



Roj: **SAP Z 2126/2003 - ECLI:ES:APZ:2003:2126**

Id Cendoj: **50297370052003100321**

Órgano: **Audiencia Provincial**

Sede: **Zaragoza**

Sección: **5**

Fecha: **16/09/2003**

Nº de Recurso: **176/2003**

Nº de Resolución: **516/2003**

Procedimiento: **CIVIL**

Ponente: **JUAN IGNACIO MEDRANO SANCHEZ**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

### **SENTENCIA núm. 516/2003**

ILMOS. Señores:

Presidente:

D. PEDRO ANTONIO PÉREZ GARCÍA

Magistrados:

D. ANTONIO LUIS PASTOR OLIVER

D. JUAN IGNACIO MEDRANO SÁNCHEZ.

En ZARAGOZA, a dieciséis de septiembre de dos mil tres .

En nombre de S. M. el Rey;

Vistos por la Sección Quinta de la Audiencia Provincial de ZARAGOZA , en grado de Apelación, los Autos de PROCEDIMIENTO ORDINARIO núm. 360/2001, procedentes del JDO. PRIMERA INSTANCIA número QUINCE DE ZARAGOZA , de los que dimana el presente ROLLO DE APELACIÓN núm. 176/2003; en los que aparece como demandante-apelante EBI CENTER S.L. representada por la procuradora D<sup>a</sup> Silvia Tizón Ibañez y asistido por el Letrado D. Pedro Jaime Canut Zazurca; y como demandado-apelado **FRANQUICIAS** ENERGY SUN, S.L. representada por la procuradora D<sup>a</sup> Nuria Chueca Gimeno y asistido por el Letrado D. Arturo Rodríguez Lobato; siendo Magistrado Ponente en esta instancia el Ilmo. Sr. D. JUAN IGNACIO MEDRANO SÁNCHEZ .

### **ANTECEDENTES DE HECHO**

PRIMERO.- Se aceptan los de la sentencia apelada de fecha 13 de septiembre de 2003, cuya parte dispositiva dice: "Que se desestima la demanda interpuesta por la sociedad EBI CENTER S.L. contra **FRANQUICIAS** ENERGYSUN S.L., absolviendo a dicha demandada de todo lo peticionado en la demanda. Con expresa imposición de costas a la parte actora"

SEGUNDO.- Notificada dicha sentencia a las partes por la representación procesal de la empresa EBI CENTER S.L. se interpuso contra la misma recurso de apelación y dándose traslado a la parte contraria se opuso al recurso, ; remitiéndose las actuaciones a esta Sección Quinta de la Audiencia.

TERCERO.- Recibidos los Autos y 2 cintas de video, se formó el correspondiente Rollo de Apelación con el número ya indicado, y se señaló para deliberación, votación y fallo el día 23 de junio de 2003 a las 10,15 horas.

CUARTO.- En la tramitación de estos autos se han observado las prescripciones legales.

### **FUNDAMENTOS DE DERECHO**



PRIMERO.- Se opondrá en primer lugar por la mercantil demandada la inadmisibilidad del recurso de apelación interpuesto por la parte demandante, tanto por no expresar su voluntad de recurrir como no expresar los pronunciamientos que impugna.

Oposición que no cabe estimar porque aquélla voluntad está implícita en la preparación del recurso y la impugnación de sus pronunciamientos. Y en cuanto a la falta de precisión de los pronunciamientos que se impugnan, la oposición no es entendible pues si el fallo es único – desestimatorio de la demanda no se sabe que mayor precisión se puede pedir al escrito de preparación del recurso cuando se concreta que se impugna "el pronunciamiento de absolución de la demandada "así como la condena en costas. Siendo único el pronunciamiento de la sentencia no hay concreción posible en el escrito de preparación.

SEGUNDO.- La sentencia de instancia desestimaría la demanda al entender que la parte contratante en el contrato de **franquicia** es una ente, una sociedad civil, diferente a quien ahora demanda, una sociedad de responsabilidad limitada. Existe el mismo sustrato personal entre ambas y esta se ha erigido en sucesora de las relaciones jurídicas de aquéllas, motivado aquél cambio por razones fiscales, cuestionando la demandada que aquél cambio le sea oponible pues ella no ha aceptado el cambio de parte en el contrato de **franquicia**, de la anterior sociedad civil por la mera sociedad de responsabilidad limitada.

Es constante la jurisprudencia en afirmar, pues lo contrario atentaría contra la doctrina de los actos propios, que quien ha reconocido la personalidad y la legitimidad fuera del proceso no puede negarla luego en el mismo.

Y a estos efectos es determinante y es de acoger por ello el recurso, el dato de que la demandada facturara a la nueva sociedad como consecuencia de los giros propios de la relación de **franquicia**, como será la factura de reparación de SPA (doc. nº 14 de la demanda) y sobre todo, por su engarce con el contrato al ser una de las obligaciones propias que emanan del mismo la factura por el royalty de **franquicia** (doc. nº 6 de la demanda: folio 72), por lo que la excepción de falta de legitimación activa debe decaer.

TERCERO.-Acaso sea conveniente en primer lugar centrar, o identificar en términos jurídicos, las acciones ejercitadas en la demanda y el fundamento de las mismas. Esencial es a estos efectos partir del suplico. Hay una acción principal y una subsidiaria. La principal está encaminada a, partiendo de la declaración de ser el contrato de **franquicia** un contrato de adhesión, propiciar la declaración de nulidad absoluta del mismo, pretendiéndose a continuación, como consecuencias de aquélla declaración, la liquidación de la cantidad negocial.

CUARTO.- La declaración de nulidad contractual tiene un plural y complejo fundamento jurídico y fáctico en la demanda.

El planteamiento sustancial de esa nulidad derivará de la pretendida aplicación a la demandante, de no sólo de la Ley 7/1998, de 13 de abril, de Condiciones Generales de la Contratación, sino de la Ley de Consumidores y Usuarios y señaladamente del abanico de cláusulas de nulidad que se establecen en el artículo 10 bis de esta última Ley, adicionada por aquélla otra, de donde se reivindicará la nulidad de algunas cláusulas del contrato (las nº 1, 4, 5, 6, 7 y 18), por su indisponibilidad, y de otras por su carácter abusivo (las mismas 13, 14, 15, 20 y 21).

Por otra parte, y fuera de ese ámbito normativo, aquélla nulidad contractual pretenderá mantenerse por no ostentar legalmente la franquiciadora demandada la condición de franquiciadora conforme a lo dispuesto en el artículo 62 de la Ley 7/1996, de 15 de enero de Ordenación del Comercio Minorista, y no están inscrita en el Registro de Franquiciadores regulado en el art. 5 del Real Decreto 2485/1998, de 13 de noviembre; no ser titular de las marcas cuyo uso integraba parte del contrato y ya en fin carecer de un verdadero saber hacer comercial, sustrato esencial del contrato de **franquicia**, lo que justificaría, entremezclado, un vicio del consentimiento por dolo, falta de objeto y falta de causa contractual. No se pide la resolución contractual en el suplico del contrato de **franquicia** por incumplimiento de la franquiciadora, y sí sólo, y además subsidiariamente, la resolución de la compraventa del baño de hidromasaje por su inhabilidad para su uso y destino en un establecimiento comercial.

QUINTO.- Lo primero que hay que advertir es que la demandante no puede invocar la protección que resulta de la legislación tuitiva de los consumidores y usuarios pues no ostenta la condición de consumidor.

La nulidad pretendida sólo puede tener apoyo en el apartado primero del art. 8 de la LCGC (Ley sobre Condiciones Generales de Contratación), pero no la prevenida en el apartado dos que delimita la nulidad de aquéllas condiciones generales que sean abusivas "cuando el contrato se haya celebrado con un consumidor" (remitiéndose en su definición las delimitadas en el art. 10 bis y disposición final primera de la Ley 26/1984, de 19 de julio). Esta legislación es aplicable sólo al consumidor pues no es destinatario final de un producto o servicio, por lo que la demandante no entra dentro del ámbito subjetivo de aplicación de aquélla



normativa tuitiva, fuera de lo que en la misma se pueda encontrar como principios generales normativas del ordenamiento jurídico privado.

No es fundamento para aquella afección la disposición adicional cuarta de la mencionada Ley 7/1998, de 13 de abril, de C G C (Condiciones Generales de Contrataciones), introducida por la disposición final sexta de la Ley de Enjuiciamiento Civil en la medida en la que en la misma se equipara la referencia de la Ley procesal a consumidores y usuarios, a cualquier adherente, sea no consumidor o usuario, pues ello hace referencia a una legitimación procesal que no altera el ámbito subjetivo de protección de la legislación de consumidores y usuarios.

SEXTO.– Por tanto la nulidad pretendida por la franquiciada sólo puede solventarse en atención a los mecanismos de Derecho común hechos valer en la demanda: falta de inscripción de la franquiciadora en el Registro de franquiciadoras, falta de titularidad de las marcas cedidas en su uso por aquella a favor de la franquiciada e inexistencia de los bienes inmateriales franquiciados, careciendo de franquiciadora de ese saber hacer comercial.

Respecto a la primera circunstancia que se denuncia como fundamentada de la nulidad contractual hay que advertir de la irrelevancia jurídico-privada que tiene el incumplimiento del deber de registro administrativo, que podrá tener la consecuencias sancionadoras de orden gubernativo que sean, pero no justifica una nulidad del contrato de **franquicia**.

Tampoco la falta de titularidad de las marcas cuyo uso se autorizaba contractualmente justifican esa nulidad contractual. La demandante no ha sido perturbada por nadie en aquél uso, quienes eran sus anteriores titulares tenían vinculaciones con la demandada y esa titularidad en los registros públicos se ha adquirido durante el proceso, por lo que la actora no puede fundar en ese sólo hecho la nulidad contractual.

Más por el contrario la Sala sí que adquiere una convicción contraria en cuanto a la existencia de un verdadero objeto de la **franquicia**, entendida éste como integrada por un saber hacer comercial diferenciado que se proporcionará por la franquiciadora demandada a la franquiciada demandante. La prueba para la demandada en este particular resultó singularmente caótica. Aun prescindiendo, que ya es prescindir, de la singularidad de que parte del negocio, y por tanto del objeto de contrato (el relativo a las termas) no había sólo trabajado antes que la franquiciadora así como de las accidentadas circunstancias que rodearon el emplazamiento de la demandada, la prueba practicada permite llevar a la convicción que la demandada no ofreció ese saber hacer comercial que integra esencialmente el objeto del contrato de **franquicia** al menor como algo diferenciado en ese terreno comercial. La demandada, al menos al tiempo de iniciarse la relación contractual objeto de este proceso, no parecía integrar una empresa definida ni identificada: plagada de múltiples departamentos técnicos, que luego, a lo más, estaban integrados por un único empleado, sin que nadie se conociera entre sí ni supiera de los demás ni de su trabajo. Como empresa parecía tan inmaterial como lo que constituía el mismo objeto del contrato. Dudosísimo que la configuración comercial de la imagen corporativa se realizara por la franquiciadora ni que la misma fuera de la misma ni aún existiera, pues la misma encargada de la supervisión de las franquiciadas no lograba recordar con precisión ninguna de ellas. Ninguna prueba, testifical o pericial, que desvelara la consideración comercial de ese saber hacer comercial de la franquiciadora, de sus marcas, de su reputación y consideración comercial en el sector no hay prueba de que existiera una imagen corporativa predefinida ni de que la misma sea conocida e identificada con facilidad por el consumidor. En definitiva que el contrato carecía de verdadero y objeto cierto y por ende estaba afecto de la nulidad que se denuncia en la demanda, que en este particular deber ser así estimada.

SEPTIMO.– Más dudosa son las consecuencias que se pretenden relacionadas con la liquidación negocial secuencia a esa nulidad, pues los pagos realizados se corresponden con servicios efectivamente prestados por la franquiciadora, no siendo entendible así que se pretenda su reintegro por más que el servicio prestado no sea en términos comerciales diferenciable ni original, y de los que la demandante se ha beneficiado o se ha podido beneficiar: si ha adquirido 12.854.570 pesetas en productos, lo normal es que los haya vendido o utilizado en su centro y al cobrar los servicios pertinentes a los clientes habrá visto no sólo resarcido su coste sino además obtenido algún beneficio. Ni ya siquiera el coste de cambiar la imagen del establecimiento, pues es contradictoria tal pretensión cuando durante el proceso se ha defendido, y con cierto éxito, que la decoración e imagen del establecimiento es más fruto de la franquiciadora que del inexistente, al menos al tiempo de concertarse el contrato entre las partes, la franquiciadora.

Y de todos esos perjuicios acaso sólo quepa hacer una excepción, que lo ha de ser en relación a la bañera de hidromasaje –spas–, respecto al cual la prueba practicada ha acreditado sin razonable género de dudas su ineptitud para un uso comercial, no siendo sus características técnicas las adecuadas a tal finalidad, que lo son sólo para un uso doméstico, y por tanto siendo un problema de diseño o de adecuación del modelo



escogido en relación a su uso, es indiferente la problemática relativa a su instalación y ociosa la excepción de litispendencia por la existencia de un previo proceso judicial sobre la misma.

Más la nulidad debe conllevar exclusivamente la recíproca devolución de precio y de bañera hidromasaje no el coste de una nueva, que conllevaría un evidente enriquecimiento injusto para la actora. Ni aún de perjuicio alguno por paralización del negocio pues no hay prueba suficiente a criterio de la Sala de que la sustitución conlleve necesariamente la paralización de toda la actividad negocial.

OCTAVO.– Al estimar el recurso y parcialmente la demanda no procede hacer una especial imposición de las costas causadas en ningunas de las dos instancias ( art. 394 y 398 L..E.Civil).

VISTOS los artículos citados y demás de general y pertinente aplicación.

## FALLAMOS

Que estimando el recurso de apelación interpuesto por EBI CENTER S.L. contra la sentencia dictada por el Juzgado de Primera Instancia número QUINCE de Zaragoza y recaída en el juicio declarativo ORDINARIO núm. 360/2001, con revocación de la misma y con estimación parcial de la demanda interpuesto por la recurrente contra "**FRANQUICIAS** ENERGYSUN S.L.", debemos declara y declaramos la nulidad del contrato de **franquicia** concertado entre las partes, condenando a la demandada al pago a la actora de la cantidad de 2.395.000 pesetas debiendo esta última facilitar a aquélla la retirada de la bañera de hidromasaje y contra la entrega de esta última, sin hacerse una especial imposición de las costas en ninguna de las dos instancias.

Remítase las actuaciones al Juzgado de procedencia, juntamente con testimonio de la presente, para su ejecución y cumplimiento, debiendo acusar recibo.

Así, por esta nuestra Sentencia, de la que se unirá testimonio al rollo, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.