

Audiencia Provincial de Barcelona, Sección 13ª, Sentencia de 13 May. 2008, rec. 650/2007

Ponente: Cremades Morant, Juan Bautista.

Nº de Sentencia: 282/2008

Nº de RECURSO: 650/2007

Jurisdicción: CIVIL

LA LEY 75840/2008

Texto

En la ciudad de Barcelona, a trece de Mayo de dos mil ocho

AUDIENCIA PROVINCIAL

DE BARCELONA

SECCIÓN DECIMOTERCERA

ROLLO Nº 650/2007-C

JUICIO ORDINARIO Nº 460/2006

JUZGADO DE PRIMERA INSTANCIA Nº 9 DE BARCELONA

SENTENCIA N.º m. 282

Ilmos. Sres.

D. JUAN CREMADES MORANT

D^a. ISABEL CARRIEDO MOMPÍN

D^a. M^a ANGELS GOMIS MASQUÉ

D. FERNANDO UTRILLAS CARBONELL

VISTOS, en grado de apelación, ante la Sección Decimotercera de esta Audiencia Provincial, los presentes autos de Juicio Ordinario nº 460/2006, seguidos por el Juzgado de Primera Instancia nº 9 de Barcelona, a instancia de [redacted] contra [redacted]; 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 16 de Abril de 2.007, por la Juez del expresado Juzgado.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- La parte dispositiva de la Sentencia apelada es del tenor literal siguiente: "FALLO: En virtud de lo expuesto y VISTOS los preceptos legales citados, los invocados por la parte actora, y los demás de pertinente aplicación al caso de autos, debo ESTIMAR y ESTIMO PARCIALMENTE la demanda presentada por el Procurador [redacted] S a instancia de [redacted], y en su defensa el Letrado [redacted], contra [redacted] y debo ESTIMAR y ESTIMO PARCIALMENTE la reconvencción formulada de contrario, y en consecuencia acuerdo: 1º Declarar que [redacted] ha llevado a cabo una resolución contractual unilateral sin suficiente causa que la justifique, respecto del contrato de franquicia de

fecha 1-12-2004 suscrito por las partes.- 2º Declarar que . ha incurrido en incumplimiento de las obligaciones asumidas en el referido contrato al no pagar las facturas de publicidad de F-3 y QDQ.- 3º.- Declarar que, a consecuencia del acto resolutorio insuficientemente injustificado de a resuelto de forma justificada y ajustada a derecho al citado contrato, declarando, en consecuencia, la resolución del mismo en lo que ha estado conforme la otra parte.- 4º.- Condenar a las partes a estar y pasar por las anteriores declaraciones.- 5º.- Condenar a a pagar a la actora la suma de 13.597,78 euros por los daños y perjuicios ocasionados, más los intereses legales incrementados en dos puntos que se devenguen desde esta sentencia.- No se hace especial pronunciamiento en cuanto a las costas del litigio".

SEGUNDO.- Contra la anterior Sentencia interpuso recurso de apelación por ambas partes mediante su escrito motivado, dándose traslado a la contraria que se opuso mediante escrito; elevándose las actuaciones a esta Audiencia Provincial.

TERCERO.- Se señaló para votación y fallo el día VEINTINUEVE DE ABRIL DE DOS MIL OCHO.

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

VISTO, siendo Ponente el Ilmo. Sr. Magistrado D. JUAN CREMADES MORANT.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Planteamiento del debate en esta alzada.- La demanda rectora de este procedimiento, formulada al amparo del art. 1124 en relación con el 1101 y 1154 CC, va encaminada a la obtención de un pronunciamiento por el que: A) Se declare que (1) la entidad mercantil (demandada reconviniente) ha llevado a cabo una resolución unilateral, sin causa que la justifique, respecto del contrato de franquicia de 1.12.2004 suscrito con (actora reconvenida), y ha incurrido en un grave y reiterado incumplimiento contractual de las obligaciones asumidas en el referido contrato, explitado en el fundamento V.3 de la demanda (singularmente por haber exigido unilateralmente el pago de una publicidad cuya exigibilidad no había quedado justificada en los términos previstos en el contrato, y haber dado por resuelto el contrato de franquicia de forma injustificada por no haber obtenido el pago de dicha publicidad en los términos en los que había requerido a la actora, dejando de cumplir las obligaciones con ésta a raíz de dicha resolución unilateral); (2) a consecuencia del acto resolutorio injustificado y de los referidos incumplimientos contractuales, la actora ha resuelto de forma justificada y ajustada a derecho el referido contrato, declarando, en consecuencia, la resolución del mismo por tales motivos, de conformidad con lo expresado por la referida actora, en su requerimiento de 25.5.2006; B) Se condene a dicha demandada a (1) pagar a la actora la suma de 60.000 €, importe de la cantidad fijada por las partes en el contrato como indemnización en caso de incumplimiento contractual en virtud de la cláusula penal contenida en la estipulación 20ª del contrato, más los intereses desde la interpelación judicial; (2) a pagar a la actora la suma de 24.340'99 €, más IVA, en restitución de la parte proporcional (al tiempo de duración del contrato) de la suma que a la firma del contrato abonó la actora a la demandada en concepto de cuota de ingreso o canon de participación a cambio de unas prestaciones no recibidas. Ante dicha pretensión: a) se opuso la entidad demandada, negado el incumplimiento que se le imputa, cuando es al contrario lo que ya empieza a constatar en febrero del 2006, como la obligación de información diaria de la marcha del negocio y la de pago de las facturas relativas a publicidad de la franquicia a que venía obligada según contrato (lo que ya era causa de resolución conforme al pacto 20.apartado 2º del contrato de franquicia); aparte de que se intentó llegar a un acuerdo antes de la resolución por su parte, en cuyo contexto se volvieron a impagar otras dos facturas,

concediendo a la actora un nuevo plazo para pagarlas, y aún se dedica a la intermediación financiera similar al objeto de la franquicia (que configura como "competencia desleal", contraviniendo lo dispuesto en la cláusula 20.6º del contrato (no puede hacerlo hasta pasados 2 años, conforme a la cláusula 7ª.in fine, en base al informe de detectives obrante a los f. 189 y ss). B) formuló reconvencción, en base al incumplimiento de la actora con la consiguiente resolución, en reclamación del importe o royalty de los anuncios de publicidad (1414'22 €), exigibles por acuerdos adoptados por la mayoría de franquiciados en las convenciones nacionales o regionales celebradas al efecto y sin necesidad de su justificación (f. 196 y ss) y del importe de 60.000 € por la cláusula penal.

La sentencia de instancia estima parcialmente la demanda y la reconvencción, condenando a la demandada reconviniente a pagar a la actora la suma de 13.597'78 € por los daños y perjuicios ocasionados, sin declaración sobre las costas causadas, tras declarar la resolución del contrato de franquicia, por conformidad de las partes, partiendo de que (1) existió una resolución a instancia de la demandada, aceptada por la actora, pero imputándose recíprocamente el incumplimiento del contrato con tal efecto (lo que configura como "mutuo disenso"); (2) No puede imputarse incumplimiento a la demandada durante el desarrollo del contrato, pues, consta la entrega del manual, actuaciones de asesoramiento y formación por parte de la demandada, e incluso existió otro contrato de franquicia en abril 2005; de otro lado las exigencias de justificación detallada de los anuncios publicitarios, no están en el contrato ni constan impugnaciones del sistema de adopción de acuerdos sobre la no exigencia de justificación (sistema de funcionamiento de la red de franquicias) o quejas al respecto durante la vigencia del contrato; (3) sí consta incumplimiento por la actora por el impago de las facturas gitadas con motivo de los anuncios publicitarios, pero no se considera incumplimiento esencial con efectos resolutorios por su entidad, sino un incumplimiento puntual y parcial, y por ello no justifica la notificada por la demandada

Frente a dicha resolución se alzan ambas partes: a) La actora reconvenida por error en la apreciación de la prueba al considerar que no ha incumplido ninguna obligación en relación a la publicidad (pues la demandada no ha justificado que los dos anuncios hayan sido aprobados por el 51% de los franquiciados, ni que lo fuera en la "convención de Sitges" - celebrado antes de la firma del contrato de franquicia -, y ni siquiera que realmente existan, aparte de que nunca se negó a abonarlos), sin que proceda la condena al abono de los mismos (por no serle "exigibles"), y sí que ha existido un incumplimiento grave y sustancial de la demandada (por las resolución unilateral, dejando de atender sus obligaciones), con la consecuencia de que debe restituir el canon inicial en la proporción temporal expuesta (pues la "renuncia" al mismo, según el contrato, no es aplicable en los supuestos de incumplimiento del franquiciador y, en todo caso es contraria al art. 6.2 CC) y abonar en su integridad la suma establecida como cláusula penal, sin aplicar ninguna moderación. b) la demandada reconviniente, respecto a la declaración de que ha resuelto unilateralmente, sin causa justificada (al considerar que sí venía justificada por el incumplimiento de la actora, que venía siendo comunicado desde febrero 2006) y de que ello legitima la resolución de la actora (cuando, en todo caso, consta el incumplimiento de pago de los anuncios publicitarios); no procede la aplicación de la cláusula penal, ante el "incumplimiento recíproco"; subsidiariamente, solo procede la devolución de la mitad del canon inicial y en la proporción al tiempo de vigencia del contrato, descontando las facturas de publicidad impagadas (lo que cuantifica en un total de 11.931'23 €). Con ello, el debate queda planteado en los mismos términos que en la instancia, disponiéndose para su resolución, del mismo material instructorio.

SEGUNDO.- Hechos básicos.- Una nueva y definitiva revisión de la prueba efectivamente practicada en las actuaciones, ofrece como resultado una serie de hechos básicos, en los cuales se hallan contestes las partes o se consideran suficientemente acreditados:

1) La entidad actora, constituida en febrero 2005 por D. Joaquín y D. Jose Augusto quienes contactaron en noviembre 2004 con la demandada (entonces denominada y en franca expansión)

dedicada a la gestión de todo tipo de créditos, préstamos frente a empresas y particulares y, según su "publicidad" (f. 51 y ss), a la mediación ante entidades bancarias para la obtención de tales productos financieros para terceros, en condiciones especialmente favorables y con la garantía de una importante rentabilidad anual, a través de D^a Leticia, quien ofreció a aquellos la posibilidad que explotaran la marca mediante un contrato de franquicia.

2) En 1.12.2004, se suscribió el contrato de franquicia, por un período de 10 años prorrogables por períodos anuales salvo denuncia (cláusula 7^a) entre representada por D. Benjamín, hermano de D^a Leticia (como franquiciadora) y D. Joaquín en nombre propio y de la SL que se comprometió a constituir y a subrogar como parte franquiciada, y como complemento, un contrato de colaboración, por el que la demandada se obligó a prestar los servicios de verificación, comprobación, averiguación e información que en relación a los clientes del franquiciado se recogen en el mismo (f. 81 y ss), y el ámbito territorial quedó definitivamente delimitado por medio de plano remitido a la actora por la demandada (f. 87 y ss), zona "Mostoles 3 ZONA 3"; en 14.2.2005 D. Joaquín constituyó con su hermano D. Jose Augusto, con el exclusivo objeto de actuar como parte franquiciada en dicho contrato, subrogándose como tal en el mismo (f. 90 y ss); asimismo, la franquiciadora modificó su razón y denominación social por la de (f. 93 y ss).

3) Conforme al contrato de franquicia (obrante a los f. 67 y ss): A) la franquiciadora se obligaba de forma específica (cláusula 10^a) a (1) ayudar a la franquiciada en la selección y formación permanente del personal más adecuado, organizando cursos de actualización, seminarios y encuentros previamente programados; (2) prestarle asistencia técnica durante todo el tiempo pactado; (3) velar por el buen funcionamiento del negocio franquiciado; (4) diseñar y promover campañas publicitarias; estableciéndose que "si en una campaña publicitaria, se utiliza un medio de distribución regional o nacional y en el mismo se incluye la zona del franquiciado, éste deberá asumir la parte proporcional de su inversión, siempre que el 51% de los franquiciados involucrados así lo determinen", así como que "toda la inversión publicitaria en un medio de comunicación local correrá a cargo del franquiciado..."; (5) entregar a la franquiciada el manual operativo, con el Know how desarrollado por la franquiciadora, así como cualquier modificación, adición y desarrollo del mismo. B) La franquiciada, tras abonar como cuota de ingreso o canon, la suma de 27.045'54 € con el IVA, como derecho de participación en la red de franquicia y en las ventajas económicas por las inversiones realizadas por la franquiciadora, se obligaba (cláusula 11^a) a (1) abonar un canon periódico mensual del 5% de la facturación más IVA, con un mínimo de 301 € los tres primeros meses y de 602 a partir del cuarto hasta el 12º de su vigencia, a partir del cual se iría incrementando con un 5% por año de vigencia del contrato; (2) desarrollar su actividad comercial en un local de las características especificadas en el contrato; (3) seguir las instrucciones del manual operativo; (4) utilizar los signos, nombre comercial, marca o rótulo del franquiciador; (5) informarle puntualmente de los datos de los colaboradores que captase como apoyo a su gestión, facilitando información sobre facturación y otros datos sobre gestión y administración que le fuesen requeridas por la franquiciadora; (6) abstenerse directa o indirectamente de realizar competencia a la franquiciadora. C) Conforme a la cláusula 20.in fine "en caso de que la resolución del contrato de franquicia se fundamente en la falta de cumplimiento de todas o alguna de las obligaciones asumidas por cualquiera de las partes con la formalización del presente contrato de franquicia, la parte cumplidora, además de exigir el cumplimiento de la obligación u obligaciones que hayan sido incumplidas, tendrá derecho a percibir, en concepto de cláusula penal la suma de 60.000 €". D) la cláusula 20 establece las causas de resolución, y entre otras la "falta por parte del Franquiciado de pago de prestaciones económicas establecidas en el contrato de franquicia, estén o no actualmente reflejadas en el mencionado documento", con las consecuencias de la cláusula 21^a.

4) Durante del desarrollo del contrato la franquiciadora realizó un curso inicial de 10 días, convocó a los

- franquiados para conversaciones sobre su expansión y crecimiento, con asistencia de representantes de entidades bancarias, los socios de la actora parecían estar satisfechos con los criterios de actuación de la demandada (f. 181), quien efectuó dos visitas a través de D. Luis Andrés, que merecieron la conformidad y agradecimiento de su trabajo por la actora (f. 182); y asimismo, salvo el impago de dos anuncios publicitarios a que se aludirá, la actora cumplió sus obligaciones (testifical de la Sra. Pilar).
- 5) En 15.2.2006, la demandada, remitió comunicación a la actora, vía burofax, referida a que la facturación era inferior a la media, recordando que "su deber es ayudarle a que su negocio funcione lo mejor posible...Algo no estamos haciendo bien y debemos corregirlo cuanto antes", requiriendo la aportación de datos para poner soluciones (f. 103 y ss) y en 1.3.2006 la actora remitió a la demandada los documentos que fueron requeridos por ésta (f. 105 y ss).
- 6) De nuevo en 31.3.2006 la actora remitió a la demandada en 31.3.2006 carta (f. 107), aludiendo a la visita del Sr. Luis Andrés, empleado de ésta, que acudió para "analizar los motivos de la baja facturación mensual de la franquicia" y confían en comunicar "en los próximos meses la mejoría sustancial de la facturación mensual y agradeciéndoles la aportación y trabajo al Sr. Luis Andrés..."; la actuación de dicho empleado, resultó satisfactoria para la actora, con otras visitas, quedando conforme con tales visitas y "agradecido del trabajo del Sr. Luis Andrés", hasta el punto en que solicitaba "que en la futura apertura de nuestra oficina en Fuenlabrada 2 la operativa bancaria también la fuese realizada por Don. Luis Andrés debido a su claridad y su capacidad para llegar a acuerdos con las entidades financieras" (f. 182).
- 7) Paralelamente, la demandada se dirigió a la actora, exigiéndole el pago de las cantidades establecidas en el contrato referidas a publicidad, e incluso llegó a "compensar" (la suma de 3.142 €), haciéndolas suyas, de unas cantidades que adeudaba a la actora (f. 108 y ss, lo que se admite en el hecho 4º contestación y en el interrogatorio del LR de la demandada) en virtud de otro contrato de franquicia referido a otra zona (traspaso a tercero de la franquicia sobre la zona "Fuenlabrada 2"), cuando la actora le pidió justificación de aquellas sumas por publicidad y "royalties"; no obstante, le exigió vía correo electrónico el pago, apercibiéndole de que en otro caso, resolvía el contrato de franquicia (f. 111 y 112).
- 8) Si bien dicha resolución, por haberse "compensado" la deuda, no tuvo efecto, la demandada requirió nuevamente a la actora para que abonara otros dos anuncios publicitarios (por importes de 1170'22 y 238 €, respectivamente, a los f. 183 y 184), respecto de los que ésta había pedido justificación "verbal" de su efectiva realización y de que - conforme a los requisitos del ap. 4º, cláusula 10 del contrato - le eran repercutibles, también con el mismo apercibimiento de resolución (f. 112, admitido en el hecho 5º contestación).
- 9) Contestó la actora por correo electrónico de 4.5.2006 (f.113 y 114), en el que comunicaba que, tan pronto como recibiese la referida justificación, abonarían dichas facturas, a la vez que mostraban su descontento por el trato que recibían y otros extremos en relación a otra franquicia antes aludida.
- 10) Ante dicha comunicación la entidad demandada remitió otra, vía burofax de 18.12.2006, comunicándole la resolución del contrato por incumplimiento del pago antedicho, y requiriendo a la actora para se desvinculase de dicha demandada modificando el aspecto interior y exterior de dicho local, restituyese la documentación, no ejerciese actividad similar, y le abonase los 60.000 €, en aplicación de la cláusula penal (f. 115 y 116, en relación con el hecho 7º de la contestación); el mismo día, le bloqueó el correo electrónico privándole de cualquier acceso a la intranet, impidiéndole descargar contratos y realizar cálculos financieros (f. 117 y ss, en relación con el hecho 8º de la contestación), causando perjuicios a la actora; e incluso le remitió el royalty de todo el mes de mayo del 2006 para que fuese abonado, cuyo recibo devolvió la actora (pfo. último del hecho 8º de la demanda).

11) Por su parte la actora remitió burofax a la demandada en 25.5.2006 (f. 124 y ss, en relación con el hecho 9º de la contestación) comunicando que la resolución era injustificada (atendido el cumplimiento de la actora, su no negativa al pago de los anuncios, sino tras su justificación, y los reiterados incumplimientos contractuales), que le provocaba perjuicios y que, era ella la que daba por resuelto el contrato, por las razones expuestas, requiriéndole de pago del canon y los 60.000 € como cláusula penal..

12) Dicha comunicación mereció la contestación de la demandada, vía burofax de 14.6.2006 (f. 132 y ss, 185 y ss, en relación con el hecho 10º de la contestación), imputando una serie de incumplimientos de la actora, que llega a calificar de "dejadez total", incompatible con las comunicaciones anteriores antedichas, y tras un período de cumplimiento regular comprendido entre diciembre 2004 y mayo 2006, y cuyos incumplimientos carecen de entidad a efectos resolutorios.

13) Como consecuencia de todo ello: a) La actora retiró el rótulo, logotipos y carteles de _____, lo que se admite el el hecho 10º de la contestación). b) contactó nuevo servicio de correo electrónico (se admite igualmente)

TERCERO.- Sobre el contrato de franquicia.- Ciertamente la relación que vinculaba a las partes, merece esta calificación; la franquicia (cuyo nacimiento, como otros contratos de distribución comercial obedece a la idea de mejorar la eficiencia económica de una cadena de producción o de distribución, en cuanto permiten una mejor coordinación entre las empresas participantes), en nuestro sistema, tiene su apoyo en los arts. 1255 y 1258 CC, 51 y 52 CoCom, y carecía de regulación específica (que sí estaba en el ámbito comunitario; así, el Reglamento de la Comisión Europea 2790/1999 sobre acuerdos verticales, que deroga el Reglamento CEE 4.087/1988 de la Comisión) hasta su reconocimiento por el art. 62 de la L. 7/96 de 15 de enero de Ordenación del Comercio Minorista (la actividad comercial en régimen de franquicia, que como el referido reglamento comunitario es normativa con límites infranqueables para la voluntad de las partes por lo que respecta a los aspectos del comercio minorista y de derecho de la competencia) posteriormente desarrollado por el RD 2485/98 de 13.11.1998 (regula su régimen y crea el Registro de Franquiciadores), suponiendo un contrato complejo, "parcialmente" atípico (y de ahí la relevancia de los pactos convenidos en orden a su duración, área de exclusividad y contenido, aunque regulado por distintas normas españolas y comunitarias si bien de manera dispersa y fragmentaria, respecto de aspectos específicos como sus características esenciales y las condiciones de su validez), consensual o no formal, sinalagmático (bilateral, en cuanto implica obligaciones recíprocas), civil o mercantil según su objeto, basado principalmente en el principio de libertad contractual, que descansa en la mutua confianza entre las partes por el que una de las partes (franquiciador) confiere a la otra (franquiciado), mediante el pago de un canon inicial, completado con entregas sucesivas en relación a las ventas efectuadas y bajo determinadas condiciones de control (que lo aproximan a los contratos de adhesión), el derecho a explotar una marca, una fórmula comercial privativa o un servicio de prestaciones accesorias previamente convenidas (dice la Ley citada "contrato por el que una empresa...cede a otra...el derecho a la explotación de un sistema propio de comercialización de productos o servicios"), previa asistencia o metodología de trabajo (know-how) a cargo de la primera, en cuya situación contractual son significativos los deberes de lealtad y colaboración mutua, habiéndose reconocido jurisprudencialmente la aplicación subsidiaria de la normativa reguladora de la compraventa mercantil, y los preceptos generales sobre obligaciones y contratos y, entre ellos, sobre resolución contractual (art. 1124 CC , con los clásicos requisitos de la existencia obligaciones recíprocas y exigibles, incumplimiento de forma grave por el demandado , sin que el demandante haya incumplido por su parte, y frustración objetiva del fin económico jurídico del contrato).

Son sus elementos fundamentales (así las SSTs. 27.9.1996, 4.3.1997, 3.4.1998), que se dan en el presente

supuesto: 1) La utilización de una marca u otros signos distintivos comunes (rótulos, nombre comercial, presentación uniforme de locales, medios de transporte para mantener la unidad de la red,...). 2) La comunicación por el franquiciador al franquiciado de conocimientos secretos, sustanciales e identificados, necesarios para la fabricación o comercialización de un producto, para la prestación de un servicio o para la organización de una unidad o dependencia empresarial (es el contrato de know-how, definido en el Reglamento CE 96 como "un conjunto de informaciones técnicas secretas, sustanciales e identificadas de forma apropiada"; la referida información viene definida en el Código Deontológico Europeo de la Franquicia de 1991); quizá sea ésta la principal seña de identidad, coincidiendo esencialmente con la categoría española del secreto empresarial, suponiendo un bien inmaterial de naturaleza económica que constituye un derecho de propiedad industrial. 3) La asistencia técnica o comercial permanente al franquiciado, necesaria para rentabilizar adecuadamente el know how transmitido. 4) La contraprestación económica, directa o indirecta, al franquiciador por los servicios prestados al franquiciado (generalmente una cuota de entrada y un canon periódico, establecido habitualmente en función de las ventas). 5) Y por supuesto (en tanto que presupuesto para desarrollar la actividad y a la vez obligación del arrendatario) la existencia de un establecimiento comercial en un lugar señalado, dotándolo de los equipamientos, decoración, publicidad y complementarios que indique el franquiciante.

En orden a su contenido (derechos y obligaciones de las partes), el mínimo esencial (SSTS. 8.11.1995, 27.9.1996, 4.3.1997, 30.4.1998,...entre otras y STJ de las CEE 166/85, de 28.1.1986, asunto Pronuptia) comprende los siguientes elementos: 1) La obligación de ceder los signos distintivos del franquiciador, transmitir el Know-how, prestar asistencia técnica y comercial al franquiciado (por el franquiciador o un tercero designado por él, de manera continuada durante toda la vigencia del contrato (incluyendo cualquier ventaja, innovación o avance, técnico o comercial). 2) La obligación del franquiciado de pagar el canon, para acceder a la franquicia y el periódico (royalty). 3) En la referida STJ CEE se llega a considerar que un contrato de franquicia otorga al franquiciado una exclusividad territorial que no constituye restricción de la competencia.

En orden a la terminación lo es por las causas generales, singularmente el transcurso del plazo pactado; la rescisión por cualquiera de las partes impone un preaviso o notificación previa de la intención de poner fin al contrato y la existencia de una justa causa. En otro caso (régimen indemnizatorio) indemnización de daños y perjuicios causados por la resolución unilateral. En cuanto a la indemnización por clientela, no existe con carácter general (los clientes vienen generalmente por sí solos, atraídos más por la imagen y el prestigio de la marca del franquiciador que por el esfuerzo del franquiciado, así como el referido art. 62 Ley 7/96 , donde no se prevé), aunque razones de equidad pueden justificarla en caso de rescisión y en casos excepcionales.

CUARTO.- Sobre la resolución.- La acción resolutoria viene configurada como una medida (desvincularse o poner fin a la relación) que la ley concede a las partes de la relación obligatoria (que ha cumplido) como protección de su interés, como consecuencia del incumplimiento en que incide la otra parte, con la posibilidad (a manera de sanción al incumplidor) del resarcimiento de los daños. Dicha facultad (más que "condición") se entiende implícita (tácita o sobreentendida) en las obligaciones recíprocas, con fundamento en la equidad contractual y entronque con el deber de fidelidad y acatamiento a la palabra dada (pacta sunt servanda).

Son sus presupuestos (SSTS. 21.3.1986, 28.2.1989, 27.11.1992, 21.3.1994 17.11.1995, 16.5.1996, 16.11.1998 ,...): 1) La existencia de una relación obligatoria sinalagmática (obligaciones recíprocas, excluyéndose en las obligaciones incorporadas a un contrato unilateral), en la que el cumplimiento ha de ir referido a la obligación principal u objeto principal (no a los deberes accesorios o complementarios, así. STS 4.10.1983, 23.1.1996, 6.10.1997). 2) La exigibilidad de las obligaciones puestas en juego, al no estar sujetas a condición o

término. 3) Ha de existir un incumplimiento "resolutorio", es decir grave, sustancial, sobre los elementos esenciales del contrato; inicialmente identificado como una "voluntad deliberadamente rebelde al cumplimiento de lo convenido" (lo que supone un factor etiológico subjetivo, que impone una valoración del comportamiento del demandado que ha de llevar las notas de deliberación y rebeldía, así las SSTS. 5 y 9.7.1941, 12.4.1945, 27.2.1989 ...) hasta llegar a configurarse, abandonándose el marcado matiz subjetivista, no exigido por el precepto (y que sería tanto como exigir el dolo, dicen las SSTS. 18.11.1983, 24.2.1990, 18.3.1991 ...), con "un hecho obstativo que, de modo absoluto, definitivo e irreformable impida el cumplimiento", con lo que se abarcan no solo las conductas dolosas, sino también las negligentes derivadas de tal hecho obstativo, es decir incumplimiento culposos unido a la imposibilidad posterior, absoluta y definitiva de la prestación o a la imposibilidad de alcanzar el fin del contrato (así las STS 23.11.1964) llegándose a declarar que basta la frustración de las legítimas aspiraciones de los contratantes y el fin normal del contrato o la finalidad económica-jurídica, o el fin objetivo, (SSTS. 27.10.1981, 7.3.1983, 13.11.1985, 1.12.1989, 2.7.1992, 10.6.1996, 8.11.1997, 4.12.1998), a salvo los supuestos de imposibilidad sobrevenida "fortuita", que pertenecen al campo de la teoría de los riesgos (arts. 1156 en relación con los arts. 1182 y 1184, y 1452 para la compraventa). Dicho incumplimiento puede ser incluso "parcial" (STS. 24.4.1951), o simplemente "defectuoso" pero relevante (STS. 23.11.1964) e incluso "tardío" si el término era esencial, si se frustra la finalidad perseguida (SSTS 30.3.1992). 4) La legitimación para ejercitar la facultad resolutoria, corresponde en exclusiva a la parte perjudicada por el incumplimiento, que ha cumplido aquello que le incumbía, a no ser que el incumplimiento del "incumplidor" sea consecuencia del incumplimiento anterior de la otra parte (SSTS. 5.6.1981, 22.10.1985, 3.2.1989, 20.6.1990, 20.11.1991, 3.12.1992, 15.11.1993, 9.5.1994, 27.12.1995, 26.1.1996, 15.7.1999)

La prueba de las causas del incumplimiento corresponde al que las alega, debiendo interpretarse restrictivamente, en aras al mantenimiento del vínculo contractual (así la STS. 18.11.1994).

La resolución determina la extinción de la relación obligatoria, con efecto retroactivo, volviéndose al estado jurídico preexistente (así, SSTS. 20.6.1980, 23.10.1995 ...) aunque, por regla general, ello no se aplica cuando la resolución afecta a relaciones obligatorias duraderas, que, total o parcialmente se encontraban ya consumadas, como por ej., el suministro, en cuyos casos el vínculo se extingue con efectos "ex nunc", es decir, produciendo solo efectos liquidatorios de la situación existente al tiempo de la resolución contractual, a no ser que el correspondiente no se haya producido (así la STS. 10.7.1998), surgiendo específicos deberes de liquidación y de restitución (in natura, si es posible, con sus frutos e intereses; en otro caso, a través del equivalente pecuniario); ello, con independencia de la indemnización de daños y perjuicios.

En todo caso, la actora en la demanda y la demandada en la reconvencción, interesan la resolución, y consecuentemente procedía declararla.

QUINTO.- Sobre el incumplimiento de la demandada.- La actora imputó en la demanda a la demandada (1) un deficiente trato recibido de la demandada desde la suscripción del contrato (respecto de las obligaciones de asistencia, formación y asesoramiento) con repercusión negativa en la marcha del negocio, que en definitiva constituye la esencia del contrato y consta como obligación asumida por la demandada; sin embargo basta leer el extremo 6º del fundamento 2º para rechazar tal incumplimiento (radicadamente distinto a lo que se afirma en el juicio por los hermanos Don Joaquín y Don Jose Augusto de que el Sr. Luis Andrés "no tenía ningún conocimiento sobre el sector, ni capacidad ni experiencia), formulado de forma tan genérica, aparte de que tras la instalación se llega a desarrollar la actividad durante algo más de un año e incluso se llega a celebrar otro contrato de franquicia en abril del 2005 respecto de otra zona (Fuenlabrada 2), aparte de la valoración sobresaliente que le mereció a la actora una "visita de operativa bancaria" de 22.4.2005 (f. 181 en relación en relación con la admisión

por el LR de la actora en su interrogatorio y por su hermano, en su testifical; ambos admiten, además un curso inicial de formación de 10 días aparte de las actuaciones con el Sr. Luis Andrés, y las diversas convenciones celebradas durante la vigencia de la relación contractual, a las que aquellos reconocen haber acudido, al menos a algunas); aparte de ello, consta suficientemente acreditado el cumplimiento de esta obligación con los franquiciados, a través de la testifical del Sr., lo que viene avalado por la encuesta de franquiciados que se aporta (221 y ss), que ha de ser apreciada en este contexto, y que revelan precisamente el interés de la demandada en el cumplimiento de aquella obligación (lo que ya se pone de manifiesto en la comunicación de febrero 2006 y la posterior petición de documentación a la actora, que ésta proporciona, todo ello en relación con la testifical de Doña. Pilar, a la que se reconoce en la demanda como interlocutora habitual, designada precisamente para asesorar a la actora), y en fin, el acceso permanente a la Intranet, hasta su "desconexión" sin que exista el más mínimo dato que pueda apoyar el hecho de que el trato con la actora era diferente, de dejadez o abandono. (2) Aun cuando se denuncie asimismo, consta la entrega del manual operativo con el Know How desarrollado por el franquiciador (Manifestan 1º del contrato en relación con la cláusula 10ª.5º de contrato), máxime cuando era necesario seguir sus instrucciones desde la instalación del negocio y cuando, conforme a la cláusula 20.11ª, el incumplimiento en materia de seguimiento del manual podía determinar la inmediata resolución del contrato, y no se llega a "reclamar" mientras duró la relación contractual (por el contrario, lo reclama la demandada tras su "resolución" vía burofax de mayo del 2006 (en relación con la cláusula 21 del contrato), sino solo se denuncia su falta al formularse la demanda. (3) La falta de justificación de los anuncios publicitarios, se analizará posteriormente

SEXO.- Sobre el incumplimiento de la demandada al resolver unilateralmente el contrato, llevando a efecto las consecuencias de la cláusula 21 del contrato de franquicia.- En el presente supuesto se parte de una "resolución" a instancia de la demandada por el incumplimiento del pago de dos anuncios publicitarios (a cuyo extremo se hará referencia); efectivamente, conforme al extremo 8 del fundamento 2º, solo se imputa a la actora el impago de la publicidad de dos anuncios (lo que dista del "impago sistemático" que parece desprenderse de contestación y reconvencción y que en absoluto aparece acreditado), y consta la voluntad de la actora a su pago (no negada, e incluso implícitamente admitida por la demandada en el hecho 5º de la contestación) aunque condicionada a la justificación de que se hubieran realizado (lo que consta reiterado, y ello nunca podría ello considerarse como incumplimiento), lo que por otra parte no consta se hubiera hecho por la demandada que considera que no está obligada a tal justificación....como mucho es una interpretación errónea de la actora sobre la exigibilidad (singularmente en base a que la franquiciadora es quien generalmente asume la publicidad, sin perjuicio de que pueda pactarse la repercusión del coste concreto), pero no causa de resolución del contrato (que parece basarse no tanto en el impago, sino en la exigencia de justificación para después pagar, lo que no puede suponer un incumplimiento con efecto resolutorio, y cuando "solo" se le pedía la justificación y no se negaba el pago). Y, en todo caso, se trata de un coste de un total de 1.408'22 €, cuando la actora había abonado el canon inicial y los cánones periódicos adicionales (estipulaciones 4ª.1º y 2º), aparte de que venía abonando las facturas por publicidad, y todo ello en el contexto de una relación contractual compleja y mucho más amplia, según se ha expuesto sobre su contenido. Consecuentemente, la resolución unilateral de la demandada, ante ese concreto impago se revela como una sanción excesiva (cuando podía haber reclamado dichas facturas o incluso suspendido el contrato), con todas las consecuencias posteriores expuestas (perjuicios evidentes para la actora y, paralelamente, la demandada deja de cumplir todas sus obligaciones), no aparece justificada y las consecuencias expuestas en los extremos 10 y 13 del fundamento 2º de la presente, sí suponen un incumplimiento resolutorio (aquel "hecho obstativo que, de modo absoluto, definitivo e irreformable impida el cumplimiento" por la actora),

que genera responsabilidad para dicha demandada, asumiendo en su integridad el fundamento octavo de la resolución recurrida. Ello supone la desestimación de las pretensiones de condena de la reconvencción, salvo la exigibilidad de las referidas facturas devengadas antes de la resolución contractual.

SÉPTIMO.- Sobre la obligación de atender el coste de los anuncios publicitarios.- a) Para la actora,, tales gastos no le eran repercutibles hasta tanto no se justificase que se trataba de gastos publicitarios aprobados por el 51% de los franquiciados, según la cláusula 10ª.4º (exigiendo fecha y firma del acuerdo, quórum de asistencia, actas con las firmas de los franquiciados que votaron a favor, y que los anuncios se efectuaron en la zona de exclusividad de la actora), justificación que correspondía a la demandada; b) para la demandada, bastaba el impago de la facturación correspondiente, sin que viniese obligada a un "plus" de justificación, atendidos los términos del contrato (antes transcrito en este particular) y el acceso de la actora a la Red de franquiciadas y, por ende, a la Intranet,

En orden a la obligación de abono de los anuncios publicitarios, la Sala comparte en su integridad los fundamentos 6º y 7º de la resolución recurrida, dándolos por reproducidos, en el sentido de que existió un incumplimiento sin sanción resolutoria por parte de la actora (según lo antes expuesto), pues: a) está expresamente previsto en el contrato (cláusula 10ª ap. 4º). b) Para su exigibilidad, todos los franquiciados son convocados por el franquiciador a las Convenciones nacionales y regionales que se celebran regularmente a fin de discutir todos los temas de interés de la Red de franquicias donde, tras las votaciones correspondientes, se toman acuerdos (testifical del Pde. de los franquiciadores, Sr. Carlos José, también "franquiciado"), sin que conste manifestaciones en contra por parte de la actora respecto de determinada publicidad (f. 196 y ss). c) el acuerdo se toma por mayoría de los franquiciados, que después se publicita en la Intranet, que D. Jose Augusto consultaba diariamente, según admite (f.196 y ss, 201 y ss), admitiendo asimismo D. Joaquín, que se la misma se hacían constar los acuerdos con los datos que indicaban el acuerdo mayoritario, aparte de las continuas comunicaciones via correo electrónico que igualmente admien ambos , sin que conste o se prevea en el contrato ni el procedimiento a seguir para la adopción de acuerdos ni la necesidad de una justificación detallada y rigurosa de tales votaciones y acuerdos, para la exigibilidad de la deuda derivada de dichos anuncios publicitarios. d) todos estos aprovechan los beneficios de dicha publicidad. e) al contratar, la actora accede a una red preexistente de franquicias, asumiendo las reglas de funcionamiento de la misma, nunca cuestionadas durante la vigencia efectiva del contrato. f) la actora había venido abonando la publicidad nacional sin objeción y sindicionar el pago a justificación alguna. g) consta (f. 109 y ss) el pago sin reserva de la publicidad nacional general hasta noviembre 2005, e incluso se ha efectuado en marzo del 2006, y sin que conste oposición en el momento de efectuarse a la compensación - ni tampoco ahora - a que se hace referencia en el extremo 7 del fundamento 2º de la presente (referida a la publicidad nacional general de noviembre 2005 a febrero 2006), y todo ello, sin exigir ningún tipo de justificación. h) las facturas de publicidad reclamadas por la demandada, corresponden a acuerdos adoptados cuando ya eran franquiciados (facturas dechadas en 15 y 27 de marzo, en relación con las Convenciones nacionales de noviembre 2005 y marzo 2003, a los f. 196 y ss, y con la testifical del Sr. Carlos María, responsable de comunicación de la demandada y del antedicho Don. Carlos José). i) corresponden a anuncios efectivamente realizados (f. 212 y ss, 490 y ss, en relación con la encuesta y respuestas obrantes a los f. 214 y ss).

OCTAVO.- Primeras consecuencias del incumplimiento de la demandada.- Sobre la obligación de restitución del canon inicial en proporción al tiempo de relación contractual efectivamente desarrollada, canon a que se refiere la cláusula 4ª.1ª; la expresión "...el franquiciado renuncia desde ahora y sin reservas a reclamar la restitución ..", supone, para el Juzgador de instancia una renuncia a dicha restitución amparada en el art. 6.2 CC , sin que se cuestione el carácter abusivo, máxime cuando responde al acceso o participación en la Red de Franquicia con las

ventajas derivadas de las inversiones del Franquiciador, es incompatible con la cláusula penal (cuando responden a consecuencias "distintas" de la resolución), y sin embargo no se reclaman los cánones periódicos mensuales (aunque especifica que éstos ya no responden al "acceso" a la Red, sino a la permanencia en la misma). Pero claro, no puede obviarse que es la franquiciadora quien resuelve unilateral e injustificadamente, generando un incumplimiento esencial, y quedando a su arbitrio esa posibilidad de resolución, con la consecuencia de incumplir sus obligaciones, prácticamente a su arbitrio, con vulneración del art. 1256 CC (pues aquella renuncia, a reclamar la restitución, no puede abarcar, total e incondicionalmente, los supuestos de resolución unilateral del franquiciador, cualquiera que sea la duración efectiva en un contrato en que se ha pactado una duración superior, con posibilidades de prórroga automática, salvo denuncia previa).

Recordemos que el canon inicial (completado con entregas sucesivas, que responden a operaciones efectuadas) responde al derecho a explotar una marca, una fórmula comercial privativa o un servicio de prestaciones accesorias previamente convenidas (dice la Ley antes citada citada al "derecho a la explotación de un sistema propio de comercialización de productos o servicios") es decir a " los servicios prestados y que se prestatán al franquiciado: la obligación de ceder los signos distintivos del franquiciador, transmitir el Know-how, prestar asistencia técnica y comercial al franquiciado (por el franquiciador o un tercero designado por él, de manera continuada durante toda la vigencia del contrato (incluyendo cualquier ventaja, innovación o avance, técnico o comercial). Y en ese contexto ha de entenderse la cláusula 4ª: "En contrapartida de la concesión de derechos de utilización de bienes materiales e inmateriales, de servicios, y cuanto el franquiciador ha concedido al Franquiciado,a título de contraprestación de cuanto recibe....1ª Una cuota de ingreso o canon como derecho de participación en la Red Financiera y en las ventajas que derivan de las inversiones realizadas por el Franquiciador...", aparte del canon mensual en función de las operaciones. Y, claro, la resolución determina la extinción de la relación obligatoria, con efecto retroactivo, volviéndose al estado jurídico preexistente (además, se devolvió el canon inicial en el otro contrato de franquicia y la misma demandada admite que ha de devolverse proporcionalmente).

Aquí la duración era de 10 años, y solo ha durado año y medio, por lo que procedería la devolución del canon en proporción al tiempo de utilización de la franquicia y en relación al tiempo pactado. Claro, se ha recibido una infraestructura para (1) iniciar, (2) continuar, (3) obtener los frutos. A esta última fase responden los "cánones" mensuales en función de las operaciones efectuadas; A la primera, importante, responde parte del canon inicial, y el resto a la segunda; y resulta razonable la proporción del 50% entre las dos primeras. Consecuentemente, si el canon inicial es de 27.045'54 €, el 50% es de 13.522'77 €, si el contrato tenía una duración pactada de 120 meses y solo duró 18, la suma proporcional resultante (seuo) es de 11.194'47 €

NOVENO.- Sobre la cláusula penal.- Se estableció una cláusula penal en el contrato, en los términos expuestos, con el carácter usual de aseguramiento del cumplimiento de la obligación como pena moratoria sustitutiva, a manera de sanción (o mejor, de facilitación del cumplimiento o sustitución de éste) pecuniaria (SSTS. 22.10.1990, 8.6.1998) y/o fijación previa de la indemnización (como liquidación por anticipado del daño que pueda originarse (sin que sea necesario demostrarlos, así SSTS 20.6.1981), pero no puede desvincularse de la obligación principal, y de ahí su carácter accesorio), al amparo del art. 1152 CC (que, en realidad contiene normas de derecho dispositivo y criterios legales de interpretación de la voluntad de las partes), de forma que, por regla general, declarado el incumplimiento contractual imputable a una parte (exclusión pues, de caso fortuito, fuerza mayor o retraso justificado por variaciones de proyecto u obras no previstas), procede la aplicación de la cláusula (así, STS. 14.3.1995); claro, "solo podrá hacerse efectiva la pena, cuando ésta fuere exigible conforme a las disposiciones del presente Código" (pfo. 2º del art. 1152 CC), todo lo cual conlleva una interpretación restrictiva

(SSTS 8.2.1993, 23.5.1997, 12.1.1999 ,...). El CC, impone además un deber - de oficio - al Juzgador, quien "modificará equitativamente la pena cuando la obligación principal hubiera sido en parte o irregularmente cumplida" (art. 1154 CC), basado en la equidad (art. 3.3 CC) y en la evitación del enriquecimiento injusto, máxime cuando, por tratarse de una sanción penal, debe interpretarse con criterio restrictivo (así, las SSTS. 8.2.1993, 23.5.1997 ,...).

Con ello, para que proceda su exigibilidad: 1) Es necesario que subsistan los mismos supuestos en base a los cuales se pactó, sin variaciones trascendentes (SSTS 23.5.1997, 3.2.2000 ,...). 2) que no se haya renunciado a ella, expresa o tácitamente. 3) que se de el supuesto previsto en el contrato. 4) que debe existir un daño, probado en su existencia, aunque no en su cuantía, atendida aquella función liquidatoria (valoración anticipada de los perjuicios). 5) que ese daño sea consecuencia del incumplimiento (conditio iuris de exigibilidad de la pena).

A su vez, conforme al art. 1154 (en relación con el 1103 CC), "El juez modificará (término imperativo, aplicable de oficio) equitativamente (lo que supone una reducción de su cuantía, conforme al art. 3.2 CC) la pena cuando la obligación hubiera sido en parte o irregularmente cumplida por el deudor", moderación efectuada en base a la apreciación discrecional de las circunstancias concurrentes (SSTS 1.10.1990, 23.10.1990 ,...) quedando a la discrecionalidad del juez la entidad de la "moderación" (STS 27.7.1993, 9.9.1996, 12.12.1996, 14.12.1998 ,...)

Como se ha expuesto, conforme a la cláusula 20.in fine, en relación con la 20.15ª ("el incumplimiento por parte del franquiciador de las obligaciones asumidas con la formalización del presente contrato de franquicia, en especial, las obligaciones establecidas en la cláusula 10ª del contrato de franquicia", expuestas en el extremo 3º del fundamento 2º de esta resolución), prevista precisamente para la resolución: "en caso de que la resolución del contrato de franquicia se fundamente en la falta de cumplimiento de todas o alguna de las obligaciones asumidas por cualquiera de las partes con la formalización del presente contrato de franquicia, la parte cumplidora, además de exigir el cumplimiento de la obligación u obligaciones que hayan sido incumplidas, tendrá derecho a percibir, en concepto de cláusula penal la suma de 60.000 €".

No se trata de compatibilizar la indemnización de daños y perjuicios causados y probados y, además la pena pactada como cláusula penal, lo que sí requiere pacto, que no costa (así art. 1153 CC , STS 18.4.1986, 12.1.1999) y de hecho no se exige conjuntamente el "cumplimiento" y la satisfacción de la pena, siendo la aplicación del art. 1154 , consecuencia y efecto ineludible del ejercicio de la acción resolutoria (STS 12.2.1998), cuya primera consecuencia es "reintegrar" la situación, en la medida procedente, a la situación anterior al contrato.

Esas circunstancias concurrentes sin: 1) el hecho de que el primer incumplimiento, sin sanción resolutoria, aunque parcial y no esencial es el de la actora, que después motiva la unilateral resolución por la demandada que deja de atender todos sus compromisos; la relación contractual ha durado menos de año y medio de los 10 pactados, en el que consta el cumplimiento de la demandada, pero la entidad del incumplimiento de la demandada expuesta en los fundamentos 5º y 6º, a partir de ese año y medio, es esencial, por todo lo cual, aparece más que razonable la concesión del 25% de la suma pactada como pena, es decir 15.000 €.

DÉCIMO.- Conclusión y costas.- Todo lo expuesto supone el reconocimiento, a favor de la entidad actora de la suma de 24.792'25 € (la restitución de 11.194'47 € más la "pena" de 15.000 € menos el importe de las facturas por publicidad, de 1.402'22 €), con lo que se estima parcialmente el recurso de la actora solo en tal sentido, sin declaración sobre las costas derivadas del mismo; se desestima el recurso de la demandada, con expresa imposición a la misma de las costas de esta alzada, derivadas de su recurso; y se mantienen el resto de pronunciamientos de dicha resolución.

FALLAMOS

Que estimando parcialmente el recurso formulado por la entidad mercantil , /
desestimando el formulado por ' ontra la sentencia dictada en los autos de que este rollo
dimana, revocamos parcialmente dicha resolución, en el único sentido de condenar a la demandada a pagar a la
actora la suma de 24.792'25 €, manteniendo el resto de pronunciamientos de dicha resolución, sin declaración de
las costas de esta alzada derivadas del recurso de la primera y con expresa imposición a la segunda de las costas
de esta alzada derivadas de su recurso.

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.

