



Roj: **STS 3755/2005** - ECLI: **ES:TS:2005:3755**

Id Cendoj: **28079110012005100442**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **1**

Fecha: **10/06/2005**

Nº de Recurso: **78/1999**

Nº de Resolución: **458/2005**

Procedimiento: **CIVIL**

Ponente: **JESUS EUGENIO CORBAL FERNANDEZ**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

## **SENTENCIA**

En la Villa de Madrid, a diez de Junio de dos mil cinco.

Vistos por la Sala Primera del Tribunal Supremo, integrada por los Magistrados al margen indicados, los recursos de casación interpuestos respecto la Sentencia dictada en grado de apelación por la Audiencia Provincial de La Rioja, como consecuencia de Autos de Juicio Declarativo de Menor Cuantía seguidos ante el Juzgado de Primera Instancia Número Siete de Logroño; cuyos recursos fueron interpuestos por D<sup>a</sup>. Carmen , representada por el Procurador D. Manuel Infante Sánchez y D. Esteban y D. Carlos Manuel , representados por el Procurador D. José Granados Weill, posteriormente sustituido por el Procurador D. Luis Fernando Granados Bravo.

## **ANTECEDENTES DE HECHO**

PRIMERO.- 1.- La Procurador D<sup>a</sup>. María del Pilar Dufol Pallares, en nombre y representación de D. Esteban y D. Carlos Manuel , interpuso demanda de juicio de menor cuantía ante el Juzgado de Primera Instancia Número Siete de Logroño, siendo parte demandada D<sup>a</sup>. Carmen , alegando los hechos y fundamentos de derecho que estimó de aplicación para terminar suplicando al Juzgado dictase en su día Sentencia "por la que: 1º.- Declarando resuelto el contrato de permuta celebrado entre la demandada y los actores, Don Carlos Manuel y D. Esteban , condene a D<sup>a</sup>. Carmen a indemnizar a aquellos los daños y perjuicios causados, debiendo comprender dicha indemnización el daño emergente, que se fije en la cuantía de 8.014.338 pesetas, así como el lucro cesante, cuyo importe será fijado en el periodo probatorio o en ejecución de sentencia. 2º.- Alternativamente, y si se considera existente una simple promesa de contrato, declarar resuelto el contrato de promesa bilateral de permuta suscrito entre los actores y la demandada, condenando a D<sup>a</sup>. Carmen a indemnizar a aquellos los daños y perjuicios causados, debiendo comprender dicha indemnización tanto el daño emergente, que se fija en la cuantía de 8.014.338, como el lucro cesante, cuyo importe será fijado en el periodo probatorio o en ejecución de sentencia. 3º.- En ambos casos, con la expresa imposición de las costas judiciales a la demandada."

2.- La Procurador D<sup>a</sup>. Teresa Zuazo Cereceda, en nombre y representación de D<sup>a</sup>. Carmen , contestó a la demanda alegando los hechos y fundamentos de derecho que estimó de aplicación para terminar suplicando al Juzgado dictase en su día Sentencia "desestimando íntegramente la demanda, con expresa imposición de costas a los actores."

3.- Recibido el pleito a prueba, se practicó la que propuesta por las partes fue declarada pertinente. Unidas a los autos, las partes evacuaron el trámite de resumen de prueba en sus respectivos escritos. El Juez de Primera Instancia Número Siete de Logroño, dictó Sentencia con fecha 18 de septiembre de 1.997 , cuya parte dispositiva es como sigue: "FALLO: QUE ESTIMANDO, COMO ESTIMO, parcialmente, la demanda interpuesta por la Procuradora de los Tribunales Doña María Pilar Dufol Pallarés, en nombre y representación de Don Esteban y Don Carlos Manuel , contra Doña Carmen , debo declarar y declaro resuelto el contrato verbal de permuta suscrito por ambas partes, por incumplimiento de la demandada, debiendo de indemnizar esta última, a los demandantes, en concepto de daños y perjuicios sufridos, en la cantidad de ocho millones catorce



mil trescientas treinta y ocho pesetas (8.014.338 pesetas). Debiendo abonar cada parte las costas procesales causadas a su instancia, y las comunes por mitad."

SEGUNDO.- Interpuestos recursos de apelación respecto la anterior resolución por las representaciones respectivos de D<sup>a</sup>. Carmen y D. Esteban y D. Carlos Manuel , la Audiencia Provincial de La Rioja, dictó Sentencia con fecha 2 de diciembre de 1.998, cuya parte dispositiva es como sigue: "FALLAMOS: Que debemos desestimar y desestimamos parcialmente los recursos de apelación interpuestos por la demandada D<sup>a</sup>. Carmen y los actores D. Esteban y D. Carlos Manuel , contra la sentencia dictada por el Juzgado de Primera Instancia número 7 de Logroño, en Juicio de Menor Cuantía número 50/97 , sobre resolución de contrato, y del que trae causa el presente rollo de apelación número 624/97, revocamos dicha sentencia, también parcialmente, en el sentido de estimar la indemnización por daño emergente en 1.398.311 pts., sin perjuicio de acreditarse en periodo de ejecución de sentencia el lucro cesante, reclamado, manteniendo la sentencia en cuanto al resto de los pronunciamientos. Todo ello sin llevar a cabo una expresa condena en cuanto a las costas causadas en esta alzada."

TERCERO.- 1.- El Procurador D. Manuel Infante Sánchez, en nombre y representación de D<sup>a</sup>. Carmen , interpuso recurso de casación respecto la Sentencia dictada por la Audiencia Provincial de La Rioja de fecha 2 de diciembre de 1.998 , con apoyo en los siguientes motivos, MOTIVOS DEL RECURSO: PRIMERO.- Al amparo del número 4º del art. 1.692 de la LEC de 1.881 , se alega infracción de los arts. 1.254, 1.258, 1.261 y 1.262 del Código Civil . SEGUNDO.- Bajo el mismo ordinal se alega infracción por aplicación indebida del art. 1.282 del Código Civil . TERCERO.- Bajo el mismo ordinal se alega infracción de los arts. 1.262 y 1.282 del Código Civil .

2.- El Procurador D. José Granados Weill, en representación de D. Esteban y D. Carlos Manuel , interpuso recurso de casación respecto la Sentencia dictada por la Audiencia Provincial de La Rioja de fecha 2 de diciembre de 1.998 , con apoyo en los siguientes motivos, MOTIVOS DEL RECURSO: PRIMERO.- Al amparo del número 4º del art. 1.692 de la LEC de 1.881, se alega infracción del art. 1.124 del Código Civil en relación con el art. 1.106 del mismo Texto Legal . SEGUNDO.- Bajo el mismo ordinal se alega infracción del art. 523 de la Ley de Enjuiciamiento Civil .

3.- Admitidos los recursos y evacuando el traslado, los Procuradores D. Manuel Infante Sánchez y D. José Granados Weill, en sus respectivas representaciones, presentaron sendos escritos de impugnación al recurso formulado de contrario.

4.- No habiéndose solicitado por todas las partes la celebración de vista pública, se señaló para votación y fallo el día 27 de mayo de 2.005, en que ha tenido lugar.

Ha sido Ponente el Magistrado Excmo. Sr. D. JESÚS CORBAL FERNÁNDEZ

## FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Por Dn. Esteban y Dn. Carlos Manuel se dedujo demanda contra Dña. Carmen en la que solicitan: 1º. Se declare resuelto el contrato de permuta celebrado entre la demandada y los actores, y se condene a la Sra. Carmen a indemnizar a los actores los daños y perjuicios causados, debiendo comprender dicha indemnización el daño emergente, que se fija en la cuantía de 8.014.338 pts., así como el lucro cesante, cuyo importe será fijado en el periodo probatorio o en ejecución de sentencia; y, 2º. Alternativamente, y si se considera existente una simple promesa de contrato, declarar resuelto el contrato de promesa bilateral de permuta suscrito entre los actores y la demandada, condenando a Dña. Carmen a indemnizar a los actores los daños y perjuicios causados, debiendo comprender dicha indemnización tanto el daño emergente, que se fija en la cuantía de 8.014.338, como el lucro cesante, cuyo importe será fijado en el periodo probatorio o en ejecución de Sentencia.

La Sentencia del Juzgado de 1ª Instancia nº 7 de los de Logroño de 18 de septiembre de 1.997, dictada en los autos de juicio de menor cuantía nº 50 de 1.997 , estimó parcialmente la demanda declarando resuelto el contrato verbal de permuta suscrito por los litigantes por incumplimiento de la demandada y se condena a ésta a indemnizar a los actores la cantidad de 8.014.338 pts. La sentencia aprecia la existencia del contrato verbal y del incumplimiento de la demandada Sra. Carmen , y estima acreditada la cantidad reclamada por gastos abonados por los demandantes en las diferentes operaciones realizadas en relación con el contrato de permuta, declarando que no se probó la existencia de lucro cesante y mucho menos su cuantía.

La Sentencia de la Audiencia Provincial de 2 de diciembre de 1.998, recaída en el Rollo nº 624 de 1.997 , estima parcialmente los recursos de apelación de ambas partes, y al efecto modifica la resolución recurrida en el sentido de reducir la indemnización por daño emergente a 1.398.311 pts., y acordar la remisión a ejecución de sentencia del lucro cesante -"sin perjuicio de acreditarse en periodo de ejecución de sentencia el lucro cesante" [sic]-.



Contra dicha resolución se formularon dos recursos de casación. El de Dña. Carmen se articula en tres motivos, y el de Dn. Esteban y Dn. Carlos Manuel en dos, todos ellos al amparo del nº 4º del art. 1.692 LEC .

#### RECURSO DE CASACIÓN DE DOÑA Carmen

SEGUNDO.- En el primer motivo del recurso se denuncia la infracción de los arts. 1.254, 1.258, 1.261 y 1.262 del Código Civil. El núcleo de la controversia se plantea en torno a dos posiciones antitéticas, a saber: la de los actores que afirman la existencia de un contrato verbal de permuta de un solar propiedad de la Sra. Carmen sito en Alberite (La Rioja) a cambio de obra y una cantidad de dinero, el cual consideran incumplido por la mencionada propietaria, y la de ésta, Dña. Carmen , la cual sostiene, en esencia, que no existió contrato verbal de permuta sino que inicialmente hubo un encargo a Dn. Carlos Manuel para la venta del solar a terceros y posteriormente unas conversaciones para la transmisión del solar a unas personas presentadas por aquel, que resultaron ser él mismo y Dn. Esteban , conversaciones que concluyeron sin acuerdo, por lo que el contrato no se celebró, y por consiguiente no pudo haber el incumplimiento contractual denunciado en la demanda.

Las Sentencias de instancia afirman la existencia del contrato verbal de permuta -permuta de solar por prestación subordinada de obra y dinero-, y el motivo pretende se deje sin efecto tal decisión.

El motivo se desestima,

La apreciación de la resolución recurrida se fundamenta en la prueba documental, complementada por testifical y la actividad inequívoca de las partes, y tal tipo de valoración constituye función soberana de los tribunales de instancia. La estimación de existencia de consentimiento contractual es una cuestión de hecho que sólo cabe revisar en casación mediante la denuncia de error en la valoración probatoria con cita de la norma legal de prueba que se considera infringida, cuyo carácter no tiene ninguno de los preceptos expresados en el enunciado del motivo.

Las alegaciones del motivo carecen de consistencia porque no se plantea error en la valoración probatoria; no cabe contemplar en casación hechos que contradicen las apreciaciones fácticas de la resolución recurrida sin obtener previamente su fijación por la vía procesal adecuada, pues, en otro caso, se incurre en el defecto casacional de hacer supuesto de la cuestión; igualmente supone incidir en petición de principio la pretensión de que sólo hubo unos tratos preliminares, cuando por la resolución recurrida se declara existente el pleno consentimiento contractual, es decir, el concurso -"cum sentire"- de la oferta y la aceptación sobre la cosa y la causa que constituyen el contrato ( art. 1.262, párrafo primero, CC ); y, finalmente, carecen de fundamento las alegaciones consistentes, por un lado, en que para concertar el contrato de permuta a cambio de obra es prácticamente indispensable su formalización por escrito para prestar el consentimiento, porque en nuestro derecho contractual rige el sistema de libertad de forma ( arts. 1.278 a 1.280 CC ), salvo precepto específico que la exija, que no es el caso; y, por otro lado, en que se contradice el art. 1.459.2 CC dado que [se afirma] el Sr. Carlos Manuel era un mediador en la venta a terceros del inmueble y dicho precepto prohíbe a los mandatarios la compra de los bienes cuya enajenación tuvieren encomendada, alegación que, además de ser improcedente en el contexto del motivo, es insostenible pues nada impide al que quiere vender una cosa hacerlo al agente a quien había encargado su venta, pues la norma invocada únicamente veda el autocontrato sin autorización.

TERCERO.- En el segundo motivo del recurso se denuncia la infracción del art. 1.282 del Código Civil por aplicación indebida. Se alega en el cuerpo del motivo que la Sentencia analiza los actos coetáneos y posteriores de las partes para afirmar el consentimiento contractual, y no tiene en cuenta: que el art. 1.282 CC presupone la existencia del contrato y no puede ser aplicada cuando lo que está en duda no es la intención de los contratantes, sino la existencia misma del contrato; que los actos de las partes que enumera la sentencia son actos única y exclusivamente de los actores, y los cuales tienen una doble explicación, ya que por un lado el carácter de intermediario de la venta del Sr. Carlos Manuel justifica la realización de gestores tendentes a mejorar y clarificar la situación urbanística del solar, y por otro se explican por un exceso de confianza en que las negociaciones iban a concluir satisfactoriamente con un acuerdo total; y, finalmente, que el documento nº 1 acompañado con la contestación a la demanda, -el cual contiene la comunicación de tres propuestas distintas de negocio de permuta y constituye un acto posterior o coetáneo al supuesto consentimiento, contradiciendo su existencia-, no es valorado por la resolución recurrida.

El motivo se desestima.

La interpretación contractual es función soberana de los tribunales de instancia que no cabe someter a revisión casacional salvo que haya error patente, arbitrariedad o irrazonabilidad, contraviniendo elementales reglas de la lógica o raciocinio humano, lo que no es el caso.

Además: a) Los actos -actividades- de las partes pueden ser tenidas en cuenta por el tribunal cuando revelen inequívocamente -como se aprecia en la resolución recurrida (que lo razona con amplitud y precisión)- el consentimiento contractual; b) La sentencia recurrida explica pormenorizadamente los actos que valora y sus



circunstancias, e incluso alude al detalle muy significativo de que "nos encontramos ante una actividad con suficiente publicidad como para ignorar la misma en una pequeña localidad de escasos habitantes (1.985) en donde reside la demandada ejerciendo el comercio de comestibles en la que resulta inadmisibles afirmar no conociese toda la pública y oficial actividad que en relación a la construcción de las viviendas llevó a cabo la demandada desde finales de 1.995, fecha del primer contacto entre el Sr. Carlos Manuel y la demandada hasta el mes de octubre de 1.996 en que ésta comunica a los actores de tener una mejor oferta de 50 millones de pesetas por el solar donde se había proyectado la obra"; c) No cabe mezclar en un mismo motivo cuestiones de interpretación contractual con probatorias; d) La valoración de la prueba documental corresponde al tribunal de instancia; y, e) En todo caso, el juzgador, cuya resolución se recurre, tomó en cuenta para adoptar su decisión una serie de datos o elementos cuyo conjunto no cabe tratar de desvirtuar mediante consideraciones parciales, e incluso subjetivas.

CUARTO.- En el tercer motivo, de este primer recurso, se denuncia la infracción de los arts. 1.262 y 1.282 del Código Civil . Se argumenta que, según la resolución recurrida, la Sra. Carmen prestó su consentimiento al contrato verbal de permuta de forma tácita, pero para que ello pudiera ser así los hechos que integren la conducta valorada como expresión de voluntad habrán de ser concluyentes e inequívocos, sin que quepa confundir conocimiento con consentimiento, y en el caso ocurre que la demandada no realizó ningún acto propio que permita deducir su consentimiento y todas las actuaciones que se reflejan en la sentencia son actos de los demandantes, sin que del silencio o falta de reacción a los mismos pueda inferirse aceptación.

El motivo no se estima por las razones siguientes.

En primer lugar porque la resolución recurrida dice que el consentimiento "claramente se deduce de la actividad, incluso conjunta en que en algún momento coincidieron ambas partes", e indica actos en que se da tal circunstancia, y, como tal apreciación fáctica devino incólume en casación, resulta inconsistente la alegación del motivo de que todas las actuaciones que se reflejan en la Sentencia recurrida son exclusivamente de los demandantes.

En segundo lugar resulta evidente que los hechos determinantes de la apreciación del consentimiento han de ser inequívocos -"falta concludentia"-, es decir, que con toda evidencia los signifiquen - S. 7 junio 1.986 -, sin posibilidad de dudosas interpretaciones - SS. 5 julio 1.960, 14 junio 1.963, 13 febrero 1.978 -, pero en nada se contradice esta doctrina por la resolución recurrida, aparte de que no se ha efectuado la impugnación de ésta con el fundamento adecuado, pues dicha apreciación entraña una cuestión fáctica - SS. 5 mayo 1.986 y 31 diciembre 1.987 -, y esta Sala tiene reiterado ( SS. 8 mayo y 5 junio 1.981, 18 octubre 1.982, 28 enero 1.983, 16 abril 1.985 ) que el acogimiento del consentimiento tácito con base en determinadas deducciones no es sino un acto presuntivo del Tribunal de instancia a denunciar, en su caso, como infracción del art. 1.253 CC , por lo que resulta claramente improcedente basarse en los arts. 1.262 y 1.282 como se hace en el enunciado del motivo.

Y, finalmente, aunque es cierto que generalmente el mero conocimiento no implica conformidad, ni basta el mero silencio para entender que se produjo la aquiescencia (pese a la máxima "tacite consensu convenire intelligitur", Paulo, Libro II, Tit. XIV, 2 Digesto; S. 13 febrero 1.978), sin embargo el silencio puede entenderse como aceptación cuando se haya tenido la oportunidad de hablar, es decir que no se esté imposibilitado para contradecir la propuesta del oferente, por impedimento físico o por no haber tenido noticia del mismo ( SS. 4 marzo 1.972, 13 febrero 1.978 ), y se deba hablar (conforme al principio general del Derecho "tacens consentit, si contradicendo impedire poterat": S. 13 febrero 1.978 ; "qui siluit cum loqui et debuit et potuit, consentire videtur": SS. 24 noviembre 1.943, 24 enero 1.957, 14 junio 1.963 ), existiendo tal deber de hablar cuando haya entre las partes relaciones de negocios que así lo exijan ( SS. 14 junio 1.963, 13 febrero 1.978, 18 octubre 1.982, 17 noviembre 1.995 ), o cuando lo natural y normal, según los usos generales del tráfico y en aras de la buena fe, es que se exprese el disenso, si no se deseaba aprobar las propuesta de la contraparte ( SS. 23 noviembre 1.943, 13 febrero 1.978, 18 octubre 1.982, 18 marzo y 22 noviembre 1.994, 30 junio y 17 noviembre 1.995, 29 febrero 2.000, 9 junio 2.004 ). Y en el caso, habida cuenta las relaciones negociales existentes entre las partes y las circunstancias concurrentes expuestas con amplitud en la sentencia de instancia, que devienen incólumes y vinculantes para este Tribunal, "ad omnen eventum", siempre resultaría correcta la aplicación de la doctrina de que "otorga quien calla pudiendo y debiendo hablar", aunque, como ya se dijo para el caso, el juzgador de instancia también toma en cuenta la existencia de una intervención positiva - actos de la Sra. Carmen -, con el significado de hechos concluyentes de aquiescencia implícita del negocio contractual.

RECURSO DE CASACIÓN DE DON Esteban Y DON Carlos Manuel

QUINTO.- En el primer motivo, de este segundo recurso, se denuncia infracción del art. 1.124 del Código Civil en relación con el art. 1.106 del mismo Cuerpo Legal . Se impugna el particular de la sentencia que reduce la



indemnización del daño emergente de ocho millones catorce mil trescientas treinta y ocho pesetas a un millón trescientas noventa y ocho mil trescientas once pesetas.

El motivo se desestima porque basta un somero examen del razonamiento de la resolución recurrida relativo al rechazo de la indemnización de 6.616.027 pts. por razón del proyecto formalizado en el documento nº 15 de los acompañados con la demanda, así como de las alegaciones del motivo, para apreciar que se suscita un tema fáctico, y por ello de valoración probatoria, que no cabe traer a casación con fundamento en los preceptos del enunciado ( arts.1.124 y 1.106 CC ).

Además, la doctrina jurisprudencial tiene reiterado que la fijación de la cuantía de la indemnización de daños y perjuicios corresponde a la función soberana de los tribunales de instancia, sin que quepa la revisión casacional salvo los casos de error notorio, arbitrariedad o irrazonabilidad, y nada de ello ocurre en el caso, sin que quepa pretender que este Tribunal se convierta en una tercera instancia.

SEXTO.- En el segundo motivo, de este segundo recurso, se acusa la infracción del art. 523 LEC con arreglo al que las costas de primera instancia se impondrán a la parte cuyas pretensiones hubieren sido totalmente rechazadas.

El motivo se desestima.

La resolución de la Audiencia, que es la recurrida, mantiene la decisión de la apelada de no hacer especial imposición respecto de las costas de la primera instancia, y ello es correcto porque, aunque admite el lucro cesante, reduce la indemnización por daño emergente de ocho millones catorce mil trescientas treinta y ocho pesetas a un millón trescientas noventa y ocho mil trescientas once pesetas, lo que si, por un lado, supone una desestimación parcial -o no estimación total- de la demanda, por otro resulta evidente que, dada la diferencia dineraria (de más de seis millones respecto de un total de poco más de ocho), no es posible aplicar la doctrina denominada de la "estimación sustancial".

Además, la procedencia del criterio de no imposición de costas resulta corroborado por el hecho de que la sentencia recurrida arguye como uno de los elementos discursivos para no hacer imposición de costas "la complejidad del asunto" (fto. segundo), y aunque se refiere a las de la apelación, resulta una obviedad su aplicación a la primera instancia por ser idéntica la razón, e incluso un contrasentido no observar la misma solución.

SÉPTIMO.- La desestimación de los motivos de cada recurso conlleva la declaración de no haber lugar a los mismos, condenando a cada parte recurrente a pagar las costas correspondientes al recurso por ella entablado, de conformidad con el art. 1.715.3 LEC .

Por lo expuesto, en nombre del Rey y por la autoridad conferida por el pueblo español

## FALLAMOS

Que declaramos no haber lugar a los recursos de casación interpuestos por el Procurador Dn. Manuel Infante Sánchez en representación procesal de Dña. Carmen , y por el Procurador Dn. José Granados Weil, sustituido por Dn. Fernando Granados Bravo, en representación procesal de Dn. Esteban y Dn. Carlos Manuel contra la Sentencia dictada por la Audiencia Provincial de Logroño el 2 de diciembre de 1.998, en el Rollo nº 624 de 1.997, dimanante de los autos de juicio de menor cuantía nº 50 de 1.997 del Juzgado de 1ª Instancia nº 7 de la misma Capital , y condenamos a cada parte recurrente a que abone las costas causadas en su respectivo recurso. Publíquese esta resolución con arreglo a derecho, y devuélvanse a la Audiencia los autos originales y rollo de apelación remitidos con testimonio de esta resolución a los efectos procedentes.

Así por esta nuestra sentencia, que se insertará en la COLECCIÓN LEGISLATIVA pasándose al efecto las copias necesarias, lo pronunciamos, mandamos y firmamos .- ROMAN GARCIA VARELA.- JESUS CORBAL FERNANDEZ.- CLEMENTE AUGER LIÑAN.- Rubricados. PUBLICACIÓN.- Leída y publicada fue la anterior sentencia por el EXCMO. SR. D. Jesús Corbal Fernández, Ponente que ha sido en el trámite de los presentes autos, estando celebrando Audiencia Pública la Sala Primera del Tribunal Supremo, en el día de hoy; de lo que como Secretario de la misma, certifico.