



Roj: **STS 3191/2021 - ECLI:ES:TS:2021:3191**

Id Cendoj: **28079110012021100565**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **1**

Fecha: **28/07/2021**

Nº de Recurso: **3217/2018**

Nº de Resolución: **587/2021**

Procedimiento: **Recurso de casación**

Ponente: **PEDRO JOSE VELA TORRES**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

## **TRIBUNAL SUPREMO**

### **Sala de lo Civil**

#### **Sentencia núm. 587/2021**

Fecha de sentencia: 28/07/2021

Tipo de procedimiento: CASACIÓN

Número del procedimiento: 3217/2018

Fallo/Acuerdo:

Fecha de Votación y Fallo: 21/07/2021

Ponente: Excmo. Sr. D. Pedro José Vela Torres

Procedencia: AUD.PROVINCIAL DE BADAJOZ SECCION N. 3

Letrada de la Administración de Justicia: Ilma. Sra. Dña. M<sup>a</sup> Teresa Rodríguez Valls

Transcrito por: MAJ

Nota:

CASACIÓN núm.: 3217/2018

Ponente: Excmo. Sr. D. Pedro José Vela Torres

Letrada de la Administración de Justicia: Ilma. Sra. Dña. M<sup>a</sup> Teresa Rodríguez Valls

## **TRIBUNAL SUPREMO**

### **Sala de lo Civil**

#### **Sentencia núm. 587/2021**

Excmos. Sres.

D. Ignacio Sancho Gargallo

D. Rafael Sarazá Jimena

D. Pedro José Vela Torres

D. Juan María Díaz Fraile

En Madrid, a 28 de julio de 2021.

Esta sala ha visto el recurso de casación interpuesto por Distribuciones La Botica De Los Perfumes S.L., representada por el procurador D. Juan Luis García Luengo, bajo la dirección letrada de D. Francisco Javier Escudero Rubio, contra la sentencia núm. 100/2018, de 17 de mayo, dictada por la Sección 3.<sup>a</sup> de la Audiencia



Provincial de Badajoz, en el recurso de apelación núm. 146/2018, dimanante de las actuaciones de juicio ordinario núm. 566/2015 del Juzgado de Primera Instancia e Instrucción n.º 1 Mérida, sobre Derecho de la competencia y contrato de franquicia. Ha sido parte recurrida D.ª Sara , representada por la procuradora D.ª Paloma Ortiz-Cañavate Levenfeld y bajo la dirección letrada de D.ª Iris Franco Schmitt.

Ha sido ponente el Excmo. Sr. D. Pedro José Vela Torres.

## ANTECEDENTES DE HECHO

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

1.- El procurador D. Juan Luis García Luengo, en nombre y representación de Distribuciones La Botica De Los Perfumes S.L., interpuso demanda de juicio ordinario contra D.ª Sara , en la que solicitaba se dictara sentencia:

"por la que estimando esta demanda, se declare:

"1º.- Se declare la improcedencia de la pretendida resolución unilateral llevada a cabo por D.ª Sara del contrato de franquicia suscrito con Distribuciones La Botica De Los Perfumes, SL, en fecha 23 de abril de 2013.

"2º.- Se declare el incumplimiento de D.ª Sara del contrato de franquicia suscrito con mi representada de fecha 23 de abril de 2013 y por consiguiente se declare la resolución del referido contrato por incumplimiento de la demanda.

"3º.- Se condene a D.ª Sara al pago a Distribuciones La Botica De Los Perfumes SL, de la cantidad de 31.000 euros en concepto de penalización por incumplimiento del contrato de franquicia, más los intereses correspondientes desde la interpelación judicial.

"4.º- Condene a D.ª Sara al pago de las costas causadas en el presente procedimiento."

2.- La demanda fue presentada el 29 de septiembre de 2015 y repartida al Juzgado se registró con el núm. 566/2015. Una vez fue admitida a trámite, se procedió al emplazamiento de la parte demandada.

3.- La procuradora D.ª Cristina Catalán, en representación de D.ª Sara , contestó a la demanda mediante escrito en el que solicitaba la desestimación íntegra de la demanda, con expresa imposición de costas a la actora.

Igualmente formuló demanda reconvenional en la que solicitaba se dictara sentencia por la que:

· "Declare la nulidad radical, y absoluta del contrato de franquicia de 23 de abril de 2013 (y por extensión el precontrato de franquicia de 25 de febrero de 2013), suscrito por mi representada con la demandada en reconvenición DISTRIBUCIONES LA BOTICA DE LOS PERFUMES, así como de todos sus anexos y cláusulas adicionales existentes e incorporados a los mismos, y en consecuencia, apreciándose la concurrencia de causa torpe a la que es ajena mi principal, se ordene el cumplimiento de las consecuencias establecidas en el art. 1306 punto 2º del Código Civil, se condene a dicha mercantil a restituir a mi mandante la cantidad de 29.692,67 euros, más los intereses legales desde la fecha de cada uno de los pagos efectuados por mi principal hasta su efectiva devolución. Todo ello con expresa imposición de costas a la parte demandada en reconvenición.

· Subsidiariamente, se declare la anulabilidad del contrato de franquicia de 23 de abril de 2013 (y por extensión el precontrato de franquicia de 25 de febrero de 2013), suscrito por mi representada con la demandada en reconvenición DISTRIBUCIONES LA BOTICA DE LOS PERFUMES, así como de todos sus anexos y cláusulas adicionales existentes e incorporados a los mismos, y en consecuencia, apreciándose la concurrencia de causa torpe a la que es ajena mi principal, se ordene el cumplimiento de las consecuencias establecidas en el art. 1306 punto 2º del Código Civil, y se condene a dicha mercantil a restituir a mi mandante la cantidad de 29.692,67 euros, más los intereses legales desde la fecha de cada uno de los pagos efectuados por mi principal hasta su efectiva devolución. Todo ello con expresa imposición de costas a la parte demandada en reconvenición.

· Subsidiariamente, se declare bien resuelto por mi principal, en fecha 20 de febrero de 2015, el contrato de franquicia 23 de abril de 2013 (y por extensión el precontrato de franquicia de 25 de febrero de 2013), suscrito por mi representada con la demandada en reconvenición DISTRIBUCIONES LA BOTICA DE LOS PERFUMES, así como de todos sus anexos y cláusulas adicionales existentes e incorporadas a los mismos, por incumplimiento de ésta, con resarcimiento de daños y abono de intereses, que se concretan en la devolución a la actora de la suma invertida 29.692,67 euros, más los intereses legales de dicha suma desde la fecha de cada uno de los pagos efectuados por mi principal hasta su efectiva devolución. Todo ello con expresa imposición de costas a la parte demanda en reconvenición."



4.- La representación de Distribuciones La Botica De Los Perfumes S.L. contestó a la demanda reconvenional mediante escrito en el que solicitaba:

"[...] dictar sentencia por la que se desestime la demanda reconvenional, absolviendo a DISTRIBUCIONES LA BOTICA DE LOS PERFUMES, SL de todos los pedimentos contra la misma y condenando en su consecuencia a D.<sup>a</sup> Sara a todos los pedimentos contenidos en el suplico de la demanda principal, con expresa imposición de las costas de la litis a la contraria demandada reconviniente"

5.- Tras seguirse los trámites correspondientes, el juez de Primera Instancia n.º 1 de Mérida dictó sentencia n.º 14/2018, de 26 de enero, con la siguiente parte dispositiva:

"ESTIMO ÍNTEGRAMENTE la demanda interpuesta por el Procurador D. Juan Luis García Luengo, actuando en nombre y representación de DISTRIBUCIONES LA BOTICA DE LOS PERFUMES, S.L, frente a D.<sup>a</sup> Sara y, en consecuencia;

"1. - DECLARO improcedente la resolución unilateral de fecha 20 de febrero de 2015 llevada a cabo por la demandada del contrato de franquicia de fecha 23 de abril de 2013 suscrito entre las partes.

"2.- DECLARO resuelto el contrato de franquicia que unía a las partes desde la fecha de la interpelación judicial -29 de septiembre de 2015- por el incumplimiento contractual imputable a la demandada.

"3. - CONDENO a D.<sup>a</sup> Sara a abonar a la parte actora la cantidad de TREINTA Y UN MIL EUROS (31.000 euros) como penalización por incumplimiento contractual, a razón de 1.000 por cada mes del contrato que quedaba por cumplir, más los intereses legales desde la fecha de la interpelación judicial.

"DESESTIMO ÍNTEGRAMENTE la demanda reconvenional interpuesta por la Procuradora D.<sup>a</sup> Cristina Catalán, actuando en nombre y representación de D.<sup>a</sup> Sara , frente a DISTRIBUCIONES LA BOTICA DE LOS PERFUMES, S.L., y, en consecuencia, absuelvo a la demandada de todos los pedimentos realizados en su contra.

"Desde la fecha de la sentencia hasta su completo pago se devengarán los intereses de mora procesal del art. 576.1 LEC.

"Todo ello con expresa condena en costas a la parte demandada".

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

1.- La sentencia de primera instancia fue recurrida en apelación por la representación de D.<sup>a</sup> Sara .

2.- La resolución de este recurso correspondió a la sección 3.<sup>a</sup> de la Audiencia Provincial de Badajoz, que lo tramitó con el número de rollo 146/2018 y tras seguir los correspondientes trámites, dictó sentencia en fecha 17 de mayo de 2018, cuya parte dispositiva establece:

"Que debemos estimar y estimamos el recurso de apelación formulado contra la Sentencia dictada por el Juzgado de Primera Instancia N° 1 de Mérida de fecha 26-I-2018 (autos 146/2018), revocándola y, estimando la demanda reconvenional formulada declaramos la nulidad radical del contrato de franquicia de 23 de abril de 2013 (y por extensión el precontrato de franquicia de 25 de febrero de 2013), suscrito por las partes, así como de todos sus anexos y cláusulas adicionales existentes e incorporados a los mismos, y en consecuencia, apreciándose la concurrencia de causa torpe a la que es ajena la demandada, se condena a la entidad actora a restituir a la demandada la cantidad de 29.692,67 euros, más los intereses legales desde la fecha de cada uno de los pagos efectuados hasta su efectiva devolución, con imposición de las costas de la primera instancia a la parte demandante, tanto de la demanda principal como de la reconvenición y sin que haya lugar a imponer las costas de la segunda instancia a ninguna de las partes, procediendo la devolución a la apelante de la cantidad consignada para recurrir".

#### **TERCERO .-** *Interposición y tramitación del recurso de casación*

1.- El procurador D. Juan Luis García Luengo, en representación de Distribuciones La Botica De Los Perfumes S.L., interpuso recurso de casación.

Los motivos del recurso de casación fueron:

"Primero.- En virtud de lo dispuesto en el art. 477.2.3º LEC, por interés casacional, por indebida aplicación del art. 101.1 del TFUE (antiguo art. 81 del TCE), art. 1.1.a de la Ley de Defensa de la Competencia, en relación con el art. 6.3 del Código Civil.

"Segundo.- Al amparo del art. 477.2.3 de la LEC, por interés casacional, se denuncia la aplicación indebida al caso del art. 1.306.2 del Código Civil, y en, consecuente, infracción por inaplicación del art. 1.303 del Código Civil".



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 la Sala y personadas las partes por medio de los procuradores mencionados en el encabezamiento, se dictó auto de fecha 7 de abril de 2021, cuya parte dispositiva es como sigue:

"Admitir el recurso de casación interpuesto por la sociedad mercantil Distribuciones La Botica de los Perfumes, SL, presentó escrito de interposición de recurso de casación contra la sentencia de fecha 17 de mayo de 2018, dictada por la Audiencia Provincial de Badajoz (Sección 3.ª, con sede en Mérida), en el rollo de apelación n.º 146/2018, dimanante de juicio ordinario n.º 566/2015 del Juzgado de Primera Instancia n.º 1 de Mérida".

3.- Se dio traslado a la parte recurrida para que formalizara su oposición, lo que hizo mediante la presentación del correspondiente escrito.

4.- Al no solicitarse por las partes la celebración de vista pública, se señaló para votación y fallo el 21 de julio de 2021, en que tuvo lugar.

## FUNDAMENTOS DE DERECHO

### PRIMERO.- *Resumen de antecedentes*

1.- El 25 de febrero de 2013, la empresa Distribuciones la Botica de los Perfumes S.L. (en adelante, La Botica) y Dña. Sara suscribieron un precontrato de franquicia. Y el 23 de abril siguiente firmaron un contrato de franquicia con la finalidad de que la Sra. Sara desempeñara una franquicia de la demandante en un establecimiento abierto al público en Mataró.

2.- El 20 de febrero de 2015 la Sra. Sara comunicó a La Botica su intención de resolver unilateralmente el contrato. Las partes no se pusieron de acuerdo sobre los términos de la resolución.

3.- La Botica formuló una demanda contra la Sra. Sara en la que solicitó que: (i) se declarase improcedente la resolución unilateral pretendida por la demandada; (ii) se declarase resuelto el contrato por incumplimiento de la franquiciada; y (iii) se condenara a la demandada a indemnizar a la franquiciadora en la suma de 31.000 €.

4.- La demandada se opuso a la demanda y solicitó su desestimación; y formuló reconvencción contra la demandante, en la que solicitó, entre otros pedimentos, que se declarase nulo el contrato por contener una cláusula ilícita de fijación de precios.

5.- La sentencia de primera instancia estimó íntegramente la demanda y desestimó la reconvencción.

6.- El recurso de apelación de la demandada fue estimado por la Audiencia Provincial, que revocó la sentencia de primera instancia, desestimó la demanda y estimó la reconvencción. En lo que ahora importa, consideró probado que el franquiciador fijaba unilateralmente los precios de los productos, sin garantizar el margen comercial de la franquiciada; así como que el franquiciador conocía la ilicitud de dicha conducta.

7.- La Botica ha interpuesto un recurso de casación.

### SEGUNDO.- *Primer motivo de casación. Fijación de precios en el contrato de franquicia*

#### *Planteamiento:*

1.- El primer motivo de casación denuncia la infracción de los arts. 101 TFUE (antiguo art. 81 TCE) y 1 de la Ley de Defensa de la Competencia (LDC), en relación con el art. 6.3 CC. Cita como infringidas las sentencias de esta sala 67/2018, de 7 de febrero; 764/2014, de 13 de enero de 2015; y 699/2015, de 17 de diciembre.

2.- En el desarrollo del motivo, la parte recurrente argumenta, resumidamente, que la sentencia impugnada infringe los mencionados preceptos al no aplicar una exención individual, en particular porque los precios no eran impuestos, sino únicamente recomendados.

#### *Decisión de la Sala:*

1.- El motivo hace supuesto de la cuestión y pretende alterar la base fáctica de la sentencia recurrida, porque parte de la afirmación de que únicamente hubo recomendación de precios y no imposición o fijación, que es lo que declara probado la Audiencia Provincial. Por esta razón no resulta aplicable la jurisprudencia que invoca, pues en las sentencias citadas (dictadas en relación con contratos de abanderamiento y suministro de combustible y no de franquicia) se constató que lo que se había pactado era la recomendación de precios de venta máximos, con un margen de aplicación por parte del distribuidor.



2.- Como recordó la sentencia 567/2009, de 30 de julio, con cita de la STJCE de 28 de enero de 1986 (*Pronuptias*), si en un contrato de franquicia hay imposición de precios, dicha conducta se considera restrictiva de la competencia.

El art. 4 a) del Reglamento (UE) 330/2010, de la Comisión, de 20 de abril de 2010, relativo a la aplicación del artículo 101, apartado 3, del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea a determinadas categorías de acuerdos verticales y prácticas concertadas, en línea con lo ya previsto en el Reglamento único de exención 2790/1999, de 22 de diciembre, establece como una de las restricciones graves de la competencia la "restricción de la facultad del comprador de determinar el precio de venta". Pero lo hace "sin perjuicio de que el proveedor pueda imponer precios de venta máximos o recomendar un precio de venta, siempre y cuando éstos no equivalgan a un precio de venta fijo o mínimo como resultado de presiones o incentivos procedentes de cualquiera de las partes".

Es por ello que, en relación con la nulidad de los acuerdos por fijación directa o indirecta de los precios de venta [ art. 81.1º a), TCE; actual art. 101.1 a) TFUE], declaramos en la sentencia 236/2012, de 10 de abril:

"[...] no es cierto que el mero hecho de fijar precios a un empresario económico independiente infringiera el art. 81 del Tratado CE (hoy art. 101 TFUE). Muy al contrario, la ya citada STJUE 2-4-2009, matizando lo declarado en la STJUE 11-9-2008, acordó que las cláusulas contractuales relativas a los precios de venta al público podían acogerse a la exención tanto del Reglamento nº 1984/83 como del Reglamento nº 2790/99 "si el proveedor se limita a imponer un precio de venta máximo o a recomendar un precio de venta y si, por lo tanto, el revendedor tiene una posibilidad real de determinar el precio de venta al público".

3.- Es decir, para que pueda operar la exención, debe tratarse únicamente de recomendación o imposición de un precio máximo (en el sentido de que haya margen) pero no cuando hay fijación de precios en sentido estricto. Y no ha sido objeto de debate en la instancia que la afectación de mercado sea poco significativa, o que quepa la aplicación de una regla *de minimis*, por lo que tales cuestiones no pueden ser estudiadas *ex novo* en casación. Tampoco cabe pronunciamiento alguno sobre la procedencia de una nulidad parcial y no total, porque esa cuestión no ha sido traída a colación en el recurso de casación.

4.- En consecuencia, este primer motivo de casación debe ser desestimado.

**TERCERO.- Segundo motivo de casación. Consecuencias de la nulidad**

*Planteamiento:*

1.- El segundo motivo de casación denuncia la infracción del art. 1306.2 CC y la inaplicación del art. 1303 CC. Considera infringidas las sentencias 567/2009, de 30 de julio; 270/2017, de 4 de mayo; y 716/2016, de 30 de noviembre.

2.- En el desarrollo del motivo, la parte recurrente alega, resumidamente, que la sentencia recurrida contradice la jurisprudencia de esta sala, especialmente la contenida en la mencionada sentencia 567/2009, por cuanto el efecto propio de la nulidad contractual es la restitución de las prestaciones. Ni la causa de nulidad es torpe, en su sentido estricto de inmoral, ni el franquiciador actuó con un propósito dañino o malicioso. El desembolso inicial que hizo en su día la franquiciada fue recuperado con creces e incluso una parte significativa de los bienes propios del negocio los ha podido reutilizar en su nuevo negocio.

*Decisión de la Sala:*

1.- Como regla general, la jurisprudencia de esta sala niega la procedencia de la aplicación del art. 1306.2 CC a la nulidad de los contratos como consecuencia de infracciones de normas reguladoras de la competencia y aplica la previsión genérica sobre restitución recíproca de las prestaciones del art. 1303 CC ( sentencias 763/2014, de 12 de enero de 2015; 162/2015, de 31 de marzo; 762/2015, de 30 de diciembre; 67/2018, de 7 de febrero; y 135/2018, de 8 de marzo).

Esta doctrina se aplica fundamentalmente en supuestos en que no hay un solo contrato, sino lo que venimos denominando un entramado contractual, compuesto por varias relaciones negociales entrelazadas, respecto del cual sería desmesurado aplicar una regla de irrepitibilidad (*nemo potest propriam turpitudinem allegare*) que afectara al conjunto de las prestaciones independientes pero coligadas.

2.- No obstante, la excepción a la regla de la irrepitibilidad también puede aplicarse a un caso como el enjuiciado, en que hubo una única relación contractual, tanto conforme a la jurisprudencia comunitaria, como a la nacional.

En la jurisprudencia comunitaria, la STJCE de 20 de septiembre de 2001, C-453/99, *Courage*, estableció que, si bien la norma es que quien crea la distorsión de la competencia deba indemnizar los daños y perjuicios causados a la parte contraria, no es contrario al Derecho comunitario que se establezca una excepción en



aquellos casos en que la contraparte también haya contribuido con su actuación a la restricción o falseamiento de la competencia.

Y en nuestra propia jurisprudencia, la antes citada sentencia 567/2009, de 30 de julio, abordó este mismo problema en el ámbito de un contrato de franquicia con imposición de precios por el franquiciador. Y concluyó que en estos casos no es aplicable el art. 1306.2 CC, sino el art. 1303 CC, porque:

"ni la causa de nulidad apreciada tiene la condición de torpe, en su sentido estricto de inmoral, ni ha existido un propósito dañino o malicioso por parte de la franquiciante. La aplicación de la normativa del art. 1.306 CC con el efecto de "dejar las cosas como están" sería claramente injusta, y máxime si se tiene en cuenta que a ambas partes les es imputable en la misma medida consensual la consignación de la cláusula, y conllevaría un claro enriquecimiento injusto para una de ellas".

**3.-** En este caso se dan las mismas circunstancias que en el enjuiciado por la sentencia 567/2009, de 30 de julio, por lo que las conclusiones deben ser también las mismas. La franquiciada consintió al suscribir el contrato y durante la vigencia de la relación contractual la fijación de precios y nada opuso sobre dicha cuestión hasta que sus discrepancias económicas con el franquiciador dieron lugar a la ruptura de dicha relación.

**4.-** En su virtud, este segundo motivo de casación debe ser estimado, y al asumir la instancia, debemos ordenar la restitución recíproca de las prestaciones, conforme al art. 1303 CC, por lo que las partes deberán devolverse mutuamente las cosas que fueron objeto del contrato con sus frutos, y el precio con los intereses desde su pago.

#### **CUARTO.- Costas y depósitos**

**1.-** La estimación en parte del recurso de casación conlleva que no proceda hacer expresa imposición de las costas causadas por el mismo, según previene el art. 398.2 LEC.

**2.-** La estimación del recurso de casación supone la estimación en parte del recurso de apelación, por lo que tampoco procede hacer expresa imposición de sus costas, a tenor del mismo art. 398.2 LEC.

**3.-** La estimación del recurso de apelación ha supuesto la desestimación de la demanda y la estimación en parte de la reconvencción, por lo que deben imponerse a la demandante las costas de la demanda ( art. 394.1 LEC) y no hacer expresa imposición de las costas de la reconvencción ( art. 394.2 LEC).

**4.-** Procede acordar también la devolución de los depósitos constituidos para los recursos de apelación y casación, de conformidad con la disposición adicional 15ª, apartado 8, LOPJ.

#### **FALLO**

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

**1.º-** Estimar en parte el recurso de casación interpuesto por Distribuciones La Botica de los Perfumes S.L. contra la sentencia núm. 100/2018, de 17 de mayo, dictada por la Audiencia Provincial de Badajoz, Sección 3ª, en el recurso de apelación núm. 146/2018, que casamos en parte, en el sentido de sustituir la condena únicamente a la demandante a la restitución de las prestaciones, por la orden de restitución recíproca de las prestaciones, por lo que las partes deberán devolverse mutuamente las cosas que fueron objeto del contrato con sus frutos, y el precio con los intereses desde su pago.

**2.º-** Imponer a la demandante las costas causadas por la demanda y no hacer expresa imposición de las causadas por la reconvencción.

**3.º-** No hacer expresa imposición de las costas causadas por los recursos de apelación y casación y ordenar la devolución de los depósitos constituidos para su formulación.

Líbrese al mencionado tribunal la certificación correspondiente, con devolución de los autos y del rollo de Sala. Y comuníquese esta sentencia a la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia ( arts. 16.3 LDC y 212.3 LEC) .

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

Así se acuerda y firma.