



Roj: **SAP BU 1120/2017 - ECLI:ES:APBU:2017:1120**

Id Cendoj: **09059370032017100451**

Órgano: **Audiencia Provincial**

Sede: **Burgos**

Sección: **3**

Fecha: **29/12/2017**

Nº de Recurso: **365/2017**

Nº de Resolución: **572/2017**

Procedimiento: **Civil**

Ponente: **JOSE IGNACIO MELGOSA CAMARERO**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Resoluciones del caso: **SJPI, Burgos, núm. 1, 12-07-2017,
SAP BU 1120/2017**

AUD.PROVINCIAL SECCION N. 3

BURGOS

SENTENCIA: 00572/2017

AUDIENCIA PROVINCIAL DE

BURGOS

Sección 003

Domicilio : PASEO DE LA AUDIENCIA Nº 10

Telf : 947259950

Fax : 947259952

N.I.G.: 09059 42 1 2016 0002293

ROLLO : RECURSO DE APELACION (LECN) 0000365 /2017

Juzgado procedencia : JDO.DE 1A.INSTANCIA N.1 de BURGOS

Procedimiento de origen : ORD PROCEDIMIENTO ORDINARIO 0000222 /2016

RECURRENTE: Edemiro

Procuradora: ANA MARTA MIGUEL MIGUEL

Abogado: ALFONSO PAYNO DE LAS CUEVAS Y DIAZ DE LA ESPINA

RECURRIDO: Humberto

Procurador: ALEJANDRO RUIZ DE LANDA

Abogada: JUDITH IBAÑEZ ALONSO

La Sección Tercera de la Audiencia Provincial de Burgos, integrada por los Ilmos. Sres. Magistrados, **D. ILDEFONSO BARCALA FERNÁNDEZ DE PALENCIA**, Presidente, **D^a MARÍA ESTHER VILLÍMAR SAN SALVADOR** y **D. JOSÉ IGNACIO MELGOSA CAMARERO**, ha dictado la siguiente,

S E N T E N C I A N^o 572.

En Burgos, a veintinueve de diciembre de dos mil diecisiete.



VISTOS , por esta Sección de la Audiencia Provincial de Burgos el Rollo de Sala número 365 de 2.017, dimanante del Procedimiento Ordinario nº 222/16, del Juzgado de Primera Instancia nº 1 de Burgos, el Recurso de apelación interpuesto contra Sentencia de fecha 12 de julio de 2017 , sobre resolución de contrato de franquicia y reclamación de cantidad, en el que han sido partes, en esta segunda instancia, como demandante-apelado, **D. Humberto** , representado por el Procurador D. Alejandro Ruiz de Landa y defendido por la Letrada D^a Judith Ibáñez Alonso; y, como demandado-apelante, **D. Edemiro** , representado por la Procuradora D^a Ana Marta Miguel Miguel y defendido por el Letrado D. Alfonso Payno de las Cuevas y Díaz de la Espina. Siendo Ponente el Ilmo. Sr. D. JOSÉ IGNACIO MELGOSA CAMARERO, que expresa el parecer de la Sala.

ANTECEDENTES DE HECHO

1.- Los de la resolución recurrida, que contiene la siguiente Parte Dispositiva: "Que estimando la demanda interpuesta por el Procurador de los Tribunales D. Alejandro Ruiz de Landa en nombre y representación de D. Humberto contra D. Edemiro ; y desestimando la demanda reconventional interpuesta por el Procurador de los Tribunales D. David Nuño Calvo en nombre y representación de D. Edemiro contra D. Humberto , debo condenar y condeno a D. Edemiro : a abonar a D. Humberto , la cantidad de 40.000 euros, en concepto de cláusula penal por el incumplimiento de las obligaciones y los compromisos asumidos en el contrato más los intereses legales que correspondan; a abonar a D. Humberto la cantidad de 4.765,94 euros en concepto de cuotas devengadas desde mayo de 2.015 a marzo de 2.016 por el fraccionamiento del canon de entrada así como los royalty de explotación y publicidad devengados en los meses de mayo y junio de 2.015, más los correspondientes intereses; así como a abonar a D. Humberto , la suma de 19.600 euros correspondiente al resto del precio del canon de entrada no satisfecho vencido anticipadamente como consecuencia de la resolución del contrato por incumplimiento del franquiciado, más los correspondientes intereses; al pago a D. Humberto de los royalties de explotación y publicidad, devengados desde el mes de julio de 2015 hasta la fecha de resolución del contrato, cuyo importe sea determinado en sentencia y los correspondientes intereses. Y debo absolver y absuelvo a D. Humberto de todas las pretensiones mantenidas contra él. Las costas procesales serán de cuenta del demandado".

2.- Notificada la anterior resolución a las partes, por la representación procesal del demandado se presentó escrito interponiendo recurso de apelación, que fue admitido en tiempo y forma. Dado traslado a la parte contraria, para que en el término de diez días presentase escrito de oposición al recurso o de impugnación de la resolución, lo verificó en tiempo y forma, oponiéndose al recurso mediante el correspondiente escrito que consta en las actuaciones; acordándose por el Juzgado la remisión de los autos a la Audiencia Provincial de Burgos, habiendo correspondido en el reparto general de asuntos, a esta Sección Tercera de la Audiencia Provincial.

3.- Recibidos los autos y formado el correspondiente Rollo de Sala, se turnó de ponencia, señalándose para votación y fallo el día 14 de diciembre de 2.017, en que tuvo lugar, quedando las actuaciones en poder del Ilmo. Sr. Magistrado Ponente a fin de dictar la resolución procedente.

4.- En la tramitación del presente recurso se han observado las formalidades legales.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero.- El presente litigio tiene por objeto el contrato de franquicia concertado en fecha 18 de septiembre de 2014 entre el actor como franquiciador y el demandado como franquiciado para la explotación por el plazo de diez años de la franquicia denominada Onnekas en un establecimiento abierto al público en funcionamiento sito en el bajo del nº 8 de la Plaza Mayor de Burgos, en que se vendía comida rápida al estilo europeo, concertándose el pago por el franquiciado al franquiciador de 34.000 euros, más IVA, en concepto de entrega de canon de entrada (14.000 euros a la firma del contrato y 47 cuotas mensuales de 400 euros), 6.000 euros en concepto de venta de negocio en funcionamiento, 2% de la facturación neta mensual por royalty de explotación, y 1% de la facturación neta mensual por royalty de publicidad, al tiempo que se pactó una cláusula penal de 40.000 euros para el caso de incumplimiento, habiendo abonado el demandado la cantidad de 20.000 euros, más seis pagos que suman 4.155 euros por cuotas fraccionadas de la cantidad de entrada pactada y royalty, dejando de pagar el resto de las cantidades pactadas, ante lo cual el actor promovió el presente juicio ordinario contra el demandado solicitando la resolución del contrato de franquicia, con condena del demandado al pago de los 40.000 euros pactados en concepto de cláusula penal, la cantidad de 4.765,94 euros en concepto de cuotas fraccionadas devengadas y no pagadas entre mayo de 2015 y marzo de 2016, así como los royalty de explotación y publicidad devengados entre mayo y junio de 2015, más los intereses legales de tal cantidad, la suma de 19.600 euros correspondiente al resto del precio del canon de entrada vencido anticipadamente por el incumplimiento, y los royalty de explotación y publicidad devengados desde



julio de 2015 hasta la resolución del contrato, en importe a determinar en ejecución de sentencia., todo ello con más el interés devengado por las cantidades debidas al interés pactado del 8% anual, y las costas del juicio. El demandado se opuso a tal demanda, alegando que el demandante no tenía registrada la franquicia, y que lo pactado en el contrato es contrario a la buena fe y supone abuso del derecho, y ello al tiempo que formuló reconvencción solicitando que se declare la nulidad de pleno derecho del contrato, con mutua restitución de las prestaciones realizadas por las partes, y condena del demandante reconvenido a devolver al reconviniendo la suma de 29.441,26 euros por él abonados al reconvenido, con más los intereses que procedan y las costas. La sentencia de instancia desestimó la reconvencción y estimó la demanda condenando al demandado al pago de las cantidades reclamadas en tal demanda, con más intereses y costas. Y contra tal sentencia se alza el demandado interponiendo recurso de apelación por el que solicita la revocación de la sentencia dictada a fin que se dicte otra que desestime la demanda y se estime la reconvencción formulada, alegando como motivos del recurso, en síntesis, incongruencia de la sentencia dictada por no pronunciarse sobre la resolución contractual, ser nulo o anulable el contrato, por no estar registrada la franquicia y haberse prestado el consentimiento con error o dolo, haber incumplido el demandante las obligaciones precontractuales y contractuales del contrato de la franquicia, no ser exigible la cláusula penal por haberse exigido el cumplimiento del contrato y no haberse acreditado ningún perjuicio, condenarse al pago de mayor cantidad de la debida, dado que el demandado abonó por canon de entrada la suma de 6.000 euros a la firma del contrato, 18.300 euros el 19-09-2014, 1.700 euros el 08-10-2014 y 3.971,74 euros por pagos fraccionados del canon de entrada y 1.541,23 por royalty, por lo cual sólo adeuda 3.228,26 euros por cuotas devengadas por el fraccionamiento del canon de entrada y los royalty, y 4.028,26 euros por cuotas del canon de entrada vencidas anticipadamente. El demandante se opuso al recurso y solicitó su desestimación con confirmación de la sentencia e imposición costas al recurrente.

Segundo.- Versando el presente litigio sobre un contrato de franquicia hemos de señalar, como doctrina general, que tal contrato de colaboración entre empresas que tiene su origen en el ámbito anglosajón es básicamente un contrato atípico, carente de regulación general, si bien si existe regulación sectorial que lo contempla, que se puede resumir en el art. 62 de la Ley 6/1996, de 15 de enero de Ordenación del Comercio Minorista, cuyo apartado 2º fue modificado por la Ley 1/2010, de 1 de marzo que reforma la anterior ley , y por el Real Decreto 201/2010, de 26 de febrero, por el que se regula el ejercicio de la actividad comercial en régimen de franquicia y la comunicación de datos al registro de franquiciadores.

El art. 62-1 de la Ley 6/1996, de 15 de enero de Ordenación del Comercio Minorista señala que: "La actividad comercial en régimen de franquicia es la que se lleva a efecto en virtud de un acuerdo o contrato por el que una empresa, denominada franquiciadora, cede a otra, denominada franquiciada, el derecho a la explotación de un sistema propio de comercialización de productos o servicios", señalando el apartado 2º de dicha Ley, modificado por La Ley 1/2010, de 1 de marzo, que: "Las personas físicas o jurídicas que pretendan desarrollar en territorio español la actividad de franquiciadores a que se refiere el apartado anterior, deberán comunicar el inicio de su actividad en el plazo de tres meses desde su inicio al Registro de Franquiciadores, que recogerá los datos que reglamentariamente se establezcan", y el apartado 3º que: "Asimismo, con una antelación mínima de veinte días a la firma de cualquier contrato o precontrato de franquicia o entrega por parte del futuro franquiciado al franquiciador de cualquier pago, el franquiciador deberá haber entregado al futuro franquiciado por escrito la información necesaria para que pueda decidir libremente y con conocimiento de causa su incorporación a la red de franquicia y, en especial, los datos principales de identificación del franquiciador, descripción del sector de actividad del negocio objeto de franquicia, contenido y características de la franquicia y de su explotación, estructura y extensión de la red y elementos esenciales del acuerdo de franquicia. Reglamentariamente se establecerán las demás condiciones básicas para la actividad de cesión de franquicias"

Por su parte el Real Decreto 201/2010, de 26 de febrero, dispone en su art. 2-1 que:

"A los efectos del presente real decreto, se entenderá por actividad comercial en régimen de franquicia, regulada en el artículo 62 de la Ley 7/1996, de 15 de enero, 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, en un mercado determinado, a cambio de una contraprestación financiera directa, indirecta o ambas, el derecho a la explotación de una franquicia, sobre un negocio o actividad mercantil que el primero venga desarrollando anteriormente con suficiente experiencia y éxito, para comercializar determinados tipos de productos o servicios y que comprende, por lo menos:

- a) El uso de una denominación o rótulo común u otros derechos de propiedad intelectual o industrial y una presentación uniforme de los locales o medios de transporte objeto del contrato.
- b) La comunicación por el franquiciador al franquiciado de unos conocimientos técnicos o un saber hacer, que deberá ser propio, sustancial y singular, y



c) La prestación continúa por el franquiciador al franquiciado de una asistencia comercial, técnica o ambas durante la vigencia del acuerdo; todo ello sin perjuicio de las facultades de supervisión que puedan establecerse contractualmente.

2. Se entenderá por acuerdo de franquicia principal o franquicia maestra aquel por el cual una empresa, el franquiciador, le otorga a la otra, el franquiciado principal, en contraprestación de una compensación financiera directa, indirecta o ambas el derecho de explotar una franquicia con la finalidad de concluir acuerdos de franquicia con terceros, los franquiciados, conforme al sistema definido por el franquiciador, asumiendo el franquiciado principal el papel de franquiciador en un mercado determinado."

A su vez el apartado 3º dispone que: "No tendrá necesariamente la consideración de franquicia, el contrato de concesión mercantil o de distribución en exclusiva, por el cual un empresario se compromete a adquirir en determinadas condiciones, productos normalmente de marca, a otro que le otorga una cierta exclusividad en una zona, y a revenderlos también bajo ciertas condiciones, así como a prestar a los compradores de estos productos asistencia una vez realizada la venta", y el apartado 4º que: "Tampoco tendrán la consideración de franquicia ninguna de las siguientes relaciones jurídicas: a) La concesión de una licencia de fabricación; b) La cesión de una marca registrada para utilizarla en una determinada zona; .c) La transferencia de tecnología; d) La cesión de la utilización de una enseña o rótulo comercial.

Conforme la anterior normativa, la doctrina y la jurisprudencia al respecto (básicamente las Sentencias de la Sala Civil del Tribunal Supremo de 27 de septiembre de 1996 , 30 de abril de 1998 y 21 de octubre de 2005) , podemos definir de una manera amplia el contrato de franquicia como aquel contrato de colaboración entre dos empresas independientes y por el cual una de ellas llamada franquiciadora cede a otra llamada franquiciada el derecho a explotar o desarrollar una actividad empresarial conforme a los conocimientos y métodos de producción y comercialización de bienes y servicios, así como de organización y administración de la empresa, que la primera proporciona a la segunda, dentro de las condiciones previstas el contrato y referido a un plazo de tiempo determinado y una zona geográfica concreta, cesión que de ordinario permite a la franquiciada el uso de los signos distintivos de empresa de la franquiciadora , así como la imagen corporativa de la misma, y obliga a la franquiciadora a prestar a la franquiciada durante la duración del contrato de asesoramiento técnico - comercial sobre el desarrollo de la actividad empresarial objeto del contrato, quedando la franquiciada obligada como contraprestación a pagar determinadas cantidades fijas o en su caso porcentajes de sus ingresos o beneficios, y de ordinario a respetar un pacto de no competencia realizando negocios similares.

Por lo expuesto los elementos esenciales del contrato de franquicia son: a) la cesión o licencia de elementos de propiedad industrial (signos distintivos como marcas, rótulos de establecimiento, nombre comercial) para comercializar productos o servicios creando una imagen uniforme de cadena comercial; b) la transmisión de un saber hacer ("know how") del franquiciado, es decir el conjunto de conocimientos o técnicas precisos para la comercialización uniforme del producto, saber hacer que debe ser propio del franquiciador, singular, y útil para el franquiciado ; c) La prestación continuada por el franquiciador de asistencia técnica o comercial que permitan al franquiciado desarrollar la actividad comercial objeto de la franquicia.

Los contratos de franquicia se rigen por lo pactado por las partes en el contrato al amparo del art. 1.255 del CC , siendo el contrato el que marca las obligaciones que asumen las partes, si bien de ordinario el franquiciador suele asumir las siguientes obligaciones: a) Permitir al franquiciado el uso de signos distintivos; b) Prestarle la asistencia técnica precisa para que utilice su sistema de comercialización; c) Suministrarle productos o elementos empleados para la prestación de servicios a los que el contrato se refiera; d) Promocionar y dar publicidad a los productos o servicios objeto del contrato; e) Respetar, en su caso, los pactos de exclusiva; f) Supervisar y controlar la correcta utilización de las técnicas de comercialización transmitidas como "know how" para velar que los productos o servicios se comercialicen de modo uniforme.

Por su parte el franquiciado de ordinario suele adquirir las siguientes obligaciones: a) Pagar al franquiciador la correspondiente compensación económica que generalmente consiste en una cantidad inicial o derecho de entrada, más una cantidad periódica proporcional a la ventas a modo de comisión (royalties); b) Aplicar las técnicas y métodos de comercialización transmitidos por el franquiciador y respetar la imagen comercial de éste; c) Observar las instrucciones del franquiciador sobre el modo de comercializar los productos y servicios y en su caso los precios fijados por el primero, si se ha reservado tal facultad; d) Suministrar información sobre la situación del mercado y la marcha del negocio; e) Respetar los pactos de competencia que se hayan establecido en el contrato.

Tercero.- El primer motivo a resolver, por razones de lógica procesal, es el referente a la *incongruencia de la sentencia dictada* por no pronunciarse la misma sobre la resolución del contrato instada en la demanda; motivo que debe desestimarse pues si bien la sentencia no contiene un pronunciamiento explícito que acuerde la resolución, debe estimarse que tal pronunciamiento esta contenido de forma implícita y ello en el



momento que la sentencia estima la demanda y condena al demandado al pago de las cantidades reclamadas en la demanda, condena que tiene como fundamento el incumplimiento por parte del demandado de las obligaciones pactadas, tal como con toda claridad se establece en la argumentación jurídica de la sentencia.

En segundo lugar es preciso señalar que conforme el art. 456-1 de la LEC por el recurso de apelación podrá perseguirse, con arreglo a los fundamentos de hecho y Derecho de las pretensiones formuladas ante el tribunal de primera instancia, que se revoque un auto o sentencia y que, en su lugar, se dicte favorable al recurrente, mediante un nuevo examen de las actuaciones llevadas a cabo ante aquel tribunal y con conforme a la prueba que, en los casos previstos en esta ley, se practique ante el tribunal de apelación. Tal precepto procesal impone la necesidad que el recurso de apelación se funde en los fundamentos fácticos y jurídicos alegados en la primera instancia, quedando *proscrita la introducción de cuestiones nuevas no invocadas en la primera instancia*, es decir la alegación como motivos del recurso de fundamentos facticos y jurídicos no invocados en la primera instancia. Y decimos esto por cuanto que el demandado, que en la segunda instancia ha cambiado de abogado, ha invocado en el recurso como motivos de apelación fundamentos de hecho y de derecho que no había alegado en el escrito de contestación a la demanda y reconvenición, pues en tal escrito se alegó en esencia, que el contrato es nulo por no haber sido registrada la franquicia, y que lo reclamado por el actor es contrario a la buena fe y supone un ejercicio abusivo y antisocial del Derecho, mientras que en el recurso de apelación se alega la existencia de error o dolo que vicia el consentimiento del demandado y determina la anulación del contrato, lo cual no fue alegado en primera instancia, y también se alega que el demandante incumplió las obligaciones precontractuales y contractuales propias del contrato de franquicia, denuncia que no se formuló en la primera instancia. Así pues en ambos casos estamos ante cuestiones nuevas invocadas en el recurso y que no pueden ser atendidas por no haber sido alegadas en la primera instancia.

Cuarto.- Tanto en el escrito de contestación y reconvenición como en el recurso el demandado - apelante alega que *la franquicia no está registrada* y ello determina la *nulidad de contrato concertado*.

El motivo debe ser desestimado, al igual que se hizo en la sentencia de la primera instancia, pues tal como este tribunal señaló en la Sentencia nº 221/2017, de 12 de abril (rollo 444/16), no es requisito esencial para que el contrato de franquicia se considere válido que el momento de celebración el franquiciado tenga registrada la franquicia en el registro correspondiente, habiendo señalado a tal respecto la Sentencia de la Sección 4ª de la Audiencia Provincial de Las Palmas de Gran Canaria de 19 de febrero de 2007 (sentencia nº 71/07, recurso 265/2006) que "*el requisito de la inscripción en el correspondiente registro de franquiciadores no es una formalidad esencial del contrato, sino de autorización administrativa para el desarrollo de la actividad, cuyo incumplimiento en modo alguno podrá dar lugar a los contratos concertados sino exclusivamente a la sanción administrativa correspondiente en los términos expresados en la legislación especial*".

Por lo demás es obvio que estamos ante un contrato que reúne los requisitos de validez señalados en el art. 1.261 del CC, que el demandante cedió al demandado un negocio en funcionamiento para su posterior explotación, negocio que operaba con una marca creada por el actor y que tenía unas características específicas de explotación comercial, como son las relativas a la decoración del local y el modo de presentación de los productos, y que el actor asumió el compromiso de proporcionar al demandado formación y asistencia sobre el modo de llevar el negocio, lo cual es propio de un negocio de franquicia. Pero con independencia que el contrato reúna o no los requisitos de la franquicia, no cabe duda que se ha cedido un negocio en funcionamiento para su explotación comercial, y que el demandado se ha comprometido al cumplir unas obligaciones económicas, las cuales pueden ser exigidas conforme lo pactado y el principio que los contratos deben ser cumplidos en los términos pactados, sin que su cumplimiento pueda quedar al arbitrio de los contratantes (art. 1.256 del CC) por lo cual el demandado no puede eximirse del cumplimiento de las obligaciones asumidas, salvo que tal incumplimiento venga motivado por un incumplimiento previo de la contratante.

En definitiva el contrato es válido, y por lo que respecta a la alegación de la existencia de *dolo o error que vicia el consentimiento del demandado* y determina la anulación del contrato (art. 1.265 del CC), hemos de reiterar que estamos ante una alegación o cuestión nueva introducidas en el recurso de apelación, pero no invocada en el escrito de demanda y reconvenición, que por ello no puede ser atendida en esta instancia conforme lo previsto en el art. 456-1 de la LEC. A mayor abundamiento, hemos de decir que el demandado reconoció que cuando firmó el contrato conocía el negocio cuya transmisión se pactó, dado que había estado varios días en el establecimiento viendo cómo funcionaba, que era a su vez consciente de las obligaciones económicas asumidas por tal contrato, lo cual excluye la existencia de error o dolo que vicia el consentimiento prestado, y respecto a la falta de registro de la franquicia ya hemos dicho que es un requisito administrativo que no determina la validez del contrato, en el cual no se expresa que la franquicia esté registrada, no siendo tal registro un elemento esencial que determinase la prestación del consentimiento, en el sentido que de haber sabido el demandado la ausencia de registro de la franquicia quepa presumir que no hubiera concertado el contrato.



Cuarto.- Alega el demandado apelante en su recurso que *el demandante incumplió las obligaciones precontractuales y contractuales propias del contrato de franquicia*, por no haber proporcionado al franquiciado la formación y asesoramiento que es requisito de tal contrato, y por ello queda exento del cumplimiento de las obligaciones económicas asumidas en el contrato celebrado.

El motivo debe ser desestimado, en primer lugar por cuando que constituye una cuestión nueva no invocada en la primera instancia, dado que en el escrito de contestación y reconvención nada se dice de forma expresa sobre tal pretendido incumplimiento, por lo cual estamos ante un fundamento que al no haber sido alegado en primera instancia no puede ser invocado como motivo del recurso, según dispone el art. 456-1 de la LEC. En todo caso, para que el incumplimiento de la contraparte pueda alegarse como motivo que libera del cumplimiento de las propias obligaciones debe existir una relación causal en el sentido que el incumplimiento denunciado es la causa que determina el incumplimiento propio de la parte que formula la denuncia, y en el presente caso el demandado reconoció que dejó de cumplir las obligaciones económicas asumidas en el contrato (pago fraccionado de la cuota de entrada, y pago de los royalties por explotación y publicidad) por no ser rentable el negocio explotado y haber tenido que cerrar el establecimiento, pero en ningún momento alegó que tal impago y posterior cierre estuviese motivado por el hecho que el demandante no le proporcionase formación y asistencia técnica sobre el modo de llevar el negocio, a lo cual hemos de añadir que el negocio objeto del contrato es una pequeña tienda donde se sirve o vende al público comida rápida al estilo europeo, por lo cual, como es obvio, su explotación es sumamente sencilla y la formación y asistencia técnica tiene escasa relevancia.

Por lo demás, habiendo reconocido el demandado haber dejado de cumplir las obligaciones económicas del contrato, es incuestionable que el demandado ha incumplido una obligación esencial del contrato y ha frustrado con ello la finalidad del mismo, lo cual faculta al demandante en los términos del art. 1.124 del Código Civil a resolver el contrato, con las consecuencias previstas en el mismo.

Sexto.- Habiendo el actor reclamado el pago de la *cláusula penal pactada* para el caso de incumplimiento por un importe de 40.000 euros, y ello a la vez que reclama las cantidades que pactadas que se dejaron de pagar, con más el interés pactado del 8% anual, el demandado opone al pago de la cláusula penal pactada en el contrato la improcedencia de la misma, por no poderse exigirse a un mismo tiempo el cumplimiento del contrato y el pago de la cláusula penal, existir un incumplimiento previo del actor que excluye la reclamación de tal cláusula, no haberse acreditado la existencia de perjuicios, y no ser su reclamación conforme a la buena fe, siendo su aplicación abusiva.

La cláusula penal está pactada en la estipulación 13-5 del contrato, párrafo segundo, en la que se señala que el incumplimiento o irregular cumplimiento de las obligaciones y compromisos asumidos por el franquiciado, facultarán al franquiciador para resolverlo de pleno derecho, sin perjuicio del derecho que se confiere al cedente para exigir al pago al franquiciado de 40.000 euros, en concepto de cláusula penal sin perjuicio de poder solicitar el correspondiente resarcimiento de daños y perjuicios. Por su parte el art. 1.152 del CC señala que en las obligaciones con cláusula penal la pena sustituirá a la indemnización de daños y al abono de interés en caso de falta de cumplimiento, si otra cosa no se hubiera pactado, y el art. 1.153 del mismo Código señala que el acreedor no podrá exigir conjuntamente el cumplimiento de la obligación y la satisfacción de la pena, sin que esta facultad haya sido claramente otorgada.

En el presente caso el actor no exige el cumplimiento del contrato, pues si así lo hiciera solicitaría que el demandado le abonase además de todas las cantidades pactadas por cuotas de entrada, los royalties que se devenguen hasta la fecha de vencimiento del contrato que se pactó por un plazo de diez años. Lo que solicita el actor es que se declare resuelto el contrato, y se condene al demandado a abonar la cláusula penal, con más la cantidad pactada como cuota de entrada (las cuotas devengadas, y las no vencidas por vencimiento anticipado) y los royalties devengados hasta la resolución del contrato, con más el interés pactado del 8% anual, y ello en concepto de daños y perjuicios acumulados a la cláusula penal. Pues bien, la estipulación contractual 18-5 del contrato referente a la cláusula penal, establece, en consonancia con el art. 1.152 del CC, que en caso de incumplimiento por el franquiciado de las obligaciones asumidas en el contrato el franquiciante podrá exigir el pago de la cláusula penal de 40.000 euros, con más los daños y perjuicio causados, y es obvio que el impago de las cantidades pactadas y asumidas por el franquiciado constituye un perjuicio económico para el franquiciador que deja de percibir tales cantidades. Por lo demás la exigencia de la cláusula penal no precisa la prueba de un daño o perjuicio concreto, y ya hemos dicho que el incumplimiento por el actor de las obligaciones propias del contrato de franquicia no fue alegada en la primera instancia, siendo por ello una cuestión nueva introducida en el recurso, y que en todo caso tal pretendido incumplimiento no motivó o sirvió de causa para que el demandado incumpliese sus obligaciones económicas, pues reconoció que dejó de cumplirlas por no ser rentable el negocio y haber tenido que cerrar el establecimiento.



Lo que sí que se alegó en la primera instancia y se reitera en el recurso es que la exigencia de la cláusula penal, junto con el pago de las cantidades debidas por la cuota de entrada, los royalties generados hasta la resolución del contrato, y el interés de las cantidades debidas al tipo pactado del 8% anual, es una reclamación abusiva contraria a la buena fe y que constituye un supuesto de ejercicio antisocial del derecho.

En relación con la anterior alegación, hemos de partir que si bien es cierto que no estamos ante un contrato celebrado entre un profesional y un consumidor y por ello no es de aplicación la normativa tuitiva de los consumidores en materia de cláusulas abusivas pues al no ser el adherente un consumidor queda excluida su aplicación (art. 8.-2 de la Ley 7/1998, de 13 de abril , sobre condiciones generales de la contratación), también es lo cierto que la cláusula penal discutida está inserta en lo que indudablemente es un contrato de adhesión, redactado de forma previa y unilateral por el franquiciante (el contrato lleva su anagrama en todas sus hojas) e impuesto a al franquiciado demandado, no habiendo sido dicha cláusula objeto de una negociación individual, pues nada se ha probado al respecto, y no es verosímil que el demandado la haya pactado, siendo por ello una cláusula que se le ha impuesto. En tal sentido la jurisprudencia del Tribunal Supremo -en especial la Sentencia 367/2016, de 3 de junio , fundamento quinto- tiene establecido que en los contratos que incluyan condiciones generales, no negociadas individualmente, si el adherente no es consumidor, pese a no ser aplicable la normativa sobre protección de consumidores sobre cláusulas abusivas, la validez y eficacia de la cláusula en cuestión debe ser sometida a control, conforme lo solicitado por las partes, desde una perspectiva de las normas y principios generales de todo contrato, y entre ellas la exigencia de buena fe contractual y la proscripción de abuso de derecho y ejercicio antisocial del mismo (art. 7 del CC). Y aquí hemos de señalar que el art. 1.152 del CC en su párrafo segundo dispone que sólo podrá ser exigible conforme las disposiciones del Código Civil, y entre ellas está el art. 7 que dispone que todo derecho se ejercitará conforme la buena fe.

Pues bien, en el presente caso cabe señalar que la reclamación de la cláusula penal junto con las cantidades pactadas y los royalties devengados hasta la resolución del contrato, junto con los intereses de demora pactados, es un supuesto de ejercicio del derecho contrario a la buena fe, y abuso de derecho, proscrito por la el art. 7 del Código Civil , y denunciado por el demandado, y ello habida cuenta que: a) estamos ante una cláusula penal establecida en un contrato de adhesión y no negociada individualmente; b) el importe de la cláusula penal fijado en 40.000 euros es excesivo y no tiene relación alguna con un perjuicio real o la pérdida de expectativas comerciales para el demandante; c) se reclaman las cantidades pactadas como cuota de entrada, que se fijó en 34.000 euros, más 6.000 euros por entrega de un negocio en funcionamiento, cantidades elevadas; d) se reclama un interés moratorio del 8% anual, que es un interés elevado y tiene carácter punitivo. Debe estimarse que la reclamación de las cantidades pactadas con los intereses moratorios, compensa el perjuicio sufrido por el actor y la pérdida de expectativas comerciales, máxime cuando la resolución del contrato permite al franquiciador conceder la franquicia a otra persona en Burgos o provincia, y que por ello la fijación y reclamación de una cláusula penal en cuantía tan elevada, sin haber sido la misma negociada individualmente, es contraria a la buena fe contractual y constituye un supuesto de abuso de derecho y ejercicio antisocial del mismo, por lo cual su reclamación debe rechazarse.

Séptimo.- Por último se alega en el recurso que las *cantidades reclamadas* como debidas son excesivas pues no se tiene en consideración todos los pagos efectuados, que deben descontarse.

Las obligaciones económicas asumidas por el demandado en el contrato litigioso son las siguientes: a) en la estipulación 8-1 se pacta como cuota de entrada y en concepto de entrega llave en mano del local de 34.000 euros más IVA, a abonar con un pago de 14.000 euros, más 67 cuotas mensuales de 400 euros cada una; b) en la estipulación 8-2 se pacta la entrega de la cantidad de 6.000 euros al actual inquilino - que es el actor -, a fondo perdido y ben concepto de pago por la venta de negocio en funcionamiento , y ello por obras realizadas en el local por el inquilino; c) por último se pacta en la estipulaciones 8-2 y 83 el abono de un royalty de explotación del 2% de la cifra de facturación neta, y un royalty por publicidad del 1% de la cifra de facturación neta.

El demandado hizo entrega al demandante de las siguientes cantidades: a) 18.300 euros mediante transferencia el 19-09-2014; b) 1.700 euros el 08-10- 2014; c) 1.000 euros por royalty de explotación el 08/12/16, 800 euros por royalty de publicidad el 08/01/2015, 800 por cuotas de canon de entrada el 20/02/15, 825 por royalty de explotación el 18/03/15, 530 por royalty de publicidad el 14/04/15, y 200 euros por canon de entrada el 19/08/15, cantidades que suman un total de 4.155 euros, todo ello según el documento 22 de la demanda; c) por último el demandado alegó haber abonado al actor además de las cantidades señaladas en la demanda, las sumas de 744,25 euros el 11-05-15 y 613,72 euros el 07-07-15, cantidades cuyo pago fue reconocido por el actor en el acto del juicio.

Pues bien los 20.000 euros pagados por el actor en las dos transferencias citadas de 18.300 y 1.700 euro se corresponden con los dos pagos iniciales pactados en el contrato, el pago de 14.000 euros por cuota de entrada de la estipulación 18-1, y el pago de 6.000 euros por entrega de negocio en funcionamiento y abono de obras realizadas por el inquilino de la estipulación 18-2. No tiene razón el apelante cuando alega que se



pagaron otros seis mil euros a la firma del contrato, pues ello no se alegó en la contestación ni consta prueba de tal pago. Por otra parte de los 20.000 euros pagados con las dos transferencias iniciales, se abonaron los seis mil euros establecidos en la estipulación 18-2 por un concepto diferente de la cuota de entrada.

En lo que tiene razón el apelante, es en que deben descontarse los dos pagos de 744,25 euros y 613,72 euros, es decir un total de 1.357,97 euros, que fueron alegados en la contestación y reconocidos por el demandante en el acto del juicio, Con ello la cantidad de 4.765,94 euros reclamada en el apartado segundo del suplico debe ser reducida a la suma de 3.228,26 euros, lo cual se admite por el apelado en su escrito de oposición al recurso.

Debe mantenerse los 19.600 euros por las cuotas vencidas anticipadamente del canon de entrada, que se corresponde con las 49 cuotas mensuales de 400 euros posteriores a marzo de 2016.

Además el demandado debe ser condenado al pago de los royalties por explotación y publicidad, fijados en el contrato en el 2 y el 1 por ciento de la facturación neta mensual del negocio. Se reclama el pago de los royalties posteriores a junio de 2015 y hasta la resolución del contrato, pero no se establece la fecha en que debe operar tal resolución, por lo cual debe fijarse la misma en marzo de 2016 en que se presenta la demanda, no habiéndose acreditado, tal como se alega en el recurso, que las partes acordasen dar por resuelto el contrato en junio de 2015 o que en dicho mes el demandado comunicase al actor su intención de dar por resuelto el contrato, debiendo además ser tal comunicación por escrito según lo pactado. Por otra parte el devengo de tales royalties tiene como presupuesto que exista una facturación neta, por lo cual no se producirá el mismo si no existe tal facturación neta.

Octavo.- Lo expuesto en los anteriores fundamentos conlleva la estimación parcial tanto de la demanda como del recurso, por lo cual no deben imponerse las costas generadas en ninguna de las dos instancias (art. 394-2 y 398-2 de la LEC).

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

En nombre de S. M. el Rey de España, administrando la justicia que emana del pueblo español y ejercitando la potestad jurisdiccional que la Constitución y las leyes confiere a este tribunal

FALLAMOS

Estimar parcialmente el recurso de apelación interpuesto por la representación procesal de DON Edemiro contra la Sentencia nº 142/2017, de 12 de julio dictada en Autos del Juicio Ordinario 222/16 del Juzgado de Primera Instancia nº 1 de Burgos promovido contra el citado por la representación procesal de don Humberto y, en su consecuencia, revocar la citada Sentencia y en su lugar dictar otra por la que estimando parcialmente la demanda se acuerde declarar la resolución del contrato suscrito por las partes el 14 de septiembre de 2014 por incumplimiento imputable al demandado, a quien se condena a abonar al actor la siguientes cantidades: a) 3.228,26 euros, por los conceptos expresados en el apartado 2 del suplico de la demanda, con más el interés legal que se devengue por tal suma desde la interpelación judicial, que se verá incrementado en dos puntos desde la fecha de esta sentencia, y hasta su completo pago; b) la cantidad de 19.600 euros por las 49 cuotas mensuales del canon de entrada vencidas anticipadamente, más el interés leal devengado desde la interpelación judicial, que se verá incrementado en dos puntos desde la fecha de esta sentencia, y hasta su completo pago; c) los royalties de explotación y publicidad devengados a razón del 2% y el 1% de la facturación neta mensual del negocio objeto de cesión, devengados desde julio de 2015 hasta marzo de 2016, que se fija como fecha de resolución del contrato, en cuantía a determinar en ejecución de sentencia; se desestiman el resto de las pretensiones deducidas en la demanda. Todo ello sin expresa imposición de las costas procesales caudas en primera instancia y las causadas por el recurso de apelación.

La estimación parcial del recurso de apelación conlleva la devolución al apelante del depósito para recurrir previsto en la disposición adicional 15ª de la L.O.P.J .

Notifíquese esta Sentencia a las partes con la advertencia que no es firme y que contra la misma cabe interponer en el plazo de veinte días desde su notificación y mediante escrito presentado en este Tribunal recurso extraordinario por infracción procesal y /o de casación, cuyo conocimiento y resolución corresponderá a la Sala Civil del Tribunal Supremo.

Así por esta nuestra sentencia, de la que se unirá certificación al Rollo de apelación, **no** tificándose en legal forma a las partes, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.