



Roj: **STS 4384/2010** - ECLI: **ES:TS:2010:4384**

Id Cendoj: **28079110012010100503**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **1**

Fecha: **15/06/2010**

Nº de Recurso: **804/2006**

Nº de Resolución: **366/2010**

Procedimiento: **Casación**

Ponente: **JUAN ANTONIO XIOL RIOS**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

## SENTENCIA

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

Visto por la Sala Primera del Tribunal Supremo, integrada por los Magistrados al margen indicados, el recurso de casación que con el número **804/2006**, ante la misma pende de resolución, interpuesto por la representación procesal de D. Alejo , aquí representado por el procurador D. José Manuel Fernández Castro, contra la sentencia dictada en grado de apelación, rollo número 39/2005 por la Audiencia Provincial de Madrid de fecha 23 de enero de 2006, dimanante del procedimiento ordinario número 920/2003 del Juzgado de Primera Instancia número 8 de Madrid. Habiendo comparecido en calidad de recurridos D. Belarmino , D.<sup>a</sup> Guillerma , D. Casimiro y D.<sup>a</sup> Loreto , representados por la procuradora D.<sup>a</sup> Cayetana de Zulueta y Luschingier.

## ANTECEDENTES DE HECHO

**PRIMERO** .- El Juzgado de Primera Instancia n.º 8 de Madrid dictó sentencia de 30 de julio de 2004 el procedimiento ordinario n.º 920/2003, cuyo fallo dice:

«Fallo

»Que con estimación en parte de la demanda interpuesta por el procurador D. José Manuel Fernández Castro en nombre de D. Alejo contra D. Belarmino , D.<sup>a</sup> Guillerma , D. Casimiro y D.<sup>a</sup> Loreto representados por el procurador D. Carlos de Zulueta y Cebrián debo declarar y declaro haber lugar en parte a la misma, condenando solidariamente a la parte demandada a que abone a la actora la cantidad de 227 533,94 euros, con imposición [imposición] de las dos terceras partes de las costas a la parte demandada.

»Y, con desestimación de la reconvenición formulada por D. Belarmino , D.<sup>a</sup> Guillerma , D. Casimiro y D.<sup>a</sup> Loreto representados por el procurador D. Carlos de Zulueta y Cebrián contra D. Alejo representado por el procurador D. José Manuel Fernández Castro debo declarar y declaro no haber lugar a la misma absolviendo de sus pedimentos a la parte reconvenida y con imposición de las costas a la parte reconviniente».

**SEGUNDO** .- La sentencia contiene los siguientes FFDD:

«Primero. Que por la parte actora, D. Alejo , se ejercita la acción indemnizatoria basada en los artículos 1001, 1102 y 1124 CC, dirigiéndose conjunta y solidariamente contra los demandados D. Belarmino y D.<sup>a</sup> Guillerma , contra D. Casimiro y D.<sup>a</sup> Loreto , reclamando se condene a los demandados a que abone a la actora la cantidad de 270 000 euros, correspondiendo 114 112,08 euros precio inicial percibido por los demandados, 12 600 euros retribuciones de febrero/agosto de 2003 más intereses, 10.00 [10 000] euros, aportados en septiembre de 2003 más intereses, 653 aportado a caja por intereses, 5 220 euros deuda con proveedores afianzada, 27 625,63 euros reclamación laboral, 100 000 en concepto de indemnizaciones por los padecimientos morales y físicos soportados durante el cierre del proceso de la empresa, por los trastornos funcionales que aquellos causaron y por las secuelas psíquicas. [...]



»Quinto. [...] De la documental aportada y de la prueba testifical queda probado que el importe de las facturas impagadas asciende a la cantidad de 92 687,92 euros, cantidad que conforme a lo dispuesto en la escritura de compraventa la deben abonar los demandados.

»También deberán los demandados abonar la indemnización a D.<sup>a</sup> María Purificación, hecho que reconocen en su contestación a la demanda por importe de 821,96 euros, más 114 112,08 euros importe de las cantidades entregadas a los vendedores en cheque y efectivo, al haberse vendido no una empresa solvente sin [sino] prácticamente quebrada por las circunstancias antes citadas y ocultando al actor de la verdadera situación de la empresa. Al haber estado el actor al frente de la empresa durante los meses de febrero a agosto de 2002 haciendo frente a una situación muy delicada de crisis de la empresa procede se le retribuya por su trabajo en 12 600 euros. Y por los daños y perjuicios que se le han ocasionado procede se le indemnice en la cantidad de 100 000 euros, dado de que tuvo que hacer frente a la deuda con proveedores, personal, aportaciones que tuvo que efectuar, hacer frente a reclamaciones laborales y demás contingencias que se produjeron, y sin que los vendedores en dicho periodo hiciera frente a ninguna de sus obligaciones.

»Con respecto la reclamación por 10 000 euros que se manifiesta aportados el 26 de septiembre de 2002 al no haber quedado plenamente probado que se hiciera aportación, aunque de la prueba testifical se declara que se hizo aportaciones por el actor sin que sepa dicha cantidad, ni a los 653 aportados a caja, por falta de prueba ni la deuda afianzada a acreedores ni la reclamación laboral por idénticos motivos que lo anterior, pues conforme a lo dispuesto en el art. 217 sobre el actor recae la prueba de dichos hechos. Sí procede la cantidad de 821,86 euros reconocida a la alumna María Purificación en el laudo arbitral como se acredita de la prueba documental.

»Y, como consecuencia de lo anterior procede estimarse en parte la demanda debiendo los demandados responder solidariamente del pago de las cantidades de 114 112,08 euros, más las retribuciones de febrero a agosto de 2002 por importe de 12 600 euros, y la cantidad de 100 000 euros por daños morales teniendo en cuenta de que a partir del mes de comprada la empresa ha tendido [tenido] que hacer frente a las contingencias y trastornos físicos [físicos] y psíquicos hasta el cierre de la empresa, y 821,86 euros del laudo arbitral, total s.e.u.o. de 227 533,94 euros.

»Sexto. La parte demandada en la reconvenición reclama a la actora la cantidad de 65 971,93 euros diferencia entre los 90 061 euros cantidad no pagada por el actor reconvenido restando la cantidad 24 113,94 euros de facturas impagadas.

»Por la misma fundamentación anterior y teniendo en cuenta de que se vende una empresa en quiebra, pues tiene un capital social de 10 millones de pesetas, empresa que adeuda a los socios 5 millones de pesetas más 600 pesetas por intereses y, de que en los últimos meses la empresa matriz les adeuda a ellos y les dejó a pagar 5 ó 6 millones de pesetas y acreditado la falta de buena fe por parte reconvincente [reconviniente], no procede estimarle la reconvenición pues se vendió una empresa carente de liquidez y lo único que se vende es una empresa con deudas.

»Séptimo. A tenor de lo dispuesto en el artículo 394 de la Ley de Enjuiciamiento Civil procede imponer las dos terceras partes de las costas a la parte demandada con respecto a la demanda y con respecto a la reconvenición procede imponerse las costas a la parte reconvincente [reconviniente].»

**TERCERO** .- La Sección 10.<sup>a</sup> de la Audiencia Provincial de Madrid dictó sentencia de 23 de enero de 2006 en el rollo de apelación n.º 39/2005, cuyo fallo dice:

«Fallamos

»Que estimando en parte como estimamos el recurso de apelación interpuesto por el procurador D. Carlos de Zulueta y Cebrián en nombre y representación D. Belarmino y D.<sup>a</sup> Guillerma y D. Casimiro y D.<sup>a</sup> Loreto contra la sentencia dictada por la Ilma. Sra. Magistrado Juez de 1.<sup>a</sup> Instancia n.º 8 de Madrid con fecha 30 de julio de 2004, de la que el presente rollo dimana, debemos revocarla y la revocamos en el único sentido de rebajar el importe de la indemnización concedida a la cantidad de 127 533,94 euros en lugar de los 227 533,94 euros concedidos, todo ello sin que proceda hacer especial imposición de las costas causadas en este recurso a ninguna de las partes».

**CUARTO** .- La sentencia contiene los siguientes FFDD:

«Primero. Por la representación de D. Belarmino y D.<sup>a</sup> Guillerma, y D. Casimiro y D.<sup>a</sup> Loreto, demandados en primera instancia, se interpone recurso contra la sentencia dictada por la Ilma. Sra. Magistrada Juez de 1.<sup>a</sup> Instancia n.º 8 de Madrid con fecha 30 de julio de 2004, estimatoria parcialmente de la demanda en petición de indemnización de daños y perjuicios interpuesta por D. Alejo, denunciando como motivos de apelación en primer término ausencia de engaño o conducta dolosa en segundo lugar viabilidad de la empresa vendida,



en tercer lugar infracción de los arts. 1484 y 1490 del CC y aplicación indebida de los arts. 1101, 1102 y 1124 del CC, en cuarto lugar infracción del artículo 217 de la LEC, en quinto lugar error en la fijación del precio de la compraventa y falta de legitimación activa del actor y por último improcedente desestimación de la demanda reconvenzional.

»Segundo. En la larga y repetitiva demanda, iniciadora del procedimiento, el actor hoy apelado exponía resumidamente: Que con fecha 24 de enero de 2002 compró a los demandados en escritura pública todas las participaciones de la entidad Fast English S. L. (franquiciada de Open Master Spain S. A.) por precio de 204 344,44 euros (34 000 000 pts) de los que 28 400 000 pts. se consignaron en dicha escritura como precio de venta y otros 5 600 000 pts. se entregaron en metálico como subrogación del comprador en un crédito por dicho importe que los demandados habían otorgado anteriormente a dicha entidad; que a partir del segundo trimestre del año 2000 la sociedad franquiciadora entró en una difícil situación económica al fracasar la expansión de su negocio, haciéndose pública su crítica situación económica en el mes de febrero de 2002, declarándose en quiebra en el mes de mayo de 2002 con la consiguiente negativa incidencia en las empresas franquiciadas, ya que en el mes de marzo de 2002 dejó de prestar sus servicios a las franquiciadas; que ya en el mes de septiembre del 2001 los demandados recibieron de la franquiciadora las llamadas "tablas de presupuestos provisionales" (previsiones económicas para el siguiente ejercicio 2001/2002) que eran sustancialmente inferiores a las de los años anteriores, y que los demandados redujeron todavía más al confeccionar sus presupuestos para dicho ejercicio, previsiones que no sólo se confirmaron sino que en la realidad empeoraron; que sin embargo y a pesar de conocer la difícil situación económica de la empresa, los demandados, para conseguir su propósito de venta, ocultaron al comprador la verdadera situación de la misma, consiguiendo que el mismo aceptara evaluarla con las cuentas del ejercicio 2000/01 aprobadas y depositadas en el Registro Mercantil de las que se deducía una rentabilidad neta del 5 ó 6%, que la sociedad vendida carece de activos patrimoniales reales salvo 42 PCs muy usados, el mobiliario propio del negocio, los derechos arrendaticios del local en el que se asienta y la franquicia por diez años concertada con la franquiciadora que ocultaron al comprador demandante a pesar de aceptar conscientemente cláusulas de salvaguarda, y que en lugar de una empresa saneada y rentable entregaron una empresa inservible para el negocio, con cuantiosas deudas, con obligaciones de futuro contraídas extremadamente gravosas, con unos derechos de franquicia y arrendamiento que se extinguieron al poco tiempo, habiendo tenido que afrontar el comprador numerosas dificultades, pagos, reclamaciones judiciales laborales y de acreedores, reclamaciones de alumnos, penalidades y coacciones que incidieron negativamente en su vida personal y familiar causándoles daños morales. Como consecuencia de ello, interesaba la condena de los demandados como indemnización de daños y perjuicios al pago de la cantidad total de 270 210, 08 euros, de los que 114 112,08 euros correspondían a las cantidades anticipadas y entregadas como precio de compra, 12 600 euros a retribuciones personales por su trabajo en la empresa, 10 000 euros a aportaciones para el funcionamiento de la misma, 653 euros a aportaciones a caja, 5 220 euros a pago de proveedores, 27 652,63 euros a una reclamación laboral y 100 000 euros en concepto de daños morales.

»Los demandados opusieron en primer término la falta de legitimación del actor por cuanto las acciones compradas no solo fueron compradas por el actor, sino también por su hermano Miguel Ángel, y negaron las imputaciones del demandante, afirmando por el contrario que la negociación de la venta venía fraguándose con cuatro meses de antelación; que nunca ocultaron los datos económicos de la misma; que desconocían en el momento de la venta la situación de la franquiciadora; que la querrela por falsedad que el actor interpuso contra los mismos fue archivada; que en la escritura pública de compraventa de 24 de enero de 2002 que ambas partes suscribieron se hacía constar expresamente que la valoración o precio de la empresa vendida se había realizado conjuntamente por ambas partes en función de la situación económica que se desprendía del balance de la sociedad que se acompañaba y que reflejaba unas pérdidas de 1 517 567 pts.; que el actor conocía las obligaciones de futuro concertadas por la empresa con los alumnos; que el precio concertado no era de 34 000 000 pts., sino solo de 28 400 000 pts. tal y como reflejaba la escritura de venta y por tanto que negaban se hubieran pagado otros 5 600 000 en metálico; que la escritura de compra contenía una cláusula de salvaguarda por la que se obligaban los vendedores a responder de los pasivos ocultos que pudieran surgir con posterioridad a la venta y que serían repercutidos en el precio pactado, responsabilidad que los demandados ante las reclamaciones del actor siempre asumieron; que el valor de la empresa se asentaba no en sus activos patrimoniales, sino esencialmente en su capacidad de captar e impartir la enseñanza del idioma inglés, que la contabilidad era llevada por una empresa externa, y que en definitiva el actor conocía la situación económica de la empresa y el sistema Opening. Luego formularon reconvección en reclamación de la cantidad de 33 519,48 euros para los demandados reconvincentes D. Belarmino y D.<sup>a</sup> Guillerma y otros 33 452,45 euros para D. Casimiro y D.<sup>a</sup> Loreto por la parte del precio de venta de la empresa aplazada y no satisfecha por el comprador de sus participaciones una vez descontado el importe de las facturas pendientes de pago.



»A la demanda reconvenional se opuso el actor reconvenido alegando en primer término la excepción de litispendencia ya que en el Juzgado de 1.ª Instancia 38 de Madrid se tramitaba procedimiento en reclamación de igual contenido por medio de demanda de ejecución que fue desestimada por dicho Juzgado y aunque fue apelada la sentencia, y luego desistido de la apelación el desistimiento fue rechazado por el Juzgado, por lo que dicho procedimiento sigue vivo. No obstante, añadía, dado que en el procedimiento ejecutivo seguido en el Juzgado 38 se oponía la compensación a la cantidad reclamada por los demandantes aquí reconvinientes por las facturas devengadas con anterioridad a la fecha de la compra, no se incluían en este procedimiento la reclamación de tales facturas.

»Resultó luego acreditado que la Sección 12 de esta Audiencia, por auto de 9 de diciembre de 2003, tuvo por desistidos del precitado recurso a los reconvinientes, [reconvinientes] dictándose el 12 de abril de 2004 auto por el que se desestimaba la excepción de litispendencia.

»La juzgadora de instancia finalmente estimó parcialmente la demanda condenando a los demandados al pago de la cantidad de 227 533,94 euros y desestimó íntegramente la reconvenición.

»Cuarto. En el primero, cuarto y quinto de los motivos de su recurso, los apelantes, frente a los razonamientos y conclusiones de la Juzgadora de instancia, oponen en primer término, que no existió por su parte engaño o conducta dolosa alguna tendentes a engañar al comprador demandante de la verdadera situación del negocio, que la decisión de vender en parte por la disminución de ingresos del negocio no puede ser interpretada como un indicio de engaño, que el retraso en los pagos de la franquiciadora a la franquiciada no puede tampoco ser interpretado como un indicio de conocimiento de la situación crítica de aquélla, que la contabilidad era llevada ajustándose estrictamente a las normas del plan general de contabilidad por una empresa externa a Fast English, que la afirmación de inexistencia de dudas en el momento de la venta existiendo una cláusula de salvaguarda no puede interpretarse tampoco como un engaño en caso de aparecer después algunas y que frente a estas consideraciones hay una serie de hechos y pruebas que no han sido tenidos en cuenta por la juzgadora de instancia tales como que las negociaciones comenzaron mucho antes de la crisis de Opening, que se aplazó el pago de parte del precio, que cuando surge la noticia de la crisis de Opening fue mucho después del venta, y que el actor dispuso de toda la información necesaria pactándose además la precitada cláusula de salvaguarda. En segundo lugar, que el actor no ha acreditado sus alegaciones, ya que no propuso para ello más prueba que la documental que acompañaba a sus escritos alegatorios, y la testifical de tres testigos todos ellos vinculados a él referidas a los conceptos y cantidades que reclama. En tercer lugar, que no resulta probado que el actor entregara a los demandados hoy apelantes aparte del inicial precio de la venta otros 5 600 000 pts., y que, en todo caso, reclama para sí el total de la indemnización pedida cuando también su hermano Miguel, que no fue demandante, compró una participación.

»Para la resolución del presente recurso han de sentarse como premisas previas que si el efecto propio de los contratos es su cumplimiento tal y como ordena el art. 1091 del CC cuando dice que "Las obligaciones que nacen de los contratos tienen fuerza de ley entre las partes contratantes y deben cumplirse a tenor de los mismos" y si la voluntad concurrente de las partes basada en el principio "pacta sunt servanda" obliga a las partes al cumplimiento de lo expresamente pactado y a todas las consecuencias que sean conformes a la buena fe, al uso y a la ley (art. 1258 del CC), el incumplimiento contractual, debe traer como consecuencia la correspondiente indemnización de daños y perjuicios, es decir la reparación de la lesión inferida a la otra parte, siempre que se acredite la responsabilidad que resulte del curso normal de las cosas y de las circunstancias económicas del caso concreto de acuerdo con el artículo 1124 en relación con el art. 1106 del CC (SSTS 22 junio 67, 20 octubre 72 y 18 julio 85 entre otras muchas). Pero en todo caso, para que la responsabilidad contractual opere (arts 1101 y sgts. del CC) es preciso, en principio, que el perjudicado demuestre la realidad de un contrato y la existencia y cuantía de los daños padecidos (artículo 1214 y SSTS 3 julio 86, 17 septiembre 87 y 28 abril 89 también entre otras muchas); así lo dispone expresamente el precitado artículo 1101 del CC cuando dice que "Quedan sujetos a la indemnización de daños y perjuicios causados los que en el incumplimiento de sus obligaciones incurrieren en dolo negligencia o morosidad y los que de cualquier modo contravinieren el tenor de aquella" (SSTS 26 enero 81, 9 julio 86, 17 septiembre 87, y 17 mayo y 23 septiembre 94 entre otras muchas), indemnización que se extiende a la reparación también y en su caso de los daños morales.

»Es igualmente cierto que la moderna jurisprudencia viene sosteniendo que sin embargo no es imprescindible la prueba de los daños y perjuicios cuya indemnización se reclama salvo cuando éstos resultan inherentes al incumplimiento como daños "in rep ipsa" (SSTS 14-4-03, 17-3-03 y 5-3-02 entre otras) o "in re ipsa loquitur" (cuando se trata de los daños morales), así como, cuando de los hechos demostrados o reconocidos por las partes en el pleito se deduzca necesariamente la existencia del daño (STS 15 de junio 92), pero por más que en estos casos resulte el que reclama relevado de la prueba de tales daños, no todos los reclamados han de ser, sin más, objeto de indemnización, porque tal solución, aún partiendo de un previo incumplimiento contractual, resultaría a todas luces injusta, por hacer depender de la sola voluntad y capricho del que reclama





la indemnización. Es por ello por lo que el artículo 1107 del CC distingue los daños y perjuicios de los que responde el deudor de buena fe, que se concretan sólo en los previstos o que se hayan podido prever al tiempo de constituirse la obligación y que sean consecuencia necesaria de su falta de cumplimiento, de aquellos otros de los que responde el deudor de mala fe que son todos los que se deriven del incumplimiento de la obligación.

»Pues bien, si tal y como se desprende del art. 1296 CC " hay dolo cuando con palabras o maquinaciones insidiosas de parte de uno de los contratantes es inducido el otro a celebrar un contrato que sin ellas no hubiera hecho", y si según la jurisprudencia del TS el dolo exige la concurrencia de dos elementos, uno el empleo de maquinaciones engañosas que tanto pueden consistir en acciones como en omisiones, y otro la inducción que producen en el otro contratante tales maniobras, siendo en todo caso preciso la prueba del mismo por parte de quien lo invoca (SSTS 28 febrero 61 y 29 marzo 94 entre otras muchas), es claro que en el presente caso, de la prueba practicada resulta acreditado el invocado engaño por cuanto, resulta también probado que los demandados ciertamente conocían con anterioridad a la venta no sólo las dificultades que la franquiciadora atravesaba al serles debidas diversas cantidades por ésta, con la necesaria incidencia que ello producía en su negocio, hasta el punto de tener que desembolsar 5 000 000 para obtener liquidez con la que hacer frente a sus pagos, sino también, que frente a lo que en el recurso se afirma acerca de la motivación, siquiera fuera parcial, de su decisión de vender, asentada, en la disminución de ingresos en el último ejercicio, es claro que tales razones no les fueron expuestas al comprador antes de la venta, ya que en todo momento se le dijo que el motivo era la imposibilidad de los socios de atender adecuadamente el negocio, uno por razones de edad y enfermedad, y otro por su trabajo, así como tampoco concuerdan sus afirmaciones acerca de la normal marcha del mismo y la carencia de pérdidas, pues el mismo balance correspondiente al ejercicio septiembre 2000/ agosto 2001, tomado en cuenta en el momento del otorgamiento de la escritura de venta, arrojaba ya pérdidas, y nada más posesionarse el actor de la empresa comenzaron aparecer otras considerables, claramente ocultadas tales como sus deudas con la franquiciadora que eran conocidas por los demandados, y que éstos, tratando de ampararse en la cláusula de salvaguarda alegaban no ocultar, dudas [deudas] que además manifestaron ser de un montante mucho menos elevado que las realmente existentes [existentes]. Tampoco pueden ampararse en el hecho de que la contabilidad de la empresa era elaborada por una entidad externa, excusando de esta manera su responsabilidad, cuando el administrador de dicha empresa afirmó que se limitaba a supervisarla, y tampoco lo es que la contabilidad se ajustara al plan general de contabilidad, ya que una partida tan importante como era la de las cantidades entregadas anticipadamente por los alumnos no figuraba en el pasivo. Y tampoco pueden ampararse los apelantes para impugnar la sentencia en el hecho de que, según ellos, la juzgadora de instancia no ha tenido en cuenta las pruebas por ellos aportadas y se ha sustentado solo en la documental aportada con los escritos de alegaciones del actor y en una escasa e interesada testifical, porque en primer término, el juez es libre a la hora de valorar la prueba para escoger aquella que estime conducente a la acreditación de los hechos expuestos por las partes, pudiendo por ello prescindir de la que considere inútil o no acreditativa de ellos, en segundo lugar, porque conforme con la doctrina del TC, teniendo en cuenta que el recurso de apelación confiere plenas facultades al órgano judicial "ad quem" para resolver cuantas cuestiones se le planteen sean de derecho o de hecho, por tratarse de un recurso ordinario que permite un "novum iudicium" (entre otras SSTC 194/1990, de 29 de noviembre, 21/1993, de 18 de enero, 272/1994, de 17 de octubre y 152/1998, de 13 de julio ) el Tribunal de apelación puede, así, valorar las pruebas practicadas en primera instancia y revisar la ponderación que haya efectuado el Juez "a quo", pues en esto consiste, precisamente, una de las finalidades inherentes al recurso de apelación, lo que no es óbice para que, tal y como viene sosteniendo la jurisprudencia en relación a la existencia de un error en la apreciación de la prueba, como motivo de apelación, éste sólo podrá prosperar cuando, examinada la resultancia probatoria, las inferencias o conclusiones obtenidas por el juzgador a quo sean ilógicas, absurdas o irracionales o cuando haya dejado de considerarse, como prueba objetiva, alguna que las contradiga, lo que no sucede en el caso de autos; y, en tercer lugar, porque el artículo 376 confiere a los tribunales la valoración de la prueba conforme a las reglas de la sana crítica tomando en consideración la razón de ciencia que hubieren dado y las circunstancias que en ellos concurren que es lo que la juzgadora de instancia ha hecho.

»Finalmente debe ser rechazada la invocada falta de legitimación activa del actor por reclamar supuestamente con base en la totalidad de las acciones transmitidas, ya que, tal y como opuso el actor en su contestación a la demanda reconventional, únicamente reclamó el reembolso de las cantidades por él satisfechas como pago de las 999 participaciones que adquirió y la consiguiente indemnización de daños y perjuicios que le fueron causados a él exclusivamente; y tampoco puede cuestionarse cuál fuera el precio realmente pagado por el actor ya que de las mismas afirmaciones de los demandados en cuanto a la existencia de un crédito por ellos otorgado a la sociedad de 5 600 000 pts., y frente a la documental aportada por el actor, así como frente a las declaraciones del testigo que acompañó al actor a la notaría y presenció la entrega de dicha cantidad, de conformidad con las normas de distribución de la carga de la prueba (art. 217 LEC ) debieron y pudieron los demandados acreditar la subsistencia del crédito, cuestión sobre la que han guardado además un sospechoso silencio.



»En consecuencia la existencia de diferencias con respecto a las cuentas presentadas por la misma en el Registro Mercantil, la fijación del precio en función de una situación de mercado no real, la ocultación al vendedor de datos y circunstancias relevantes cuyo conocimiento por parte de éste le hubieran hecho desistir de la conclusión del contrato, y voluntariedad de aparentar una mayor rentabilidad económica del negocio de la que realmente tenía para forzar un precio superior, denota un dolo civil en la conducta de los demandados que determinaron posteriormente la frustración del negocio y que acarrea la correspondiente indemnización de daños y perjuicios.

»Quinto. En el segundo de los motivos cuestionan las consideraciones y conclusiones de la sentencia acerca de la inviabilidad de Fast English.

»El motivo debe ser claramente [desestimado]. Fuera o no viable la entidad, la única cuestión controvertida y discutida en este pleito es si efectivamente los demandados actuaron en la venta de la precitada entidad con dolo causando al demandante daños y perjuicios, y si éstos han sido acreditados o en qué medida, por lo que a los efectos pretendidos resulta irrelevante que la misma pudiera o no continuar su actividad de enseñanza o permanecer en el arriendo del local.

»Sexto. Debe también ser desestimado el motivo asentado en la infracción de los arts. 1484 y 1490 del CC y aplicación indebida de los arts. 1101 y concordantes del mismo Código, por cuanto, no sólo es que el demandado no es quién para indicar al actor cual debe ser la acción que pretenda ejercitar, sino que como opone el apelado en el presente caso, la acción instada es claramente la de indemnización de daños y perjuicios del artículo 1101 y concordantes del CC por incumplimiento contractual y por tanto la invocación de caducidad de la acción del artículo 1490 del CC debe ser rechazada.

»Séptimo. Por último los apelantes muestran su disconformidad con la desestimación de la demanda reconventional en la que reclamaban la cantidad de 33 018,98 euros para los cónyuges D. Belarmino y D.<sup>a</sup> Guillerma, y otros 32 952,95 euros para los cónyuges D. Casimiro y D.<sup>a</sup> Loreto, que la juzgadora de instancia rechaza por los fundamentos expuestos en su sentencia para estimar, aunque fuera parcialmente la demanda.

»El motivo debe ser nuevamente rechazado. Si en los contratos sinalagmáticos como el de autos, ninguno de los contratantes puede reclamar al otro el cumplimiento de sus obligaciones si por su parte no ha cumplido las suyas, es claro que desde el momento en el que se aprecia dicho incumplimiento, la reclamación del precio de la compra aplazado y no satisfecho no puede [puede] prosperar.

»Octavo. No obstante lo expuesto, y respetando el resto de las cantidades que la juzgadora admite a la hora de estimar aunque parcialmente la indemnización de daños y perjuicios. La Sala muestra su disconformidad con la petición de 100 000 euros que formuló el actor por daños morales, por considerar que los padecimientos relatados no pueden ser considerados como daños morales. Tal y como expone la STS de 7 de marzo de 2005 "Como señala la sentencia de 11 de noviembre de 2003, el reconocimiento del daño moral indemnizable -como ha recogido la citada sentencia de 31 de mayo de 2000 - requiere un padecimiento o sufrimiento psíquico -sentencias de 22 de mayo de 1995, 19 de octubre de 1996 y 24 de septiembre de 1999 - y la más reciente doctrina jurisprudencial se ha referido al impacto o sufrimiento psíquico o espiritual, impotencia, zozobra, angustia, trastorno de ansiedad, impacto emocional, etc. -ver sentencias de 23 de julio de 1990, 22 de mayo de 1995, 19 de octubre de 1996, 27 de enero de 1998 y 12 de julio y 24 de septiembre de 1999 -. La sentencia de 31 de octubre de 2002, en un supuesto de ruina funcional del artículo 1591 CC, declara: "No es correcta la apreciación del daño moral. El concepto de éste es claro y estricto; no comprende aspectos del daño material. Si una lesión del derecho subjetivo atenta a la esfera patrimonial del sujeto no pretenda este que alcance también a la esfera individual. Hay daño moral exclusivamente cuando se ha atentado a un derecho inmaterial de la persona" y tal y como concluye dicha sentencia "no cabe alegarlo si se produce y se reclama un perjuicio patrimonial, es decir, cuando la lesión incide sobre bienes económicos, a modo de una derivación del daño patrimonial", doctrina esta aplicable al caso ahora enjuiciado en que los daños relatados por el actor y en los que pretende sustentar su petición de indemnización por daño moral no pueden ser considerados como constitutivos de daño moral.

»Noveno. Por disposición del artículo 398 de la LEC no procede imponer las costas causadas por este recurso a ninguna de las partes».

**QUINTO** .- En el escrito de interposición del recurso de casación presentado por la representación procesal de D. Alejo, se formulan los siguientes motivos de casación.

Motivo primero. «Por inaplicación de lo dispuesto en el artículo 1101 del CC (y en los concordantes artículos 1102 y 1106 de dicho texto legal)».

El motivo se funda, en resumen, en lo siguiente:



La Sala «a quo» no atiende al mandato del legislador que en los casos de incumplimiento contractual doloso, impone la indemnización de daños y perjuicios (y, en los supuestos de contenido a equivalencia dineraria, prescribe el abono de intereses).

Elimina la indemnización que había otorgado el Juzgado en una partida global de 100 000 euros, sin establecer otra u otras partidas ni como sustitución ni como alternativa. Bajo el argumento de que la cantidad de 100 000 euros estaría reservada a compensar daños morales y según la Sala los padecimientos no tendrían la naturaleza de daños morales, suprime los 100 000 euros y deja sin resarcimiento tanto los daños morales como los patrimoniales.

Como los 100 000 euros era la única partida destinada a indemnizar daños, al quedar abolida en su totalidad por la sentencia de apelación ya no existe ninguna compensación para ninguno de los perjuicios y, pese a que se mantiene la obligación de reembolso del precio, no basta para que se restablezca el equilibrio contractual (equilibrio que se rompió a causa del incumplimiento del contrato). Ninguno de los tres conceptos restantes se destina a compensar daños morales ni daños patrimoniales.

Las tres cantidades que componen los 127 533,94 euros están destinadas a cubrir unas específicas responsabilidades de los vendedores y, correlativamente, unos específicos derechos del comprador que son distintos y ajenos a los daños morales. Por tanto, la Sala ha omitido la necesaria (y legalmente obligatoria) indemnización por los daños provocados por el incumplimiento contractual y vulnera el incondicional mandato del legislador que recogen los ya citados artículos 1101, 1102, 1106 y 1108 CC .

La eliminación de los 100 000 euros de global indemnización que el Juzgado había otorgado, supone, no sólo que la parte perjudicada por el incumplimiento contractual no obtenga del órgano jurisdiccional ninguna compensación (ni siquiera la más elemental e indiscutible que fija la Ley a falta de otra más específica: el interés devengado durante el periodo en que el actor no dispuso del dinero), quedan huérfanos de retribución tanto los daños materiales como los daños morales y el incumplimiento del contrato queda impune sin consecuencia negativa para la parte incumplidora, lo que infringe el artículo 1258 CC (SSTS 30/9/1989 y 22/10/1993 ), y contraría los principios fundamentales del derecho de obligaciones y las reglas básicas del contrato.

Motivo segundo. «Por el error (evidente y de inmediata apreciación y de consecuencias notablemente gravosas para esta parte) de la Sala en el FD 8.º donde se recoge la negativa a reconocer como daños morales los padecimientos relatados por el recurrente en su demanda y asumidos por el Juzgado que acordó indemnizar los padecimientos sufridos durante el proceso de cierre y liquidación de la empresa con 100 000 euros y expresamente los consideró daños morales. Sin embargo, en contra de la opinión de la Sala, los padecimientos se corresponden con los calificados por los tribunales como daños morales. Resultando errónea la valoración jurídica de los hechos, el erróneo argumento que sustentaba el fallo queda desvirtuado y desaparece el único motivo por el que se revocó la sentencia de instancia».

El motivo se funda, en resumen, en lo siguiente:

Aunque nuestro sistema no dispone de otra referencia normativa sobre los daños morales salvo la genérica del artículo 1107.2 CC , y diversos artículos que se refieren a la obligación de resarcimiento de «todos los daños», la jurisprudencia ha ido completando el vacío legal y con invocación sistemática de dicho precepto (y, en ocasiones, con alusiones a los artículos que le preceden), ha ido acumulando definiciones y aclaraciones hasta completar un catálogo que facilita el reconocimiento de los daños que alcanzan esa categoría.

Es doctrina que en el concepto de daño moral está comprendido el impacto que en la persona puedan producir ciertas conductas o actividades tanto si afectan directamente a los bienes materiales del sujeto pasivo como si afectan a bienes y derechos inmateriales o propios de la personalidad (STS 25 junio 1984 ). Entre otros supuestos, los daños morales existen cuando se ataca el haber espiritual de la persona o los bienes materiales de la salud, el honor, la libertad, la intimidad u otros análogos.

Reiteradamente, los tribunales señalan la obligación de indemnizar los sufrimientos, preocupaciones, disgustos, contrariedades, intranquilidad e incluso las molestias e incomodidades que padezca el sujeto pasivo a consecuencia de alguna de las conductas que el legislador sujeta a indemnización (SAP Valencia, Sección 8.ª, 14 junio 1995 ).

La jurisprudencia consolidada (entre otras, la STS de 19 de octubre de 2000 ) considera como un deber más de los tribunales y una medida de justicia, necesaria en cualquier estado de Derecho, la condena a indemnizar por daños morales cuando concurren los requisitos legales (en nuestro caso, incumplimiento contractual doloso y causación de daños y perjuicios indemnizables). Asimismo, es criterio generalizado que la valoración de los daños morales no puede obtenerse de una prueba objetiva por su propia naturaleza, pero los tribunales de justicia no quedan por ello limitados en la fijación de la cuantía adecuada que decidirá libremente el órgano



jurisdiccional en función de las circunstancias concurrentes y de las personas afectadas. (SSTS 3 junio 1991 y 27 julio 1994 ).

Aunque la sentencia no precisa cuáles son los padecimientos -de entre los múltiples que figuran en el relato fáctico de la demanda- que considera fuera de la categoría de daño moral, entiende que la Audiencia se refiere concretamente a los daños y perjuicios que el actor detalla en el hecho 8.º, pues ese epígrafe está dedicado a justificar la petición indemnizatoria de 100 000 euros.

La Audiencia Provincial no facilita las razones por las que niega el carácter de daño moral a los daños y perjuicios reseñados por el recurrente, podría admitirse como motivación del fallo revocatorio las últimas líneas del FD 8.º, «[...] "no cabe alegarlo si se produce y se reclama un perjuicio patrimonial, es decir, cuando la lesión incide sobre bienes económicos, a modo de una derivación del daño patrimonial", doctrina ésta aplicable al caso ahora enjuiciado en que los daños relatados por el actor y en los que pretende sustentar su petición de indemnización por daño moral no pueden ser considerados como constitutivos de daño moral».

Fuera de esa genérica negativa, no aparece en el FD 8.º ni ningún otro punto de la sentencia ningún dato o mención que permita salvar la ausencia de motivación jurídica. Pues los «padecimientos relatados por el actor», es decir, daños en la salud física y en la salud mental, recibir tratamiento facultativo y someterse a medicación, secuelas psicósomáticas, imposibilidad de disfrutar de las vacaciones estivales, imposibilidad de acudir al domicilio familiar a comer y a dormir todos los días, imposibilidad de disponer de los fines de semana, recibir amenazas, insultos y agresiones, angustia e incesante preocupación, haber sido víctima de las iras y quejas de los alumnos y de los empleados, quemar el círculo de amistades y de conocidos, etc. no admiten otra valoración que la de daños morales (posiblemente, los más típicos daños morales) y, sensu contrario, son absolutamente incompatibles con la categoría de daños patrimoniales.

Motivo tercero. «La Sala a quo infringe los artículos 1101, 1102 y 1107 CC no sólo en la indebida descalificación de los padecimientos del actor sino en la incorrecta consideración de que tales padecimientos no requieren ser indemnizados. Incluso en el supuesto de que, efectivamente, los padecimientos del actor no tuvieran encaje en el concepto de daño moral, la obligación de indemnizar subsistiría, pues los daños y perjuicios causados por un incumplimiento contractual doloso se dividen solamente en dos categorías y, necesariamente, se adscriben a una de las dos.

»La Sala ha negado que los padecimientos del actor tengan la naturaleza de daño moral. Pero, tras rechazar que los padecimientos sean clasificados en el apartado de daños morales, no les asigna a otra categoría (tampoco explica las razones de su rechazo pese a que su parecer difiere notablemente del que sostiene el Juzgado de Instancia). Posiblemente, la Sala «a quo» se abstuvo de explicar la clasificación que considera correcta en el entendimiento de que al existir dos únicas alternativas, la exclusión de una implica forzosamente su inclusión en la otra. Si fuere así, en lugar de daños morales, los padecimientos del actor entrarían en la clasificación de daños patrimoniales. Pues bien, en tal caso, era obligación del tribunal fijar un importe como indemnización de esos daños, pues al anular la partida de 100 000 euros ha dejado sin compensación a esos daños».

El motivo se funda, en resumen, en lo siguiente:

La Audiencia Provincial no interpretó correctamente la demanda que contiene el relato de los daños materiales derivados del incumplimiento contractual y la descripción de los daños morales de naturaleza no patrimonial cuya causa fue también el incumplimiento contractual (hecho 8.º):

A) En el primer párrafo de la exposición se advierte que los perjuicios sufridos por D. Alejo no sólo consisten en la cantidad entregada como precio sino también en que ha tenido que soportar la terrible carga de gestionar la empresa hasta la inevitable clausura, obligado por su cargo de administrador de Fast English, S. L.

B) En el siguiente párrafo se explica que dicha labor (administrar una empresa empujada a un inexorable cierre) ha causado al recurrente penalidades extremas.

C) A continuación, alude a que desde que los medios de comunicación divulgaran por vez primera la crisis de la Red Opening (sin discriminar la diferente situación que los centros franquiciados presentaban frente a la empresa franquiciadora) hasta que agotadas sucesivamente todas las alternativas propuestas por las entidades financieras acreedoras de Open English Master Spain, S. A., por las Administraciones públicas, por las organizaciones sindicales e, incluso, por las entidades defensoras de los consumidores, ha mediado un duro proceso en que un negocio de reducida dimensión como lo es Fast English, S. L. ha sido acosado en todos los aspectos.

D) Prácticamente desde el momento de su incorporación a la empresa, D. Alejo se ha visto obligado a dedicar todo su tiempo, sus esfuerzos y recursos económicos a paliar las dañinas consecuencias del hundimiento de la empresa matriz; peregrinando por las entidades bancarias para restablecer la financiación que fue suspendida





al estallar la crisis de Open English Master Spain, S. A., con cancelación de los créditos vigentes y el rechazo a cualquier solicitud de renovación.

E) Tras ello, el hecho 8.º recoge que D. Alejo fue la inocente víctima de las iras y quejas de los alumnos y de los empleados que quedaron privados, respectivamente, de enseñanza y de trabajo, por razón del colapso que provocó Open English Master Spain, S. A. cuando paralizó total y repentinamente, su actividad, arrastrando a todos los franquiciados que, al quedar interrumpidas las prestaciones objeto de la franquicia, no pudieron, a su vez, proporcionar los servicios que sus alumnos habían contratado, imposibilitando a los empleados la correlativa aportación laboral.

F) Los afectados se dirigieron contra D. Alejo, exigiéndole que atendiera a título personal las responsabilidades de Fast English, S. L..

G) El recurrente hubo de soportar numerosos incidentes, amenazas, reproches, constantes llamadas a horas intempestivas e, incluso, episodios de violencia física.

H) Socavada su salud por los durísimos meses que transcurrieron hasta el cierre de la empresa, hubo de recibir tratamiento facultativo y someterse a medicación, quedando secuelas psicosomáticas duraderas.

I) Lo expuesto evidencia que se trata de daños morales.

J) Luego, compara sus padecimientos con la ventajosa posición de los vendedores que mediante la transmisión de Fast English, S. L. justo antes de que estallara públicamente la crisis de Opening, consiguieron zafarse de las desventuras inherentes al cierre de una empresa en ruina.

K) Tras cuantificar en 100 000 euros esa partida indemnizatoria, alegaba que tales perjuicios inmateriales habrían de ser reembolsados, adicional y separadamente de los reclamados en el hecho 8.º

Curiosamente, el propio FD 8.º de la sentencia de la Audiencia Provincial sirve para apoyar sus afirmaciones: Indica la Sala que el reconocimiento del daño moral indemnizable requiere un padecimiento o sufrimiento psíquico (SSTS de 7 de marzo de 2005, de 11 de noviembre de 2003, de 31 de mayo de 2000, de 22 de mayo de 1995, 19 de octubre de 1996 y 24 de septiembre de 1999). La más reciente doctrina jurisprudencial «se ha referido al daño moral como impacto o sufrimiento psíquico o espiritual, impotencia, zozobra, angustia, trastorno de ansiedad, impacto emocional, etc.» (SSTS de 23 de julio de 1990, 22 de mayo de 1995, 19 de octubre de 1996, 27 de enero de 1998 y 12 de julio y 24 de septiembre de 1999).

Transcribe la sentencia recurrida la STS de 31 de octubre de 2002.

El recurrente comparte esa fundamentación; las sentencias citadas por la Audiencia Provincial en su FD 8.º son acertadas y pertinentes. Sin embargo, resulta incongruente que a la vista de la definición de daño moral que recogen aquellas sentencias (SSTS de 7 de marzo de 2005, de 11 de noviembre de 2003, de 31 de mayo de 2000, de 22 de mayo de 1995, 19 de octubre de 1996 y 24 de septiembre de 1999; de 23 de julio de 1990, 22 de mayo de 1995, 19 de octubre de 1996, 27 de enero de 1998 y 12 de julio y 24 de septiembre de 1999; de 31 de octubre de 2002, etc.), la Sala declare que «los padecimientos relatados por el actor para la petición de 100 000 euros no pueden ser considerados como daños morales».

Categorícamente, los perjuicios compensados en primera instancia con 100 000 euros encajan en el concepto que han elaborado los tribunales sobre el daño moral, a lo largo de muchas décadas y numerosas sentencias.

Motivo cuarto. «La eliminación, en su total importe, de la partida que compensaba los daños y perjuicios distintos de los estrictamente patrimoniales constituye una infracción del artículo 1124 CC y paralela y adicionalmente al quebranto de derecho material, contraviene una de las principales reglas (si no la más importante) que delimitan la sentencia de apelación al pronunciarse sobre puntos ajenos al recurso. Al optar por la alternativa de encauzar el recurso por la vía de casación ha perdido la posibilidad de alegar la infracción procesal, pero la envergadura de las irregularidades de la sentencia de la Audiencia acarrearán la nulidad de pleno derecho y ha producido indefensión a esta parte».

El motivo se funda, en resumen, en lo siguiente:

La parte recurrente formuló alegaciones sobre los puntos planteados en el recurso de apelación. Obviamente, como el recurso no planteaba la menor discrepancia sobre la naturaleza de daño moral atribuida a los padecimientos del actor, no hizo ninguna alegación al respecto. Sin embargo, concluida la fase contradictoria y concretadas las fronteras del enjuiciamiento se introduce inopinadamente en el proceso (en realidad, se introduce en el último punto del proceso, ya que aparece por primera y única vez en la sentencia) la digresión sobre el modo de clasificar los padecimientos, materia sobre la que nunca existió discordancia y que, por su banalidad, de haber existido se hubiera podido resolver de inmediato.



La cuestión incorporada a la litis por tan irregular y extemporánea vía provoca un adicional FD 8.º, a continuación de los fundamentos en los que se declara la total desestimación de los motivos del recurso de apelación y sirve de instrumento para el fallo revocatorio de la sentencia apelada.

Cita las SSTs de 23 mayo y 26 julio 1990, o la STS, Sala 3.ª de 22 mayo 1991 que han matizado que aun cuando el Tribunal ad quem es competente para revisar y decidir todas las cuestiones planteadas en la primera instancia, ello no quiere decir que sea libre para revisar por sí solo los razonamientos y el fallo de la sentencia apelada al margen de los motivos que esgrima la parte apelante como fundamento de su pretensión impugnatoria, pues, como toda pretensión procesal, el recurso de apelación también requiere la individualización de los motivos que el apelante considera adecuados para fundamentar su pretensión, y esos motivos individualizados, conforman los límites entre los que se puede mover el tribunal de apelación, examinándolos y pronunciándose sobre ellos en directa concordancia. De otro modo, se atentaría contra un principio esencial de la jurisdicción, el carácter rogado, y estaríamos ante una actuación de oficio, que estaría indebidamente suplantando al *dominus litis*.

Los recurridos nunca cuestionaron la naturaleza de los padecimientos. Es más, apenas en tres ocasiones y con unas breves líneas se refieren a los daños morales: La primera alusión en el escrito de contestación a la demanda donde curiosamente los demandados reconocieron la existencia de padecimientos, (primer párrafo del apartado 8.º).

La siguiente referencia a los daños morales aparece en la primera página del escrito de formalización del recurso de apelación: «El discurso de la sentencia, que consiste en valorar la conducta de mis representados, apreciar engaño en perjuicio de la actora, e imponerlos a aquellos incluso la obligación de indemnizar unos supuestos daños morales en 100 000 euros sin que hayan sido ni tan siquiera descritos y sobre los que no se ha practicado prueba, pone de manifiesto que la juzgadora de instancia no ha entendido el problema suscitado entre las partes».

En el apartado cuarto, penúltimo párrafo de la página 14 del recurso de apelación aparece la última referencia a los daños morales: «Tampoco se describen ni se prueban los padecimientos morales y físicos, trastornos funcionales y secuelas psíquicas y nerviosas alegados por el actor y que sustentan la condena a indemnizarle con 100 000 euros;...»

En ningún otro punto del recurso trata la cuestión de los daños morales y los apelantes nunca alegaron que los padecimientos que sustentan la indemnización de 100 000 euros fueran daños de naturaleza patrimonial o que no fueran daños de naturaleza moral o inmaterial.

Tras rechazar con argumentos contundentes todos los motivos de apelación, la Audiencia en lugar de concluir con un fallo confirmatorio de la resolución de instancia, inserta un nuevo e inesperado FD 8.º (cuyo comienzo es revelador: «No obstante lo expuesto, y respetando el resto de las cantidades que la juzgadora admite...») del que se sirve para expresar un criterio propio, relativo a un aspecto de la sentencia de instancia que las partes nunca plantearon y que, desde luego, no habían sometido a enjuiciamiento por el tribunal de apelación.

El fallo (que se transcribe) añade otra incongruencia de graves consecuencias: aunque los seis motivos del recurso de apelación son expresamente desestimados, sin embargo, en la primera línea del fallo se recoge «estimando en parte como estimamos el recurso de apelación».

Dado que el artículo 465.4 LEC define con rotundidad los límites a los que forzosamente ha de circunscribirse la sentencia del tribunal que resuelva el recurso de apelación; dado que la restricción de la sentencia de apelación a los puntos y cuestiones planteados en el recurso es perentoria y de aplicación incondicional hasta el punto de constituir materia de orden público el traspasar las barreras que enmarcan el ámbito de las sentencias de apelación con el correlativo deber de los órganos jurisdiccionales del plano superior de corregir los excesos que en este campo se produzcan; dado que la cuestión analizada en el FD 8.º de la sentencia es ajena a las cuestiones planteadas en el recurso de apelación que fueron desestimados; dado que precisamente el razonamiento del FD 8.º es el que da lugar al fallo revocatorio de la sentencia de instancia no existiendo ningún otro antecedente ni motivación que pudiera justificar tal revocación; dado que, además de constituir un exceso en la función de enjuiciar la introducción unilateral de una cuestión distinta de los puntos y cuestiones planteados en el recurso (resultando, por ella, ineficaz y carente de validez el pronunciamiento extra petita), el criterio que sostiene la Sala en el FD 8.º constituye también una infracción al derecho material aplicable.

Motivo quinto. «La supresión de los 100 000 euros que constituían la única partida indemnizatoria con la inmediata consecuencia de privar a todos los daños y perjuicios de indemnización, propicia la contravención al artículo 1091 CC, pues si el contrato es ley para los contratantes y si conforme a los artículos 6 y 7 del mismo cuerpo legal, a las conductas contrarias a la legalidad (aún más cuando media dolo) es inherente la obligación de indemnizar y siendo de general consideración que la indemnización obligatoria no solo constituye una



medida de reparación sino también una respuesta legal al incumplimiento y, según ciertos autores, representa también un simbólico reproche social al incumplidor cuando existen daños y perjuicios, en cambio, si no existe indemnización se trastoca el orden social y se desatiende el objetivo del legislador expuesto en numerosos preceptos.

»La desaparición de todas las indemnizaciones crea una situación perversa. La parte perjudicada no obtiene la esperable *restitutio in integrum*, sino una tardía y parcial devolución de su dinero devaluado por los casi tres años transcurridos y carente de los rendimientos ciertos que durante aquel periodo generó por naturaleza el capital. Correlativamente, la parte incumplidora queda dispensada de lo que debiera ser una obligación incondicional, pues se libera del pago de toda indemnización; conserva los beneficios que obtuvo mientras los fondos estuvieron a su disposición y ni siquiera le alcanza el simbólico reproche social».

El motivo se funda, en resumen, en lo siguiente:

La reducción de la cantidad a pagar por los vendedores da lugar a situaciones desiguales. El perjudicado no obtiene la satisfacción que esperaba cuando acudió a la jurisdicción para solventar el conflicto, pues no recibe compensación por los daños morales (que han sido y son importantes y numerosos) y no recibe ni siquiera el rendimiento mínimo que de no haberse involucrado en la irregular operación de Opening hubiera generado dicho capital. El grado de tutela que alcanza es reducido. Los vendedores que no actuaron de buena fe quedan obligados a devolver el capital pero dispensados de entregar los beneficios obtenidos durante el periodo en que los fondos estuvieron a su disposición.

Podría decirse que se premia a los responsables del incumplimiento doloso mientras se castiga a la víctima del incumplimiento doloso.

Acudiendo a la experiencia, al sentido común y al acervo de conocimientos proporcionados por enjuiciamientos previos y por peritos y profesionales poseedores de la *lex artis* que intervinieron en los antedichos procesos no es posible negar que en una mercantil/empresa que, inesperadamente, es arrastrada a la quiebra, queda privada de actividad sin reservas ni disponibilidades para intentar medidas de supervivencia y lastrada por compromisos de prestación y de obligaciones de toda índole, la situación del representante legal que ha de permanecer al frente de la entidad hasta la culminación del proceso liquidatorio, actuando como interlocutor frente a acreedores, clientes, proveedores, prestadores de servicios, trabajadores, instituciones públicas, etc., sometido a las inevitables incidencias propias de la coyuntura sufrirá numerosos perjuicios que son reconocidos por los vendedores en su escrito de contestación a la demanda, por el juzgado de instancia y también por la sentencia de apelación.

Pero, aunque a modo de presunción no fueran admitidos los daños morales derivados del proceso de cierre de la empresa se mantendría la obligación legal de indemnizar. Aun en los casos en que un incumplimiento contractual no produjera otros efectos, el propio incumplimiento contractual (máxime si concurre dolo), *per se* y adicionalmente, constituiría un daño indemnizable.

Los tribunales han declarado de modo unánime que la infracción a las obligaciones contractuales (que alcanzan rango de ley entre las partes) supone siempre un perjuicio o daño para el otro contratante, una frustración en su economía actual o expectante, un deterioro o quebranto en su interés material o moral que requiere siempre una reparación, pues si el incumplimiento de lo estipulado no tuviera ninguna consecuencia negativa para el incumplidor (y/o ninguna medida reequilibradora para el afectado) equivaldría a sostener que el contrato opera en el vacío.

Cita las SSTs de 30 septiembre 1989, 6 julio 1983, 9 mayo y 27 junio 1984, 5 junio 1985 y 30 septiembre 1988 que prohíben que el incumplimiento del contrato pueda quedar impune, por constituir *in re ipsa* el propio daño o perjuicio en cuanto frustración factiblemente valorable, sin más prueba que el propio incumplimiento según casos y circunstancias (SAP Córdoba, Sección 2.ª, de 13 enero 1997).

Cita la STS de 25 octubre 1996 (según la cual dejar sin indemnizar el incumplimiento de un contrato sería ir contra los principios más elementales de la seguridad jurídica) y la STS de 22 octubre 1993 que proclama que el propio perjuicio y la prueba de su existencia están contenidos *in re ipsa* en el incumplimiento contractual.

Siempre y sin excepción, todo incumplimiento contractual doloso lleva implícita la producción de daños y perjuicios. Igualmente, los daños y perjuicios causados por un incumplimiento contractual doloso han de ser indemnizados.

La indemnización podrá ser de una cuantía u otra, pues la determinación del importe adecuado para compensar los daños y perjuicios de un incumplimiento contractual queda a criterio de los tribunales hasta el punto de que el *quantum* indemnizatorio no es materia de casación a menos que la sentencia resulte manifiestamente errónea o ilógica (STS 4 nov. 1992), o sea evidente una omisión trascendental en la sentencia del tribunal



de apelación (SSTS 27 jul., 6 oct. y 3 dic. 1992 ), lo que es igualmente aplicable a los daños morales (SSTS 8 nov. 1983 y 30 jun. 1995 ), o se acredite la existencia de un notorio error de hecho en la fijación de la cuantía o en el reconocimiento de los daños y perjuicios indemnizables (SSTS 29 abr. 1988 y 23 feb. 1989 y 28 nov. 1992 ), disponiendo el tribunal de un amplio margen para decidir el importe de la indemnización pero habrá de tener en cuenta el límite marcado por el legislador: nunca podrá omitirse la indemnización cuando el incumplimiento contractual doloso esté declarado judicialmente, es decir, el órgano jurisdiccional deberá, forzosamente, establecer una indemnización cuando concurra dolo en el incumplimiento contractual y las resoluciones que excluyan la indemnización de modo expreso o que omitan pronunciarse sobre la cuantía y la existencia de la indemnización, carecerán de validez.

A la categórica imposición de la ley de que todo incumplimiento contractual conlleve una indemnización se añade la prohibición jurisprudencial de que la indemnización tenga un importe simbólico, siendo requisito esencial que la cuantía fijada por el tribunal constituya una compensación razonable de los daños y /o perjuicios indemnizables (STS de 18/11/2002 , según la cual no cabe que los Tribunales fijen indemnizaciones meramente teóricas o simbólicas por daños morales).

Aunque pueda discutirse sobre el alcance y la gravedad de los daños morales, aunque pueda discutirse sobre el derecho a recuperar los 10 000 euros aportados urgentemente por el actor a la cuenta bancaria de la empresa el 26 de septiembre de 2002, aunque pueda discutirse sobre el reembolso de los pagos que el actor hubo de atender como avalista de la empresa, aunque pueda discutirse sobre el valor de la indemnización por figurar como representante de la mercantil en la quiebra y soportar el abrumador proceso de la liquidación que se arrastra hasta el día de hoy; nunca podría discutirse una indemnización de importe equivalente, al menos, al de los intereses legales calculados desde la fecha de entrega del precio y por el periodo en que los vendedores se han beneficiado de dicha cantidad que han tenido a su disposición.

Finalmente, relata ciertos extremos que, según expone, completan la exposición de circunstancias directas y colaterales que conjuntamente con los hechos nucleares que se destacan en la demanda ponen en evidencia la dureza del proceso de liquidación de la empresa.

Termina solicitando de la Sala «que habiendo por presentado, en tiempo y forma, este escrito, con los documentos y copias exigidos por la LEC, tenga por formalizado recurso de casación contra la sentencia pronunciada de fecha 23/01/2006 por la Audiencia Provincial de Madrid (Secc. 10 ), lo admita y, previos los trámites legales y expedición de la copia certificada de la resolución, acuerde el traslado de éste y del rollo y demás piezas a la Sala correspondiente del Tribunal Supremo, al que también suplico que, con celebración de vista, dicte sentencia casando y anulando la aquí recurrida y sustituyéndola por otro pronunciamiento más ajustado a Derecho en los términos que esta parte tiene interesados».

**SEXTO** .- Por ATS de 25 de noviembre de 2008 se admitió el recurso de casación interpuesto.

**SÉPTIMO** .- En el escrito de oposición presentado por la representación procesal de D. Belarmino , D.ª Guillerma , D. Casimiro y D.ª Loreto , se formulan, en resumen, las siguientes alegaciones:

Antes de abordar la impugnación de los motivos en que se funda el recurso alega la concurrencia de cuatro causas de inadmisibilidad.

El ATS de 25 de noviembre de 2008 por el que se acuerda admitir a tramite el recurso: 1) es equivoco acerca de la naturaleza del recurso; 2) no ha apreciado (ni ha rechazado) la causa de inadmisibilidad propuesta por esta parte por razón de la cuantía por medio del escrito a que se refiere la diligencia de ordenación de 9 de junio de 2006; 3) no advierte que el motivo segundo por infracción del artículo 1107 CC , no debió ser admitido a tramite al no haberse indicado como infringido el referido precepto en el escrito de preparación, y 4 ) bajo la apariencia de infracción de preceptos sustantivos no indicados como infringidos en el escrito de preparación, el motivo cuarto denuncia incongruencia en la sentencia recurrida o infracción del artículo 218 LEC propia del recurso extraordinario por infracción procesal no preparado ni interpuesto.

Lo cierto es que el recurrente solo ha preparado e interpuesto recurso de casación por lo que el ATS de 25 de noviembre de 2008 debió referirse exclusivamente a un recurso de esta naturaleza.

Inadmisibilidad del recurso de casación por razón de la cuantía:

Aunque articulado en cinco motivos, el objeto del recurso de casación viene constituido exclusivamente por un pronunciamiento. El recurrente pretende obtener una indemnización por importe de 100 000 €.

La cuantía, pues asciende a 100 000 euros, cantidad inferior a la establecida en el artículo 477.2.2º LEC , lo cual determina la inadmisibilidad del recurso conforme al artículo 483.2.3º .





Inadmisibilidad del motivo segundo del recurso al no haber sido denunciado como infringido el artículo 1107 CC en el escrito de preparación.

En el escrito de preparación se denuncia infracción de los artículos 7.1, 7.2, 1101, 1102, 1106 y 1124 CC, fijando de este modo su propio ámbito material. No obstante, en el motivo segundo del recurso solo invoca el artículo 1107.2 de dicho Código .

Inadmisibilidad del motivo cuarto del recurso por no ser objeto del recurso de casación la denuncia de infracción procesal.

Mediante la formal denuncia de infracción del artículo 1124 CC introduce el recurrente un motivo cuyo cauce adecuado es el recurso extraordinario por infracción procesal, que no ha preparado, concretamente del principio de congruencia de las sentencias del artículo 218 LEC .

Al motivo primero: Inaplicación del artículo 1101 en relación con los artículos 1102 y 1106 CC .

El recurrente consintió la sentencia por convenirle globalmente el monto de la indemnización fijada a su favor según reconoce en el motivo. No obstante, ante la estimación parcial del recurso de apelación, impugna ahora la sentencia de la Audiencia Provincial invocando el derecho a ser indemnizado por el concepto de lucro cesante concretado en el abono de intereses respecto de las cantidades reconocidas a su favor.

El motivo no debe prosperar al no ser el recurso de casación la vía procesal idónea al efecto, debió el recurrente, en su caso, interponer el correspondiente recurso de apelación contra la sentencia de primera instancia que omitía cualquier pronunciamiento respecto de los intereses solicitados en el suplico de la demanda.

A los motivos segundo, tercero y quinto: infracción de los artículos 1101, 1102 y 1107 CC al denegar la sentencia impugnada el reconocimiento de los padecimientos relatados por el recurrente en la demanda como daños morales.

Siendo cuestión no discutida la apreciación de dolo civil en la conducta de los recurridos por la Audiencia Provincial, la viabilidad de la acción de resarcimiento por daños morales que pretende el recurrente exige la constatación de que tales daños se hayan producido efectivamente como consecuencia del incumplimiento del contrato. En la jurisprudencia se aprecia una cierta unanimidad en cuanto a la dificultad de la noción del daño moral así como a su inclusión en el ámbito de lo indemnizable por el incumplimiento de un contrato con una clara tendencia a la ampliación de los supuestos de los que deriva su reconocimiento pero sin que ello suponga la admisión de una generalidad indemnizatoria.

La doctrina mayoritaria concibe el daño moral por oposición al daño puramente patrimonial como aquél que afecta a bienes o derechos de naturaleza estrictamente personal, lo cual no es sino reflejo de la clasificación de los derechos subjetivos en dos grandes grupos: los derechos patrimoniales y los extrapatrimoniales o inherentes a la personalidad. La lesión de los primeros genera un daño patrimonial mientras que la conculcación de alguno de los integrados en la segunda categoría origina un daño moral.

En esta línea se pronuncia la sentencia impugnada, que cita la STS dictada en un supuesto de ruina funcional de 31 de octubre de 2002 según la cual no es correcta la apreciación del daño moral. Su concepto es claro y estricto, no comprende aspectos del daño material.

Esta doctrina es reiterada en la STS de 7 de marzo de 2005 que añade que las molestias causadas por esta situación no pueden ser consideradas como constitutivas de un daño moral en los términos en que este es concebido por la doctrina de esta Sala.

Supuesto significativo de apreciación de daños morales consecuentes a un incumplimiento contractual es el que recoge la STS de 9 de mayo de 1984 relativa al incumplimiento de un contrato de publicidad como consecuencia del cual se omitieron los datos de un abogado en la guía telefónica.

La STS de 3 de junio de 1991 contempla un supuesto en el cual un artista cede y entrega sus obras a la otra parte para su exposición al público a cambio de una determinada retribución. La no-restitución de las obras en las condiciones pactadas provocó la inmovilización de las pinturas derivándose un daño material y simultáneamente un daño moral por lesión del derecho de autor a consecuencia de los daños que sufrieron los cuadros objeto de exposición.

Supuesto frecuente de daño moral es el de la privación de acceso a un recurso por incumplimiento del abogado o procurador del interesado.

De las sentencias dictadas por el alto tribunal se aprecia una configuración claramente objetiva del daño moral por referencia al bien jurídico lesionado pero también se observa una cierta configuración del daño moral referido a cualquier atentado que incida en la esfera psíquica del sujeto afectado de modo que no se



comprenden exclusivamente los daños morales derivados de una lesión a bienes jurídicos concretos sino a bienes o intereses de naturaleza inmaterial, sin necesidad de tipificación sistemática.

No obstante, la afección debe ser de cierta entidad, ya que deben excluirse las molestias, disgustos o alteraciones que derivan de cualquier incumplimiento, pues se trata de evitar una generalización de la indemnización del daño moral o de impedir que su reparación suponga un complemento a la indemnización que suponga una duplicidad de indemnizaciones con el consiguiente enriquecimiento del deudor. Esta doctrina evidencia la preocupación por evitar que mediante la admisión de la reparación de daños morales se oculten otros conceptos indemnizatorios más cercanos al daño patrimonial cuando éstos no puedan acreditarse en debida forma.

Por otra parte, no resulta de esencial importancia en la determinación del daño moral la naturaleza de la relación jurídica que medie entre los litigantes, ni tampoco el carácter de la prestación cuyo incumplimiento de lugar a su aparición. Lo que genera la obligación de indemnizar el daño moral es la existencia del incumplimiento, el juicio de imputabilidad y su producción efectiva en relación de causalidad, salvo que pueda presumirse razonablemente por notoriedad o máxima de experiencia su producción como consecuencia necesaria del incumplimiento.

Lo que el recurrente relata como constitutivo de daños morales es algo que ha quedado huérfano de prueba.

Parece obvio que por su entidad, los relativos a su salud si efectivamente se han producido, pudieron y debieron ser sometidos a prueba, pues no parece razonable presumir que tales padecimientos no han generado una historia clínica ni han podido ser objeto de información pericial que pudieran haber sido incorporados a las actuaciones a fin de ser valorados como prueba de sus alegaciones.

Otro tanto cabe decir de los relativos a su libertad e integridad física, los cuales debieron dar lugar a las correspondientes actuaciones policiales y judiciales, acerca de las cuales también pudo y debió practicarse prueba.

Acerca de las dificultades consistentes en «... imposibilidad de disfrutar de las vacaciones estivales, imposibilidad de acudir al domicilio familiar a comer y a dormir todos los días, imposibilidad de disponer de los fines de semana, angustia e incesante preocupación, haber sido víctima de las iras y quejas de los alumnos y los empleados, quemar [sic] el círculo de amistades y de conocidos, etc.», debió también practicarse prueba, o al menos intentarlo.

Al motivo cuarto: infracción del artículo 1124 CC al ser eliminada, en su total importe, la partida que compensaba los daños y perjuicios distintos de los estrictamente patrimoniales.

De acuerdo con lo expuesto al invocar la causa de inadmisibilidad de este motivo, en realidad, denuncia el recurrente incongruencia *extra petita* por abordar la sentencia impugnada cuestiones ajenas al recurso de apelación.

Termina solicitando de la Sala «tenga por presentado este escrito y sus copias, se sirva admitirlo y tener por formulada oposición al recurso de casación (y, eventualmente, al recurso extraordinario por infracción procesal), para tras los trámites pertinentes dictar sentencia por la que se confirme la sentencia recurrida, con imposición de costas al recurrente».

**OCTAVO** .- Para la deliberación y fallo del recurso se fijó el día 20 de mayo de 2010, en que tuvo lugar.

**NOVENO** .- En la presente resolución se ha utilizado las siguientes siglas:

CC, Código Civil.

LEC, Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil .

PETL, *Principios de Derecho Europeo de la Responsabilidad Civil* elaborados por el European Group on Tort Law.

RC, recurso de casación.

SSTS, sentencias del Tribunal Supremo (Sala Primera, si no se indica otra cosa).

STS, sentencia del Tribunal Supremo (Sala Primera, si no se indica otra cosa).

UNIDROIT, International Institute for the Unification of Private Law.

Ha sido Ponente el Magistrado Excmo. Sr. D. Juan Antonio Xiol Rios, que expresa el parecer de la Sala.

## FUNDAMENTOS DE DERECHO

**PRIMERO** . - *Resumen de antecedentes.*

1. D. Alejo , ejerció una acción de indemnización de daños y perjuicios contra varios demandados, por engaño en la venta de las participaciones de la sociedad limitada Fast English. Solicitó que se les condenase a abonar 270 000 euros. Esta suma estaba integrada por 114 112,08 euros (precio inicial percibido por los demandados), 12 600 euros (retribuciones de febrero/agosto de 2003, más intereses), 10 000 euros (aportados en septiembre de 2003, más intereses), 653 euros (aportados a caja por intereses), 5 220 euros (deuda con proveedores afianzada), 27 625,63 euros (reclamación laboral) y 100 000 en concepto de indemnizaciones por los padecimientos morales y físicos soportados durante el proceso de cierre de la empresa, por los trastornos funcionales que aquellos causaron y por las secuelas psíquicas.

2. El Juzgado de Primera Instancia concedió una indemnización total de 227 583,94 €, integrada por 114 112,08 € por precio inicial, 12 600 € por importe de retribuciones, y 100 000 € por daños morales (teniendo en cuenta de que a partir del mes de comprada la empresa tuvo que hacer frente a las contingencias y trastornos físicos y psíquicos hasta el cierre), y 821,86 € del laudo arbitral.

3. La Audiencia Provincial revocó parcialmente esta sentencia, suprimiendo la cantidad de 100 000 € por daños morales.

4. Se fundó, en síntesis, en que los padecimientos relatados no pueden ser considerados como daños morales, pues estos no comprenden aspectos del daño material que afectan a la esfera patrimonial del sujeto o derivan de daños patrimoniales.

5. Contra esta sentencia interpuso recurso de casación la parte demandada, el cual ha sido admitido al amparo del artículo 467.2.2.º LEC , por razón de la cuantía.

**SEGUNDO** . - *Admisibilidad del recurso.*

La parte recurrida plantea cuatro motivos de inadmisibilidad del recurso de casación.

Estos motivos deben ser desestimados por las siguientes razones:

a) El error cometido en el auto de admisión de 25 de noviembre de 2008 consistente en denominar el recurso de casación como extraordinario por infracción procesal constituye un error material que, como la parte recurrida reconoce, carece de trascendencia práctica alguna.

b) No existe falta de motivación acerca de la causa de inadmisibilidad propuesta por razón de la cuantía, pues de los razonamientos del auto de admisión se desprende que se aceptan las alegaciones de la parte recurrente considerando que el asunto es de cuantía superior a los 150 000 €, que es la *summa gravaminis* [cuantía para recurrir] que establece la LEC.

c) La parte recurrente reclama únicamente en casación la suma de 100 000 €. Sin embargo, la cuantía a efectos del recurso de casación no puede cifrarse en esta cantidad, como propone la parte recurrida, sino en la cuantía que fue objeto de condena en la sentencia de apelación, superior a los 150 000 €, pues esta suma no fue consentida por la parte demandada, que recurrió contra la sentencia impugnándola en su totalidad. Según reiterada jurisprudencia de esta Sala la cuantía a efectos de casación no viene determinada por la cantidad reclamada por la parte recurrente, sino por la diferencia entre la cuantía del proceso en la primera instancia y la suma que ha quedado consolidada en apelación por haber sido consentida por ambas partes. La razón de este principio se funda en el principio de igualdad de partes, a tenor del cual la cuantía considerada a efectos del recurso, salvo supuestos excepcionales, debe ser idéntica para todas ellas.

d) La causa de inadmisibilidad alegada respecto del motivo cuarto será examinada al entrar en su conocimiento.

**TERCERO** . - *Enunciación del motivo primero.*

El motivo primero se introduce con la siguiente fórmula:

«Por inaplicación de lo dispuesto en el artículo 1101 del CC (y en los concordantes artículos 1102 y 1106 de dicho texto legal)».

El motivo se funda, en síntesis, en que la sentencia desconoce el deber legal de indemnizar en caso de incumplimiento contractual doloso, con el abono de los intereses si se trata de contenido de equivalencia dineraria, pues la supresión de la indemnización de 100 000 €, que era la única partida destinada indemnizar daños, deja sin resarcimiento tanto los daños morales como los patrimoniales.

El motivo debe ser desestimado.

**CUARTO** . - *Perjuicios no resarcidos.*



La cantidad de 100 000 € fue solicitada para la indemnización de daños de carácter moral, consistentes, según describe la parte recurrente en su demanda, en «padecimientos morales y físicos soportados durante el traumático proceso de cierre de la empresa, [...] los trastornos funcionales que aquellos causaron y [...] las secuelas psíquicas y nerviosas que siguen bajo tratamiento», consecuencia del incumplimiento contractual por la contraparte.

El hecho de que determinados daños de carácter patrimonial puedan no haber sido indemnizados y que no se haya acordado el abono de intereses que la parte recurrente considera procedentes no puede ser objeto de examen en este recurso de casación, pues la parte recurrente consintió el pronunciamiento del Juzgado de Primera Instancia, al no recurrir en apelación contra él ni impugnar la sentencia cuando se opuso a la apelación formulada por la contraparte.

**QUINTO** . - *Enunciación del motivo segundo.*

En el motivo segundo se alega, en síntesis, que, en contra del parecer de la Sala, los padecimientos por los que el Juzgado concedió una indemnización de 100 000 € corresponden a los calificados por los tribunales como daños morales.

El motivo debe ser estimado.

**SEXTO** . - *La calificación de los daños por los que se reclama .*

Los daños morales, asociados frecuentemente por la jurisprudencia a los padecimientos físicos o psíquicos, son aquellos que afectan a la integridad, a la dignidad o a la libertad de la persona, como bienes básicos de la personalidad (así se deduce, por ejemplo, de la definición del daño no patrimonial contenida en los PETL, artículo 10 :301). La dificultad para determinar el alcance de los bienes de la persona que son susceptibles de padecer un menoscabo imputable a la acción de otras personas y la estrecha relación de los daños morales con los avatares de la convivencia humana impiden aplicar exclusivamente criterios fenomenológicos de causalidad para determinar su conexión con la conducta del deudor que incumple y exigen tener en cuenta criterios de imputación objetiva, entre los cuales debe figurar el criterio de la relevancia del daño, pues solo aplicando éstos podrá admitirse la lesión de un interés protegido por el Derecho. En el ámbito de la responsabilidad extracontractual resulta asimismo significativo, como criterio para calibrar la imputabilidad, el alcance obligatorio del contrato para quienes en él intervienen, de acuerdo con lo que resulte de su interpretación.

En el caso de incumplimiento doloso del contrato, esta imputabilidad resulta ampliada. El CC, en uno de los preceptos mediante los que regula la responsabilidad contractual, que han sido extendidos por la jurisprudencia a la responsabilidad extracontractual, dispone que, mientras el deudor de buena fe responde de los «daños previstos» y de los «daños previsibles» (artículo 1107 I CC ), el deudor en caso de dolo responde de los daños «que conocidamente se deriven del hecho generador» (artículo 1107 II CC ). Interpretando este precepto, la jurisprudencia (SSTS de 23 de febrero de 1973, 16 de julio de 1982 y 23 de octubre de 1984 ) ha centrado el ámbito de la responsabilidad del deudor doloso en el nexo de causalidad, privándole de toda limitación o moderación legal, convencional o judicial de la responsabilidad. Pero el artículo 1107 CC comporta también una ampliación de los criterios de imputación objetiva para la determinación de los daños que deben ser resarcidos por parte del deudor que incumple, pues establece que estos comprenderán no solamente los que pudieron preverse en el momento de contraerse la obligación, sino los que conocidamente se deriven del incumplimiento, de donde se infiere que, en la línea propuesta por la doctrina para la interpretación del artículo 1107 CC , es procedente, en caso de dolo, además de la aplicación del criterio del carácter relevante del daño, la aplicación de un criterio de imputación fundado en la conexión objetiva del daño moral con el incumplimiento.

A este principio responde el criterio que para la indemnización del daño moral se recomienda en los artículos 9 :501 y 9:503 de los PETL, según los cuales, si no existe una cláusula penal que determine otra cosa, el resarcimiento incluye el daño moral, cuya extensión se limita a los daños que fueran previsibles al tiempo de la perfección del contrato y sean resultado del incumplimiento, salvo el caso de que éste sea doloso o debido a culpa grave, en que deberán indemnizarse todos los daños morales. La inclusión del daño moral en el deber de resarcimiento se prevé también en los Principios sobre contratos comerciales internacionales elaborados por UNIDROIT (artículo 7.4.2 )

La STS de 31 de mayo de 2000, RC n.º 2332/1995 , en relación con un contrato de transporte aéreo, declaró, aplicando el criterio de relevancia, que «no pueden derivarse los daños morales de las situaciones de mera molestia, aburrimiento, enojo o enfado que suelen originarse como consecuencia de un retraso en un vuelo», pero admitió que «pueden darse hipótesis sujetas a indemnización cuando, durante la espera, los viajeros no han sido debidamente atendidos, o no se les facilita la comunicación con los lugares de destino para paliar las consecuencias del retraso» y «también deben comprenderse aquellas situaciones en que se produce





una aflicción o perturbación de alguna entidad (sin perjuicio de que la mayor o menor gravedad influya en la traducción económica), como consecuencia de las horas de tensión, incomodidad y molestia producidas por una demora importante de un vuelo, que carece de justificación alguna.»

En el caso examinado, dada la naturaleza puramente económica y mercantil del contrato, no consta que en el contenido del contrato se hubiesen tomado en consideración, implícita o explícitamente, los daños morales que pudiera producir su incumplimiento. Sin embargo, la sentencia de instancia declara que el incumplimiento fue doloso, por lo cual la imputación objetiva alcanza a los daños morales relevantes derivados del incumplimiento, independientemente de que el cumplimiento del contrato comportase o no la obligación de preservar a la otra parte de dichos daños.

La conclusión a que llega la sentencia recurrida no se ajusta a esta doctrina, pues afirma que «[l]a Sala muestra su disconformidad con la petición de 100 000 euros que formuló el actor por daños morales, por considerar que los padecimientos relatados no pueden ser considerados como daños morales» y justifica esta consideración en que no cabe reclamar daño moral «si se produce y se reclama un perjuicio patrimonial».

Considerado, pues, por la sentencia recurrida implícitamente como existente el daño que la sentencia de primera instancia declara probado; descrito éste como una serie de acontecimientos que suponen un grave menoscabo de la integridad de la persona del demandante en su vertiente física, psíquica y de bienestar social y familiar; y demostrado igualmente que este daño se produjo como consecuencia del cierre de la empresa directamente acarreado por los incumplimientos de la demandada, que la sentencia recurrida considera de carácter doloso, concurre un criterio de imputación objetiva, sancionado por el artículo 1107 CC, que obliga al deudor a responder de los daños morales causados.

**SÉPTIMO** . - *Enunciación del motivo tercero.*

En el motivo tercero se alega la infracción de los artículos 1101, 1102 y 1107 CC, pues, aun en el supuesto de que los padecimientos del actor no tuvieran encaje en el concepto de daño moral, la obligación de indemnizar subsistiría, dado el carácter doloso del incumplimiento contractual.

El motivo debe ser estimado, por estar en estrecha relación con el motivo segundo de casación.

**OCTAVO** . - *Enunciación del motivo cuarto.*

En el motivo cuarto se alega la infracción del artículo 1124 CC, pues la cuestión introducida por la Audiencia Provincial sobre la calificación de los daños morales, que no había sido discutida por los demandados, constituye una cuestión nueva que causa indefensión al recurrente y comporta una infracción del de Derecho sustantivo.

El motivo debe ser desestimado.

**NOVENO** . - *Incongruencia.*

La infracción imputada en este motivo a la sentencia recurrida consiste en una incongruencia *extra petita* [fuera de lo pedido] porque, a juicio de la parte recurrente, el rechazo de los daños morales se hizo introduciendo una cuestión sobre su calificación que no había sido planteada por la parte recurrente. Este planteamiento demuestra que la infracción denunciada en el motivo es una infracción de carácter procesal sobre las normas reguladoras de la sentencia sobre congruencia, por lo que únicamente hubiera podido ser resuelta si se hubiera planteado por la vía del recurso extraordinario por infracción procesal.

**DÉCIMO** . - *Enunciación del motivo quinto.*

En el motivo quinto se alega, en síntesis, que la supresión de los 100 000 euros reclamados, al privar de todos los daños y perjuicios de indemnización, propicia la contravención del artículo 1091 CC, pues, según la jurisprudencia, la infracción de las obligaciones contractuales supone siempre un perjuicio o daño para el otro contratante y el incumplimiento del contrato no puede quedar impune.

El motivo debe ser desestimado.

**UNDECIMO** . - *Daños y perjuicios in re ipsa.*

El anterior motivo debe ser desestimado por las siguientes razones:

a) Según reiterada jurisprudencia el precepto que se cita como infringido, por su carácter general, necesita para ser alegado en un recurso de casación que su cita se complete con la de aquellas disposiciones que acrediten que la Sala de instancia ha interpretado mal el tenor de las obligaciones o se equivocó al estimar que su cumplimiento se ajustaba o no al mismo (STS de 23 de abril de 1966).



b) El artículo 1091 CC , en el cual se establece que «[l]as obligaciones que nacen de los contratos tienen fuerza de ley entre las partes contratantes, y deben cumplirse al tenor de los mismos» no comporta que cualquier incumplimiento contractual genere necesariamente la obligación de resarcir, pues este precepto debe entenderse complementado con el artículo 1101 CC , del cual se infiere que la obligación de indemnizar que se impone a quienes incurrieren en dolo o negligencia o morosidad en el cumplimiento de sus obligaciones, y a los que de cualquier modo contravinieren al tenor de aquellas, tiene por objeto «los daños y perjuicios causados» y no el incumplimiento en abstracto. Esta Sala, en efecto, tiene declarado que debe concurrir como requisito necesario para la aplicación del artículo 1101 CC , además del incumplimiento de la obligación por culpa o negligencia, la realidad de los perjuicios, es decir, que éstos sean probados, y el nexo causal eficiente entre la conducta del agente y los daños producidos (SSTS de 24 de septiembre de 1994, 6 de abril de 1995, 22 de octubre de 1996, 13 de mayo de 1997, 19 de febrero de 1998, 24 de mayo de 1999, 31 de enero de 2001, 3 de julio de 2001, 5 de octubre de 2002, 10 de julio de 2003, 9 de marzo de 2005, 19 de julio de 2007 ). La doctrina que mantiene la posibilidad de nacimiento del deber de indemnizar por el simple incumplimiento se refiere a supuestos en que el incumplimiento determina por sí mismo un daño o perjuicio, una frustración en la economía de la parte, en su interés material o moral, lo que ocurre cuando su existencia se deduce necesariamente del incumplimiento o se trata de daños patentes (SSTS de 26 de mayo de 1990, 5 de marzo de 1992, 29 de marzo de 2001 ). De esta jurisprudencia se deduce que el principio *res ipsa loquitur* [la cosa habla por sí misma] alegado por la parte recurrente y la consideración de un perjuicio *in re ipsa* [en la cosa misma] no son aplicables a todo incumplimiento, sino solamente a aquel que evidencia por sí mismo la existencia del daño (como ocurre, en el supuesto contemplado en la STS de 23 de julio de 1996 , en el caso de falta de entrega de un inmueble, pues es evidente el perjuicio determinado por la pérdida de su valor de uso).

La desestimación de este motivo de casación no es obstáculo a la estimación de los motivos segundo y tercero.

#### **DECIMOSEGUNDO** . - *Estimación del recurso* .

La estimación de los motivos de casación segundo y tercero conduce a casar la sentencia recurrida y a desestimar el recurso de apelación, confirmando la sentencia de primera instancia, desde cuya fecha se devengarán los intereses procesales.

Con arreglo a los artículos 394 y 398 LEC , se imponen las costas del recurso de apelación a la parte recurrente y no a lugar a imponer las costas del recurso de casación.

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

#### **FALLAMOS**

1. Ha lugar al recurso de casación interpuesto por la representación procesal de D. Alejo contra la sentencia de 23 de enero de 2006, dictada por la Sección 10.ª de la Audiencia Provincial de Madrid , en el rollo de apelación número 39/2005, cuyo fallo dice:

«Fallamos

»Que estimando en parte como estimamos el recurso de apelación interpuesto por el procurador D. Carlos de Zulueta y Cebrián en nombre y representación D. Belarmino y D.ª Guillerma y D. Casimiro y D.ª Loreto contra la sentencia dictada por la Ilma. Sra. Magistrado Juez de 1.ª Instancia n.º 8 de Madrid con fecha 30 de julio de 2004, de la que el presente rollo dimana, debemos revocarla y la revocamos en el único sentido de rebajar el importe de la indemnización concedida a la cantidad de 127 533, 94 euros en lugar de los 227 533,94 euros concedidos, todo ello sin que proceda hacer especial imposición de las costas causadas en este recurso a ninguna de las partes».

2. Casamos la sentencia recurrida, que declaramos sin valor ni efecto alguno.

3. En su lugar, desestimamos el recurso de apelación interpuesto por el procurador D. Carlos de Zulueta y Cebrián en nombre y representación D. Belarmino , D.ª Guillerma , D. Casimiro y D.ª Loreto contra la sentencia dictada por la Ilma. Sra. Magistrado Juez de 1.ª Instancia n.º 8 de Madrid con fecha 30 de julio de 2004, la cual confirmamos en su integridad. Declaramos que los intereses procesales, si ha lugar a ellos, se devengarán desde la fecha de la sentencia de primera instancia.

4. Se imponen a la parte que lo interpuso las costas del recurso de apelación y no ha lugar a imponer las costas de este recurso de casación.

Así por esta nuestra sentencia, que se insertará en la COLECCIÓN LEGISLATIVA pasándose al efecto las copias necesarias, lo pronunciamos, mandamos y firmamos Juan Antonio Xiol Ríos. Roman Garcia Varela. Francisco



Marin Castan. Jose Antonio Seijas Quintana. Rafael Gimeno-Bayon Cobos. Rubricado. PUBLICACIÓN.- Leída y publicada fue la anterior sentencia por el EXCMO. SR. D. Juan Antonio Xiol Rios, 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.

FONDO DOCUMENTAL CENDOJ