

Órgano: Audiencia Provincial
Sede: Barcelona
Sección: 4
Nº de Recurso: 169/2003
Nº de Resolución: 427/2004
Procedimiento: CIVIL
Ponente: AMPARO RIERA FIOL
Tipo de Resolución: Sentencia

AUDIENCIA PROVINCIAL
DE BARCELONA
SECCIÓN CUARTA
ROLLO Nº 169/03
PROCEDIMIENTO ORDINARIO Nº 366/02
JUZGADO DE PRIMERA INSTANCIA Nº 47 DE BARCELONA

SENTENCIA NÚM. 427/2004

Ilmos. Sres.

D. VICENTE CONCA PÉREZ

D^a. AMPARO RIERA FIOL

D^a. MIREIA RÍOS ENRICH

En la ciudad de Barcelona, a veintitrés de junio de dos mil cuatro.

VISTOS, en grado de apelación, ante la Sección Cuarta de esta Audiencia Provincial, los presentes autos de Procedimiento Ordinario nº 366/02, seguidos por el Juzgado de Primera Instancia nº 47 de Barcelona, a instancia de Don Marcos , representado por el Procurador Don Carlos Badía Martínez, contra la empresa RETEVISIÓN MÓVIL, S.A., representada por la Procurador Doña Carmen Fuentes Millan; los cuales penden ante esta Superioridad en virtud del recurso de apelación interpuesto por la parte actora y la impugnación formulada por la empresa demandada contra la Sentencia dictada en los mismos el día 14 de noviembre de 2002, por el Sr. Juez del expresado Juzgado.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- La parte dispositiva de la Sentencia apelada es del tenor literal siguiente: "FALLO: Que estimando en parte, como estimo sólo en parte, la demanda interpuesta por DON Marcos, contra RETEVISIÓN MÓVIL, S.A., sobre resolución de contrato y reclamación de cantidad, debo declarar y declaro que la resolución del contrato de franquicia que ligaba a las partes, de fecha 9 de febrero de 2000, fue resuelto unilateralmente por RETEVISIÓN MÓVIL, S.A., sin la concurrencia de la causa alegada para ello, desestimando la demanda en lo demás. Y sin hacer especial condena en costas."

SEGUNDO.- Contra la anterior Sentencia interpuso recurso de apelación la parte actora y la empresa demandada formuló impugnación, mediante sus escritos motivados, dándose traslado a la contraria, elevándose las actuaciones a esta Audiencia Provincial.

TERCERO.- Se señaló para votación y fallo el día 15 de enero de 2004.

CUARTO.- En el presente procedimiento se han observado y cumplido las prescripciones legales.

VISTO, siendo Ponente la Ilma. Sra. Magistrada D^a. AMPARO RIERA FIOL.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- El actor ejercita una acción a fin de que se declare que el contrato de franquicia suscrito el día 9 de febrero de 2000 con "Retevisión Móvil, S.A.", fue resuelto por la entidad franquiciadora demandada con fecha 22 de mayo de 2001 sin que concurriera ninguna de las causas previstas en el mismo, así como que se le reconozcan determinados importes en concepto de liquidación económica derivada de dicha resolución, que comprenden tanto el daño emergente, es decir las cantidades que debería haber percibido durante la vigencia del contrato y que no le fueron abonadas, según las remuneraciones pactadas, como el lucro cesante que le compense de las cantidades que dejará de percibir en los dos años que quedaban por cumplir del contrato.

En el suplico de la demanda se efectúa en primer lugar una pretensión principal y, a continuación, cuatro peticiones, cada una de ellas subsidiaria respecto de la anterior, siendo común a todas ellas la declaración expresa de que el contrato litigioso fue resuelto unilateralmente por la empresa demandada, difiriendo las cantidades indicadas en cada punto del suplico en función de los conceptos que se mencionan.

La empresa franquiciadora demandada se opone a la acción ejercitada y alega que Don Marcos incumplió su obligación contractual de alcanzar los objetivos de ventas establecidos entre las partes, mientras que, por su parte, "Retevisión Móvil, S.A." cumplió todas las obligaciones contractuales, sin queja alguna por parte del franquiciado hasta que se resolvió el contrato de franquicia. Afirma la demandada que en el contrato suscrito se establece el carácter dinámico de la relación comercial pactada, permitiendo la adecuación de los precios de venta, y por tanto de las comisiones, a las condiciones del mercado, y se establecían unas revisiones periódicas de los mismos, todo lo cual era conocido por el franquiciado incluso con anterioridad a la firma del contrato, destacando que, el hecho de una reducción por unidad de los productos promocionales, al venderse más cantidad del producto, no significa una pérdida de beneficios, negando que no se le realizara entrega de material desde el mes de diciembre de 2000, y que se le impusiera un nuevo contrato. Opone, en síntesis, tanto la inexistencia de incumplimiento por "Retevisión Móvil, S.A." del sistema retributivo pactado en el contrato, como la inexistencia de resolución unilateral del mismo, y la falta de legitimidad de las cantidades reclamadas en concepto de indemnización.

El Juez de la primera instancia estima en parte la demanda y declara que la resolución del contrato de franquicia litigioso fue resuelto unilateralmente por "Retevisión Móvil, S.A.", sin la concurrencia de la causa alegada para ello, sin embargo, no fija cantidad alguna en concepto de daños y perjuicios, y no efectúa imposición de costas.

Frente a la sentencia dictada se alza el actor y reitera la totalidad de las peticiones formuladas en la demanda, y los argumentos expuestos en la misma, destacando que, al hallarnos ante un contrato de adhesión, la interpretación de las cláusulas oscuras deberá hacerse de forma que no favorezca a la parte que hubiere ocasionado la oscuridad. Centra su

discrepancia en la desestimación de todas las peticiones realizadas en concepto de daño emergente y lucro cesante, y afirma que no puede aplicarse la teoría de los actos propios, insistiendo en que el margen por alta y el margen comercial son conceptos diferentes que retribuyen cosas distintas, debiendo entenderse que el "margen por alta" que se señala en el contrato es una comisión, y no un margen comercial, y que, en cuanto a la prima por objetivos, entiende que el producto "pack DUO" genera dos márgenes por alta, uno por cada teléfono, pues en ningún momento se comunicó al franquiciado que dicho producto computara de una manera especial para los objetivos, y la prueba de tal hecho corresponde a la parte demandada que lo alega. Finalmente, señala que para el cálculo de las cantidades solicitadas como lucro cesante, ha tomado como referencia el primer año del contrato y se ha recalculado el total de ingresos que el mismo debería percibir, como aparece en el informe del Auditor de cuentas aportado con la demanda.

La empresa demandada se opone a las alegaciones expuestas en el recurso de apelación y solicita la confirmación de la sentencia en cuanto desestima las pretensiones económicas de la parte actora, e impugna, asimismo, el pronunciamiento de la sentencia que declara que el contrato litigioso fue resuelto de forma unilateral por Retevisión Móvil, S.A. sin la concurrencia de la causa alegada para ello, reiterando que, por el contrario, dicha resolución tuvo por causa los incumplimientos del actor.

SEGUNDO.- Conviene destacar de entrada que el Juzgador de instancia expone con acierto y detalle la doctrina del Tribunal Supremo sobre los elementos que caracterizan el contrato de franquicia, dándose por reproducida para evitar innecesarias repeticiones, teniendo en cuenta la corrección de los argumentos referidos, así como su extensión, máxime teniendo en cuenta los puntos litigiosos reiterados en esta alzada y la ausencia de debate sobre tal cuestión.

Así pues, procede en primer lugar el estudio de la cuestión relativa a si concurrió, o no, la causa de resolución del contrato alegada por la entidad franquiciadora, pues de ello depende, en principio, la procedencia de uno de los conceptos por los que reclama indemnización el actor. Y, al respecto, no cabe sino mantener el criterio del Juez de la primera instancia, cuya valoración de la prueba practicada comparte este Tribunal, sin que haya quedado desvirtuada por las alegaciones expuestas por la empresa impugnante.

Es cierto que en el contrato litigioso se hacía referencia al carácter dinámico de la franquicia y a la posibilidad de realizar modificaciones y adaptaciones periódicas del manual de franquicia a fin de adaptar el negocio al mercado, pero es más cierto que, por una parte, no se acredita la existencia de incumplimientos sustanciales de dicho contrato, dado que, debe entenderse que la cifra mínima de altas establecida en el anexo III del contrato, incluye no sólo la contratación de servicios postpago, sino también los servicios prepago y las altas con tarjeta prepago, y, por otra, que la empresa franquiciadora no puede pretender a los efectos que nos ocupan imponer unos anexos contractuales no aceptados por el franquiciado y que modificaban los términos del contrato, sin perjuicio de que la modificación mensual comunicada por Retevisión del número de altas, tuviera como resultado, en el caso de cumplir los objetivos, la obtención de una prima a modo de recompensa. Ahora bien, la falta de aceptación de tales modificaciones contractuales y la oposición del actor franquiciado a la aplicación que la empresa demandada pretendía imponerle, no puede entenderse como un incumplimiento que justifique la resolución contractual pretendida por la franquiciadora.

Como bien se indica en la sentencia impugnada, los datos obrantes en el propio informe pericial aportado por la empresa demandada con la contestación a la demanda, ponen de manifiesto que, sumándose las cifras correspondientes a activaciones prepago y pospago, no

puede considerarse en forma alguna incumplido el contrato, por lo que, debe desestimarse la impugnación formulada por la franquiciadora y procede en este punto confirmar dicha sentencia.

TERCERO.- Por lo que se refiere a la reclamación efectuada por el actor de las remuneraciones pactadas en el contrato y no satisfechas por la franquiciadora, las cuestiones sometidas a enjuiciamiento se centran en el concepto de margen por alta en los productos con tarjeta prepago, el margen inicial fijado en la suma de 5.500 pesetas, la extemporaneidad de la reclamación y la teoría de los actos propios, la retribución correspondiente al "Pack Duo", el concepto de margen por alta en los productos con tarjeta prepago, y el margen inicial fijado en la suma de 5.500 pesetas.

Todo ello ha sido resuelto por esta Sala en la reciente Sentencia de fecha 16 de junio de 2004 , y en cuanto al concepto de margen por alta referido a los productos con tarjeta prepago, se indicaba, en consonancia con las sentencias de esta misma Audiencia Provincial, Sección 14ª, de 9 de septiembre de 2002 y de la Sección 16ª, de 28 de octubre de 2003 , que el sistema de cobro viene determinado por el Anexo I. Retribuciones del contrato de franquicia, en el cual se garantizó para los productos con tarjeta prepago un margen por alta de 5.500 pesetas.

Por ello, la franquiciadora no podía modificar las condiciones pactadas en cualquier momento y a su conveniencia, y en consecuencia, tiene derecho el actor a percibir la suma de 5.500 pesetas en concepto de margen por alta por cada una de las activaciones en los productos prepago.

Decíamos en la citada sentencia: "Pues bien, sentado lo anterior, en el caso de autos, la FRANQUICIADORA en los productos con tarjeta prepago no ha pagado ese margen sino únicamente los variables, indicando que el margen comercial lo percibe la FRANQUICIADA directamente del cliente.

Y en este sentido, entendemos que, efectivamente, conforme a la interpretación ya recogida en las sentencias dictadas por esta A.P., sección 14ª de 9 de septiembre de 2002 y sección 16ª, de 28 de octubre de 2003 , así como a reciente sentencia dictada por la sección 19ª de fecha 13 de febrero de 2004 , del contenido del contrato se desprende que en los productos prepago AMENA hay un margen por alta o margen comercial de 5.500 pesetas, esto es, no es que en los productos prepago AMENA se pactaran dos remuneraciones, el margen comercial más una comisión o margen por alta, sino que la retribución en este tipo de productos era el margen comercial que se denominó "margen por alta".

Esto es, los productos con tarjeta prepago (terminales con tarjeta recargable) se compran por parte del franquiciado a RETEVISIÓN MÓVIL para su venta al consumidor final, de forma que la retribución de dichos productos proviene, no de pago alguno directo que AMENA efectúe a la franquiciada, sino del pago que recibe del consumidor cuando éste adquiere un teléfono, y el beneficio o margen que obtiene la franquiciada es la diferencia entre el precio de compra y el precio de venta al público de dicho producto.

Es decir, no es que exista una doble remuneración para el producto prepago, el margen comercial más una comisión o margen por alta de 5.500 pesetas, sino que para los productos prepago la remuneración está en el margen comercial que en el contrato se denomina "margen por alta".

Sería lógico que este margen fuera variable, lo que ocurre, sin embargo, es que en el propio contrato se fijó o se garantizó este "margen por alta" en la suma de 5.500 pesetas por alta conseguida (en este sentido, SAP sección 14ª, de 9 de septiembre de 2.002) Y, por tanto, entendemos que AMENA debía garantizar este margen mínimo de 5.500 por alta pactado en el contrato.

Esta es la interpretación que en la propia demanda se plantea como subsidiaria.

Entonces, las retribuciones dejadas de percibir por la franquiciada correspondiente a los productos prepago AMENA quedarían fijadas entre la diferencia correspondiente al deominado margen por alta de 5.500 pesetas pactado en el anexo I del convenio y las sumas efectivamente obtenidas por la franquiciada como margen comercial por las altas de productos con tarjeta prepago."

Pues bien, sentado lo anterior, en el presente caso contamos con una prueba pericial aportada con la demanda tendente a determinar las sumas obtenidas por la franquiciada, y una evaluación del contenido de dicho informe elaborada por Don Marí Jose a petición de la empresa franquiciadora y aportado por la misma, no siendo discutido que fueron 3.408 las terminales vendidas, cifra que se obtiene de la suma del total de números activados (3.117) y de los packs activados (292).

Respecto de las comisiones por los dos teléfonos que formaban el pack duo, insiste la franquiciadora en que puesto que se vendían juntos, únicamente se ha de contabilizar un producto y no dos teléfonos por separado. Esta cuestión ha sido también resuelta por esta Sala en el sentido de entender que dicho producto, "aunque integrado por dos teléfonos, comercialmente era un único producto pues los terminales no se podían comprar ni vender por separado. Pero una vez vendido el pack, cada teléfono funcionaba con total autonomía y, en consecuencia, se deben computar dos altas a todos los efectos, por lo que, como en el propio contrato se fijó o garantizó este "margen por alta" en la suma de 5.500 pesetas por alta conseguida (en este sentido, SAP Sección 14ª, de 9 de septiembre de 2.002), si se dan dos altas, no existe razón para no abonar el margen por alta por cada una de las terminales vendidas, aunque se vendan en un solo pack"

Todo ello lleva a la conclusión de que es correcta la cantidad de 7.354.917 pesetas, equivalente a 44.204,94 euros, solicitada subsidiariamente por la parte actora en concepto de cantidades pendientes de abono como consecuencia de las remuneraciones pactadas en el contrato y no satisfechas, máxime cuando la empresa demandada, como ya se ha dicho, aún teniendo a facilidad probatoria, no ha tachado de falsas las facturas aportadas por el actor, ni ha combatido en concreto las ventas que constan en el informe pericial acompañado con la demanda, e incluso parte de las mismas cifras en el dictamen encargado al Sr. Marí Jose .

Y, en consecuencia, procede estimar este punto del recurso, ya que no puede aceptarse la alegada conformidad del actor con las liquidaciones posteriores, pues, para que la doctrina de los actos propios pueda prosperar es preciso, como recuerda la STS de 24 de mayo de 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". De forma que no constituye acto propio alguno el simple silencio ante el cambio de condiciones económicas o la omisión de comisiones pendientes, y la circunstancia de no reclamar las cantidades que correspondían según el contrato de franquicia no supone renuncia alguna de los derechos que correspondían al franquiciado.

CUARTO.- Pasando al estudio de la cuestión relativa a la indemnización solicitada en concepto de lucro conviene recordar que, según indica la STS de 26 de septiembre de 2002 , 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. Y que, a diferencia del daño emergente, 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, lo que exige un juicio de probabilidad para el cual ha de huirse de un criterio meramente subjetivo a fin de comprobar si existen daños objetivos.

La tesis de la parte actora, apoyada en el informe pericial que acompaña, consiste en primer lugar en que los beneficios que le hubiera reportado la franquicia durante los dos años que faltaban para la finalización del contrato serían el doble que los beneficios obtenidos en el año que duró la relación contractual, es decir la suma de 53.965.703 pesetas; y, subsidiariamente, efectúa diversas peticiones tomando como criterio de referencia el señalado a efectos indemnizatorios para el contrato de agencia, por las cantidades de 26.982.851 pesetas, 33.517.702 pesetas, ó 16.758.851 pesetas.

Sin embargo, en consonancia con los criterios expuestos en las sentencias de la Sección 14ª y Sección 19ª de esta Audiencia Provincial, de fechas 12 de febrero de 2003 y 13 de febrero de 2004 , respectivamente, consideramos que en el ejercicio siguiente no se habrían mantenido el nivel de beneficios del año anterior al descender las comisiones por ventas de teléfonos, que fue el grueso de las ganancias del actor, y que, como se ha dicho, la cantidad fijada por el Perito del actor parte de conceptos erróneos como el margen por alta distinto del margen comercial, y no se descuentan costes, por lo que no resulta fiable el cálculo del lucro cesante, siendo un hecho cierto que la resolución anticipada del contrato produce unos perjuicios, al eliminarse las expectativas del negocio, se considera prudente y adecuada la cantidad de 60.000 euros como indemnización por lucro cesante.

QUINTO.- Así pues, la cantidad que deberá abonar la empresa demandada al actor asciende a la suma de 104.204,94 euros (44.204,94 euros más 10.000 euros), cantidad que devengará los intereses legales desde la interposición judicial en aplicación de la doctrina legal expuesta en la STS de 26 de diciembre de 2001 , y desde la fecha de esta resolución hasta el total pago o consignación para pago, el interés legal vendrá incrementado en dos puntos.

La estimación parcial del recurso y la demanda implica que no se efectúe especial imposición de las costas, imponiéndose a la parte impugnante las costas de la impugnación que se desestima.

FALLAMOS :

Que estimando en parte el recurso de apelación interpuesto por la representación procesal de Don Marcos , y desestimando la impugnación formulada por la representación procesal de la empresa RETEVISIÓN MÓVIL, S.A., contra la sentencia dictada por el Juzgado de 1ª Instancia nº 47 de Barcelona en los autos de Procedimiento Ordinario nº 366/02 de fecha 14 de noviembre de 2002 , debemos revocar y revocamos parcialmente dicha sentencia, y, manteniendo la estimación parcial de la demanda deducida, así como la declaración relativa a que la resolución del contrato de franquicia que ligaba a las partes se efectuó unilateralmente por RETEVISIÓN MÓVIL, S.A., condenamos a la empresa demandada a abonar al actor la cantidad de 104.204,94 euros, más los intereses legales desde la interposición judicial y los prevenidos en el artículo 576 LEC desde la fecha de esta sentencia, y sin efectuar especial condena en costas; todo ello sin efectuar imposición de las costas del recurso, y condenando a la parte impugnante al pago de las costas de la impugnación.

Notifíquese, y firme que sea esta resolución devuélvanse 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.

PUBLICACIÓN.- En este día, 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.