



Roj: **STS 2678/2018 - ECLI:ES:TS:2018:2678**

Id Cendoj: **28079110012018100429**

Órgano: **Tribunal Supremo. Sala de lo Civil**

Sede: **Madrid**

Sección: **1**

Fecha: **11/07/2018**

Nº de Recurso: **2343/2015**

Nº de Resolución: **438/2018**

Procedimiento: **Civil**

Ponente: **RAFAEL SARAZA JIMENA**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Resoluciones del caso: **SAP AV 134/2015,**  
**STS 2678/2018**

## **TRIBUNAL SUPREMO**

### **Sala de lo Civil**

#### **Sentencia núm. 438/2018**

Fecha de sentencia: 11/07/2018

Tipo de procedimiento: CASACIÓN E INFRACCIÓN PROCESAL

Número del procedimiento: 2343/2015

Fallo/Acuerdo:

Fecha de Votación y Fallo: 05/07/2018

Ponente: Excmo. Sr. D. Rafael Saraza Jimena

Procedencia: Audiencia Provincial de Ávila, Sección Primera

Letrada de la Administración de Justicia: Ilma. Sra. Dña. María Angeles Bartolomé Pardo

Transcrito por: ACS

Nota:

CASACIÓN E INFRACCIÓN PROCESAL núm.: 2343/2015

Ponente: Excmo. Sr. D. Rafael Saraza Jimena

Letrada de la Administración de Justicia: Ilma. Sra. Dña. María Angeles Bartolomé Pardo

## **TRIBUNAL SUPREMO**

### **Sala de lo Civil**

#### **Sentencia núm. 438/2018**

Excmos. Sres.

D. Ignacio Sancho Gargallo

D. Francisco Javier Orduña Moreno

D. Rafael Saraza Jimena



D. Pedro Jose Vela Torres

En Madrid, a 11 de julio de 2018.

Esta sala ha visto el recurso extraordinario por infracción procesal y el recurso de casación respecto de la sentencia 72/2015, de 17 de junio, dictada en grado de apelación por la Sección Primera de la Audiencia Provincial de Ávila, como consecuencia de autos de juicio ordinario núm. 862/2013 del Juzgado de Primera Instancia e Instrucción núm. 4 de Ávila, sobre contrato de franquicia de marca de restauración.

El recurso fue interpuesto por Food Service Project S.L., representada por el procurador D. Isidro Orquin Cedenilla y bajo la dirección letrada de D. Plácido Molina Serrano.

Son partes recurridas Mi Rancho en Ávila S.L., D. Gaspar y D. Luis, representados por el procurador D. Juan Pedro Marcos Moreno y bajo la dirección letrada de D. Salvador Peña Ochoa.

Ha sido ponente el Excmo. Sr. D. Rafael Saraza Jimena.

## ANTECEDENTES DE HECHO

### PRIMERO.- *Tramitación en primera instancia.*

1.- La procuradora D.<sup>a</sup> Ana María Alfayate Jimeno, en nombre y representación de Food Service Project S.L., interpuso demanda de juicio ordinario contra Mi Rancho en Ávila S.L., D. Gaspar y D. Luis, en la que solicitaba se dictara sentencia:

«[...] por la que con estimación total de la demanda:

- » I. Declare conforme a Derecho la resolución operada por mi mandante en fecha 26 de julio de 2013 sobre el contrato de franquicia de autos.
- » II. Condene a los demandados, Mi Rancho en Ávila, S.L., D. Gaspar y D. Luis, de manera solidaria al pago de:
  - » 1. Royalties, cánones de publicidad y gastos de devolución que constan como impagados, en la cantidad de 61.585'71?
  - » 2. Indemnización por infracción e incumplimiento de contrato pactado, en total, 90.000?.
  - » 3. Indemnización por infracción de la obligación de devolución de los manuales de Know how, no retirar las Marcas, Elementos, y demás símbolos, métodos y componentes del sistema franquiciador, esto es, 90.000 ? más 12.000 ?, según el cálculo detallado en el cuerpo de este escrito y, siempre sin perjuicio de las cantidades que se sigan devengando a partir de la fecha límite del cálculo efectuado.
  - » 4. Intereses vencidos calculados según la Cláusula Octava del contrato, y por ello al interés legal del dinero incrementado en siete puntos sobre las cantidades adeudadas.
  - » 5. Las costas devengadas en este procedimiento».

2.- La demanda fue presentada el 17 de octubre de 2013 y, repartida al Juzgado de Primera Instancia 4 de Ávila, fue registrada con el núm. 862/2013. Una vez fue admitida a trámite, se procedió al emplazamiento de las partes demandadas.

3.- La procuradora D.<sup>a</sup> Teresa Jiménez Herrero, en representación de Mi Rancho en Ávila S.L., contestó a la demanda, solicitando su desestimación y la expresa condena en costas a la parte actora.

La Procuradora D.<sup>a</sup> Teresa Jiménez Herrero, en representación de D. Gaspar y D. Luis, contestó a la demanda, solicitando su desestimación y la expresa condena en costas a la parte actora.

4.- Tras seguirse los trámites correspondientes, el Magistrado-juez del Juzgado de Primera Instancia e Instrucción 4 de Ávila, dictó sentencia 49/2015 de 8 de abril, que desestimó la demanda y condenó a la parte actora al pago de las costas causadas.

### SEGUNDO.- *Tramitación en segunda instancia.*

1.- La sentencia de primera instancia fue recurrida en apelación por la representación de Food Service Project S.L. La representación de Mi Rancho en Ávila S.L. y de los codemandados D. Gaspar y D. Luis, se opusieron al recurso.

2.- La resolución de este recurso correspondió a la Sección Primera de la Audiencia Provincial de Ávila, que lo tramitó con el número de rollo 106/2015 y tras seguir los correspondientes trámites dictó sentencia 72/2015 de 17 de junio, en la que desestimó el recurso y condenó al recurrente al pago de las costas.

**TERCERO.- Interposición y tramitación del recurso extraordinario por infracción procesal y recurso de casación**

1.- La procuradora D.<sup>a</sup> Ana M.<sup>a</sup> Alfayate Jimeno, en representación de Food Service Project S.L. (antes Grupo Zena de Restaurantes S.A.), interpuso recurso extraordinario por infracción procesal y recurso de casación.

Los motivos del recurso extraordinario por infracción procesal fueron:

«Primero.- Al amparo del artículo 469.1.2<sup>o</sup> y 3<sup>o</sup> LEC , conforme a los artículos 209.4 y 216 de la Ley de Enjuiciamiento Civil por infracción de la jurisprudencia en cuanto al principio de congruencia de las sentencias, por vulneración de la doctrina sentada por el Tribunal Supremo entre otras en las sentencias de 12 de noviembre de 2009 , 10 de abril de 2002 , 20 de octubre de 2007 , 27 de junio de 2005 , 2 de julio de 2009 , 18 de marzo de 2010 , 16 de diciembre de 2010 , 6 de abril de 2011 , 14 de marzo de 2011 , 18 de julio de 2011 , 14 de septiembre de 2011 , 29 de octubre de 2011 y 18 de junio de 2012 ; o de la doctrina sentada por el Tribunal Constitucional en sentencias como las de 18 de abril de 2005 o 18 de junio de 2012 ».

«Segundo.- Al amparo del artículo 469.1.4<sup>o</sup> LEC , conforme al artículo 218.2 de la Ley de Enjuiciamiento Civil por infracción de las normas reguladoras de las sentencias, y de la jurisprudencia, por haber realizado una valoración ilógica y absurda de la prueba practicada. Vulneración de la doctrina sentada por el Tribunal Supremo entre otras en las sentencias de 31 de enero de 2011 , 28 de noviembre de 2008 , 8 de julio de 2009 y 10 de septiembre de 2009 entre otras».

«Tercero.- Al amparo del artículo 469.1.2<sup>o</sup> y 3<sup>o</sup> LEC , por infracción del artículo 218.2 de la Ley de Enjuiciamiento Civil y de la jurisprudencia por carecer de la motivación exigible en derecho, por vulneración de la doctrina sentada por el Tribunal Supremo entre otras en las sentencias de 12 de noviembre de 2009 y 29 de marzo de 2010 ».

Los motivos del recurso de casación fueron:

«Primero.- Al amparo del artículo 477.1 , 2-3<sup>o</sup> , y 3 LEC , por infracción de los artículos 1.154 , 1.255 y 1.258 del Código Civil , y la jurisprudencia que lo interpreta y complementa en cuanto a la moderación de las cláusulas penales en los contratos en caso de incumplimiento, por vulneración de la doctrina sentada por el Tribunal Supremo entre otras en las sentencias de 23 de octubre de 2006 , 12 de febrero de 1998 , 9 de octubre del 2000 , 5 de julio de 2006 , 14 de junio de 2006 , 15 de noviembre de 1999 y 18 de junio de 2015 ».

«Segundo.- Al amparo del artículo 477.1 , 2-3<sup>o</sup> , y 3 LEC , por infracción de la jurisprudencia respecto a la naturaleza jurídica de los contratos de adhesión, por vulneración del artículo 1.278 del Código Civil y de la doctrina sentada por el Tribunal Supremo entre otras en las sentencias de 30 de mayo de 1998 , 21 de marzo de 2003 y 18 de febrero de 2004 y ( sic) 24 octubre de 2007 ».

«Tercero.- Al amparo del artículo 477.1 , 2-3<sup>o</sup> , y 3 LEC , por infracción de la jurisprudencia respecto por error notorio en la interpretación de la prueba pericial y testifical, por vulneración de la doctrina sentada por el Tribunal 9 de febrero de 2006, de 7 de octubre de 2004, 23 de octubre de 2006 y 18 de diciembre de 2001 entre otras muchas».

«Cuarto.- Al amparo del artículo 477.1 , 2-3<sup>o</sup> , y 3 LEC , por infracción de la jurisprudencia en cuanto a teoría de las presunciones, ( artículos 385 y 386 LEC ) por doctrina sentada por el Tribunal Supremo en las sentencias de 25 de noviembre de 2005 , 10 de noviembre de 1994 o 24 de diciembre de 1994 ».

2.- Las actuaciones fueron remitidas por la Audiencia Provincial a esta Sala, y las partes fueron emplazadas para comparecer ante ella. Una vez recibidas las actuaciones en esta Sala y personadas ante la misma las partes por medio de los procuradores mencionados en el encabezamiento, se dictó auto de fecha 31 de enero de 2018, que admitió los recursos y acordó dar traslado a las partes recurridas personadas para que formalizaran su oposición.

3.- Mi Rancho en Ávila S.L., D. Gaspar y D. Luis se opusieron a los recursos extraordinario por infracción procesal y de casación.

4.- Al no solicitarse por todas las partes la celebración de vista pública, se señaló para votación y fallo el día 5 de julio de 2018, en que ha tenido lugar.

**FUNDAMENTOS DE DERECHO****PRIMERO.- Antecedentes del caso**

1.- El 25 de mayo de 2007 la demandante, Food Service Project S.L., como franquiciadora, y la demandada Mi Rancho en Ávila S.L., como franquiciada, celebraron un contrato de franquicia para la explotación de un establecimiento de restauración, en el que la primera autorizaba a la segunda el uso de la marca Foster's



Hollywood para el establecimiento de restauración en Ávila. En el contrato intervinieron, como avalistas de la franquiciada, D. Gaspar y D. Luis .

2.- El 16 de julio de 2013, la franquiciadora remitió a la franquiciada un burofax por el que daba por resuelto el contrato de franquicia con efectos desde el 26 de julio de 2013 por los incumplimientos de la franquiciada, consistentes en el impago de los royalties y cánones de publicidad.

3.- En octubre de 2013, la franquiciadora presentó una demanda contra la franquiciada y sus avalistas en la que solicitaba que se declarara que la resolución del contrato de franquicia había sido realizada conforme a Derecho y que se condenara de manera solidaria a los demandados a pagarle: 61.585,71 euros por los royalties, cánones de publicidad y gastos de devolución impagados; una indemnización de 90.000 euros, pactada en el contrato para el caso de infracción e incumplimiento de contrato; y una indemnización, también pactada en el contrato, por infracción de la obligación de devolución de los manuales de *know how* , no retirar las marcas, elementos, y demás símbolos, métodos y componentes del sistema franquiciador, de 90.000 euros más 12.000 euros, sin perjuicio de las cantidades que se siguieran devengando a partir de la fecha límite del cálculo efectuado, los intereses conforme al tipo previsto en el contrato, superior en siete puntos al interés legal del dinero, y las costas.

4.- El Juzgado de Primera Instancia desestimó la demanda. Consideró que no estaba acreditado que la franquiciadora hubiera cumplido íntegramente los deberes impuestos por el art. 62.3 de la Ley de Ordenación del Comercio Minorista , relativos a facilitar al franquiciado una información precontractual veraz. Dado que una parte del contrato no puede exigir a la otra el cumplimiento de sus obligaciones si no ha cumplido con las propias, la franquiciadora carece de legitimación para interesar la resolución contractual sobre la base de un incumplimiento de la contraparte, concluyó el juzgado.

5.- Food Service Project S.L. apeló la sentencia. La Audiencia Provincial desestimó el recurso. Consideró que, puesto que la franquiciadora no cumplió sus obligaciones de información precontractual establecidas en la Ley de Ordenación del Comercio Minorista, no podía alegar el incumplimiento de la otra parte para resolver el contrato conforme al art. 1124 del Código Civil .

6.- Food Service Project S.L. ha interpuesto contra la sentencia de la Audiencia Provincial un recurso extraordinario por infracción procesal, basado en tres motivos, y un recurso de casación, basado en cuatro motivos.

#### **Recurso extraordinario por infracción procesal**

##### **SEGUNDO.-** *Formulación del primer motivo del recurso extraordinario por infracción procesal*

1.- En el encabezamiento del primer motivo, por los cauces de los apartados 2.º y 3.º del art. 469.1 de la Ley de Enjuiciamiento Civil , se alega la infracción de los arts. 209.4 y 216 de la Ley de Enjuiciamiento Civil , porque la sentencia de la Audiencia Provincial vulnera la exigencia de congruencia.

2.- En el desarrollo del motivo se alega que la sentencia recurrida no resuelve la reclamación de los royalties debidos. Para justificar tal afirmación, reproduce un párrafo de la sentencia de la Audiencia Provincial en el que, al comparar el importe de las partidas reclamadas por no haber sido pagadas en su momento con el importe de las penalizaciones previstas en el contrato para los supuestos de incumplimiento de la franquiciada, refiere el primer concepto a la reclamación por "publicidad atrasada".

##### **TERCERO.-** *Decisión del tribunal. Desestimación del motivo*

1.- Este motivo del recurso extraordinario por infracción procesal no debió siquiera ser admitido. Además de las imprecisiones que se observan en la indicación del cauce pertinente del art. 469.1 de la Ley de Enjuiciamiento Civil y en la cita de normas de la Ley de Enjuiciamiento Civil que establecen la exigencia de congruencia, como cuestión previa, referida a la admisibilidad del motivo, la recurrente ni siquiera alega haber cumplido la exigencia de haber formulado oportunamente solicitud de subsanación del supuesto defecto, tal como exige el art. 469.2 de la Ley de Enjuiciamiento Civil , y que, cuando se trata de incongruencia omisiva, consiste en haber solicitado la subsanación de la omisión de pronunciamiento prevista en el art. 215.2 de la Ley de Enjuiciamiento Civil .

2.- En todo caso, el motivo carece manifiestamente de fundamento. Que la Audiencia Provincial, al comparar la desproporción entre el importe de lo adeudado por la franquiciada por haber dejado de abonar determinadas partidas devengadas durante la ejecución del contrato y el importe de las penalizaciones previstas para los diversos incumplimientos de la franquiciada, declarara que las partidas impagadas lo eran por "publicidad atrasada", sin hacer referencia a las demás partidas, es una mera imprecisión sin más trascendencia.

3.- La Audiencia Provincial ha desestimado completamente el recurso interpuesto por la franquiciadora contra la sentencia del Juzgado de Primera Instancia, y ha ratificado los fundamentos expresados en esta para desestimar la demanda. Es reiterada la jurisprudencia que declara que las sentencias desestimatorias, con excepciones que no son relevantes en el presente recurso, no incurren en incongruencia.

4.- Por tanto, el motivo ha de ser desestimado.

**CUARTO.-** *Formulación del segundo motivo del recurso extraordinario por infracción procesal*

1.- En el encabezamiento del segundo motivo, por el cauce del art. 469.1.4.º de la Ley de Enjuiciamiento Civil, se denuncia «conforme al artículo 218.2 de la Ley de Enjuiciamiento Civil por infracción de las normas reguladoras de las sentencias y de la jurisprudencia por haber realizado una valoración ilógica y absurda de la prueba practicada».

2.- En el desarrollo del motivo, la recurrente denuncia que «la sentencia realiza una interpretación de la prueba absolutamente arbitraria, ilógica y absurda» y realiza diversas consideraciones con relación a varios pasajes de la sentencia.

**QUINTO.-** *Decisión del tribunal. Improcedencia de acumular argumentos heterogéneos en un mismo motivo*

1.- El art. 218.2 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, «conforme» al cual la recurrente denuncia la infracción, se encuentra efectivamente entre las normas reguladoras de la sentencia. La infracción de estas normas ha de denunciarse a través del cauce del núm. 2.º del art. 469.1 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, pero no a través del cauce del núm. 4.º, como pretende la recurrente.

2.- El art. 218.2 de la Ley de Enjuiciamiento Civil no se infringe si se realiza una valoración ilógica y absurda de la prueba, puesto que las normas que regulan la valoración de la prueba no son normas reguladoras de la sentencia, como sí lo es el art. 218.2 de la Ley de Enjuiciamiento Civil. Es reiterada la jurisprudencia que declara que las normas procesales reguladoras de la sentencia comprenden el procedimiento para dictarla, la forma y el contenido de la sentencia y los requisitos internos de ella, pero no con carácter general las reglas y principios que deben observarse en la valoración de los distintos medios de prueba, las cuales constituyen premisas de carácter epistemológico o jurídico-institucional a las que debe ajustarse la operación lógica de enjuiciamiento necesaria para la resolución del asunto planteado.

3.- En el desarrollo del motivo, la recurrente mezcla argumentos heterogéneos.

Algunos de ellos no tienen que ver con la valoración probatoria, puesto que se refieren a consideraciones de naturaleza sustantiva, como son las relativas a la irrelevancia que para la Audiencia tiene el impago por la franquiciada del canon por publicidad pese a haber disfrutado de esta, a la incorrecta consideración por la Audiencia de cuál sea la naturaleza del deber de información del franquiciador al franquiciado o al valor de lo que la recurrente considera como «actos propios» de la franquiciada.

Otros argumentos expuestos por la recurrente critican la valoración de la prueba proponiendo una valoración alternativa, pero sin precisar la existencia de lo que pueda considerarse como un concreto error patente. Otros hacen referencia a argumentaciones consideradas ilógicas o arbitrarias. Y finalmente, otros argumentos imputan a la Audiencia «ignorancia» en el campo de las franquicias de restauración de comida rápida.

4.- Los recursos extraordinarios por infracción procesal y de casación se hallan sometidos a ciertas exigencias formales que se traducen, entre otras exigencias, en la necesidad de identificar correctamente la norma que se pretende infringida y en la imposibilidad de acumular por acarreo argumentos inconexos determinantes de la falta de la razonable claridad expositiva para permitir la individualización del problema jurídico planteado.

5.- Ello supone el rechazo de motivos, como es el caso del que aquí se resuelve, en los que se mezclan cuestiones de hecho y de derecho, sustantivas y procesales, o distintas infracciones, cuando son heterogéneas entre sí.

**SEXTO.-** *Formulación del tercer motivo*

1.- En el encabezamiento de este motivo, por los cauces de los núm. 2.º y 3.º de la Ley de Enjuiciamiento Civil, se denuncia la infracción del art. 218.2 de la Ley de Enjuiciamiento Civil porque la sentencia carece de la motivación exigible en derecho.

2.- En el desarrollo del motivo, la recurrente denuncia que la sentencia recurrida carece de la más elemental motivación, pues consiste en una serie de «comentarios» sin el más mínimo rigor jurídico.

**SÉPTIMO.-** *Decisión del tribunal. La motivación de las sentencias*



1.- Como recordábamos en las sentencias 662/2012, de 12 de noviembre , y 26/2017, de 18 de enero, el Tribunal Constitucional «ha venido declarando que la tutela judicial efectiva del art. 24.1 CE incluye el derecho a obtener de los órganos judiciales una respuesta razonada, motivada y congruente con las pretensiones oportunamente deducidas por las partes. La razón última que sustenta este deber de motivación reside en la sujeción de los jueces al Derecho y en la interdicción de la arbitrariedad del juzgador ( art. 117.1 CE ), cumpliendo la exigencia de motivación una doble finalidad: de un lado, exteriorizar las reflexiones racionales que han conducido al fallo, potenciando la seguridad jurídica, permitiendo a las partes en el proceso conocer y convencerse de la corrección y justicia de la decisión; de otro, garantizar la posibilidad de control de la resolución por los Tribunales superiores mediante los recursos que procedan, incluido el amparo. Por ello, nuestro enjuiciamiento debe circunscribirse a la relación directa y manifiesta entre la norma aplicable y el fallo de la resolución, exteriorizada en la argumentación jurídica; sin que exista un derecho fundamental a una determinada extensión de la motivación, cualquiera que sea su brevedad y concisión, incluso en supuestos de motivación por remisión ( SSTC 108/2001, de 23 de abril , y 68/2011, de 16 de mayo )».

De este modo, «deben considerarse suficientemente motivadas aquellas resoluciones que vengan apoyadas en razones que permitan invocar cuáles han sido los criterios jurídicos esenciales fundamentadores de la decisión, es decir, la *ratio decidendi* que ha determinado aquella» ( sentencias 294/2012, de 18 de mayo , y 736/2013, de 3 de diciembre ).

2.- En este caso, siendo cierto que la fundamentación de la Audiencia Provincial contiene algunas consideraciones irrelevantes para la decisión del litigio, es escueta en lo atinente a su *ratio decidendi* , y en buena parte consiste en la asunción tácita de lo resuelto en la primera instancia, sin embargo, tal motivación existe y permite conocer la razón de la desestimación del recurso de apelación y, consecuentemente, de la demanda.

La desestimación de la demanda se basa en una determinada consideración de la naturaleza y alcance del deber de información de la franquiciadora a la franquiciada previsto en el art. 62.3 de la Ley de Ordenación del Comercio Minorista (la sentencia de la Audiencia Provincial contiene una errata al consignar como precepto el art. 16.3 de dicha ley , precepto inexistente, pero en la sentencia de primera instancia, confirmada por la Audiencia, estaba correctamente citado el precepto legal) y en una interpretación de los arts. 1100 y 1124 del Código Civil conforme a la cual la franquiciadora no puede exigir el cumplimiento de las obligaciones a la parte contraria ni la resolución del contrato por el incumplimiento de la otra parte, si previamente no ha cumplido con sus propias obligaciones, lo que determinaría en este caso que la franquiciadora no podía exigir a la franquiciada el cumplimiento de las obligaciones que para esta resultan del contrato ni la resolución del contrato por incumplimiento de la franquiciada porque había incumplido el deber de información que le imponía el art. 62.3 de la Ley de Ordenación del Comercio Minorista .

### Recurso de casación

#### **OCTAVO.-** *Formulación del primer motivo del recurso de casación*

1.- En el encabezamiento de este motivo, la recurrente alega que se han infringido los arts. 1154 , 1255 y 1258 del Código Civil , y de la jurisprudencia que los interpreta, respecto de la moderación de las cláusulas penales en caso de incumplimiento.

2.- En el desarrollo del motivo se alega que la infracción se ha producido porque la sentencia recurrida ha resuelto no aplicar las penalizaciones previstas en el contrato porque ha considerado que las cantidades que se reclamaban por otros conceptos eran menores y ello determinaba que las penalizaciones eran abusivas.

#### **NOVENO.-** *Decisión del tribunal. Desestimación del motivo*

1.- Si bien es cierto que la sentencia tilda de «abusivas» las indemnizaciones por incumplimiento que la franquiciadora impuso a la franquiciada en el contrato, y las compara con la cantidad reclamada por las partidas a cuyo pago venía obligada la franquiciada en el normal cumplimiento del contrato, de importe muy inferior, no es esa la razón por la que desestima la demanda y no condena al pago de las indemnizaciones.

De haber sido esa la causa de la desestimación del recurso de apelación y, por tanto, de la demanda, no habría ninguna razón para desestimar la reclamación de los royalties, los cánones de publicidad y los gastos de devolución ni para desestimar la pretensión de resolución del contrato.

2.- La razón por la que tanto el Juzgado de Primera Instancia como la Audiencia Provincial, que asume la argumentación de la sentencia del Juzgado de Primera Instancia y la confirma, desestimaron la demanda fue que la franquiciadora incumplió el deber de informar a la franquiciada que le impone el art. 62.3 de la Ley de Ordenación del Comercio Minorista y que ese incumplimiento le impedía exigir a la franquiciada el cumplimiento de sus obligaciones contractuales y le impedía también instar la resolución del contrato.

**DÉCIMO.-** *Formulación del segundo motivo del recurso de casación*

- 1.- En el encabezamiento de este motivo, la recurrente denuncia la infracción del art. 1278 del Código Civil, respecto de la naturaleza de los contratos de adhesión.
- 2.- En el desarrollo del motivo se alega que la Audiencia Provincial considera que un contrato de adhesión es un contrato que no hay que cumplir.

**UNDÉCIMO.-** *Decisión del tribunal. Desestimación del motivo*

- 1.- De nuevo se plantea un motivo del recurso sobre una cuestión intrascendente, puesto que la Audiencia Provincial no basa la desestimación de la demanda en que el contrato de franquicia suscrito por las partes fuera un contrato de adhesión.
- 2.- Nos remitimos a lo expuesto en el fundamento de derecho anterior sobre cuál ha sido la razón por la que la Audiencia Provincial ha confirmado la desestimación de la demanda.

**DUODÉCIMO.-** *Desestimación de los motivos tercero y cuarto del recurso de casación porque no debieron ser admitidos*

- 1.- El motivo tercero denuncia la existencia de error notorio en la interpretación de la prueba pericial y testifical.
- 2.- El motivo no puede ser estimado no solo porque la enunciación del motivo carece de la cita de la norma infringida, sino porque además la cuestión planteada, de naturaleza estrictamente procesal, solo podría haberlo sido en el recurso extraordinario por infracción procesal.
- 3.- El motivo cuarto denuncia la infracción de la jurisprudencia sobre la «teoría de las presunciones ( artículos 385 y 386 LEC )».
- 4.- Ni la sentencia de la Audiencia Provincial recurre a las presunciones para fijar los hechos relevantes, ni la infracción de las normas que regulan las presunciones puede ser denunciada en el recurso de casación, pues solo puede serlo en el recurso extraordinario por infracción procesal.
- 5.- Ninguno de los motivos del recurso de casación formulados por la franquiciadora cuestiona adecuadamente las razones jurídicas por las que la demanda ha sido desestimada, que son fundamentalmente las relativas a la interpretación del art. 62.3 de la Ley de Ordenación del Comercio Minorista (desarrollado, en la fecha en que se firmó el contrato, por el art. 3 del Real Decreto núm. 2485/1998, de 13 de noviembre) y al alcance y naturaleza que debe darse al deber de información precontractual impuesto al franquiciador, y a la interpretación de los arts. 1100 y 1124 del Código Civil, y si los mismos justifican la imposibilidad de exigir, en supuestos como este, el cumplimiento de las obligaciones de la otra parte e impiden la resolución del contrato de modo que el franquiciado pueda seguir utilizando el *know how*, las marcas, emblemas, etc. del franquiciador sin abonar cantidad alguna.

**6.-** Hemos afirmado en la sentencia 344/2018, de 7 junio :

«Tiene declarado la sala, al decidir sobre la admisión de los recursos de casación, que debe combatirse en ellos únicamente los argumentos empleados para resolver las cuestiones objeto de debate que constituyan *ratio decidendi* (AA 30 de octubre y 4 de diciembre de 2007). Quedan excluidos los argumentos «*obiter*», a «mayor abundamiento» o «de refuerzo» (SSTS número 362/2011 de 7 de junio, y 327/2010, de 22 de junio, entre otras).

«La impugnación debe dirigirse contra la fundamentación de la resolución que tenga carácter decisivo o determinante del fallo, es decir, que constituya *ratio decidendi* (SSTS número 238/2007, de 27 de noviembre; número 1348/2007, de 12 de diciembre; número 53/2008 de 25 de enero; número 58/2008, de 25 de enero; número 597/2008, de 20 de junio, entre otras)»

- 7.- Como consecuencia de lo anterior, el recurso de casación debe ser desestimado sin que este tribunal pueda entrar a valorar la existencia de infracciones legales en la verdadera *ratio decidendi* de la sentencia recurrida, puesto que el recurso de casación no permite que el tribunal sustituya al recurrente en la identificación de las normas legales infringidas por la sentencia recurrida y en el desarrollo de la argumentación sobre cómo, por qué y en qué han sido infringidas o desconocidas las normas citadas.

**DECIMOTERCERO.-** *Costas y depósitos*

- 1.- De acuerdo con lo previsto en el artículo 398.1 en relación con el 394.1, ambos de la Ley de Enjuiciamiento Civil, las costas de los recursos extraordinario por infracción procesal y de casación deben ser impuestas a la recurrente.
- 2.- Procede acordar también la pérdida de los depósitos constituidos de conformidad con la disposición adicional 15.<sup>a</sup>, apartado 9, de la Ley Orgánica del Poder Judicial.



## FALLO

Por todo lo expuesto, en nombre del Rey y por la autoridad que le confiere la Constitución, esta sala ha decidido

1.º- Desestimar los recursos extraordinario por infracción procesal y de casación interpuestos por Food Service Project S.L., contra la sentencia 72/2015, de 17 de junio, dictada por la Sección Primera de la Audiencia Provincial de Ávila, en el recurso de apelación núm. 106/2015 .

2.º- Condenar a la recurrente al pago de las costas de los recursos extraordinario por infracción procesal y de casación, así como la pérdida de los depósitos constituidos.

Líbrese a la mencionada Audiencia la certificación correspondiente con devolución de los autos y rollo de apelación remitidos.

Notifíquese esta resolución a las partes e insértese en la colección legislativa.

Así se acuerda y firma.

FONDO DOCUMENTAL CENDOJ