

Roj: **STS 7323/2012** - ECLI: **ES:TS:2012:7323**Id Cendoj: **28079110012012100648**Órgano: **Tribunal Supremo. Sala de lo Civil**Sede: **Madrid**Sección: **1**Fecha: **02/11/2012**Nº de Recurso: **2165/2009**Nº de Resolución: **682/2012**Procedimiento: **CIVIL**Ponente: **XAVIER O'CALLAGHAN MUÑOZ**Tipo de Resolución: **Sentencia**Resoluciones del caso: **SAP M 11770/2009,**
STS 7323/2012

SENTENCIA

En la Villa de Madrid, a dos de Noviembre de dos mil doce.

Visto por la Sala Primera del Tribunal Supremo, integrada por los Magistrados al margen indicados los recursos por infracción procesal y de casación contra la sentencia dictada en grado de apelación por la Sección 10ª de la Audiencia Provincial de Madrid, como consecuencia de autos de juicio ordinario seguidos ante el Juzgado de Primera Instancia número 33 de la misma ciudad, cuyo recurso fue preparado ante la mencionada Audiencia y en esta alzada se personaron en concepto de parte recurrente la Procuradora Doña María Fuencisla Martínez Minguez, en nombre y representación de DON Indalecio y otros; siendo parte recurrida el Procurador Don Antonio-María Alvarez-Buylla Ballesteros, en nombre y representación de la mercantil "INVERSIONES A. MANZANO S.L".

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO .- **1.-** El Procurador Don Antonio-María Alvarez-Buylla Ballesteros, en nombre y representación de la mercantil "INVERSIONES A. MANZANO S.L.", interpuso demanda de juicio ordinario contra "AGROINDUSTRIAL SAN ISIDRO, S.L." y alegando los hechos y fundamentos de derecho que consideró de aplicación, terminó suplicando se dictara sentencia por la que se *condene a la demandada a abonar a mi mandante la cantidad de 748.159,12 ? más 119.750,45 ? en concepto de IVA, en total ochocientos sesenta y siete mil ochocientos sesenta y cuatro euros con cincuenta y siete céntimos (867.864,57 ?), más los intereses legales, con expresa imposición de costas a la demandada, declarándose expresamente su temeridad y mala fe.*

2.- La Procuradora Doña María Fuencisla Martínez Minguez, en nombre y representación de "AGROINDUSTRIAL SAN ISIDRO, S.L.", contestó a la demanda y oponiendo los hechos y fundamentos de derecho que consideró de aplicación, terminó suplicando al Juzgado dictase sentencia *desestimando la demanda y absolviendo de todas sus pretensiones a mi representada, condenando expresamente en costas a la parte actora.*

3.- Practicadas las pruebas, las partes formularon oralmente sus conclusiones sobre los hechos controvertidos. La Ilma. Sra. Magistrada- Juez del Juzgado de Primera Instancia nº 33 de Madrid, dictó sentencia con fecha 12 de junio de 2008 , cuya parte dispositiva es como sigue: **FALLO:** Estimo parcialmente la demanda planteada por INVERSIONES A. MANZANO, S.L., frente a AGROINDUSTRIAL SAN ISIDRO, S.L., declaro haber lugar a la misma, y en su virtud condeno a la demandada a abonar a la actora CUARENTA MIL EUROS (40.000.- euros) mas intereses legales, y sin hacer expresa condena en costas.

SEGUNDO .- Interpuesto recurso de apelación contra la anterior sentencia por la representación procesal de AGROINDUSTRIAL SAN ISIDRO, S.L. y DON Indalecio , DON Ramón , DOÑA Ariadna , DON Victorio , DON Jesús María , DON Alberto , DOÑA Encarna , DON Blas , DOÑA Encarna , DON Blas , DON



Eduardo , DOÑA Luisa , DOÑA Rita DON Hilario , DON Lorenzo DOÑA Africa , DON Rosendo , DON Jose Ramón , que sustituyeron procesalmente a la liquidada compañía "AGROINDUSTRIAL SAN ISIDRO, S.L.", la Sección 10ª de la Audiencia Provincial de Madrid, dictó sentencia con fecha 7 de octubre de 2009 cuya parte dispositiva es como sigue: **FALLAMOS:** Desestimación del recurso interpuesto por la parte AGROINDUSTRIAL SAN ISIDRO, S.L. contra la resolución dictada por el juzgado de Primera Instancia num. 33 de Madrid en fecha doce de junio de dos mil ocho , y estimando el recurso de apelación interpuesto por la parte actora INVERSIONES A. MANZANO, S.L. contra la resolución dictada por el Juzgado en fecha doce de junio de dos mil nueve , debemos en su lugar revocarla y estimar parcialmente la demanda interpuesta por INVERSIONES A. MANZANO, S.L. contra AGROINDUSTRIAL SAN ISIDRO, S.L., condenando abonar a la parte demandada a la parte actora la cantidad que resulte de aplicar el 3% en relación a las cantidades abonadas, por el contrato de compra-venta otorgado por la entidad Agroindustrial San Isidro Sociedad limitada, a favor de residencial Alameda, de fecha 28 de junio del 2006 con derecho al abono en relación al 3% respecto de las siguientes cantidades 300.000 €, 2.193.864 €, 3.740.796 € y 2.493.864 €, respectivamente, así como las cantidades correspondiente al concepto IVA referida a las anteriores, así como los intereses legales sin hacer condena en costas de primera instancia a ninguna de las partes al haberse estimado parcialmente la demanda, y con expresa condena en costas por su recurso de apelación a la parte demandada y sin hacer condena en costas de esta instancia por su recurso a la parte actora.

TERCERO .- 1 .- la Procuradora Doña María Fuencisla Martínez Minguez, en nombre y representación de DON Indalecio , DON Ramón , DOÑA Ariadna , DON Victorio , DON Jesús María , DON Alberto , DOÑA Encarna , DON Blas , DOÑA Encarna , DON Blas , DON Eduardo , DOÑA Luisa , DOÑA Rita DON Hilario , DON Lorenzo DOÑA Africa , DON Rosendo , DON Jose Ramón que sustituyeron procesalmente a la liquidada compañía demandada "AGROINDUSTRIAL SAN ISIDRO S.L." interpuso recursos por infracción procesal y de casación contra la anterior sentencia, con apoyo en los siguientes **MOTIVOS DEL RECURSO POR INFRACCION PROCESAL: PRIMERO:** Al amparo del artículo 469.1 2º de la Ley de Enjuiciamiento Civil . Infracción de normas procesales reguladoras de la sentencia . Infracción de los artículos 319 de la Ley de Enjuiciamiento Civil y 1281 del Código civil . **SEGUNDO .-** Al amparo del artículo 469.1 2º de la Ley de Enjuiciamiento Civil . Infracción de normas procesales reguladoras de la sentencia, concretamente el artículo 218.2º de la misma ley . **TERCERO .-** Al amparo del artículo 469.1 2º de la Ley de Enjuiciamiento Civil . Infracción de normas procesales reguladoras de la sentencia, se plantea este motivo con carácter subsidiario respecto a los dos anteriores. **MOTIVOS DE CASACION: PRIMERO .-** Al amparo del artículo 477.1 de la Ley de Enjuiciamiento Civil por inaplicación de los artículos 1259 , 1261 del Código civil y vinculada a la infracción de fondo anterior se ha producido la infracción de los artículos 16 , 18 , 19 , 20 , 21 , 22.2 , 23 del Código de Comercio y artículos concordantes del Reglamento del Registro Mercantil: artículos 5 , 7 , 8 , 9 , 12 , 33 , 77 , 81 , 94 , 95 , 97 , 124 , 138 a 152. **SEGUNDO .-** Al amparo del artículo 477.1 de la Ley de Enjuiciamiento Civil infracción por indebida aplicación la doctrina sobre el factor notorio. **TERCERO .-** Al amparo del artículo 477.1 de la Ley de Enjuiciamiento Civil se formula con carácter subsidiario a los motivos anteriores. Infracción por inaplicación de la doctrina "non rite adimpleti contractus".

2 .- Por Auto de fecha 25 de mayo de 2010, se acordó ADMITIR EL RECURSO EXTRAORDINARIO POR INFRACCION PROCESAL y EL RECURSO DE CASACION y dar traslado a la parte recurrente para que formalizara su oposición en el plazo de veinte días.

3.- Evacuado el traslado conferido, el Procurador Don Antonio-María Alvarez-Buylla Ballesteros, en nombre y representación de la mercantil "INVERSIONES A. MANZANO S.L" presentó escrito de impugnación a los recursos interpuestos.

4 .- No habiéndose solicitado por todas las partes la celebración de vista pública, se señaló para votación y fallo el día 24 de octubre del 2012, en que tuvo lugar.

Ha sido Ponente el Magistrado Excmo. Sr. D. **Xavier O'Callaghan Muñoz** ,

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO .- La cuestión jurídica que se somete a esta Sala, en el presente caso, se entremezcla con la cuestión fáctica, por lo que será necesario partir de los hechos probados declarados por la sentencia de instancia, y de la calificación de los mismos.

Tanto la sentencia del Juzgado de 1ª Instancia número 33 de Madrid, como la Audiencia Provincial, Sección 10ª, de la misma capital, objeto esta última de los actuales recursos, han estimado que entre las partes ahora litigantes, INVERSIONES A. MANZANO, S.L. como mediador, y AGROINDUSTRIAL SAN ISIDRO, S.L. , demandado en la instancia y recurrente ante esta Sala, se había celebrado contrato de mediación como se prueba por dos comunicaciones por correo electrónico de 16 de diciembre de 2005 y por una carta de 19 del mismo mes y año ("por la presente reconocemos su intervención y gestión en la compraventa de los terrenos..." "le reconocemos a ustedes unos honorarios del 3% sobre el precio final de la compraventa..."); son comunicaciones y carta



dirigidos a la sociedad mediadora, demandante, por la demandada AGROINDUSTRIAL SAN ISIDRO, S.L. que firma don Eduardo , con la antefirma de "administrador de AGROINDUSTRIAL SAN ISIDRO, S.L.".

La diferencia entre las dos sentencias citadas radica en que la de primera instancia modela y rebaja sustancialmente la retribución por la mediación y la de segunda instancia se atiene al principio de *pacta sunt servanda*.

La parte demandada condenada al pago, AGROINDUSTRIAL SAN ISIDRO, S.L. ha recurrido ante esta Sala en cuyos motivos, tanto el recurso de infracción procesal como el casación, ha mantenido que aquel firmante, don Eduardo , era miembro del Consejo de Administración, pero su poder de representación era mancomunado, con otro consejero, que no firmó aquellas comunicaciones.

SEGUNDO .- El recurso por infracción procesal contiene tres motivos pero los tres tienen el mismo argumento, por lo que van a tratarse conjuntamente, para ser desestimados. Se concretan en la motivación de la sentencia recurrida, en relación con la valoración de la prueba y vienen referidos todos ellos no ya a una infracción procesal sino que, partiendo de la disconformidad con la motivación, entran en el fondo de derecho material, lo que es ajeno a este recurso; cada uno coincide sustancialmente con los tres motivos del recurso de casación.

La motivación de la sentencia, como deber constitucional, ha sido tratado por numerosa doctrina del Tribunal Constitucional y jurisprudencia del Tribunal Supremo: sentencias de 7 de mayo de 2010 , 2 de junio de 2011 , 9 de febrero de 2012 , 20 de febrero de 2012 ; destacando alguna sentencias lo que es evidente: que no puede confundirse falta de motivación con desacuerdo con ella: sentencias de 3 de noviembre de 2010 , 13 de mayo de 2011 . Son elocuentes las sentencias de 1 de julio de 2011 , 21 de septiembre de 2011 , 7 de noviembre de 2011 , que detallan en el concepto de motivación y relacionan lo expuesto por el Tribunal Constitucional y el Tribunal Supremo , en estos términos:

No exige la argumentación pormenorizada de cada uno de los puntos -hechos y alegaciones- que han surgido en el proceso, sino la fundamentación del fallo de la sentencia, quedando justificado éste por la exposición, dando a las partes las razones de la decisión, lejos del arbitrio judicial. En este sentido, dice la sentencia de 11 de octubre de 2004 que la motivación de las Sentencias, como señala la del Tribunal Constitucional 213/2.003, de 1 de diciembre , al interpretar las normas de la Constitución Española sobre la misma, constituye además de un deber constitucional de los Jueces, un derecho de quienes intervienen en el proceso, protegido por la Constitución Española.

Al primer aspecto se refiere la Sentencia del mismo Tribunal 35/2002, de 11 de febrero , tras la 24/1990, de 15 de febrero , para poner de manifiesto que la exigencia de motivación está directamente relacionada con los principios de un Estado de Derecho (artículo 1.1 de la Constitución Española) y con el carácter vinculante que, para Jueces y Magistrados, tiene la Ley, a cuyo imperio están sometidos en el ejercicio de su potestad jurisdiccional (artículo 117.1.3 de la Constitución Española), ya que hay que dar razón del derecho judicialmente interpretado y aplicado, con lo que se cumple tanto la finalidad de evidenciar que el fallo es una decisión razonada en términos de derecho, como con la de hacer posible el control jurisdiccional de la resolución por medio del sistema de recursos previsto en el ordenamiento.

El segundo aspecto es tratado en la Sentencia 196/2003, de 27 de octubre , según la que el derecho a obtener una resolución fundada, favorable o adversa, como garantía frente a la arbitrariedad, exige que contenga los elementos y razones de juicio que permitan conocer cuáles han sido los criterios jurídicos que fundamentan la decisión.

Sin embargo, como destaca la Sentencia del Tribunal Constitucional 165/1.999, de 27 de septiembre , el mencionado derecho no faculta a las partes a exigir una argumentación jurídica exhaustiva, que alcance a todos los aspectos y perspectivas que puedan tener de la cuestión que se decide. La Sentencia 100/1.987, de 9 de julio , puso de relieve que el deber de motivar las resoluciones judiciales no exige del Juez o Tribunal una exhaustiva descripción del proceso intelectual que le ha llevado a resolver en un determinado sentido, ni le impone una determinada extensión, intensidad o alcance en el razonamiento empleado, ya que para su cumplimiento es suficiente que conste de modo razonablemente claro cuál ha sido el fundamento en derecho de la decisión adoptada, criterio de razonabilidad que ha de medirse caso por caso, en atención a la finalidad que con la motivación ha de lograrse, y que queda confiado al órgano jurisdiccional competente. La Sentencia 56/1.987, de 5 de junio , reitera, en fin, que lo determinante es que el interesado conozca las razones decisivas, el fundamento de las resoluciones que le afectan, en tanto que instrumentos necesarios para su posible impugnación o para saber en general qué remedios procesales puede utilizar, exigiendo su información.

En cuanto a la valoración de la prueba, el texto de la Ley de Enjuiciamiento Civil y la jurisprudencia de esta Sala es contundente: no cabe su revisión como infracción procesal ni como casación. La jurisprudencia es



copiosísima: sentencias de 27 de enero de 2012 , 9 de febrero de 2012 , 20 de febrero de 2012 , 4 de abril de 2012 . Se pronuncia en estos términos (la primera de éstas, entre otras):

*El artículo 469 de aquella ley enumera como *numerus clausus* los motivos en que puede fundarse el recurso por infracción procesal y ninguno de ellos se refiere a la valoración de la prueba; sólo en caso excepcional en que se diera una clara y hasta grosera desviación del resultado probatorio podría pensarse en vulneración del artículo 24 de la Constitución Española , que contempla el número cuatro de dicho artículo; pero nunca, como se pretende en este motivo, puede llevarse a este recurso el valorar de nuevo la prueba y tampoco nunca cabe mezclar el concepto de motivación de las sentencias con la valoración de la prueba practicada en la instancia.*

Yendo a los motivos concretos, aparte de lo dicho sobre la motivación de la sentencia y la valoración de la prueba, el primero viene referido a la prueba documental que acredita por la inscripción y la certificación del registro mercantil que el firmante de las comunicaciones y de la carta carecía de poder de representación de la sociedad demandada, ya que los poderes eran mancomunados con otro consejero. Lo cual es cierto, pero no constituye infracción procesal alguna, ya que la sentencia de instancia lo ha tenido en cuenta y, pese a ello, entrando en el fondo del derecho material, ha apreciado la obligación de remuneración derivada del contrato de mediación. Por tanto, todo se reduce a la cuestión de fondo, que es planteada como tal en el primero de los motivos de casación.

El segundo de los motivos, hace el mismo planteamiento que el anterior, pero éste se refiere al concepto de factor notorio, en relación con la persona que firmó las comunicaciones y la carta. Es claramente una cuestión de fondo, no aparece infracción procesal alguna, que realmente ni se alega salvo lo ya apuntado sobre motivación y prueba que están fuera de lugar.

El tercero de los motivos, que se formula como subsidiario, vuelve a plantear como infracción procesal lo que es tema de fondo, de derecho material, cual es la cuantía de la retribución por la mediación, lo que constituye claramente una cuestión de fondo que se formula como tercer motivo del recurso de casación, donde debe ser tratada.

TERCERO .- Los tres temas de derecho material que se plantean, como *quaestio iuris*, son: si hubo o no contrato de mediación, si el firmante de las comunicaciones era factor notorio y la cuantía de la retribución.

El primero no se presenta como motivo independiente, sino la supuesta mediación la refiere al poder de la persona que la reconoció y se obligó al pago de la remuneración: son los dos primeros motivos del recurso; el tercero constituye el motivo tercero.

Lo que no debe obviarse es la base de todo ello, que es el contrato de mediación, tal como lo ha calificado y doctrina y jurisprudencia. Es aquel por el que se encarga al mediador, que percibe una remuneración por ello, que indique la oportunidad de celebrar un determinado contrato o que consiga la celebración del mismo; el mediador no contacta con el tercero, sino que lo localiza y contacta con el mismo. Tal como dice la sentencia de 2 octubre de 1999 el núcleo del contrato es facilitar la aproximación entre comprador y vendedor, poniendo en relación a los futuros comprador y vendedor, teniendo como finalidad el lograr la celebración del contrato final.

Dicho contrato de mediación o corretaje, es un contrato atípico en nuestro derecho, que aunque tenga similitud o analogía con el de comisión, con el de mandato e incluso con el de prestación de servicios, sin embargo nunca responderá a una combinación formada con los elementos a dichas figuras contractuales típicas. Pero a pesar de ello su enorme práctica comercial y la importancia que ha adquirido en dicha área, hace preciso que se fijen las normas por las que se ha de regir su nacimiento, desarrollo y producción de efectos. Para ello habrá que recurrir a lo pactado por las partes a tenor de la facultad otorgada por los artículos 1091 y 1.255 del Código Civil , después a las normas generales de las obligaciones y contratos comprendidos en los Títulos I y II del Libro Cuarto del Código Civil, mas tarde a los usos comerciales y normas complementarias, así como a la jurisprudencia pacífica y consolidada establecida por las sentencias de esta Sala; sin olvidar, en su caso, la doctrina científica y derecho comparado, recogidos en dicha jurisprudencia.

Y, como precisan las sentencias de 30 de marzo de 2007 y 25 de mayo de 2009 :

"el contrato de mediación se integra en los contratos de colaboración y gestión de intereses ajenos, cuya esencia reside en la prestación de servicios encaminados a la búsqueda, localización y aproximación de futuros contratantes, sin intervenir en el contrato ni actuar propiamente como mandatario (SSTS de 10 de marzo de 1992 y 19 de octubre de 1993). Constituye un contrato atípico, consensual, bilateral y aleatorio, puesto que su resultado es incierto, y se rige por las estipulaciones de las partes que no sean contrarias a la ley, a la moral o al orden público y, en lo no previsto, por los preceptos correspondientes a figuras afines, como el mandato, el arrendamiento de servicios o la comisión mercantil (STS de 6 de octubre de 1990 , entre otras muchas). "



Doctrina reiterada por las sentencias de 16 de octubre de 2007 y, especialmente, con todo detalle, la de 18 de marzo de 2010 .

CUARTO .- El recurso de casación, como se ha dicho, está formado por tres motivos.

El primero de ellos se funda en la infracción de los artículos 1259 , 1261 del Código civil y se resume en el sentido de que la sociedad demandada y ahora recurrente no prestó el consentimiento como elemento esencial del contrato (en este caso, de mediación) y la persona física que firmó las comunicaciones y, especialmente, la carta de 19 de diciembre de 2005, carecía de representación de la misma, tal como consta en el registro mercantil que publica los poderes mancomunados, exigiendo dos firmas, de dos consejeros, lo cual es oponible a tercero.

El motivo se desestima. Sin perjuicio de entrar en la cuestión al analizar el motivo segundo, conviene repasar hechos probados declarados así en la sentencia de instancia: "*El señor Eduardo actúa y firma en nombre de la sociedad...*"; "*El señor Eduardo actuó en nombre y representación de la entidad de la que se hallaba facultado y así actuó y aún sin la firma de otro apoderado mancomunado, cuando ello es una cuestión interna societaria*"; "*El señor Eduardo actúa frente a tercero como representante de la entidad*"; "*en todo momento el señor Eduardo actuó en nombre y representación de la entidad*".

Todo ello guarda relación con principios generales básicos de todo el Derecho civil o, más bien, de todo el Derecho: *principio de la buena fe y principio de la apariencia jurídica*. El señor Eduardo se presenta físicamente como representante y actuando en nombre de la sociedad demandada (hecho probado) y firma como "administrador", de la misma. En una reiterada apariencia jurídica que no puede perjudicar a tercero de buena fe (si se hubiera probado que la sociedad mediadora conocía la falta de poder de representación, la solución sería distinta). Y, como dice la sentencia de la Audiencia Provincial no puede ser obligado ninguna persona , a que tenga necesidad de acudir al registro mercantil, para cualquier acto jurídico que realiza con buena fe, frente a quien aparece como representante de la sociedad, a fin de tener conocimiento sobre la estructura interna de una entidad, con toda exactitud, por quien actúa en nombre de ésta.

QUINTO .- El segundo de los motivos del recurso de casación se formula por indebida aplicación de la doctrina sobre el *factor notorio*, al amparo del artículo 286 del Código de Comercio .

Este artículo considera al factor como apoderado de una empresa, cuya condición sea notoria *referida en el aspecto objetivo a las operaciones relativas al giro o tráfico del establecimiento, que es donde opera la defensa de los terceros de buena fe*: así se expresa la sentencia de 7 de mayo de 1993 . Por lo que la empresa no puede oponer a terceros de buena fe, la transgresión de facultades por el factor notorio, tal como prevé el citado artículo 286 del Código de Comercio del que se desprende que su fundamento es el principio de protección de la apariencia jurídica.

Ante el factor notorio, no tiene el tercero de buena fe llevar a cabo una investigación en el registro mercantil. No sólo podría paralizar el tráfico jurídico, sino también obviar los mencionados principios de la protección a la apariencia jurídica y a la buena fe. Estos protegen firmemente la confianza en la apariencia con la finalidad de potenciar al máximo la protección del tercero de buena fe, de modo que para destruir ésta haya que probar que éste conocía el acto inscrito y no publicado.

Las sentencias de esta Sala que se citan en el recurso, de 28 de septiembre de 2007 y 14 de abril de 2009 , abonan el criterio mantenido aquí y no el del recurrente, ya que resaltan la apariencia y que los negocios se refieran al propio giro o tráfico de la empresa: ambos presupuestos se dan en el presente caso. Lo mismo, las sentencias de 31 de marzo de 1998 y 2 de abril de 2004 , citadas por la parte recurrida en su escrito de oposición al recurso.

Por ello, se desestima este motivo.

SEXTO .- El tercero de los motivos del recurso de casación se formula con carácter subsidiario, se refiere a la cuantía de la retribución derivada del contrato de mediación y alega la *exceptio non rite adimpleti contractus*.

El motivo se desestima por dos razones. La primera, porque las bases fácticas del incumplimiento defectuoso del mediador no se han probado y no cabe en casación hacer supuesto de la cuestión, tal como han reiterado las sentencias de 13 de mayo de 2011 , 16 de junio de 2011 , 6 de octubre de 2011 , 9 de febrero de 2012 , 4 de abril de 2012 , en el sentido de no poder dar por probados hechos que no han sido declarados así por la sentencia de instancia o prescindir de que hechos que sí los ha declarado probados. La segunda, porque la moderación de la retribución que se hizo en la sentencia de primera instancia carecía de todo apoyo legal; no se trata de una cláusula penal que permite, con ciertos presupuestos, moderarla, sino de una retribución en virtud de contrato voluntariamente concertado entre las partes y se debe cumplir a tenor del mismo, como ordena el artículo 1091 del Código civil que consagra el principio *pacta sunt servanda* (sentencias de 7 de



febrero de 2007 , 1 de junio de 2009 , 14 de noviembre de 2011) y se pone en relación con el principio de autonomía de la voluntad, que proclama el artículo 1255 del Código civil y, por ende, de libertad contractual.

Al desestimarse este motivo, al igual que los anteriores, se debe declarar no haber lugar, tanto al recurso por infracción procesal o de casación, con la condena en costas que impone el artículo 398 .1 en su remisión al 394.1 de la Ley de Enjuiciamiento Civil .

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

FALLAMOS

Primero .- QUE DEBEMOS DECLARAR Y DECLARAMOS NO HABER LUGAR A LOS RECURSOS POR INFRACCION PROCESAL Y DE CASACIÓN interpuestos por la representación procesal de DON Indalecio y otros, contra la sentencia dictada por la Sección 10ª de la Audiencia Provincial de Madrid, en fecha 7 de octubre de 2009 que SE CONFIRMA.

Segundo .- Se condena al pago de las costas de ambos recursos a la parte recurrente.

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

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 Rios.-Francisco Marin Castan.- Jose Antonio Seijas Quintana.- Francisco Javier Arroyo Fiestas.-Francisco Javier Orduña Moreno.-Xavier O'Callaghan Muñoz.-Rubricados**. PUBLICACIÓN.- Leída y publicada fue la anterior sentencia por el EXCMO. SR. D. **Xavier O'Callaghan Muñoz** , 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.