



Roj: **STS 2722/2015 - ECLI:ES:TS:2015:2722**

Id Cendoj: **28079110012015100325**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **1**

Fecha: **03/06/2015**

Nº de Recurso: **1938/2013**

Nº de Resolución: **291/2015**

Procedimiento: **CIVIL**

Ponente: **IGNACIO SANCHO GARGALLO**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Resoluciones del caso: **SAP SS 1022/2013,**
STS 2722/2015

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Civil

Presidente Excmo. Sr. D. Francisco Marín Castán

SENTENCIA

Sentencia Nº: 291/2015

Fecha Sentencia : 03/06/2015

CASACIÓN E INFRACCIÓN PROCESAL

Recurso Nº : 1938 / 2013

Fallo/Acuerdo: Sentencia Estimando Parcialmente

Votación y Fallo: 07/05/2015

Ponente Excmo. Sr. D. : Ignacio Sancho Gargallo

Procedencia: AUD. PROV. GUIPUZCOA

Secretaría de Sala : Ilmo. Sr. D. Luis Ignacio Sánchez Guiu

Escrito por : RSJ

Nota:

Recurso extraordinario por infracción procesal: relevancia procesal de los incumplimientos posteriores a la demanda, que fueron incorporados como hechos nuevos en la audiencia previa, que ratifican el carácter grave y reiterado de los incumplimientos resolutorios.

Recurso de casación: cuando las partes pactaron como causa de resolución el incumplimiento grave o reiterado de las obligaciones de Mediapro, que esencialmente eran las de pago del canon convenido por lacesión de derechos audiovisuales, en la forma pactada, preveían este tipo de incumplimientos en los pagos periódicos, que aunque cada uno de ellos no fueran de gran entidad, por ser reiterados acababan siendo en la lógica económica del contrato esenciales, lo que justificaba el ejercicio de la facultad resolutoria. Los incumplimientos posteriores relativos a las mensualidades de febrero, marzo, abril, mayo y junio de 2012, acaban de ratificar como hechos nuevos el carácter reiterado de los anteriores a la demanda.

Estos incumplimientos reiterados, en la lógica económica del contrato, pueden merecer la consideración de esenciales, porque la observancia estricta del pago regular de las obligaciones fraccionadas del canon de



cada temporada pertenecía a la causa del contrato, y su incumplimiento privaba sustancialmente a la parte perjudicada (la cesionaria de los derechos) de lo que legítimamente podía esperar del contrato.

Una vez que hemos apreciado que los impagos parciales y reiterados de las mensualidades en que se había fraccionado la satisfacción del canon convenido para cada temporada por la cesión de derechos audiovisuales, justifican la resolución, debemos entender que también constituyen el presupuesto del nacimiento de la cláusula penal, sin que esté justificado su moderación.

CASACIÓN E INFRACCIÓN PROCESAL Num.: 1938/2013

Ponente Excmo. Sr. D.: Ignacio Sancho Gargallo

Votación y Fallo: 07/05/2015

Secretaría de Sala: Ilmo. Sr. D. Luis Ignacio Sánchez Guiu

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Civil

SENTENCIA N°: 291/2015

Excmos. Sres.:

D. Ignacio Sancho Gargallo

D. Francisco Javier Orduña Moreno

D. Rafael Sarazá Jimena

D. Sebastián Sastre Papiol

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

La Sala Primera del Tribunal Supremo, integrada por los Magistrados al margen indicados, ha visto el recurso extraordinario por infracción procesal y el recurso de casación interpuestos respecto la sentencia dictada en grado de apelación por la sección 2ª de la Audiencia Provincial de Guipúzcoa, como consecuencia de autos de juicio ordinario seguidos ante el Juzgado de Primera Instancia núm. 6 de San Sebastián.

Los recursos fueron interpuestos por la entidad Real Sociedad de Fútbol SAD, representada por la procuradora Teresa Castro Ordóñez.

Es parte recurrida la entidad Mediaproducción S.L., representada por la procuradora Consuelo Rodríguez Chacón.

ANTECEDENTES DE HECHO

Tramitación en primera instancia

1. El procurador Pedro Arraiza Sagüés, en nombre y representación de la entidad Real Sociedad de Fútbol SAD, interpuso demanda de juicio ordinario (autos núm. 170/2012) ante el Juzgado de Primera Instancia núm. 6 de San Sebastián, contra la sociedad Mediaproducción S.L., para que se dictase sentencia:

"A) Condenando a Mediaproducción S.L. a abonar a la Real Sociedad la cantidad líquida de 3.493.660 euros en concepto de diferencias de precio devengadas y no abonadas hasta la fecha de presentación de la presente demanda, enero de 2012, en concepto de precio de cesión de derechos audiovisuales pactado entre ambas partes para las temporadas 2010/2011 y 2011/2012 en el contrato de junio de 2006 y Addenda Rectificativa a su Disposición Adicional Primera de 5 de septiembre de 2006, así como el abono de intereses moratorios, calculados al tipo euribor a un año más 3 puntos con efectos a partir del plazo de 30 días desde la fecha de vencimiento de las cantidades devengadas objeto de la presente reclamación líquida hasta su completo pago.

B) Declarando la Resolución Contractual del Contrato de 1 de junio de 2006 y Addenda Rectificativa a su Disposición Adicional Primera de 5 de septiembre de 2006 suscritos entre la Real Sociedad SAD y Media producción SL por incumplimiento grave y/o reiterado de Media producción SL de las obligaciones de pago del precio fijado contractualmente, condenando a Mediaproducción SL a abonar a la Real Sociedad SAD en concepto de indemnización fijada en la cláusula penal de la estipulación novena del contrato la cantidad de 10 millones de euros que se habrá de abonar por Mediapro de una sola vez en el plazo máximo de 60 días a computar desde la fecha de la declaración judicial de la Resolución.



C) Y condenando, asimismo, a Mediaproducción SL a abonar a la Real Sociedad las cantidades devengadas en concepto de precio a partir del mes siguiente a la fecha de interposición de la presente demanda, es decir, desde la mensualidad de febrero de 2012 hasta la fecha en que declare judicialmente la resolución contractual (siendo la fecha límite la de extinción del contrato en junio de 2013) o, subsidiariamente, de no estimarse la declaración de resolución contractual, hasta junio de 2013, a razón de 1.637.000 euros + IVA las mensualidades de febrero de 2012 a junio 2012 (conforme al precio de dicha temporada de 16.370.000 euros + IVA las mensualidades de septiembre 2012 a junio 2013 (conforme al precio de dicha temporada de 17.410.000 euros + IVA), más intereses moratorios de dichas cantidades calculados al tipo euribor a un año, más 3 puntos con efectos a partir del transcurso de 30 días desde la fecha de vencimiento de las mismas hasta su completo pago.

D) Condenando a la demandada al pago de las costas procesales."

2. La procuradora Amalia López-Rúa Lens, en representación de la entidad Mediaproducción S.L.U., contestó a la demanda y pidió al Juzgado dictase sentencia:

"en su día, desestimando íntegramente la demanda interpuesta de adverso, con expresa imposición de costas."

3. La representación procesal de la entidad demandada formuló reconvencción, y suplicó al Juzgado dictase sentencia:

"estimando íntegramente la presente demanda, declarando la vigencia del contrato de fecha 1 de junio de 2006 y sus addendas y condenando a la Real Sociedad a dar íntegro cumplimiento del mismo cediendo sus derechos audiovisuales a Mediapro militando en Primera División hasta un total de cinco temporadas."

4. El procurador Pedro Arraiza Sagüés, en representación de la entidad Real Sociedad SAD, contestó a la demanda reconvenccional y pidió al Juzgado dictase sentencia:

"desestimando totalmente la demanda reconvenccional de Mediaproducción SL y condenando a dicha Mercantil a abonar las costas de dicha Reconvencción."

5. La procuradora Amalia López-Rúa Lens, en representación de la entidad Mediaproducción S.L.U., interpuso demanda de juicio ordinario (autos núm. 191/2012) ante el Juzgado de Primera Instancia núm. 2 de San Sebastián, contra la entidad Real Sociedad de Fútbol S.A.D., y suplicó se dictase sentencia:

"estimando íntegramente la presente demanda, declarando la vigencia del contrato de fecha 1 de junio de 2006 y sus addendas y condenando a la Real Sociedad a dar íntegro cumplimiento del mismo hasta ceder un total de 5 temporadas de sus derechos audiovisuales a Mediapro militando en Primera División."

6. El procurador Pedro Arraiza Sagüés, en representación de la entidad Real Sociedad SAD, contestó a la demanda y pidió al Juzgado dictase en su día sentencia:

"desestimando totalmente la demanda de Mediaproducción SL, rectora del Procedimiento 191/2012 del Juzgado de 1ª Instancia nº 2, y condenando a dicha Mercantil a abonar las costas de dicha demanda, todo ello sin perjuicio de que se proceda a la estimación íntegra de la demanda interpuesta por la Real Sociedad de Fútbol SAD en el procedimiento 170/2012 del Juzgado de Primera Instancia nº 6."

7. Instada la acumulación de ambos procedimientos, se acordó por Auto de fecha 20 de mayo de 2012.

8. El Juez de Primera Instancia núm. 6 de San Sebastián dictó Sentencia con fecha 19 de septiembre de 2012, con la siguiente parte dispositiva:

"FALLO: Debo estimar y estimo parcialmente la demanda formulada por el Procurador Sr. Pedro Arraiza Sagüés en nombre y representación de la Real Sociedad de Fútbol SAD contra la mercantil Mediaproducción SLU, condenando a la demandada a que:

1º.- Abone a La Real Sociedad la cantidad de 4.614.660 euros, salvo error u omisión a determinar en ejecución de sentencia en su caso, más los intereses pactados con efectos a partir del plazo días desde la fecha del vencimiento de las cantidades devengadas a liquidar en ejecución de Sentencia.

2º.- Declarando la Resolución del Contrato de 1 de junio de 2006, y addenda rectificativa a su Disposición Adicional 1ª de 5 de septiembre de 2006, suscrita entre la Real Sociedad SAD y Mediaproducción SL, por incumplimiento grave y reiterado de ésta de sus obligaciones contractuales, condenándole a abonar a la Real Sociedad SAD en concepto de indemnización la cantidad de 7.000.000 de euros que se habrá de abonar una sola vez en el plazo máximo de 60 días, desde la fecha de esta resolución.

Las costas de la demanda se imponen a cada parte las causadas a su instancia.



Debo desestimar y desestimo íntegramente la demanda y la demanda reconvenional formulada por la mercantil Mediaproducción SLU, frente a La Real Sociedad de Fútbol SAD, absolviendo a la demandada de los pedimentos deducidos en su contra."

Tramitación en segunda instancia

9. La sentencia de primera instancia fue recurrida en apelación por la representación la entidad Mediaproducción S.L.U.

La resolución de este recurso correspondió a la sección 2ª de la Audiencia Provincial de Guipúzcoa, mediante Sentencia de 13 de mayo de 2013 , cuya parte dispositiva es como sigue:

"FALLO: Debemos estimar y estimamos en parte el recurso de apelación interpuesto por Dña. Amalia López Rua, en representación de Mediaproducción S.L.U., revocando los pronunciamientos de la sentencia apelada referentes a la resolución contractual instada por la Real Sociedad de Fútbol SAD y pago de la indemnización. Se confirma la condena impuesta a la apelante Mediaproducción S.L.U., al pago de 4.614.660 euros, más los intereses devengados conforme a lo pactado, a liquidar en ejecución de sentencia, y se confirma la no imposición a ninguna de las partes de las costas causadas en la primera instancia con motivo de la interposición de la demanda formulada por la Real Sociedad.

Se desestiman los motivos del recurso formulados por Mediaproducción S.L.U. referentes a la interpretación y cumplimiento del contrato conforme a las pretensiones formuladas en su demanda acumulada y en su reconvenión, confirmando los pronunciamientos recurridos y manteniendo la condena al pago de las costas causadas en la primera instancia con motivo de la demanda y de la reconvenión.

Por la estimación parcial del recurso de apelación interpuesto por Mediaproducción S.L.U. no procede pronunciamiento sobre las costas de la segunda instancia causadas con motivo de su interposición.

Y por la desestimación de la impugnación de la sentencia formulada por la Real Sociedad SAD, deben imponerse a la impugnante las costas causadas en la alzada con motivo de dicha impugnación."

10. Por la representación de la entidad Real Sociedad de Fútbol SAD, se instó el complemento de la anterior resolución y la representación de la entidad Mediaproducción S.L.U., solicitó la aclaración de la misma. La Audiencia Provincial de Guipúzcoa, sección 2ª, dictó Auto de fecha 13 de junio de 2013 , con la siguiente parte dispositiva:

"No ha lugar al complemento de la sentencia de 13 de mayo de 2013 solicitado por Real Sociedad de Fútbol S.A.D. No ha lugar a la aclaración de la misma resolución solicitada por Mediaproducción S.L.U."

Interposición y tramitación del recurso extraordinario por infracción procesal y recurso de casación

11. El procurador Pedro Arraiza Sagües, en representación de la entidad Real Sociedad de Fútbol S.A.D., interpuso recurso extraordinario por infracción procesal y recurso de casación ante la Audiencia Provincial de Guipúzcoa, sección 2ª.

Los motivos del recurso extraordinario por infracción procesal fueron:

1º) *Infracción de los arts. 216 , 218.1 y 465.5 de la LEC .*

2º) *Infracción de los derechos fundamentales del art. 24 de la Constitución , en concreto el derecho a la tutela judicial efectiva.*

3º) *Infracción de los arts. 426.1 y 4 y 412.2 de la LEC .*

4º) *Infracción del art. 218.2 de la LEC .*

5º) *Infracción del art. 218.2 de la LEC y art. 120.3 de la CE.*

6º) *Infracción del art. 218.1 de la LEC .*

7º) *Infracción de los derechos fundamentales del art. 24 de la Constitución , en concreto el derecho a la tutela judicial efectiva."*

Los motivos del recurso de casación fueron:

1º) *Infracción de los arts. 1091, 1255, 1258 y **1124** del Código Civil y doctrina jurisprudencial que los interpreta.*

2º) *Infracción del art. 1281, párrafo 1º, del Código Civil, en relación con el art. 1091 y 1255 del mismo Texto Legal .*

3º) *Infracción de los arts. 1091, 1255, 1258 y **1124** del Código Civil.*

4º) *Infracción de los arts. 1091 y 1255, en relación con el art. 1152 del Código Civil ."*



12. Por diligencia de ordenación de 2 de septiembre de 2013, la Audiencia Provincial de Guipúzcoa, sección 2ª, tuvo por interpuestos el recurso extraordinario por infracción procesal y el recurso de casación mencionados, y acordó remitir las actuaciones a la Sala Primera del Tribunal Supremo con emplazamiento de las partes para comparecer por término de treinta días.

13. Recibidas las actuaciones en esta Sala, comparecen como parte recurrente la entidad Real Sociedad de Fútbol SAD, representada por la procuradora Teresa Castro Ordóñez; y como parte recurrida la entidad Mediaproducción S.L., representada por la procuradora Consuelo Rodríguez Chacón.

14. Esta Sala dictó Auto de fecha 23 de septiembre de 2014, cuya parte dispositiva es como sigue:

"Admitir el recurso extraordinario por infracción procesal y el recurso de casación, interpuestos por la representación procesal de la entidad Real Sociedad de Fútbol, SAD, contra la sentencia dictada con fecha 13 de mayo de 2013 por la Audiencia Provincial de Guipúzcoa (sección

2ª), en el rollo de apelación nº 2037/2013, dimanante del juicio ordinario nº 170/2012 del Juzgado de Primera Instancia nº 6 de Donostia."

15. Dado traslado, la representación procesal de la entidad Mediaproducción S.L.U., presentó escrito de oposición a los recursos formulados.

16. Al no solicitarse por todas las partes la celebración de vista pública, se señaló para votación y fallo el día 7 de mayo de 2015, en que ha tenido lugar.

Ha sido Ponente el Magistrado Excmo. Sr. D. **Ignacio Sancho Gargallo**,

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Resumen de antecedentes

1. Para la resolución del presente recurso debemos partir de la relación de hechos relevantes acreditados en la instancia.

i) El 1 de junio de 2006, Mediaproducción, S.L. (en adelante, Mediapro) firmó con la Real Sociedad SAD un contrato que se denominaba "opción de cesión" de sus derechos audiovisuales, televisivos, radiofónicos y de propiedad intelectual, y su explotación por cualquier sistema o procedimiento audiovisual... Esta cesión lo era respecto de « todos y cada uno de los encuentros que disputen los equipos profesionales de Fútbol de la Real Sociedad en la primera y segunda división A, correspondientes al campeonato Nacional de liga de Fútbol, excepto la final y supercopa de España o cualquier otra competición, campeonato, copa o liga de ámbito social, autonómico o nacional....»

Conforme a la cláusula segunda, el contrato entraba en vigor el día de su firma y el optante podía ejercer la opción antes del 30 de Junio de 2006. Una vez ejercitada la opción, la cesión de derechos se hallaría vigente durante cinco temporadas consecutivas (que comprendían del día 1 de Junio al 30 de Junio del año siguiente) a partir de la 2006/2007. Finalizaba su vigencia al concluir la temporada 2010/2011, siempre y cuando el adquirente pudiera explotar libremente los derechos audiovisuales objeto del contrato al inicio de la referida temporada 2006/2007. En caso contrario, la vigencia de la cesión de derechos concluía una vez explotadas las cinco temporadas consecutivas, a contar desde que el adquirente pudiera explotar libremente los mencionados derechos audiovisuales, según se detalla en la adenda primera de este contrato.

El precio de la opción se fijó en 5.000.000 de euros. Esta suma era independiente del precio establecido para los derechos de retransmisión de cada una de las cinco temporadas deportivas en las que el adquirente puede explotar los derechos audiovisuales objeto del contrato.

La estipulación cuarta del contrato, bajo la rúbrica " precio, devengo y forma de pago de los Derechos ", establecía que una vez ejercitada la opción, en contraprestación a los derechos objeto de cesión, el precio fijo y alzado por cada una de las temporadas objeto del mismo sería:

- Para la temporada 2006/2007, 12.000.000 euros.
- Para la temporada 2007/2008, 14.470.000 euros.
- Para la temporada 2010/2011, 15.390.000 euros.

Estas cantidades debían devengarse en cada una de las indicadas temporadas, en el supuesto de que la Real Sociedad militara en la Primera División del Campeonato Nacional de Liga.



Las cantidades devengadas debían ser pagadas mensualmente en 10 pagos de igual importe, a partir del día 5 de Septiembre de cada una de las temporadas de explotación efectiva de los derechos.

En el supuesto de que, por cualquier causa, el club dejase de participar en la Competición de Liga de Primera División de Fútbol Español cualquiera de las temporadas antes citadas, las partes se comprometían a negociar de buena fe el precio de la cesión de los derechos audiovisuales durante la temporada o temporadas en que la Real Sociedad no estuviera en 1ª División. Dicho precio, en sustitución del anteriormente establecido, sería fijado teniendo en cuenta los precios de referencia que se estuvieran satisfaciendo en 2ª División a clubes o sociedades anónimas deportivas de similar condición deportiva, por éxitos alcanzados y por tradición histórica acumulada. Las demás condiciones de la cesión de derechos (excepto el precio) debían acomodarse a las cláusulas de este contrato.

La estipulación novena del contrato establecía una cláusula penal para el caso en que la Real Sociedad impidiera el debido cumplimiento de los derechos reconocidos en el contrato, y en especial impidiera el acceso de las cámaras para tomar o grabar imágenes para un partido o para la confección de resúmenes.

También preveía que la demora en más de 30 días en el pago de cualquiera de los vencimientos del precio de la opción o de la cesión de los derechos establecidos en el contrato, daría lugar a que el club pudiera reclamar un interés moratorio que se aplicaría al tipo de Euribor a un año más tres puntos. Además, preveía que si Mediapro incumplía grave o reiteradamente sus obligaciones, incluidas las de pago, la Real Sociedad podría solicitar la resolución del contrato, y reclamar una cláusula penal de 10.000.000 de euros, pagaderos de una sola vez a los 60 días de la fecha de resolución.

El contrato contenía una estipulación adicional primera (*disponibilidad de derechos*), para el supuesto de que la Real Sociedad no pudiera disponer libremente de los derechos acordados en el contrato para las temporadas 2006/2007 y 2007/2008, por haber ejercitado Sogecable la opción que había adquirido con anterioridad. En ese caso, las partes acordaban que la vigencia del contrato concluiría la temporada 2012/2013 y que la explotación de los derechos comprendería las cinco temporadas consecutivas 2008/2009 a 2012/2013, todas inclusive.

En ese supuesto, el precio fijo y alzado previsto en la cláusula, precio, devengo y forma de pago, sería siguiente:

- Para la temporada 2008/2009, 13.000.000 de euros.
- Para la temporada 2009 /2010, 13.770.000 euros.
- Para la temporada 2010/2011, 14.690.000 euros.
- Para la temporada 2011/2012, 19.870.000 euros.
- Para la temporada 2012/2013, 20.910.000 euros.

Estas cantidades debían devengarse en cada una de las correspondientes temporadas siempre que el primer equipo profesional de la Real Sociedad militara en la 1ª División.

ii) El 27 de Junio de 2006, Mediapro ejercitó la opción irrevocable concedida a su favor, y pagó a la Real Sociedad el precio de la opción, 5.000.000 euros.

iii) El 5 de Septiembre de 2006, ambas partes firmaron una adenda de rectificación al contrato de fecha 1 de Junio de 2006. En esta adenda, además de dejar constancia del ejercicio de la opción y de la cesión de derechos, se ponía de manifiesto la existencia de un error en la redacción de la disposición adicional primera del contrato, que mediante la adenda se procedía a corregir.

Expresamente se convino que si Sogecable hacía uso de su previo derecho de opción, y consiguientemente la Real Sociedad no pudiera disponer libremente de los derechos objeto de la cesión durante las temporadas 2006/2007 y 2007/2008, la cesión de derechos a favor de Mediapro se iniciaría en la temporada 2008/2009 y terminaría con la temporada 2012/2013. Y el precio convenido sería:

- Para la temporada 2008/2009, 13.600.000 euros.
- Para la temporada 2009/20010, 14.470.000 euros.
- Para la temporada 2010/2011, 15.390.000 euros.
- Para la temporada 2011/2012, 16.370.000 euros.
- Para la temporada 2012/2013, 17.410.000 euros.

Estas cantidades debían devengarse en cada una de las indicadas temporadas en el caso en que el primer equipo de fútbol profesional de la Real Sociedad estuviera en 1ª División.



iv) Sogecable SA ejercitó su derecho de opción para las temporadas 2006/2007 y 2007/2008, por lo que en atención a la Disposición Adicional Primera del contrato de 1 de junio de 2006, su duración se estableció para las temporadas 2008/2009 a 2012/2013.

v) Sogecable explotó los derechos audiovisuales de la Real Sociedad la temporada 2006/2007. Al finalizar esta temporada, la Real Sociedad descendió a 2ª división, y en virtud de lo convenido con Sogecable para ese supuesto, la Real Sociedad recuperó la titularidad de sus derechos para la temporada 2007/2008.

vi) El 3 de Septiembre de 2007, Mediapro y la Real Sociedad suscribieron una adenda al contrato de 1 de junio de 2006.

En la estipulación tercera de ese convenio, se hacía constar que habían llegado a un acuerdo por el que se establecían las condiciones en que la Real Sociedad cedía a Mediapro los derechos televisivos de Liga y Copa de su primer equipo profesional mientras militara en 2ª división y ello desde la temporada 2008/2009, hasta la última temporada de vigencia establecida en el contrato de fecha 1 de Junio de 2006.

El precio fijo y alzado para cada una de las temporadas en que el equipo participara en la segunda división sería de 2.000.000 de euros, pagaderos en 10 mensualidades de igual importe a partir del 5 de septiembre de cada una de las temporadas.

En caso de que el primer equipo de la Real Sociedad retomara la 1ª División, el club debía percibir las cantidades establecidas en la adenda de fecha 5 de septiembre de 2006.

En la estipulación quinta, las partes expresamente establecían que, con la firma de esta segunda adenda, daban cumplimiento a la previsión establecida en la cláusula cuarta, al haber negociado de buena fe el precio de la cesión de los derechos audiovisuales cuando el primer equipo estuviera en la 2ª división A.

Las partes, además, ratificaban íntegramente el contenido del contrato de

1 de junio de 2006, y la adenda de 5 de Septiembre de 2006 que reconocían plenamente vigente, con excepción de la disposición adicional

1ª, que se regiría por lo establecido en la adenda de 5 de Septiembre.

vii) En la negociación previa a la firma del contrato de opción de 1 de Junio de 2006, Mediapro intentó introducir una cláusula de suspensión del contrato para el supuesto de que la Real Sociedad descendiera a 2ª división, como había hecho con otros clubes de fútbol, pero fue rechazada.

viii) Mediapro, de conformidad con el contrato de 1 de junio de 2006, explotó los derechos audiovisuales de la Real Sociedad las temporadas

2008/2009, 2009/2010, en que este club estuvo en 2ª División.

ix) En la temporada 2010/2011, la Real Sociedad ascendió a 1ª división. Mediapro abonó por los derechos audiovisuales cedidos para esa temporada, 1.816.020 euros correspondientes a la 1ª cuota el mes de septiembre. Esa misma cantidad se abonó durante las siguientes siete mensualidades hasta abril de 2011 inclusive.

Con anterioridad, el 5 de Octubre de 2010, Mediapro había remitido un burofax al club en el que se indicaba textualmente:

«A fin de no perjudicar la situación financiera del club que presides, te informo que procederemos a satisfacer en las cuotas y vencimiento correspondientes, a cuenta de los Derechos audiovisuales de Fútbol en Fútbol en la presente temporada 2010/2011, la cantidad proporcional de 13.000.00 + IVA y ello hasta que finalicemos las negociaciones que estamos manteniendo en relación a los Derechos audiovisuales del Club».

El 15 de abril de 2011, Mediapro remitió una nueva comunicación en la que indicaba:

«En fecha 5 de Octubre de 2010 te comuniqué nuestra disposición a satisfacer las cuotas y vencimiento correspondientes a los derechos audiovisuales de Fútbol de la presente temporada 2010/2011, la cantidad proporcional de 13.600.000? + IVA, lo que hemos venido cumpliendo escrupulosamente. A fecha de hoy no me consta que se haya procedido a cerrar ninguna negociación acerca de los derechos audiovisuales del Club que preside, ante las evasivas que estáis manteniendo al respecto.

En este sentido te anticipo que, de persistir en esta actitud, procederemos como te anuncié en mi anterior comunicación».

A esta comunicación contestó la Real Sociedad manifestando su sorpresa por el burofax anterior. E indicaba que, como «repetidamente hemos manifestado, entendemos que deben abonar la cantidad que figura en el contrato firmado para esta temporada y que asciende a 15.390.000 euros más el IVA y que cumplan



con el contrato firmado tal y como esta establecido. No entendemos por otra parte, que intenten negar el cumplimiento de sus obligaciones contractuales a una futura negociación sobre los futuros Derechos audiovisuales». Y añadía «que en el caso de persistir en sus propósitos y en consecuencia incumplieran sus obligaciones de pago, al producirse un evidente incumplimiento del contrato, entendían entraba en vigor la causa de resolución prevista en la cláusula 9ª del contrato y en consecuencia exigirían intereses moratorios y en su caso la rescisión del contrato y el abono de la cláusula penal prevista por importe de 10.000.000 de euros».

En ese tiempo, la Real Sociedad estaba negociando la cesión de los derechos audiovisuales para la temporada 2013/2014 en adelante, no sólo con Mediapro, sino también con Digital +, que fue a quien finalmente le cedió los derechos, mediante un acuerdo alcanzado en junio de 2010.

x) En junio de 2010, Mediapro no abonó cantidad alguna por los derechos audiovisuales de la Real Sociedad, sí bien continuó explotándolos.

La cantidad total abonada en la temporada 2010/2011 fue de 13.600.000 euros, más IVA (16.048.000 euros).

La Real Sociedad reclamó, mediante carta de fecha 20/06/11, la diferencia no pagada que entendía se le adeudaba por la temporada 2010/2011, que alcanzaba la cifra de 2.112.200 euros.

En esta carta se anunciaba la voluntad de iniciar una reclamación como consecuencia del reiterado incumplimiento contractual realizado por parte de Mediapro, que le estaba ocasionando un grave perjuicio.

A esta comunicación respondió Mediapro mediante otra comunicación de 6 de Julio de 2011, por la que negaba cualquier deuda con la Real Sociedad derivada del contrato de cesión de derechos.

En esa misma fecha, Mediapro remitió otra comunicación a la Real Sociedad en la que se hacía eco de la información de que Digital+ había adquirido los derechos audiovisuales de la Real Sociedad de la Liga y la Copa, para las temporadas 2013/2014 y 2014/2015. Advertía que según el contrato de 1 de junio de 2006, la cesión de derechos se hallaría vigente durante cinco temporadas consecutivas a partir de la temporada 2008/2009. Pero al haber permanecido en 2ª División durante las temporadas 2007/2008, 2008/2009, 2009/2010, no se habían podido explotar los derechos cedidos, sino a partir de la temporada 2010/2011. Por ello le requería formalmente para que en el plazo de 30 días confirmara por escrito que Mediapro explotaría pacíficamente los derechos audiovisuales de la Real Sociedad en la temporada 2013/2014 en los mismos términos que lo habían hecho en la temporada 2010/2011.

En agosto de 2011, Mediapro pagó a la Real Sociedad, con cargo a la temporada 2011/2012, la cantidad de 1.447.00 euros, correspondiente al mes de Septiembre de 2011. De octubre a enero abonó mensualmente 1.707.460 euros.

El 10 de Enero de 2012, la Real Sociedad mediante un burofax requirió a Mediapro el pago de las cantidades pendientes por la explotación de sus derechos audiovisuales: 2.012.200 euros (IVA incluido), de la temporada 2010/2011, y 1.381.460 euros (IVA incluido) por las 5 mensualidades de septiembre a enero de la temporada 2011/2012.

Con este requerimiento, la Real Sociedad expresamente advertía a Mediapro que, de no pagar, se encontraría en un supuesto de incumplimiento grave y reiterado, que permitiría a la Real Sociedad reclamar en los tribunales la cantidad adeudada y solicitar la resolución contractual, y una indemnización de 10.000.000 de euros.

2. El 31 de Enero de 2012, la Real Sociedad formuló una demanda en la que pedía, de una parte, la condena de Mediapro al pago de las cantidades adeudadas hasta ese momento (3.493.660 euros) y las que pudieran devengarse hasta la fecha de la resolución del contrato, y, de otra, la resolución del contrato y el pago de la indemnización prevista en el mismo para el caso de incumplimiento (10.000.000 euros).

Por su parte, Mediapro, el 2 de Febrero de 2012, interpuso otra demanda contra la Real Sociedad, en que pedía que se declarara la vigencia del contrato de 1 de Junio de 2006 y sus adendas, y que se condenara a la Real Sociedad a dar íntegro cumplimiento al contrato hasta ceder sus derechos audiovisuales a Mediapro por un total de 5 temporadas en 1ª división.

Una vez acumulados ambos procedimientos, en la audiencia previa celebrada el día 18 de junio de 2012 se cifró la deuda hasta junio de 2012, en la suma de 13.151.960 euros.

Mediapro fue consignando las mensualidades de febrero a junio de 2012, en la cuantía que estimaba adeudaba (en total, 8.537.300 euros). Esta cantidad no fue entregada a la Real Sociedad hasta el 25 de junio de 2012.

3. El juzgado de primera instancia estimó las pretensiones de la Real Sociedad: primero, apreció que Mediapro adeudaba la suma de 4.614.660 euros del precio pactado por la cesión de derechos, y la condenó a su pago;



y, después, declaró que el incumplimiento de Mediapro era grave y, de conformidad con la cláusula novena del contrato, procedía el pago de la cláusula penal, para fijarla en 7.000.000 euros.

Consiguientemente, la sentencia de primera instancia desestimó las pretensiones de Mediapro, al considerar que el contrato se extinguió al término de la temporada 2012/2013. En concreto, rechazó la interpretación propuesta por Mediapro de que el término convenido de cinco años no debía comenzar hasta la temporada en que la Real Sociedad volvía a estar en 1ª División (2010/2011).

4. La Audiencia Provincial que conoce del recurso de apelación formulado por Mediapro, confirma que la duración del contrato concluía al término de la temporada 2012/2013, y también que en ese momento Mediapro adeudaba la suma de 4.614.660 euros.

Sin embargo, la Audiencia estima en parte el recurso de Mediapro en relación con la resolución del contrato de 1 de junio de 2006 y sus dos adendas. La Audiencia entiende que el incumplimiento del contrato no era grave, ya que al tiempo de formularse la demanda, el 31 de enero de

2012, tan sólo se adeudaba la totalidad de la mensualidad de junio de 2011, y una parte de las mensualidades de septiembre de 2011 a enero de 2012. Expresamente razona que no podían ser tenidos en cuenta los incumplimientos posteriores, en concreto, las mensualidades de febrero a junio de 2012, que se consignaron judicialmente (en la suma que Mediapro decía adeudar) y no se entregaron hasta junio de 2012. En cualquier caso, entiende que, como las cantidades consignadas fueron entregadas a la Real Sociedad, lo adeudado al tiempo de presentarse la demanda y lo que finalmente se declaró debido al tiempo de dictarse la sentencia es proporcionalmente muy poco, menos de un 10% del precio total de las prestaciones asumidas por Mediapro (40.760.000 euros más IVA). Y razona que no se trata de un incumplimiento grave.

5. La sentencia de apelación es recurrida únicamente por la Real Sociedad, que interpone recurso extraordinario por infracción, sobre la base de siete motivos, y recurso de casación, articulado en cuatro motivos.

Recurso extraordinario por infracción procesal

6. *Formulación de los motivos primero, segundo, tercero y cuarto*. Estos cuatro primeros motivos se fundan en que la sentencia recurrida, a la hora de valorar la gravedad del incumplimiento de las obligaciones de pago por parte de Mediapro, expresamente excluye los impagos de los meses posteriores a la presentación de la demanda, en concreto, las mensualidades de febrero a junio de 2012.

En el recurso se razona que la sentencia recurrida no tiene en cuenta que en la audiencia previa, celebrada a finales de junio de 2012, por el cauce procesal previsto en el art. 426.2 LEC se incorporaron como hechos complementarios posteriores a la demanda los impagos posteriores a su presentación. Es decir, se incorporaron como hechos en los que se basaban las pretensiones de la Real Sociedad, los impagos de las mensualidades de febrero a junio de 2012. De tal forma que se determinaron las cantidades adeudadas hasta ese momento en la suma de 13.151.960 euros. Para el recurrente, se trata de hechos no controvertidos ni cuestionados por Mediapro.

El *motivo primero* se formula al amparo del ordinal 2º del art. 469.1 LEC, por infracción de las normas reguladoras de la sentencia, de los arts. 216, 218.1 y 465.5 LEC. En concreto, denuncia que la sentencia recurrida, en su fundamento jurídico tercero, incurre en incongruencia *extra petita* porque expresamente ha excluido en la apreciación de la gravedad del incumplimiento de las obligaciones de pago los impagos relativos a los meses posteriores a la presentación de la demanda, de febrero a junio de 2012.

El *motivo segundo* se ampara en el ordinal 4º del art. 469.1 LEC, por infracción en el proceso civil de los derechos fundamentales reconocidos en el art. 24 CE, en especial el principio de tutela judicial efectiva consagrado en el apartado 1, que incluye en su seno el principio de contradicción.

En el desarrollo del motivo se razona que «la apreciación de oficio de que la introducción en la litis de hechos posteriores a la interposición de la demanda, incorporados a la misma en el acto de la audiencia previa, había constituido una alteración del objeto del pleito, de los principios "*non mutatio libelli*" y "*lite pendente nihil innovetur*" », y del art. 412 LEC, adquiere relevancia constitucional, infringiendo (...) el art. 24 de la CE al afectar al principio de contradicción modificándose el alcance de la controversia al introducirse de oficio una cuestión en la que esta parte no pudo actuar adecuadamente en defensa de sus derechos, pues no fue objeto de debate...»

El *motivo tercero* se ampara en el ordinal 3º del art. 469.1 LEC, por infracción de normas legales que rigen los actos y garantías del proceso, produciéndose la indefensión del recurrente, al infringirse concretamente los arts. 426.1 y 4 y 412.2 de la LEC y de la doctrina jurisprudencial contenida en las sentencias 156/2012, de 4 de marzo, y 485/2012, de 18 de junio, como consecuencia de los hechos reseñados al comienzo.



El *motivo cuarto* se ampara en el ordinal 2º del art. 469.1 LEC , por infracción de las normas procesales reguladoras de la sentencia, concretamente el art. 218.2 LEC , por haber incurrido la sentencia en incongruencia interna entre los pronunciamientos del fallo y las conclusiones sentadas en el fundamento jurídico tercero como *ratio decidendi* .

En el desarrollo del motivo se concreta que la sentencia estima las pretensiones de la Real Sociedad en lo que respecta al incumplimiento de las obligaciones de pago por parte de Mediapro, y desestima la reconvencción; lo que es contradictorio con que en el fundamento jurídico tercero concluya que los principios *non mutatio libelli* y *lite pendente nihil innovetur* sólo permiten valorar la conducta incumplidora de Mediapro antes de la presentación de la demanda.

Procede desestimar los cuatro motivos por las razones que exponemos a continuación.

7. Desestimación de los motivos primero, segundo, tercero y cuarto . En la demanda presentada el día 31 de enero de 2012, se interesa la resolución del contrato por incumplimiento grave y reiterado por parte de Mediapro de sus obligaciones contractuales. Lógicamente, la demanda se refiere a los incumplimientos existentes hasta entonces, que consistían en el impago de la mensualidad de junio de 2011 y en una parte de las mensualidades de septiembre de 2011 a enero de 2012. Pero advierte, a la vista de estos pagos incompletos de las primeras mensualidades de la temporada 2011/2012, que podría seguir habiendo impagos totales o parciales de las restantes mensualidades, posteriores a la presentación de la demanda. Esta eventualidad se tiene en cuenta sobre todo para reclamar su pago, pero no por ello puede dejar de tenerse en cuenta para valorar si el incumplimiento es grave y reiterado. La resolución debe basarse en hechos anteriores que justifican esta pretensión, pero su justificación puede quedar corroborada por hechos posteriores, debidamente incluidos en el trámite de alegaciones correspondiente.

Aunque son los escritos de alegaciones, demanda y contestación a la demanda, y en su caso reconvencción y contestación a la reconvencción, los que fijan o determinan la cuestión controvertida, el objeto de litigioso acaba de conformarse en la audiencia previa. Así, el art. 426 LEC establece un trámite para que, dentro de ciertas limitaciones que tratan de impedir una indebida "mutatio libelli" [cambio de pretensión], las partes puedan realizar alegaciones complementarias y aclaratorias, formular pretensiones complementarias y aportar hechos nuevos o conocidos con posterioridad a la demanda y la contestación.

En concreto, el apartado 4 del art. 426 LEC prevé: « *si después de la demanda o de la contestación ocurriese algún hecho de relevancia para fundamentar las pretensiones de las partes en el pleito, o hubiese llegado*

a noticia de las partes alguno anterior de esas características, podrá alegarlo en la audiencia ». En nuestro caso, la Real Sociedad alegó en la audiencia previa, celebrada el 25 de junio de 2012, que con posterioridad a la presentación de la demanda (31 de enero de 2012) Mediapro había dejado de pagar las mensualidades de febrero a junio de ese año 2012 (en realidad, había consignado la parte que consideraba que adeudaba, no todo lo que se reclamaba en la demanda y que finalmente fue estimado, y está consignación no se entregó a la Real Sociedad hasta ese mismo mes de junio de 2012). Se trata de hechos nuevos, vinculados a los relatados en la demanda para justificar la procedencia de la resolución, que al ser aceptados por el tribunal se incorporaron a la *causa petendi* , a los efectos antes mencionados de corroborar la gravedad y la reiteración de los incumplimientos.

Por ello la apreciación realizada por el tribunal de apelación de excluir estos hechos nuevos del enjuiciamiento sobre la resolución del contrato no es del todo correcta. Insistimos en que tiene razón la sentencia recurrida en que la resolución por incumplimiento debía basarse en los impagos anteriores a la presentación de la demanda, pero los posteriores incorporados como hechos nuevos en el acto de la audiencia previa no podían quedar excluidos del enjuiciamiento sobre si los impagos habidos justificaban la resolución contractual, sin perjuicio de que su incidencia fuera en el sentido antes indicado de corroborar la gravedad y la reiteración del incumplimiento.

Pero esta irregularidad, que el tribunal de apelación no haya tenido en cuenta estos hechos nuevos, al valorar la resolución por incumplimiento contractual, no constituye propiamente una incongruencia *extra petitum* , pues no ha dejado de resolver lo que había sido objeto de controversia, que no había quedado alterado con aquellos hechos nuevos, ni ha resuelto algo distinto. Razón por la cual procede desestimar el motivo primero.

El tribunal da respuesta a las pretensiones suscitadas en la demanda y en la reconvencción, de acuerdo con lo que constituían sus respectivas "causae petendi" y las objeciones formuladas en los escritos de contestación. Esto es, y respecto de la cuestión afectada por el recurso, el tribunal se ha pronunciado sobre la pretensión ejercitada en la demanda de resolución del contrato por incumplimiento de Mediapro de sus obligaciones de pago, de acuerdo con lo pactado en la cláusula 9ª. No es cierto que el tribunal de apelación haya modificado el alcance de la controversia hasta tal punto que haya limitado el derecho de defensa de la demandante. Lo que



ha ocurrido es que no ha tomado en consideración algunos de los hechos alegados por la parte demandante y acreditados, a los efectos de juzgar sobre la procedencia de la resolución por incumplimiento contractual, lo que puede afectar, como veremos, a la correcta valoración del incumplimiento resolutorio, que debe ser impugnado en casación. Por eso, también desestimamos el motivo segundo.

El motivo tercero debe ser desestimado porque, además de que no ha existido alteración del objeto litigioso, y por ello infracción del art. 412 LEC según lo ya razonado, en la medida en que los impagos posteriores a la presentación de la demanda fueron admitidos en la audiencia previa como hechos nuevos, tampoco se ha vulnerado el art. 426 LEC. Cuestión distinta es la valoración o falta de valoración que de ellos haya realizado el tribunal al juzgar sobre la procedencia de la resolución por incumplimiento, que, al margen de las razones dadas, debe ser juzgado en casación.

Tampoco ha existido una incongruencia interna en la sentencia, tal y como venimos entendiéndola, que justifique la estimación del recurso extraordinario por infracción procesal. La denominada "incongruencia interna" puede tener lugar «por contradicción entre los pronunciamientos de un fallo, o bien entre la conclusión sentada en la fundamentación jurídica como consecuencia de la argumentación decisiva -" *ratio decidendi* "- y el fallo, o con alguno de sus pronunciamientos» (Sentencias 668/2012, de 14 de noviembre , y 571/2012, de 8 de octubre).

Al margen de que pueda no ser correcto y de si cabe impugnarlo en casación, haber apreciado la existencia de los impagos posteriores a la demanda, a los efectos de estimar la pretensión de reclamación de las cantidades adeudadas como contraprestación a la cesión de derechos audiovisuales, sobre la base de haber declarado probado el adeudamiento de estas cantidades y de las que fueron objeto de consignación y luego entrega a la demandante, no constituye una incongruencia interna con la desestimación de la pretensión de resolución del contrato por incumplimiento de la demandante, que no tiene en cuenta aquellos incumplimientos posteriores. Y ello porque la sentencia razona esta circunstancia, explica por qué no tiene en cuenta estos hechos posteriores. Con independencia de que se esté o no de acuerdo con estas razones, la sentencia no adolece de incongruencia interna. En todo caso, podrá impugnarse el enjuiciamiento resolutorio que deja de tomar en consideración estos incumplimientos posteriores, siempre que tengan transcendencia en casación.

8. Formulación del motivo quinto . El motivo se formula al amparo del ordinal 2º del art. 469.1 LEC , porque la sentencia recurrida incurre en infracción de las normas reguladoras de la sentencia, concretamente del art. 218.2 LEC y 120.3 CE , por falta de motivación de las conclusiones sentadas al final del fundamento jurídico tercero.

Procede desestimar el motivo por las razones que exponemos a continuación.

9. Desestimación del motivo quinto . En aquel fundamento jurídico tercero de la sentencia recurrida se justifica por qué no tiene en consideración los impagos acaecidos entre los meses de febrero a junio de 2012, ambos incluidos, a los efectos de juzgar sobre la transcendencia resolutoria del incumplimiento de Mediapro. Con ello y con el resto de las razones aportadas sobre la gravedad del incumplimiento, el tribunal de apelación cumple con la exigencia constitucional de motivación de la sentencia porque, como hemos advertido en otras ocasiones, «deben considerarse suficientemente motivadas aquellas resoluciones que vengan apoyadas en razones que permitan invocar cuáles han sido los criterios jurídicos esenciales fundamentadores de la decisión, es decir, la *ratio decidendi* que ha determinado aquélla» (Sentencias 294/2012, de 18 de mayo , y 95/2014, de 11 de marzo).

10. Formulación de los motivos sexto y séptimo . El *motivo sexto* se ampara en el ordinal 2º del art. 469.1 LEC , al entender que la sentencia recurrida incurre en incongruencia omisiva, y con ello infringe normas reguladoras de la sentencia, en concreto, el art. 218.1 LEC , que contempla expresamente el principio de exhaustividad de la sentencia en cuanto conlleva obtener una resolución debidamente motivada sobre todas las pretensiones oportunamente deducidas en la demanda.

En la estipulación novena del contrato, la cláusula penal preveía como motivo de resolución que el optante o adquirente incumpliera grave y reiteradamente las obligaciones que asume en el contrato, y la demanda fundó la pretensión resolutoria en el incumplimiento de las obligaciones de pago de Mediapro que se calificaba de grave y reiterado. Sin embargo, la sentencia tan sólo razonó que no apreciaba que el incumplimiento fuera grave, pero omitió cualquier referencia a que los incumplimientos fueran reiterados, a pesar de que, como hemos visto, expresamente se preveía como causa de resolución.

El *motivo séptimo* , formulado al amparo del ordinal 4º del art. 469.1.4º LEC , denuncia la infracción en el proceso civil de los derechos fundamentales reconocidos en el art. 24 CE , en especial el derecho a la tutela judicial efectiva, que incluye el principio de exhaustividad de las sentencias, es decir el derecho de todo ciudadano litigante a obtener de los jueces y tribunales una resolución debidamente motivada sobre todas las



pretensiones oportunamente deducidas. Esta infracción se denuncia en relación con la incongruencia omisiva planteada en el motivo sexto.

Procede desestimar ambos motivos por las razones que exponemos a continuación.

11. Desestimación de los motivos sexto y séptimo . El hecho de que la Audiencia haya razonado que los incumplimientos de Mediapro no tenían la consideración de "graves" a los efectos de justificar conforme a la cláusula novena del contrato la procedencia de la resolución, sin hacer referencia al carácter reiterado de los incumplimientos, no vicia de incongruencia omisiva la sentencia.

La jurisprudencia entiende que el deber de congruencia previsto en el art.

218 LEC «exige que la sentencia resuelva todas las cuestiones debatidas en el proceso, dando a cada una de ellas la respuesta suficientemente razonada o motivada que sea procedente» (Sentencia 972/2011, 10 de enero de 2012 , con cita de las anteriores Sentencias 176/2011, de 14 de marzo , y 581/2011, de 20 de julio).

En este sentido, como recuerda la Sentencia 697/2013, de 15 de enero de 2014 , para la jurisprudencia constitucional, la incongruencia omisiva o *ex silentio* «se produce cuando el órgano judicial deja sin contestar alguna de las pretensiones sometidas a su consideración por las partes, siempre que no quepa interpretar razonablemente el silencio judicial como una desestimación tácita cuya motivación pueda inducirse del conjunto de los razonamientos contenidos en la resolución, y sin que sea necesaria, para la satisfacción del derecho a la tutela judicial efectiva, una contestación explícita y pormenorizada a todas y cada una de las alegaciones que se aducen por las partes como fundamento de su pretensión, pudiendo bastar, en atención a las circunstancias particulares concurrentes, con una respuesta global o genérica, aunque se omita respecto de alegaciones concretas no sustanciales» (SSTC 25/2012, de 27 de febrero , y 40/2006, de 13 de febrero).

En nuestro caso, no existe incongruencia omisiva porque la sentencia recurrida no ha dejado de resolver sobre la pretensión resolutoria contenida en la demanda. Cuestión distinta es que el recurrente no esté de acuerdo con que no se haya valorado el mencionado carácter reiterado de los incumplimientos para justificar la concurrencia de causa de resolución. En realidad, lo que subyace al motivo es que no se está de acuerdo con la valoración de los incumplimientos acreditados en la instancia, en relación con su pretendido carácter resolutorio. En consecuencia, procede desestimar no sólo el motivo sexto, sino también el séptimo que se apoyaba en la existencia de la denunciada incongruencia omisiva.

Recurso de casación

12. Formulación de los motivos primero, segundo y tercero . El *motivo primero* denuncia la infracción de los arts. 1091 , 1255 , 1258 y **1124** CC y la jurisprudencia que los interpreta, al no haber apreciado la sentencia recurrida que los incumplimientos de pago de Mediapro revestían carácter grave con aptitud suficiente para declarar la resolución del contrato y la condena de Mediapro a pagar la cláusula penal.

El *motivo segundo* denuncia la infracción del art. 1281.1 CC , en relación con los arts. 1091 y 1255 CC , ya que la sentencia recurrida se apartó en la interpretación del contrato de la literalidad de la cláusula novena del contrato, que preveía como causa de resolución y de aplicación de la cláusula penal los incumplimientos reiterados de Mediapro.

El *motivo tercero* denuncia la infracción de los arts. 1091 , 1255 , 1258 y **1124** CC , como consecuencia de no haber estimado la sentencia recurrida que la reiteración de los incumplimientos de pago por parte de Mediapro conllevaban, conforme a la cláusula novena del contrato, la resolución del mismo y la condena de Mediapro al pago de la cláusula penal.

Procede estimar estos motivos, que analizaremos conjuntamente pues se refieren a la apreciación del carácter resolutorio de los incumplimientos de Mediapro, por las razones que exponemos a continuación.

13. Estimación de los motivos primero, segundo y tercero . En principio, para que el incumplimiento justifique la resolución al amparo del art. **1124** CC , es preciso que se refiera a una obligación principal, y que sea esencial, en la medida en que **frustre la finalidad del contrato**, o se hubiera pactado expresamente como causa de resolución (entre otras, Sentencias 305/2012, de 16 de mayo de 2012 , y 31/2014, de 12 de febrero).

En nuestro caso, la cláusula novena del contrato de 1 de junio de 2006 contenía una previsión específica para el caso de incumplimiento de las obligaciones contractuales de una y otra parte. En relación con las de Mediapro, se preveía que si incumplía grave o reiteradamente sus obligaciones, incluidas las de pago, la Real Sociedad podría solicitar la resolución del contrato, y reclamar una cláusula penal de 10.000.000 de euros, pagaderos de una sola vez a los 60 días de la fecha de resolución. De este modo la causa de resolución pactada permitía tener en cuenta no sólo la gravedad del incumplimiento sino también su reiteración, para justificar la procedencia de la resolución.



Consta acreditado en la instancia que al tiempo de formularse la demanda, el 31 de enero de 2012, Mediapro había dejado de pagar la última mensualidad de la temporada 2010/2011, la de junio de 2011, y una parte de cada una de las mensualidades vencidas hasta entonces de la temporada 2011/2012. Sólo este hecho muestra que Mediapro no iba a cumplir íntegramente las obligaciones asumidas en el contrato, como de hecho se corroboró en los meses siguientes, previos a la celebración de la audiencia previa, el 25 de junio de 2012. Mediapro, en vez de pagar las mensualidades de febrero, marzo, abril, mayo y junio de 2012, las consignó, y no todo el importe convenido, sino que siguió detrayendo de cada mensualidad una parte. Además, consiguió que de hecho se dilatará la entrega a la Real Sociedad de las cantidades consignadas hasta el mismo mes de junio de 2012. Paralelamente, la Real Sociedad ha mostrado una actitud de buena fe en el cumplimiento de sus obligaciones, pues a pesar de los incumplimientos reiterados de Mediapro, en ningún momento, y mientras no se acordará judicialmente la resolución, impidió que la demandada entrara en el campo sus equipos y tomara o grabara las imágenes, para su posterior explotación.

A la vista de lo convenido en la cláusula novena, podemos concluir que al tiempo de formularse la demanda ya se cumplía la causa de resolución. Al margen de que pudiera calificarse de grave, el incumplimiento de Mediapro era reiterado, pues después de no pagar la mensualidad de junio de 2011 (la última de la temporada 2010/2011), dejó de pagar una parte de todas las mensualidades de la temporada siguiente.

Cómo hemos dejado constancia en el resumen de antecedentes, estos impagos fueron una estratagema de Mediapro para forzar a la Real Sociedad a renovar el contrato de cesión de derechos audiovisuales, cuando concluyera el contrato de 1 de junio de 2006, e impedir que pudieran cederse a Digital+. A finales de la temporada 2010/2011, la Real Sociedad ya advirtió a Mediapro que debía cumplir con lo pactado, en cuanto al pago íntegro del canon convenido, y que los impagos parciales podrían motivar que ejercitara la acción de resolución por incumplimiento y la reclamación de la cláusula penal.

El 10 de Enero de 2012, cuando Mediapro adeudaba 2.012.200 euros (IVA incluido), de la temporada 2010/2011, y 1.381.460 euros (IVA incluido) por las 5 mensualidades de septiembre a enero de la temporada 2011/2012, la Real Sociedad requirió de pago a Mediapro con la advertencia de que en caso de persistir en el incumplimiento, ejercitaría la facultad de resolución y reclamaría la cláusula penal.

Cuando las partes pactaron como causa de resolución el incumplimiento grave o reiterado de las obligaciones de Mediapro, que esencialmente eran las de pago del canon convenido por la cesión de derechos audiovisuales, en la forma pactada, preveían este tipo de incumplimientos en los pagos periódicos, que aunque cada uno de ellos no fuera de gran entidad, por ser reiterados acababan siendo en la lógica económica del contrato esenciales, lo que justificaba el ejercicio de la facultad resolutoria. Los incumplimientos posteriores relativos a las mensualidades de febrero, marzo, abril, mayo y junio de 2012, acaban de ratificar como hechos nuevos el carácter reiterado de los anteriores a la demanda.

Estos incumplimientos reiterados, en la lógica económica del contrato, pueden merecer la consideración de esenciales, porque la observancia estricta del pago regular de las obligaciones fraccionadas del canon de cada temporada pertenecía a la causa del contrato, y su incumplimiento privaba sustancialmente a la parte perjudicada (la cesionaria de los derechos) de lo que legítimamente podía esperar del contrato.

La estimación de los tres primeros motivos de casación, hace innecesario que nos pronunciemos sobre el cuarto motivo.

14. Consecuencias de la estimación del recurso de casación . La estimación del recurso de casación conlleva que dejemos sin efecto el pronunciamiento de la sentencia recurrida relativo a la desestimación de la resolución del contrato pretendida en la demanda, y que acordemos la resolución.

Como tribunal de instancia también debemos pronunciarnos sobre la cláusula penal, convenida para el caso de resolución del contrato por incumplimiento grave o reiterado de las obligaciones de Mediapro. La cláusula penal convenida era de 10.000.000 euros. No obstante, el juzgado hizo uso de la facultad de moderación prevista en el art. 1154 CC y rebajó la indemnización a 7.000.000 euros. La Real Sociedad en su recurso de apelación impugnó esta minoración del importe de la cláusula penal y reclamó que se impusiera a Mediapro la pactada de 10.000.000 euros. En su escrito de recurso de casación, para el supuesto de que se estimara la casación y se entendiera procedente la resolución, pidió que declarara improcedente la moderación de la cláusula penal y que se condenara a Mediapro a su íntegro pago.

15. Como hemos recordado recientemente, la jurisprudencia sobre la procedencia del ejercicio de la facultad moderadora de una cláusula penal es clara y reiterada (sentencias 121/2014, de 17 de marzo , y 294/2014, de 10 de junio). Pudo haber sido revisada con ocasión del recurso resuelto por la Sentencia 999/2011, de 17 de enero de 2012 , y sin embargo se confirmó.



De acuerdo con esta jurisprudencia, reseñada por la citada sentencia 999/2011, de 17 de enero de 2012, no cabe «moderar la cláusula penal cuando está expresamente prevista para el incumplimiento parcial o para el cumplimiento deficiente o retardado, afirmándose en la sentencia 633/2010, de 1 de octubre, que reproduce la 384/2009, de 1 de junio, y las que en ella se citan, que la previsión contenida en el artículo 1154 CC "descarta el uso de la potestad judicial moderadora de la pena convencional si tal incumplimiento parcial o defectuoso hubiera sido el pactado como supuesto condicionante de la aplicación de la pena, ya que entonces se debe estar a lo acordado por las partes".»

Esto es, «la jurisprudencia de esta Sala no admite la moderación de la cláusula penal en caso de incumplimiento parcial o irregular de la obligación principal cuando tal incumplimiento parcial sea precisamente el contemplado en el contrato como presupuesto de la pena» (Sentencia 486/2011, de 12 de julio, con cita de otras sentencias anteriores).

Esto mismo es lo que ocurre en el presente caso. En el contrato se pretendía evitar el incumplimiento grave o reiterado de las obligaciones de pago asumidas por Mediapro, por eso se convino que justificarían la resolución del contrato y el pago de una cláusula penal de 10.000.000 euros. Una vez que hemos apreciado que los impagos parciales y reiterados de las mensualidades en que se había fraccionado la satisfacción del canon convenido para cada temporada por la cesión de derechos audiovisuales, justifican la resolución, debemos entender que también constituyen el presupuesto del nacimiento de la cláusula penal, sin que esté justificada su moderación. El incumplimiento parcial, por ser reiterado, se pactó justificativo del uso de la facultad resolutoria y también del pago de una determinada pena, sin que por ello quepa su minoración en atención a un cumplimiento parcial, pues este cumplimiento parcial, en cuanto reiterado, era lo que se pretendía evitar con la cláusula penal.

En consecuencia imponemos a Mediapro el pago de la cláusula penal de 10.000.000 euros.

Costas

16. Aunque hemos desestimado el recurso extraordinario por infracción procesal, existe alguna duda de derecho sobre el alcance de la apreciación llevada a cabo por el tribunal de instancia de no tomar en consideración los hechos nuevos alegados y aceptados en la audiencia previa, que justifican que no imponemos las costas generadas por este recurso (art. 394 LEC).

La estimación del recurso de casación justifica que no imponemos las costas generadas con este recurso a ninguna de las partes (art. 398.2 LEC).

La estimación del recurso de casación ha conllevado que, al asumir la instancia, desestimáramos íntegramente el recurso de apelación formulado por Mediapro contra la sentencia de primera instancia, razón por la cual imponemos las costas de este recurso a la parte recurrente (art. 398.1 LEC).

Estimada la impugnación de la sentencia de primera instancia por la Real Sociedad, no imponemos las costas de su impugnación a ninguna de las partes (art. 398.2 LEC). Esta estimación de la impugnación ha conllevado la estimación íntegra de las pretensiones de la Real Sociedad y la desestimación íntegra de las pretensiones de Mediapro, a quien condenamos al pago de las costas de la primera instancia (art. 394 LEC).

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

FALLAMOS

1º Desestimamos el recurso extraordinario por infracción procesal formulado por la representación de La Real Sociedad de Fútbol SAD contra la Sentencia de la Audiencia Provincial de Guipúzcoa (sección 2ª) de 13 de mayo de 2013, que resolvió la apelación (rollo núm. 2037/2013) formulada contra la Sentencia del Juzgado de Primera Instancia núm. 6 de San Sebastián de 19 de septiembre de 2012 (juicio ordinario núm. 170/2012), sin hacer expresa condena en costas.

2º Estimamos el recurso de casación formulado por la representación de la Real Sociedad de Fútbol SAD contra la reseñada Sentencia de la Audiencia Provincial de Guipúzcoa (sección 2ª) de 13 de mayo de 2013, que dejamos sin efecto parcialmente y en el siguiente sentido.

3º Desestimamos íntegramente el recurso de apelación formulado por la representación de Mediaproducción, S.L. contra la Sentencia del Juzgado de Primera Instancia núm. 6 de San Sebastián de 19 de septiembre de 2012 (juicio ordinario núm. 170/2012), con imposición de las costas de la apelación a Mediaproducción, S.L.

4º Estimamos la impugnación que de la sentencia de primera instancia hizo la representación de la Real Sociedad de Fútbol SAD, en el sentido de confirmar la fallo de la sentencia salvo en lo relativo al importe de la indemnización, que en vez de 7.000.000 euros deberá ser de 10.000.000 euros.



5º Imponemos las costas de la primera instancia a Mediaproducción, S.L.

Publíquese esta resolución conforme a derecho y devuélvanse a la Audiencia de procedencia los autos originales y rollo de apelación remitidos con testimonio de esta resolución a los efectos procedentes.

Así por esta nuestra sentencia, que se insertará en la COLECCIÓN LEGISLATIVA pasándose al efecto las copias necesarias, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.- Ignacio Sancho Gargallo.- Francisco Javier Orduña Moreno.- Rafael Sarazá Jimena.- Sebastián Sastre Papiol.- Firmado y Rubricado. PUBLICACIÓN.- Leída y publicada fue la anterior sentencia por el EXCMO. SR. D. **Ignacio Sancho Gargallo**, 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