



Roj: **STS 6030/2012** - ECLI: **ES:TS:2012:6030**

Id Cendoj: **28079110012012100518**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **1**

Fecha: **01/10/2012**

Nº de Recurso: **24/2010**

Nº de Resolución: **568/2012**

Procedimiento: **Casación**

Ponente: **FRANCISCO JAVIER ARROYO FIESTAS**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Resoluciones del caso: **SAP M 12981/2009,**
STS 6030/2012

SENTENCIA

En la Villa de Madrid, a uno de Octubre de dos mil doce.

Visto por la Sala Primera del Tribunal Supremo, integrada por los Magistrados al margen indicados, el recurso de casación interpuesto contra la sentencia dictada en recurso de apelación núm. 525/2009 por la Sección 10 de la Audiencia Provincial de Madrid, como consecuencia de autos de juicio ordinario núm. 726/2008, seguidos ante el Juzgado de Primera Instancia número 8 de Madrid, cuyo recurso fue preparado ante la citada Audiencia por la procuradora doña María Isabel Torres Ruiz en nombre y representación de Jamón y Vino del País S.L., compareciendo en esta alzada en su nombre y representación la misma procuradora en calidad de recurrente y la procuradora doña Beatriz Ruano Casanova en nombre y representación de Metrovacesa S.A. en calidad de recurrido.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO .- 1.- La procuradora doña Beatriz Ruano Casanova, en nombre y representación de Metrovacesa S.A. interpuso demanda de juicio ordinario en reclamación de cumplimiento contractual, contra la compañía mercantil Jamón y Vino del País S.L. y alegando los hechos y fundamentos de derecho que consideró de aplicación, terminó suplicando al Juzgado se dictara sentencia <<por la que:

I.- Se ordene el cumplimiento por parte de la demandada JAMÓN Y VINO DEL PAÍS S.L., de sus obligaciones contractuales derivadas de los contratos de compraventa de fecha 10 de enero de 2007, mediante el otorgamiento de la escritura pública de compraventa de los inmuebles reseñados en los contratos de compraventa, momento en el que deberá abonar la parte del precio pendiente de pago, que asciende a 976.439,20 ? más los intereses que se indican en los contratos de compraventa, desde la fecha de incomparecencia al otorgamiento de la escritura, es decir, 30 de enero de 2008 y el momento en que se efectúe el pago.

II.- De forma subsidiaria, y única y exclusivamente para el supuesto que en ejecución de sentencia no se otorgase la escritura pública de los inmuebles objeto de los contratos de compraventa por no abonarse las cantidades pendientes de pago, resultando, en consecuencia, imposible el cumplimiento de los contratos, se condene a la misma a indemnizar a mi representada, por los daños y perjuicios que el incumplimiento de su obligación le hubiese ocasionado, fijando como bases para su determinación la diferencia positiva entre el precio de cada una de las viviendas fijado en el contrato de compraventa y el precio de mercado que las mismas tuvieran en la fecha de ejecución de sentencia, con un mínimo de 122.054,9 ? más el interés legal del dinero, a determinar todo ello en ejecución de sentencia de acuerdo a las presentes bases.

Y, todo ello con expresa condena en costas>>.



2.- La procuradora doña María Isabel Torres Ruiz, en nombre y representación de Jamón y Vino del País S.L., contestó a la demanda y oponiendo los hechos y fundamentos de derecho que consideró de aplicación, terminó suplicando al Juzgado dictase en su día sentencia <<por la que desestime íntegramente dicha demanda, con expresa condena en costas a la actora>>; y seguidamente, en el mismo escrito formula demanda reconvenzional con los hechos y fundamentos de derecho que estima de aplicación finaliza con un suplico en el que se solicita al juzgado dicte sentencia <<por la que:

1) Declare la nulidad de los contratos suscritos por mi mandante con la demandada por error vicio del consentimiento, derivado de la publicidad engañosa e ilícita facilitada por la demandada, y dolo en la conducta de la demandada, condenando a ésta a la devolución a mi mandante de las cantidades entregadas como parte del precio, esto es, 244.109,80 €, y condenándola al pago de los daños y perjuicios causados a mi mandante, que se cifran en el veinte por ciento (20%) de las cantidades que mi mandante ya ha entregado como parte del precio, esto es, 48.821,96 €, más los intereses legales de las cantidades entregadas como parte del precio, desde la fecha en que fueron abonadas a la demandada hasta su completa devolución a mi mandante.

2) Subsidiariamente, para el supuesto de que se entendiese que los contratos son válidos:

a) Declare que la demandada tenía obligación de ofrecer financiación a mi mandante, y que dicha obligación era previa a la obligación de escriturar.

b) Declare que la demandada ha incumplido su obligación de ofrecer financiación a mi mandante.

c) Declare la resolución de los contratos suscritos por incumplimiento de las obligaciones asumidas contractualmente por la demandada.

d) Condene a la demandada a la devolución a mi mandante de las cantidades entregadas como parte del precio, esto es, 244.109,80 €.

e) Condene a la demandada al pago de los daños y perjuicios causados a mi mandante, que se cifran en el veinte por ciento (20%) de las cantidades que mi mandante ya ha entregado como parte del precio, esto es, 48.821,96.- €.

f) Condene a la demandada al pago de los intereses legales de las cantidades entregadas como parte del precio, desde la fecha de su interposición de la presente demanda reconvenzional hasta su completa devolución a mi mandante.

3) Subsidiariamente, para el supuesto de que se entendiese que no existe causa de nulidad ni de resolución de los contratos, señale a mi mandante un plazo de doce meses, a contar desde diciembre de 2007, o el que prudencialmente fije Su Señoría, para proceder a otorgar las escrituras, con el objeto de que mi mandante pueda buscar la financiación que tenía que haber ofrecido la demandada.

4) Condene en costas a la demandada>>.

La procuradora doña Beatriz Ruano Casanova en la representación que ostenta de Metrovacesa S.A., contesta a la demanda reconvenzional con los hechos y fundamentos de derecho que considera de aplicación y suplica al juzgado que se dicte sentencia <<por la que se desestime en su integridad la demanda con expresa imposición de costas a la parte actora, por resultar su imposición preceptiva y por la mala fe y temeridad manifestadas por la misma>>.

3.- Previos los trámites procesales correspondientes y práctica de la prueba propuesta por las partes y admitida, el Ilmo. Sr. Magistrado-Juez del Juzgado de Primera Instancia número 8 de Madrid, dictó sentencia con fecha 30 de abril de 2009 , cuya parte dispositiva es como sigue: **FALLO**

Que DESESTIMANDO la demanda presentada por doña Beatriz Ruano Casanova en nombre y representación de METROVACESA S.A., contra JAMÓN Y VINO DEL PAÍS S. L., DEBO ABSOLVER Y ABSUELVO a JAMÓN Y VINO DEL PAÍS, S.L. de todos los pedimentos dirigidos contra ella, con imposición de las costas a la parte demandante.

Que ESTIMANDO PARCIALMENTE la demanda reconvenzional presentada por doña María Isabel Torres Ruíz, en nombre y representación de JAMÓN Y VINO DEL PAÍS, S.L. contra METROVACESA, S.A. DEBO DECLARAR Y DECLARO que METROVACESA, S.A. tenía la obligación de financiar previa a la obligación de escriturar; el incumplimiento por parte de Metrovacesa de la citada obligación así como la resolución de los tres contratos de compraventa de 10 de enero de 2007 firmados entre las partes. Asimismo DEBO CONDENAR Y CONDENO a METROVACESA a la devolución a JAMÓN Y VINO DEL PAÍS, S.L. de la cantidad de 244.109,80 euros, así como los intereses desde la interposición de la demanda y los intereses legales, no haciendo expresa condena en costas.



SEGUNDO .- Interpuesto recurso de apelación por la representación procesal de la parte actora Metrovacesa S.A., la Sección 10ª de la Audiencia Provincial de Madrid, dictó sentencia con fecha 30 de septiembre de 2009 , cuya parte dispositiva es como sigue: **FALLAMOS**

Que con estimación del recurso de apelación interpuesto por la procuradora D.ª Beatriz Ruano Casanova, en representación de METROVACESA, S.A., frente a la sentencia dictada el día treinta de abril de dos mil nueve por la Ilma. Sra. Magistrada del Juzgado de Primera Instancia nº 8 de Madrid en los autos a que el presente rollo se contrae, debemos revocar y revocamos la indicada resolución y, en consecuencia, con acogimiento de la demanda formulada por Metrovacesa S.A. contra la compañía mercantil JAMÓN Y VINO DEL PAÍS, S.L., y desestimación de la demanda reconventional por esta última deducida, condenamos a VINOS DEL PAÍS, S.L. a que de cumplimiento de las obligaciones derivadas de los contratos de compraventa suscritos el día 10 de enero de 2007, mediante el otorgamiento de las escrituras de compraventa de los inmuebles reseñados en dichos contratos, debiendo abonar en dicho momento la parte de precio pendiente de pago y ascendente a 976.439,20 euros, más los intereses aludidos en dichos contratos desde el treinta de enero de 2008 y el momento en que se efectúe el pago. En el supuesto de que no se otorgase la escritura pública de los inmuebles objeto de los contratos de compraventa por no abonarse las cantidades pendientes de pago se condene a la demandada a indemnizar a la actora los daños y perjuicios que el incumplimiento de sus obligaciones le hubiese ocasionado, inestimándose la demanda inicial en todo lo demás y sin hacer especial pronunciamiento en cuanto a las costas procesales causadas en ambas instancias.

TERCERO .- 1.- Por JAMÓN Y VINO DEL PAÍS S.L., se interpuso recurso de casación basado en los siguientes motivos:

1. Infracción por inaplicación de los arts. 3 , 4 y 5 de la Ley General de Publicidad de 11 de noviembre de 1988 ; art. 8 de la Ley General de Consumidores y Usuarios ; art. 3 del RD 515/1989 de 21 de abril ; y jurisprudencia que desarrolla dicha normativa, en especial las sentencias del TS de 14 de junio de 1976 , 27 de enero de 1977 , 9 de febrero de 1981 , 19 de febrero de 1981 , 7 de noviembre de 1988 , 20 de enero de 1989 , 21 de julio de 1993 y 8 de noviembre de 1996 .
2. Infracción por inaplicación de los arts. 7 y 1258 del Código Civil y art. 57 del Código de Comercio , relativos a la buena fe contractual.
3. Infracción por inaplicación incorrecta de los arts. 6 de la Ley 7/1998 de 13 de abril sobre Condiciones Generales de la Contratación y 10 de la Ley General para la Defensa de Consumidores y Usuarios , así como los arts. 1281 y 1288 del C. Civil , todos ellos relativos a la interpretación de las cláusulas de los contratos.
4. Infracción por inaplicación de los arts. 1091 , 1255 , 1256 y 1258 del Código Civil , relativos todos ellos al cumplimiento de los contratos.
5. Infracción por inaplicación de los arts. 1445 , 1447 , 1449 , 1500 del Código Civil y concordantes, referidos todos ellos a las obligaciones principales y accesorias en la compraventa.
6. Infracción por aplicación indebida de los arts. 1124 , 1100 del Código Civil y jurisprudencia que los desarrollan, en especial, sentencias del Tribunal Supremo de 9 de julio de 1904 , 10 de abril de 1924 , 1 de abril de 1925 , 3 de diciembre de 1955 , 20 de diciembre de 1975 , 26 de octubre de 1978 , 16 de abril de 1991 , 30 de octubre de 1992 , 19 de mayo de 1992 , 3 de junio de 1993 , y 5 de octubre de 1993 , 25 de octubre de 1988 , 20 de junio de 1990 , 20 de noviembre de 1991 , 3 de junio de 1993 , y 4 de julio de 1994 , 5 de junio de 1989 , 15 de junio de 1989 , 3 de junio de 1993 y 20 de diciembre de 1993 .
7. Infracción por aplicación indebida de los arts. 1107 y 1108 del Código Civil a propósito de la indemnización de daños y perjuicios.

Remitidas las actuaciones a la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo, por auto de fecha 7 de septiembre de 2010 se acordó admitir el recurso de casación interpuesto y dar traslado a la parte recurrida personada para que formalizaran su oposición en el plazo de veinte días.

2.- Admitido el recurso y evacuado el traslado conferido, la procuradora doña Beatriz Ruano Casanova, en nombre y representación de Metrovacesa S.A. presentó escrito de impugnación al mismo.

3.- La procuradora doña María Isabel Torres Ruiz en nombre y representación de Jamón y Vino del País S.L. aportó documental basándose en el art. 271.2 de la LEC .

4.- No habiéndose solicitado por todas las partes la celebración de vista pública, se señaló para votación y fallo el día 12 de septiembre del 2012, en que tuvo lugar.

Ha sido Ponente el Magistrado Excmo. Sr. D. **Francisco Javier Arroyo Fiestas** ,



FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO .- No procede admitir la documental acompañada por la recurrente pues la sentencia de la Audiencia Provincial adjuntada no es condicionante ni decisiva (art. 271.2 LEC).

SEGUNDO.- De lo actuado resulta que METROVACESA (actora y reconvenida) promovió "Residencial Valdemoro Unifamiliares II", constituida por 32 viviendas unifamiliares vendiendo las números 25, 26 y 27 en tres contratos de compraventa a JAMÓN Y VINO DEL PAÍS S.A. (demandada y reconviniente), por importe respectivo de 400.600 euros, 370.900 euros y 369.200 euros. Otorgada la licencia de primera ocupación la vendedora remitió burofax, entregado el 30 de noviembre de 2007 convocando para el otorgamiento de escritura pública de compraventa, no compareciendo la compradora al efecto, al entender que la vendedora no había concertado un crédito a la construcción y que no le había facilitado la subrogación en el mismo.

METROVACESA facilitó a la compradora un folleto publicitario en forma de tríptico, en el que constaba:

"FINANCIACIÓN: Metrovacesa le ofrece una financiación a medida y la garantía de más de 80 años como inmobiliaria líder, participando con éxito en el IBEX 35 y con un patrimonio de más de un millón de m²".

En el exponendo V del contrato de compraventa consta: "Que METROVACESA está negociando la concesión de un préstamo a promotor para la financiación de la construcción con garantía hipotecaria y con subrogación del comprador. Una vez se hubiese obtenido la financiación, METROVACESA comunicará al Comprador las condiciones de la financiación obtenida y se le concederá un plazo para manifestar expresamente su intención de subrogarse, en su caso, en el citado préstamo, siempre y cuando el Banco haya consentido expresamente la subrogación".

El Juzgado dictó sentencia por la que desestimaba la demanda en la que se instaba el cumplimiento de los contratos y estimó parcialmente la reconvencción en el sentido de condenar a la parte vendedora a que devolviese la suma de 244.109,80 euros entregados a cuenta, como consecuencia de la resolución de los contratos, que acordaba.

En la sentencia de la Audiencia Provincial que ahora se recurre, se estima parcialmente el recurso de apelación y la demanda, condenando a la demandada al otorgamiento de las escrituras y en caso de que no se efectuase el pago, se condena al pago de la indemnización que consta.

TERCERO .- *Motivo primero. Infracción por inaplicación de los arts. 3 , 4 y 5 de la Ley General de Publicidad de 11 de noviembre de 1988 ; art. 8 de la Ley General de Consumidores y Usuarios ; art. 3 del RD 515/1989 de 21 de abril ; y jurisprudencia que desarrolla dicha normativa, en especial las sentencias del TS de 14 de junio de 1976 , 27 de enero de 1977 , 9 de febrero de 1981 , 19 de febrero de 1981 , 7 de noviembre de 1988 , 20 de enero de 1989 , 21 de julio de 1993 y 8 de noviembre de 1996 .*

Motivo segundo. Infracción por inaplicación de los arts. 7 y 1258 del Código Civil y art. 57 del Código de Comercio , relativos a la buena fe contractual.

Motivo tercero. Infracción por inaplicación incorrecta de los arts. 6 de la Ley 7/1998 de 13 de abril sobre Condiciones Generales de la Contratación y 10 de la Ley General para la defensa de Consumidores y Usuarios , así como los arts. 1281 y 1288 del C. Civil , todos ellos relativos a la interpretación de las cláusulas de los contratos .

Se desestiman los tres motivos .

Procede un análisis conjunto de los tres motivos al centrarse en la interpretación de los contratos, en la pretendida obligación de financiar la compra, en la naturaleza contractual de la oferta publicitaria, en la normativa de protección del consumidor y en la confianza que tenía la recurrente en la buena fe de la vendedora.

Alega la recurrente que se le ofreció una financiación a la medida, que la promotora iba concertar un préstamo a la construcción y que le iba a facilitar la subrogación, siempre y cuando el banco lo consintiera, y que nada de ello hizo la vendedora, incumpliendo el contrato, apoyándose el recurrente en la oferta publicitaria y en el exponendo V del contrato, antes transcrito.

Para ir centrando el debate jurídico hemos de hacer constar que la demandada y recurrente es una persona jurídica societaria, de naturaleza mercantil, por lo que se ha de presumir, a falta de prueba en contrario, que integró la compra en su proceso comercial por lo que no puede ampararse en la legislación tuitiva del consumidor, puesto que no lo es, para argumentar la naturaleza abusiva de la cláusula.

En este sentido la Exposición de Motivos de la Ley 7/1998, de 13 de abril, sobre Condiciones Generales de la Contratación establece:



El concepto de cláusula contractual abusiva tiene así su ámbito propio en la relación con los consumidores. Y puede darse tanto en condiciones generales como en cláusulas predispuestas para un contrato particular al que el consumidor se limita a adherirse. Es decir, siempre que no ha existido negociación individual.

Esto no quiere decir que en las condiciones generales entre profesionales no pueda existir abuso de una posición dominante. Pero tal concepto se sujetará a las normas generales de nulidad contractual. Es decir, nada impide que también judicialmente pueda declararse la nulidad de una condición general que sea abusiva cuando sea contraria a la buena fe y cause un desequilibrio importante entre los derechos y obligaciones de las partes, incluso aunque se trate de contratos entre profesionales o empresarios. Pero habrá de tener en cuenta en cada caso las características específicas de la contratación entre empresas.

En este sentido, sólo cuando exista un consumidor frente a un profesional es cuando operan plenamente la lista de cláusulas contractuales abusivas recogidas en la Ley, en concreto en la disposición adicional primera de la Ley 26/1984, de 19 de julio, General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios, que ahora se introduce. De conformidad con la Directiva transpuesta, el consumidor protegido será no sólo el destinatario final de los bienes y servicios objeto del contrato, sino cualquier persona que actúe con un propósito ajeno a su actividad profesional.

Pero sin necesidad de fundar la resolución en la legislación tuitiva del consumo, y apoyándonos en los invocados arts. 7, 1258, 1281 y 1288 del C. Civil, es evidente que la parte vendedora ofreció a la compradora la posibilidad de obtener financiación, subrogándose si el banco lo autorizaba, en un previsto préstamo a la construcción. Esta oferta contractual, jurídicamente vinculante, para la vendedora consta en la publicidad de la promoción y en el exponendo V del contrato, pero no con los efectos que la parte recurrente pretende.

En este sentido ha declarado la Sala que:

El folleto litigioso no responde, o al menos únicamente, a una mera función de promoción, sino que constituye una auténtica oferta publicitaria en tanto que se trata de una información concreta, que contiene datos objetivos, referidos a características relevantes, y que, si cabe entender que no es oferta en sentido "estricto" (en cuanto que no recoge todos los elementos esenciales SS. 26 de marzo de 1.993 y 28 de enero de 2.000, entre otras), resulta incuestionable su importancia desde la perspectiva de la integración contractual (art. 1.258 CC), dada su repercusión relevante en la formación del consentimiento.

... además de que no cabe desconocer lo dicho sobre la representación contractual y la confianza creada, e incluso procede resaltar el valor de las estipulaciones -previsiones normativas contractuales- implícitas, las que, conocidas por ambas partes, excusan de ser recogidas expresamente como condiciones del negocio, operando como causa concreta del contrato -motivo causalizado-.

TS, Civil del 12 de Julio del 2011. Recurso: 1838/2007

A la vista de lo expuesto es razonable entender que la compradora esperaba que la vendedora le anunciaría la posibilidad de subrogarse en el préstamo, lo que la vendedora no efectuó, incumpliendo con ello el contrato.

Ahora bien, dicha obligación incumplida lo era de mera gestión o de actividad, pero nunca de resultado. Es decir, la promotora debió ofrecer la subrogación, pero como establece el contrato y la práctica mercantil, es la entidad de crédito la que tiene la última palabra a la vista de la solvencia del deudor, lo que difícilmente habría aceptado el banco, pues el propio demandado reconoce que intentó gestionar directamente financiación y no lo consiguió por el elevado importe de la compra. A ello cabe añadir, que el incumplimiento de la vendedora no era trascendental, pues el propio afectado podía acudir a las correspondientes entidades financieras, no acreditando que esa posibilidad le fuese más gravosa económicamente que la hipotética subrogación.

En suma, estamos ante un incumplimiento de una obligación accesoria o complementaria, pero nunca principal.

CUARTO .- *Motivo cuarto. Infracción por inaplicación de los arts. 1091, 1255, 1256 y 1258 del Código Civil, relativos todos ellos al cumplimiento de los contratos.*

Motivo quinto. Infracción por inaplicación de los arts. 1445, 1447, 1449, 1500 del Código Civil y concordantes, referidos todos ellos a las obligaciones principales y accesorias en la compraventa.

Motivo sexto. Infracción por aplicación indebida de los arts. 1124, 1100 del Código Civil y jurisprudencia que los desarrollan, en especial, sentencias del Tribunal Supremo de 9 de julio de 1904, 10 de abril de 1924, 1 de abril de 1925, 3 de diciembre de 1955, 20 de diciembre de 1975, 26 de octubre de 1978, 16 de abril de 1991, 30 de octubre de 1992, 19 de mayo de 1992, 3 de junio de 1993, y 5 de octubre de 1993, 25 de octubre de 1988, 20 de junio de 1990, 20 de noviembre de 1991, 3 de junio de 1993, y 4 de julio de 1994, 5 de junio de 1989, 15 de junio de 1989, 3 de junio de 1993 y 20 de diciembre de 1993.



Se desestiman los tres motivos .

El recurrente alega que si el incumplimiento contractual, que hemos reconocido, no es suficiente para acceder a la resolución al menos sí lo es para impedir el ejercicio de la acción de cumplimiento por el actor, al haber incumplido éste previamente el contrato.

Añade el recurrente que la obligación de facilitar la financiación es esencial pues la necesidad de que exista un precio, es elemento esencial del contrato.

Esta Sala debe declarar que nadie discute la existencia de un precio en el contrato y que dicho elemento esencial está perfectamente constituido, pero la certeza del precio y de la cosa no puede confundirse con el acceso a la financiación, que también pudo, potencialmente, obtener directamente el comprador, por lo que no estaríamos ante el incumplimiento de una obligación esencial sino accesoria, fundamentalmente porque su incumplimiento no tiene potencial suficiente como para generar, objetivamente, la frustración del contrato ya que la compradora podía acudir directamente a una entidad de crédito.

Es doctrina reiterada por esta Sala que el incumplimiento de obligaciones accesorias o complementarias no es causa suficiente para generar la resolución y, por ende, para impedir la acción de cumplimiento, *solo hay verdadero incumplimiento cuando se refiere a la esencia de lo pactado y no a prestaciones accesorias o complementarias que no impidan por su entidad el fin económico del contrato* (sentencia de 4 de octubre de 1983) (STS, Civil del 17 de Noviembre del 1995 .Recurso: 1224/92). Debemos añadir que el incumplimiento de la obligación accesoria no impide el ejercicio de la acción de cumplimiento, pero tampoco imposibilita al comprador al ejercicio de la acción tendente a la reparación de los perjuicios que le hubiere producido la inobservancia de la obligación accesoria por la vendedora (STS 6-9-2010. Rec. 1362 de 2006).

La frustración del fin del contrato que a veces se expresa con otras fórmulas, como la frustración de las legítimas expectativas o aspiraciones o la quiebra de la finalidad económica o frustración del fin práctico (*sentencias 19 de noviembre de 1990 , 21 de febrero de 1991 , 15 de junio y 2 de octubre de 1995*). Tales criterios para la determinación de la entidad o esencialidad del incumplimiento han sido resumidos por autorizada doctrina señalando varios parámetros, como la importancia para la economía de los interesados, la entidad del incumplimiento como obstáculo para impedir la satisfacción o para provocar la frustración, que ha de predicarse del fin o fin práctico del contrato, a lo que equivale la llamada "quiebra de la finalidad económica". Pero, en definitiva, ha de tratarse de un incumplimiento esencial, caracterizado por producir una insatisfacción de las expectativas o generar la frustración del fin. (*STS, Civil sección 1 del 10 de Noviembre del 2011. Recurso: 271/2009*)

QUINTO .- *Motivo séptimo. Infracción por aplicación indebida de los arts. 1107 y 1108 del Código Civil a propósito de la indemnización de daños y perjuicios .*

Se desestima el motivo .

Plantea la recurrente que: 1. No se le debió condenar a indemnizar a la vendedora y 2. Se debió condenar a la vendedora a que indemnizase al recurrente-comprador por incumplir la obligación de financiación.

En cuanto al primer submotivo, en la sentencia recurrida se condena al a la demandada a indemnizar al haber incumplido una obligación esencial cual es el pago del precio, por lo que no se violan los arts. 1107 y 1108 del Código Civil .

También ha de rechazarse el segundo submotivo, dado que la demandada no instó el cumplimiento de la obligación de financiar, sino la nulidad o la resolución subsidiariamente, ello unido a que no constan perjuicios probados derivados del incumplimiento de la obligación de financiar, pues era previsible que el banco no hubiese aceptado la subrogación por falta de solvencia, pues a la propia compradora se le denegaron los préstamos que directamente solicitó a las entidades financieras, como ella reconoció (folio 215).

SEXTO .- Se imponen al recurrente las costas derivadas del recurso de casación (arts. 394 y 398 LEC).

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

FALLAMOS

1. Desestimar el recurso de casación, interpuesto por JAMÓN Y VINO DEL PAÍS S.L, representada por la Procuradora D.ª Beatriz Ruano Casanova, contra sentencia de 30 de septiembre de 2009 de la Sección Décima de la Audiencia Provincial de Madrid .
2. Confirmamos la sentencia recurrida en todos los extremos.
3. Se imponen al recurrente las costas derivadas del recurso de casación.



Líbrese al mencionado tribunal la certificación correspondiente, con devolución de los autos y del rollo de Sala.

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, Roman Garcia Varela. Firmada y rubricada.** PUBLICACIÓN.- Leída y publicada fue la anterior sentencia por el EXCMO. SR. D. **Francisco Javier Arroyo Fiestas**, 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