

Audiencia Provincial de Madrid, sec. 10ª, S 5-6-2006, nº 370/2006, rec. 648/2005  
Pte: González Olleros, José

AUD.PROVINCIAL SECCION N. 10 MADRID

SENTENCIA: 00370/2006

AUDIENCIA PROVINCIAL DE MADRID

Sección 10

1280A

C/ FERRAZ 41

Tfno.: 914933847-48-918-16 Fax: 914933916

N.I.G. 28000 1 7009720 /2005

Rollo: RECURSO DE APELACION 648 /2005

Autos: PROCEDIMIENTO ORDINARIO 192 /2004

Órgano Procedencia: Jdo. 1ª Inst. e Instrucción núm. 5 de COSLADA

De: Arturo

Procurador: FEDERICO PINILLA ROMEO

Contra: YVES ROCHER ESPAÑA, S.A.

Procurador: BEATRIZ MARÍA GONZALEZ RIVERO

SOBRE: CONTRATO DE FRANQUICIA. PROHIBICIÓN DE NO COMPETENCIA

POSTCONTRACTUAL.

PONENTE: Ilmo. Sr. D. JOSÉ GONZÁLEZ OLLEROS

SENTENCIA

Ilmos. Sres. Magistrados:

D. JOSÉ GONZÁLEZ OLLEROS

D. ANGEL VICENTE ILLESCAS RUS

D<sup>a</sup> TERESA PUENTE VILLEGAS Y JIMÉNEZ DE ANDRADE

En MADRID, a cinco de junio de dos mil seis.

La Sección Décima de la Audiencia Provincial de Madrid, compuesta por los Señores Magistrados expresados al margen, ha visto en grado de apelación los autos núm. 192/04, procedentes del Juzgado de 1<sup>a</sup> Instancia núm. 5 de Coslada, seguidos entre partes, de una, como demandado-apelante Y APELADO D. Arturo, representado por el Procurador D. Federico Pinilla Peco y defendido por Letrado, y de otra como impugnante demandante-apelado y apelante la entidad IVES ROCHER ESPAÑA, S.A., representada por la Procuradora D<sup>a</sup> Beatriz González Rivero y defendido por Letrado, seguidos por el trámite de Juicio Ordinario.

VISTO, siendo Magistrado Ponente el Ilmo.Sr. D. JOSÉ GONZÁLEZ OLLEROS.

## ANTECEDENTES DE HECHO

La Sala acepta y da por reproducidos los antecedentes de hecho de la resolución recurrida.

PRIMERO.- Por el Juzgado de Primera Instancia núm. 5 de Coslada, en fecha 18 de febrero de 2.005, se dictó sentencia, cuya parte dispositiva es del tenor literal siguiente: FALLO:"Que estimando parcialmente la demanda interpuesta por D<sup>a</sup> BELEN FERNANDO ALONSO, Procurador de los Tribunales en nombre y representación de IVES ROCHER ESPAÑA S.A. contra D. Arturo, debo condenar y condeno al demandado al cese y cierre de la explotación del comercio de perfumería, cosmética y servicios de belleza situado en Herriko, plaza núm. 3 de Baracaldo (Vizcaya), declarando expresamente la prohibición de explotar en ese mismo local un negocio de similares características y objeto durante el plazo de un año a contar desde la fecha del efectivo cese; y a abonar a IVES ROCHER, en concepto de indemnización por los daños y perjuicios derivados de su incumplimiento contractual la cantidad de 6.010,12 euros, más los intereses legales; declarando asimismo, que cada parte deberá satisfacer las costas causadas a su instancia, y las comunes por mitad".

SEGUNDO.- Contra la anterior resolución se interpuso recurso de apelación por la parte demandada. Admitido el recurso de apelación en ambos efectos, se dio traslado del mismo a la parte apelada. Elevándose los autos ante esta Sección, para resolver el recurso.

TERCERO.- Por providencia de esta Sección, de fecha 21 de abril de 2.006, se acordó que no era necesaria la celebración de vista pública, quedando en turno de señalamiento para la correspondiente deliberación, votación y fallo, turno que se ha cumplido el día 29 de mayo de 2.006.

CUARTO.- En la tramitación del presente procedimiento han sido observadas en ambas instancias las prescripciones legales.

## FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Frente a la sentencia dictada por la Ilma. Sra. Magistrado Juez de 1<sup>a</sup> instancia núm. 5 de Coslada con fecha 18 de febrero de 2.005, se interpone recurso, de una parte por el demandado D. Arturo, y de otra por la actora Ives Rocher España S.A., el primero denunciando como motivos de apelación; en primer termino, error en la apreciación de la prueba; en segundo lugar, vulneración del Reglamento 4087/88 de 30 de noviembre de la C.E.; en tercer lugar, vulneración de principios constitucionales; en cuarto lugar, vulneración del art.10 de la Ley de Defensa de los Consumidores y Usuarios y del art. 1 de la Ley de Condiciones Generales de la Contratación; en quinto lugar vulneración del Reglamento 2790/99 de las C.E.; y finalmente disconformidad con los

hechos en los que se sustenta la sentencia. Por su parte la actora, como único motivo de su recurso, denuncia infracción del art.209.3 de la L.E.C. EDL 2000/77463

SEGUNDO.- En la demanda iniciadora del procedimiento la actora, en resumen, tras exponer que con fecha 7 de marzo de 2.001 firmó por un año, que se prorrogó hasta el 31 de julio de 2.003, un contrato de franquicia para la explotación de un centro de belleza en la localidad de Baracaldo, y que el demandado, una vez extinguido el contrato había violado la cláusula vigésimo primera del mismo, que recogía el pacto de no competencia durante un año al explotar en le mismo local un negocio de venta de productos cosméticos y prestación de servicios de belleza, interesaba la condena del demandado al inmediato cese y cierre del establecimiento nuevamente abierto, y al abono en concepto de indemnización de daños y perjuicios de 3.056,06 euros, mas otros 568,08 por cada día de apertura del nuevo establecimiento, así como otros 6.012,12 euros en concepto de penalidad acumulativa. El demandado se opuso alegando el carácter de contrato de adhesión y por tanto abusivo de sus cláusulas, así como la eficacia del documento de finiquito firmado por ambas partes con fecha 30 de julio de 2.003. La Juzgadora de instancia estimo parcialmente la demanda condenando al demandado al cierre del nuevo establecimiento y declarando la prohibición de de explotar en el mismo durante un año un negocio de características similares a partir de la fecha el cierre, pero limitó la indemnización por todos los conceptos a la cantidad de 6.010,12 euros.

TERCERO.- Por lo que se refiere en primer termino al recurso del demandado, debe decirse en primer lugar que deben rechazarse de plano los designados bajo los ordinales segundo y quinto, referidos respectivamente a la vulneración del art.3 del Reglamento 4087/88 de 30 de noviembre y del apartado 5,b) del Reglamento 2790/99, ambos de la C.E., por cuanto en ambos casos se trata de nuevas alegaciones que no fueron formuladas en la contestación a la demanda y por tanto resultan extemporáneas. Incurre de esta forma el recurrente en incongruencia y soslaya el efecto de la litispendencia al pretender como decimos introducir nuevas alegaciones. Como es sabido la litispendencia es un estado procesal que se inicia desde la interposición de la demanda siempre que esta sea admitida (art.410 de la L.E.C EDL 2000/77463 .) y cuyo efecto principal es la prohibición del cambio de demanda y su modificación y ello por razones tanto constitucionales, ya que ello podría ocasionar indefensión a la otra parte o violar el principio de igualdad, como puramente formales y técnicas al poder afectar al normal desarrollo del proceso que se vería alterado si en cualquier momento posterior a la demanda o la contestación hubiera posibilidad de modificar sus hechos o los que se oponen. Así se recoge hoy en el art. 412 de la L.E.C EDL 2000/77463 . cuando dice que "Establecido lo que sea objeto del proceso en la demanda, en la contestación y, en su caso, en la reconvencción, las partes no podrán alterarlo sustancialmente. Lo dispuesto en el apartado anterior ha de entenderse sin perjuicio de la facultad de formular alegaciones complementarias, en los términos previstos en la presente Ley" y el art.400 de la misma L.E.C EDL 2000/77463 . dispone que "Cuando lo que se pida en la demanda pueda fundarse en diferentes hechos o en distintos fundamentos o títulos jurídicos, habrán de aducirse en ella cuantos resulten conocidos o puedan invocarse al tiempo de interponerla sin que sea admisible reservar su alegación para un proceso ulterior". Es verdad que en cuanto a los fundamentos jurídicos se refiere no existe prohibición legal de alegar u oponer nuevos fundamentos legales ya que en nuestro derecho rigen los principios "iura novit curia" y "da mihi facta dabo tibi ius", de forma que los Tribunales pueden escoger y aplicar la norma que estimen mas adecuada, pero una cosa es la alegación de nuevos fundamentos de derecho sobre los mismos hechos y otra la formulación de nuevas acciones o excepciones que no se formularon con anterioridad. Este es precisamente el vicio procesal en el que, como decíamos incurren estos apelantes cuando tras haber dejado pasar el plazo para contestar a la demanda pretenden ahora, extemporáneamente introducir por vez primera excepciones que no formularon en el momento procesal oportuno, violando así los principios "lite pendente nihil innovetur" y "pendente apellatione nihil innovetur". En este sentido como dice la Sentencia del T.S. de 9 de junio de 1.997 EDJ 1997/3440 "en relación con el principio de congruencia que han de respetar las sentencias y los limites del recurso de apelación, es doctrina reiterada de esta Sala de la que son manifestación entre otras las Sentencias de 28 de noviembre y 2 de diciembre de 1.983, 6 de;marzo de 1.984 EDJ 1984/7158 , 20 de mayo EDJ 1986/3325 y 7 de julio de 1.986 y 19 de julio de 1.989 EDJ 1989/7483 la de que no pueden tenerse en cuenta a fin de decidir sobre ellas las pretensiones formuladas en el acto de la vista del recurso de apelación al ser trámite no procedente a tal propósito, pues el recurso de apelación aunque permite al Tribunal de segundo grado conocer en su integridad del proceso, no constituye un nuevo juicio ni autoriza a resolver problema o cuestiones distintas de las planteados en la primera instancia, dado que a ello se opone el principio general de derecho pendente apellatione nihil innovetur.

CUARTO.- Debe asimismo ser de plano rechazado el motivo tercero que hace referencia a la vulneración de principios constitucionales y concretamente al principio de libertad de mercado y de empresa, pues tal y como opone la otra apelante no es posible invocar genéricamente la violación de tales principios sin precisar que norma concreta del ordenamiento jurídico positivo se conculca.

QUINTO.-Procede también rechazar el motivo cuarto por el que se denuncia vulneración del art.10 de la Ley de Defensa de los Consumidores y Usuarios, y del art.1 de la Ley sobre Condiciones Generales de Contratación. Al margen de que, como ya adelantaba

la Juzgadora de instancia la falta de validez del contrato de franquicia por tratarse de un contrato de adhesión y contener, según el demandado, cláusulas abusivas, no ha servido de sustento de ninguna petición concreta que debería haber sido vehiculada en su caso por medio de la correspondiente reconvencción, es lo cierto que la invocada Ley de defensa de los Consumidores y Usuarios no resulta aplicable por cuanto el demandado no tiene la condición de consumidor, pues de conformidad con lo dispuesto en el art.1.2 de la misma "A los efectos de esta ley, son consumidores o usuarios las personas físicas o jurídicas que adquieren, utilizan o disfrutan como destinatarios finales, bienes muebles o inmuebles, productos, servicios, actividades o funciones, cualquiera que sea la naturaleza pública o privada, individual o colectiva, de quienes los producen, facilitan, suministran o expiden", añadiendo en su número 3 que "No tendrán la consideración de consumidores o usuarios quienes sin constituirse en destinatarios finales, adquieran, almacenen, utilicen o consuman bienes o servicios, con el fin de integrarlos en procesos de producción, transformación, comercialización o prestación a terceros", de forma que solo resultaría aplicable la Ley de Condiciones generales de Contratación de 13 de abril del 98 (sin duda por error se dice del 88), cuyo art. 2 sí que previene su aplicación a los contratos concluidos entre empresarios y profesionales entre sí, cuando dispone que "1. La presente Ley será de aplicación a los contratos que contengan condiciones generales celebrados entre un profesional -predisponente- y cualquier persona física o jurídica -adherente-. 2. A los efectos de esta Ley se entiende por profesional a toda persona física o jurídica que actúe dentro del marco de su actividad profesional o empresarial, ya sea pública o privada. 3. El adherente podrá ser también un profesional, sin necesidad de que actúe en el marco de su actividad", pero de ello no se deriva necesariamente, que el contrato sea nulo por el hecho de fuese de pues el art.8 de dicha Ley exige para ello que "Contradigan en perjuicio del adherente lo dispuesto en esta Ley o en cualquier otra norma imperativa o prohibitiva, salvo que en ellas se establezca un efecto distinto para el caso de contravención." o lo que es lo mismo, cuando las mismas no reúnan los requisitos que señala el art. 5 : "1. Las condiciones generales pasarán a formar parte del contrato cuando se acepte por el adherente su incorporación al mismo y sea firmado por todos los contratantes. Todo contrato deberá hacer referencia a las condiciones generales incorporadas. No podrá entenderse que ha habido aceptación de la incorporación de las condiciones generales al contrato cuando el predisponente no haya informado expresamente al adherente acerca de su existencia y no le haya facilitado un ejemplar de las mismas.....4. La redacción de las cláusulas generales deberá ajustarse a los criterios de transparencia, claridad, concreción y sencillez" y en el presente caso el hecho de que las obligaciones vengan impuestas por la franquiciadora no implica dicha nulidad cuando se ajusta las prescripciones de este último precepto y cuando el demandado declaró expresamente conocer y aceptar las cláusulas contractuales pactadas.

SEXTO.- Finalmente entrando en el análisis de los motivos primero y sexto que aluden respectivamente al error en la apreciación de la prueba y a la disconformidad con los hechos en los que se basa la sentencia, motivos que serán conjuntamente resueltos dada su íntima relación, debe decirse con carácter previo, abundando en las consideraciones jurídicas que sobre la naturaleza del mismo adelantó la Juzgadora de instancia, que según la S.T.S. de 27 de septiembre de 1.996 EDJ 1996/5560 "El contrato de franquicia surgido del tipo contractual del derecho norteamericano denominado "franchising" como manifestante de una situación contractual que no tiene su reflejo en el Derecho positivo, debe estimarse como enclavado dentro del área de los denominados contratos atípicos. Desde un punto de vista doctrinal ha sido definido como aquél que se celebra entre dos partes jurídica y económicamente independientes, en virtud del cual una de ellas (franquiciador) otorga a la otra (franquiciado) el derecho a utilizar bajo determinadas condiciones de control, y por un tiempo y zona delimitados, una técnica en la actividad industrial o comercial o de prestación de servicios del franquiciado, contra entrega por éste de una contraprestación económica. Su plasmación jurisprudencial surge de la Sentencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas -de 28 de enero de 1.986 - caso "Pronupcia", según la cual, los datos que definen su naturaleza jurídica, y su diferencia con los contratos, y de suministro o de distribución de mercancías, son los siguientes: a) Que el franquiciador debe transmitir su "know-how", o asistencia metodológica de trabajo, aplicando sus métodos comerciales y b) Que dicho franquiciador queda obligado a diseñar, dirigir y sufragar las campañas publicitarias, realizadas para difundir el rótulo y la marca del franquiciador. En fin, estos contratos, son peculiares y característicos de las nuevas formas comerciales para eludir la presión monopolista de las grandes multinacionales, cuya tendencia al control de los mercados, solamente puede ser frenada mediante conciertos y uniones comerciales de los pequeños comerciantes y empresas, agrupados en centrales de compras, que realicen campañas comerciales homogéneas y continuas. Como todo contrato atípico, en ese caso mercantil, se regirá, en primer lugar, por la voluntad de las partes plasmada en cláusulas y requisitos concretos que formulados, sin duda, en relaciones de buena fe y mutua confianza, debiendo, las mismas, producir todos sus efectos, y para el caso de que hubiera lagunas para interpretar su contenido, será preciso recurrir a figuras de contratos típicos afines a dicha relación consensual atípica", el contrato de franquicia. No es sino hasta el año 1.996 en que el art. 62 de la Ley 7/1996 de ordenación del Comercio Minorista define la relación de franquicia como aquella actividad comercial que se lleva a efecto en virtud de un acuerdo o contrato por el que una empresa, denominada franquiciadora, cede a otra, denominada franquiciada, el derecho a la explotación de un sistema propia de comercialización de productos o servicios. Dicha norma es desarrollada por el Real Decreto 2485/1998 de 13 de noviembre EDL 1998/45906 en el cual se dice en su artículo 2 que:"Se entenderá por actividad comercial en régimen de franquicia, regulada en el art. 62 de la Ley 7/1996, de Ordenación del Comercio Minorista, aquella que se realiza en virtud del contrato por el cual una empresa, el franquiciador, cede a otra, el franquiciado, a cambio de una contraprestación financiera directa o indirecta, el derecho a la explotación de una franquicia para comercializar determinados tipos de productos o servicios y que comprende, por lo menos: el uso

de una denominación o rótulo común y una prestación uniforme de los locales o de los medios de transporte objeto del contrato; la comunicación por el franquiciador al franquiciado de un "saber hacer", y la prestación continua por el franquiciador al franquiciado de asistencia comercial o técnica durante la vigencia del acuerdo. Es usual en este tipo de contratos de, basados en la mutua confianza, la inserción de cláusulas protectoras tales como la de prohibición de competencia postcontractual como es la controvertida del caso de autos que figura como 21.1, 2 y 3 del contrato, por cuanto si le fuera posible al franquiciado seguir en la explotación del negocio en el mismo lugar donde desarrollaba la franquicia sin otra observancia que la de retirar el rótulo del franquiciador y modificar la apariencia del establecimiento, mantendría a buen seguro la clientela impidiéndole al franquiciador nombrar con éxito otro franquiciado en esa zona y, por tanto, continuar beneficiándose de su propia industria, cláusula que si bien en un principio pudo entenderse como restrictiva de la libre competencia fue luego admitida por el T.J.C.E. que con ocasión del precitado caso Pronuptia habló de "un periodo razonable" y que la Comisión concreta (con ocasión, entre otras, de la Decisión acordada en el mismo asunto con fecha 17 de diciembre de 1986) en "un plazo no superior al año" o en "el necesario para que el franquiciador pueda buscar, seleccionar y formar un nuevo franquiciado, así como para darle tiempo a crear un nuevo mercado en el territorio del antiguo franquiciado" que es, en definitiva, el objeto que se persigue con la analizada restricción. Es por ello por lo que siendo el contrato de autos de franquicia, cuyas características conocía y acepto el demandado, no puede luego cuestionar que no hubo Know how, ni aprovechamiento de la clientela, ni vulneración del principio territorial.

De otra parte, en modo alguno pueden atribuirse al documento núm. 3 que acompaña a la demanda ("acuerdo de finalización del contrato de 30 de julio de 2.003") los efectos pretendidos por el apelante. Ni es cierto que el franquiciado haya cumplido todas las obligaciones pactadas en el contrato por cuanto, como se ha demostrado, ha conculcado claramente la precitada obligación de no competencia postcontractual, ni dicho documento puede tener los efectos, poco menos que novatorios y liquidatorios del contrato de todas sus obligaciones, que pretende el demandado apelante. Es claro sin mas que acudir al elemento de interpretación literal que el art.1.281 del C.C. EDL 1889/1 recoge, que dicho acuerdo se refiere solo a la liquidación de las relaciones estrictamente económicas pendientes entre las partes hasta ese momento ya que hace expresa referencia a las estipulaciones económicas pactadas, debiendo añadirse como opone la apelada que difícilmente puede el finiquito anular la prohibición de competencia postcontractual cuya vigencia se prolonga un año después de extinguido el contrato.

SEPTIMO.- En el único motivo de su recurso la actora apelante denuncia la infracción del art. 209.3 de la L.E.C EDL 2000/77463 . por cuanto, según expone, la Juzgadora de instancia ni explica los conceptos de los que se deriva el importe de la indemnización que acuerda, ni motiva la desestimación de sus pedimentos económicos, con lo que además infringe el art.1.106 del C.C EDL 1889/1 . ya que la actora hoy adherida ha valorado objetivamente el montante de esta. De otra parte confunde la precitada indemnización con la penalidad cumulativa que establece también la estipulación vigésimo primera del contrato.

El recurso debe ser también desestimado. Es cierto que de la literalidad de la cláusula vigésimo primera del contrato se desprende que en caso de infracción el franquiciador tendrá derecho no solo a que le sean reparados los perjuicios sufridos, sino también a otra reparación en concepto de penalización estimada en un 50% de la facturación mensual media en el transcurso de los seis últimos meses de vigencia del contrato con un mínimo de un millón de ptas., pero aun admitiendo que la Juzgadora de instancia no distingue ambos conceptos y establece una indemnización única en favor de la actora de un millón de ptas., es claro que en ambos casos resulta necesaria la prueba de los daños y perjuicios sufridos pues es doctrina reiterada y consolidada del T.S. que preciso que el perjudicado demuestre la realidad de un contrato y la existencia y cuantía de los daños padecidos y que el lucro cesante o ganancias frustradas, ofrecen muchas dificultades para su determinación y limites por participar de todas las vaguedades o incertidumbres propias de los conceptos imaginarios, y, para tratar de resolverlas, el derecho científico, sostiene que no basta la simple posibilidad de realizar la ganancia, sino que ha de existir una cierta probabilidad que resulte del decurso normal de las cosas y de las circunstancias especiales del caso concreto y nuestra jurisprudencia se orienta en un prudente criterio restrictivo de la estimación del lucro cesante declarando con reiteración que ha de probarse rigurosamente que se dejaron de obtener las ventajas sin que estas sean dudosas o contingentes y solo fundadas en esperanzas (SS. T. S. 22 junio 67, 30 noviembre 93 EDJ 1993/10900 , 8 junio 96 EDJ 1996/4171 ) y que las ganancias que puedan reclamarse, son aquellas en las que concurren verosimilitud suficiente para poder ser reputadas como muy probables en la mayor aproximación a su certeza efectiva, siendo preciso en todo caso que se haya practicado prueba suficiente respecto a la relación de causalidad entre el evento y las consecuencias negativas derivadas del mismo con relación a la pérdida del provecho económico (SS. T. S. 22 junio 67, 3 noviembre 93 EDJ 1993/9819 , 8 junio EDJ 1996/4171 y 8 julio 96 EDJ 1996/3549 ), y en el presente caso la actora ni probó los perjuicios sufridos con motivo del incumplimiento de la cláusula de no competencia, ni tampoco cual fue la facturación mensual media de los seis últimos meses de contrato, por lo que debe entenderse que la Juzgadora de instancia rechazó la indemnización por el primer concepto, y a falta de prueba limitó la penalidad a la cantidad de un millón de ptas. pactada subsidiariamente como mínimo.

OCTAVO.-Por disposición del art. 398 de la L.E.C EDL 2000/77463 . las costas de cada uno de los recursos deberán ser

impuestas respectivamente a cada uno de los recurrentes.

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

## **FALLO**

Que desestimando como desestimamos los recursos de apelación respectivamente interpuestos por la Procuradora D<sup>a</sup> Africa Llamas Villar en nombre y representación de D. Arturo y por la Procuradora D<sup>a</sup> Josefina García en nombre y representación de Yves Rocher España S.A. contra la sentencia dictada por la Ilma. Sra. Magistrado juez de 1<sup>a</sup> instancia núm. 5 de Coslada con fecha 18 de febrero de 2.005, de la que el presente Rollo dimana, debemos confirmarla y la confirmamos con imposición de las costas causadas por sus recursos respectivamente a cada apelante.

Así por esta 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.

**Fuente de suministro: Centro de Documentación Judicial. IdCendoj: 28079370102006100346**