



Roj: **STS 3069/2016** - ECLI: **ES:TS:2016:3069**

Id Cendoj: **28079110012016100416**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **1**

Fecha: **27/06/2016**

Nº de Recurso: **1463/2014**

Nº de Resolución: **426/2016**

Procedimiento: **CIVIL**

Ponente: **ANTONIO SALAS CARCELLER**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Resoluciones del caso: **SAP O 1110/2014,**  
**STS 3069/2016**

## **SENTENCIA**

En la Villa de Madrid, a 27 de junio de 2016

Esta sala ha visto los recursos extraordinario por infracción procesal y de casación contra la sentencia dictada en grado de Apelación por la sección 7.ª de la Audiencia Provincial de Gijón, como consecuencia de autos de juicio ordinario n.º 175/13, seguidos ante el Juzgado de Primera Instancia n.º 1 de Gijón; cuyos recursos fueron interpuestos ante la mencionada Audiencia por la representación procesal de Hipercor S.A. Unipersonal, representada ante esta Sala por el procurador de los Tribunales don César Berlanga Torres, siendo parte recurrida Promociones Contorno S.L., representada por la procuradora de los Tribunales doña Rocío Sampere Meneses.

Ha sido ponente el Excmo. Sr. D. Antonio Salas Carceller

## **ANTECEDENTES DE HECHO**

**PRIMERO.- 1** .- La procuradora doña Mónica Martín Castañeda, en nombre y representación de Hipercor, S.A., interpuso demanda de juicio ordinario contra Promociones Contorno S.L., y alegando los hechos y fundamentos de derecho que consideró de aplicación, terminó suplicando al Juzgado se dictara sentencia por la que se acuerde lo siguiente:

«... a) Declarar la obligación de la demandada de abonar al actor el importe de los daños y perjuicios ocasionados como consecuencia del ejercicio abusivo de la MEDIDA CAUTELAR prohibiendo la disposición de las fincas, según quedó relatado en los hechos .-b) Condenar a la demandada a estar y pasar por la anterior declaración y a que paguen a los actores los aludidos daños y perjuicios por importe de 121.839,73 CIENTO VEINTIUNA MIL OCHOCIENTOS TREINTA Y NUEVE CON SETENTA Y TRES CÉNTIMOS DE EURO según se señala en los hechos; alternativamente en la cuantía que resulte acreditada en el período probatorio del proceso, o defectivamente en la fase de ejecución de sentencia, conforme a las bases establecidas en la matemática financiera para obtener la actualización del valor financiero desde el año 1997 hasta la momento actual.- c) Condenarle, por último en las costas del proceso.»

**2.-** Admitida a trámite la demanda, la representación procesal de la demandada contestó a la misma, oponiendo a las pretensiones deducidas de adverso los hechos y fundamentos de derecho que tuvo por conveniente para concluir solicitando que

«... proceda a desestimar íntegramente la demanda con expresa condena en costas a la actora.»



**3.-** Previos los trámites procesales correspondientes y práctica de la prueba propuesta por las partes y admitidas, el Ilmo. Sr. Magistrado-Juez del Juzgado de Primera Instancia n.º 1 de Gijón, dictó sentencia con fecha 2 de octubre de 2013 , cuya parte dispositiva es como sigue:

«Que debo desestimar la demanda formulada por HIPERCOR S.A. contra PROMOCIONES CONTORNO S.L., con expresa condena en costas a la parte actora.»

**SEGUNDO.-** Contra dicha sentencia interpuso recurso de apelación la representación procesal de la demanda y sustanciada la alzada, la sección 7.ª de la Audiencia Provincial de Gijón, dictó sentencia con fecha 22 de abril de 2014 , cuyo Fallo es como sigue:

«Desestimar el recurso de apelación interpuesto por la representación de "HIPERCOR S.A.", contra la Sentencia dictada el 2 de octubre de 2013, por el Juzgado de Primera Instancia nº 1 de Gijón , en los autos de Juicio Ordinario nº 175/2013, y, en consecuencia, confirmar la citada resolución, con expresa imposición de las costas procesales causadas en esta instancia a la parte apelante.»

**TERCERO.-** La procuradora doña Mónica Martín Castañeda, en nombre y representación de Hipercor S.A.U, interpuso recurso extraordinario por infracción procesal y de casación, fundado el primero en los siguientes motivos:

- 1.- Al amparo del 469.1.4 LEC, alega la infracción de los artículos 9 y 24 CE .
- 2.- Al amparo del artículo 469.1.4 LEC , alega la infracción del artículo 24 CE , así como de los artículos 218.1 y 3 y 209-4.º LEC .
- 3.- Al amparo del artículo 469.1.2 y 4 LEC , se alega la infracción del artículo 24 CE .
- 4.- Al amparo del artículo 469.1.3 y 4 LEC , por ilógica valoración de la prueba.
- 5.- Por infracción de los artículos 394 y 398 sobre costas.

Por su parte el recurso de casación, por interés casacional basado en infracción de la jurisprudencia de esta Sala, aparece fundado en los siguientes motivos:

- 1.- Por infracción de los artículos 1258 , 1281 a 1289 , 1445 , 1450 y 1451 CC .
- 2.- Por infracción de los artículos 1089 , 1091 , 1254 , 1255 , 1256 , 1451 , 1445 , 1100 , 1101 , 1104 , 1106 , 1107 y 1114 CC .
- 3.- Por infracción de los artículos 1114 , 1120 , 1123 , 1106 y 1108 CC .
- 4.- Por infracción de los artículos 1125 , 1127 , 1128 y 1129 CC .
- 5.- Por infracción de los artículos 1506 , 1507 , 1510 , 1521 y 1522 CC .
- 6.- Por infracción de los artículos 3.2 , 7 , 1274 y 6 CC .
- 7.- Por infracción de la jurisprudencia sobre el principio de congruencia y al principio «iura novit curia».

**CUARTO .-** Por esta Sala se dictó auto de fecha 9 de septiembre de 2015 por el que se acordó la admisión de ambos recursos, salvo los motivos quinto del recurso por infracción procesal y el séptimo del recurso de casación, dando traslado de los mismos y oponiéndose a su estimación Promociones Contorno S.L., mediante escrito que presentó en su nombre la procuradora doña Rocío Sampere Meneses.

**QUINTO. -** No habiéndose solicitado por todas las partes la celebración de vista pública ni estimándola necesaria este Tribunal, se señaló para votación y fallo del recurso el día 25 de mayo de 2016, en que ha tenido lugar.

## FUNDAMENTOS DE DERECHO

**PRIMERO.-** Hipercor S.A.U. (en adelante, Hipercor) interpuso demanda contra Promociones Contorno S.L. (en adelante, Contorno) por razón del contrato celebrado entre ambas sociedades, en fecha 7 de julio de 1997, sobre promesa de venta de determinadas parcelas de su propiedad a la parte demandada, por un precio de 27.625.000 de pesetas, habiendo sido entregada por la compradora la cantidad de 2.000.000 de pesetas.

Se preveía en el contrato la posibilidad de que algún miembro de la Junta de Compensación en que se integraban las fincas podía ejercitar el derecho de tanteo o retracto regulado en el artículo 14 de los Estatutos de la referida Junta, por lo que las partes establecieron expresamente que el contrato quedaría sin efecto en el supuesto de que alguno de dichos miembros ejercitara tales derechos. Felechin S.L. (en adelante, Felechin),



que era miembro de la Junta de Compensación, ejercitó el derecho de adquisición preferente al conocer el contrato de promesa de compra y venta celebrado entre Hipercor y Contorno.

La compradora -hoy demandada- impugnó judicialmente el ejercicio del derecho de tanteo por parte de Felechin, lo que dio lugar a juicio de menor cuantía n.º 708/97, seguido ante el Juzgado de Primera Instancia n.º 6 de Gijón. En el mismo, Contorno demandó a Felechin e Hipercor, solicitando la medida cautelar de prohibición de disponer a Hipercor de las parcelas mientras se tramitaba el citado juicio, todo ello al amparo del artículo 1428 de la LEC 1981. El juicio tuvo una duración de nueve años debido a que únicamente finalizó al quedar resuelto el recurso de casación planteado ante esta Sala por Contorno, mediante sentencia de 11 de julio de 2007, dictada en el Recurso n.º 3411/2000. En dicha sentencia se reconoció el derecho de tanteo de Felechin, desestimando la petición de Contorno.

Tras el dictado de dicha sentencia Felechin requirió a Hipercor para formalizar el contrato, pretendiendo entonces la vendedora hacerlo por un precio actualizado sin sujeción al establecido en el contrato de 7 de julio de 1997. Al no existir acuerdo, Felechin presentó demanda de juicio ordinario contra Hipercor que se siguió ante el Juzgado de Primera Instancia n.º 50 de Madrid con el n.º 1876/2008, en la cual se solicitaba que la demandada otorgara escritura pública de venta en los términos fijados en el contrato de 7 de julio de 1997, pretensión a la que se opuso Hipercor. Con fecha 23 de noviembre de 2009 se dictó sentencia estimando la demanda interpuesta por Felechin, condenando a Hipercor a otorgar escritura de compraventa de las parcelas en los términos y condiciones pactados en el contrato de 7 de julio de 1997, resolución que fue recurrida en apelación por Hipercor, siendo confirmada mediante sentencia dictada por la Sección 21.ª de la Audiencia Provincial de Madrid de fecha 23 de mayo de 2012.

A su vez Contorno presentó demanda contra Hipercor (procedimiento ordinario n.º 1021/2011 del Juzgado de Primera Instancia n.º 6 de Gijón) reclamando la parte del precio que había sido entregado a Hipercor de 2.000.000 de pesetas, dictándose sentencia de fecha 2 de diciembre de 2011 por la que fue condenada Hipercor a reintegrar a Contorno la citada cantidad, la que fue confirmada por la Audiencia Provincial al resolver recurso de apelación interpuesto contra la misma.

Como consecuencia de todo lo anterior, Hipercor interpuso la demanda que dio origen al presente litigio por la cual denunciaba el incumplimiento de Contorno respecto del contrato de 7 de julio de 1997 al haber ignorado que el mismo quedaba resuelto en caso de ejercicio de tanteo de un miembro de la Junta de Compensación. Tal incumplimiento -sostiene la demandante- determina la existencia de unos daños y perjuicios derivados de la devaluación monetaria y de la adopción de una medida cautelar relativa a una prohibición de disponer, que han de ser indemnizados.

La demandada se opuso alegando la prescripción de la acción para reclamar daños y perjuicios, y que Hipercor pudo solicitar el alzamiento de la medida cautelar y no lo hizo.

La sentencia de primera instancia desestimó la demanda argumentando que, habiéndose adoptado la medida cautelar de prohibición de disponer al amparo del artículo 1428 de la LEC de 1981, la responsabilidad que se exigía es subjetiva y basada en la culpa, concluyendo que no existió negligencia o mala fe en la actitud de la demandada, Promociones Contorno, al solicitar dicha medida, existiendo una apariencia de buen derecho. Añadía la sentencia que Hipercor no se opuso a la adopción de la medida en su día y tampoco recurrió el auto por el cual se acordaba.

Contra dicha resolución se interpuso recurso de apelación por Hipercor, el cual fue desestimado por sentencia de fecha 22 de abril de 2014, dictada por la Audiencia Provincial de Asturias (sección 7.ª, con sede en Gijón), la cual confirmó lo resuelto por la sentencia de primera instancia.

Señala la Audiencia que la demandada no incumplió el contrato de 7 de julio de 1997 pues no contenía una prohibición para la adquirente de impugnar el tanteo o retracto que algún otro miembro de la Junta de Compensación pudiese ejercitar. Añade que en cualquier caso la medida cautelar fue adoptada sin oposición de Hipercor, que no recurrió el auto por el que se acordó.

Contra dicha sentencia recurre por infracción procesal y en casación la demandante Hipercor.

### **Recurso extraordinario por infracción procesal**

**SEGUNDO.**- El motivo primero, al amparo del 469.1.4 LEC, alega la infracción de los artículos 9 y 24 CE. Afirma la parte recurrente que concurren vicios procesales contemplados en los preceptos citados por no atender la sentencia al fondo de la cuestión central debatida, pues no tuvo en cuenta la obligación de Contorno de no impugnar el derecho de retracto (sic) si alguno de los miembros de la Junta de Compensación ejercitaba el derecho de tanteo o de retracto a que tenía derecho según los estatutos de la Junta de Compensación;



vulnerando la sentencia, por no aplicación, el artículo 326 LEC sobre la fuerza probatoria de los documentos privados.

El motivo ha de ser rechazado de plano pues la existencia de determinada obligación a cargo de la contratante -hoy recurrente- en virtud de lo convenido es cuestión de fondo propia del recurso de casación y no del de infracción procesal, incurriéndose ahora en el defecto de considerar que se incumplen las normas sobre valoración de la prueba (en concreto, de documentos privados) cuando, no desconociéndose por la sentencia la existencia del documento privado en que se materializó el contrato -que sería lo que podría fundar la infracción procesal- se extraen del mismo consecuencias jurídicas distintas de las que la parte sostiene, lo que no puede ser admitido como infracción procesal sino, en su caso, como vulneración de normas de carácter sustantivas como son las propias de la interpretación contractual.

Igual ocurre en el caso del motivo segundo que, al amparo del artículo 469.1.4 LEC, alega la infracción del artículo 24 CE, así como de los artículos 218. 1 y 3 y 209-4º LEC, afirmando que la sentencia ha dejado fuera del debate las cuestiones primordiales de modo que «se vulnera el principio de sustanciación, iura novit curia, oposición o desconocimiento en la sentencia recurrida de la doctrina jurisprudencial del Tribunal Supremo sobre la fuente de las obligaciones 1089 CC». Según la parte recurrente la sentencia de la Audiencia Provincial no cumple con el deber de exhaustividad del artículo 218. 1 y 3 y 209-4º de la LEC al no resolver sobre estas pretensiones, pues sustrae del debate contradictorio la cuestión central en beneficio de Promociones Contorno «como si no se hubiera obligado en un contrato a apartarse de la relación jurídica en caso de que alguno de los miembros de la Junta de Compensación ejercitara el contrato (sic)».

Hay que reiterar -para rechazar el motivo- que se está abordando nuevamente la cuestión de fondo sobre el alcance del contrato, sin que ello sea denunciado por infracción procesal, cuya consecuencia sería la nulidad de la sentencia, sino mediante el recurso de casación que procede por infracción de normas sustantivas.

**TERCERO.-** En el motivo tercero, al amparo del artículo 469.1.2 y 4 LEC, se alega la infracción del artículo 24 CE. Baza la parte recurrente tal motivo en «la arbitraria, ilógica o absurda, valoración de la prueba (...) que vulnera el derecho a la tutela judicial efectiva, del art 24 CE». Dice que la valoración de la prueba por parte del juzgador *a quo* ha sido arbitraria, ilógica e ilegal, porque no ve que Contorno e Hipercor «se obligaban a vender y a comprar y a dejar sin efecto el contrato si algún miembro de la Junta de Compensación ejercitaba el derecho de adquisición preferente». A continuación se refiere a la valoración de la sentencia sobre la actitud de Hipercor frente a la medida cautelar adoptada e incluso a la «naturaleza objetiva» de la responsabilidad de quien interpone una medida cautelar, así como por valoración ilógica del daño sufrido por Hipercor, llegando a citar jurisprudencia sobre la culpa en la adopción de medidas cautelares y sobre el plazo para liquidar el perjuicio en la LEC vigente.

Nada de lo alegado se ajusta a la naturaleza y ámbito del recurso por infracción procesal como ya se ha razonado, tratándose de cuestiones propias del recurso de casación, por lo que también este motivo se desestima.

El motivo cuarto -último de los admitidos- denuncia, literalmente, la vulneración del párrafo 3.º, y del párrafo 4.º, del apartado 1 del artículo 469 LEC por «la arbitraria, ilógica o absurda valoración de la prueba, que vulnera el derecho a la tutela judicial efectiva, al amparo de la doctrina del Tribunal Supremo y del Tribunal Constitucional sobre tutela efectiva artículo 24 y 9 CE, resolución fundada y proceso debido con garantías. por vulneración 117.1, 120 de la CE y 248 de la LOPJ». Añade que «el motivo se fundamenta en las tres causas señaladas anteriormente de no contemplar la sentencia el incumplimiento de la obligación contractual que contiene el contrato de no poder Promociones Contorno impugnar el retracto contenida en la condición resolutoria y plazo resolutorio del contrato si algún miembro de la Junta de Compensación ejercitaba el retracto"....».

De ahí que, por los mismos argumentos ya señalados, el motivo ha de ser también desestimado.

### **Recurso de casación**

**CUARTO.-** De los varios motivos que integran el recurso de casación -de los que han sido admitidos los seis primeros y se ha inadmitido el séptimo- basta acudir al segundo para concluir que aparece justificada la interposición del recurso y que el mismo ha de ser estimado.

En dicho motivo, tras citar como preceptos legales infringidos los artículos 1089, 1091, 1254, 1255, 1256, 1451, 1445, 1100, 1101, 1104, 1106, 1107, 1114 del Código Civil, se alega la existencia de interés casacional por oposición a la jurisprudencia del Tribunal Supremo.

Como fundamento de dicho interés casacional se citan sentencias de esta Sala de fechas 24 de junio de 2011, 18 de julio de 2006, 14 de diciembre de 2006, 10 de junio de 2011 y 3 de junio de 1994, así como las que en ellas se mencionan, sobre incumplimiento de contrato y sus consecuencias.



Argumenta la parte recurrente que tal doctrina ha sido vulnerada por la sentencia recurrida por cuanto Contorno incumplió el tenor de las obligaciones establecidas en el contrato de 7 de julio de 1997 al querer imponer su eficacia cuando se había cumplido la condición resolutoria consistente en que un miembro de la Junta ejercitara su derecho de tanteo o retracto, «actuando con dolo, negligencia y morosidad» por lo que nace la obligación de indemnizar según lo dispuesto por el artículo 1101 CC . La negligencia de la demandada reside en que no actuó con la diligencia exigida por la naturaleza de la obligación y las circunstancias de tiempo y lugar, a sabiendas de que con su actuación perjudicaba a Hipercor.

Así ha de entenderse en cuanto inició juicio contra Felechin para oponerse al ejercicio de su derecho de tanteo, aprovechando la previsión contractual según la cual se situaba en la Junta de Compensación sustituyendo a Hipercor; pretensión que fue definitivamente desestimada dando lugar a que no se pudiera llevar a cabo la venta por parte de Hipercor, la cual no pudo percibir el precio, cuando en realidad se habían pactado en el contrato de 1997 que quedaría sin efecto por el ejercicio del derecho de adquisición preferente por parte de cualquiera de los miembros integrantes de la Junta de Compensación.

No es, por tanto, propiamente la existencia de una «prohibición de disponer» -adoptada como medida cautelar y anotada en el Registro de la Propiedad- la que produjo el perjuicio, ya que en realidad Hipercor no podía transmitir a tercero existiera o no tal prohibición expresa, pues efectivamente se había obligado a transmitir la propiedad de las parcelas a Contorno y la única discusión era si para ello tenía preferencia de adquisición Felechin.

Evidentemente la propia iniciación del juicio por Contorno contra Hipercor y Felechin, con el consiguiente retraso en cuanto a la consumación del contrato, causó perjuicios económicos a Hipercor de los cuales debe responder Contorno en virtud de lo dispuesto por el artículo 1101 CC ya que su actuación -al menos negligente- fue la determinante para la producción de tales perjuicios.

**QUINTO.-** La estimación del motivo y, por tanto, del recurso de casación, lleva a esta Sala a asumir la instancia y abordar el problema de la cuantificación del daño indemnizable a Hipercor.

En este sentido el daño imputable a Contorno no puede determinarse -como entiende la parte demandante- fijando el eventual precio de los inmuebles a fecha del año 2008, sino que se ha de determinar teniendo en cuenta el momento en que Hipercor debió percibir el precio fijado en el contrato y aquél en que definitivamente sabía a ciencia cierta a quién había de realizar la venta, que es el de la sentencia dictada por esta Sala declarando con carácter firme el derecho de Felechin frente al de Contorno a situarse en la posición de compradora, de modo que la demandada habrá de satisfacer a Hipercor los intereses legales que correspondan por el precio pactado -reducido en dos millones de pesetas (12.020,24 euros) que había entregado Contorno a Hipercor- desde el día 7 de septiembre de 1997-dos meses después del contrato- hasta el día 11 de julio de 2007.

**SEXTO.-** La desestimación del recurso por infracción procesal lleva consigo la imposición a la parte recurrente de las costas causadas por el mismo ( artículos 394 y 398 LEC ) y la pérdida del depósito constituido. En cuanto al recurso de casación, que se estima, no procede condena en cuanto a las costas del mismo y ha de ser devuelto a la recurrente el depósito constituido para su interposición. Produciéndose una estimación parcial de la demanda, no procede, de conformidad con las normas ya citadas, condena en costas respecto de ninguna de las instancias.

## FALLO

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

- 1.º- Desestimar el recurso extraordinario por infracción procesal interpuesto en nombre de Hipercor S.A.U. contra la sentencia dictada por la Audiencia Provincial de Asturias (sección 7.ª) en Rollo de Apelación n.º 443/2013 , que dimana de juicio ordinario n.º 175/2013 del Juzgado de Primera Instancia n.º 1 de Gijón, seguido a instancia de la hoy recurrente contra Promociones Contorno S.L.
- 2.º- Condenar a la parte recurrente al pago de las costas causadas por dicho recurso con pérdida del depósito constituido.
- 3.º- Estimar el recurso de casación interpuesto por la misma recurrente.
- 4.º- Estimar en parte la demanda condenando a la demandada Promociones Contorno S.L. a satisfacer a la demandante Hipercor S.A.U. los intereses legales correspondientes a la cantidad de ciento cincuenta y cuatro mil nueve euros con treinta y cinco céntimos (154.009,35 €) desde el día el día 7 de septiembre de 1997 hasta el día 11 de julio de 2007.



5.º- No haber lugar a condena sobre costas causadas por dicho recurso, ni sobre las causadas en las instancias, procediendo la devolución a la recurrente del depósito constituido para su interposición.

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

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

Así se acuerda y firma.

FONDO DOCUMENTAL CENDOJ