento y finalmente se ha dado beligerancia y cumplimiento a la normativa reguladora del contrato de franquicia en el art. 62 del Ley 7/1996 del Comercio Minorista y el art. 3 del RD 2485/1998, de 13 de noviembre, debiendo dejar constancia de que sí se mantiene la sentencia en lo atinente a la reclamación de 1.943,38 # de facturas impagadas con los intereses legales desde la

interpelación judicial. Se estima también parcialmente el recurso devolutivo interpuesto en lo atinente a la reconvencción desde la argumentación que quedó vista y en cuanto a la cantidad que se estima acreditada, esto es la de 68.437,77 Euros más sus intereses legales desde la interpelación judicial. Recogemos los intereses legales para las cantidades que se acogen en razón de que, como es sabido, la jurisprudencia del Tribunal Supremo ha debilitado el principio "in illiquidis mora non fit" para entender que cuando se reconozca a favor del acreedor una cantidad los frutos de ésta, esto es los intereses, habrán de ser también reconocidos.

DÉCIMO.- En lo atinente a las costas las de primera instancia en lo que se refiere a la demanda y reconvencción no se imponen a ninguna de las partes por acogerse parcialmente la aludida demanda y la reconvencción, y al estimarse parcialmente el recurso devolutivo interpuesto por el Sr. Mariano tampoco se imponen las producidas en la alzada, todo ello en aplicación de los arts. 394 y 398 LEC.

VISTOS los preceptos citados, concordantes y demás de general aplicación

FALLAMOS

Que, estimando parcialmente el recurso de apelación interpuesto por D. Mariano , que estuvo representado por el Procurador Sr. Argos Linares, al que se opuso Grupo de Franquicias Hosteleras SL, que vino al litigio representada por la Procuradora Sra. Campillo García, contra la sentencia dictada por el Juzgado de 1ª Instancia nº 70 de Madrid, debemos revocar, como parcialmente revocamos, la repetida resolución para estimar parcialmente la demanda y reconvencción que respectivamente articularon Grupo de Franquicias Hosteleras SL y el Sr. Mariano , reconociéndose a la primera 1.943,38 euros y al segundo 68.437,77 euros, más los intereses legales, en ambos casos, desde las respectivas interpelaciones judiciales y sin que se impongan las costas de primera y segunda instancia a ninguna de las partes, para declarar, como declaramos, haberse ajustado a derecho la resolución que instase extrajudicialmente y de forma unilateral D. Mariano frente a Grupo de Franquicias Hosteleras SL; todo ello sin perjuicio de la compensación que se lleve a cabo, en su caso, en ejecución de sentencia.

Notifíquese esta sentencia a las partes y dése cumplimiento al art. 248.4 LOPJ.

Así por nuestra sentencia, de la que se unirá certificación literal al rollo de Sala, 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.