

Roj: **STS 62/2011 - ECLI:ES:TS:2011:62**Id Cendoj: **28079110012011100004**Órgano: **Tribunal Supremo. Sala de lo Civil**Sede: **Madrid**Sección: **1**Fecha: **10/01/2011**Nº de Recurso: **766/2007**Nº de Resolución: **860/2011**Procedimiento: **CIVIL**Ponente: **RAFAEL GIMENO-BAYON COBOS**Tipo de Resolución: **Sentencia**Resoluciones del caso: **SAP MA 3284/2006,**  
**STS 62/2011**

### **SENTENCIA Nº 860/2011**

En la Villa de Madrid, a diez de Enero de dos mil once.

Visto por la Sala Primera del Tribunal Supremo, constituida por los Magistrados indicados al margen, los recursos de casación e infracción procesal interpuesto por la representación procesal de la mercantil MÜLLER CONSULT SL (antes Müller Inmobiliem consult SL); así como los recursos de casación e infracción procesal formulados por la representación procesal de la mercantil CONSTRUCCIONES SALAMANCA, SL., contra la sentencia dictada en grado de apelación, por la Audiencia Provincial de Málaga (Sección 5ª), el día 21 de diciembre de 2006, en el rollo de apelación civil número 361/2005, dimanante de juicio ordinario número 488/2002 del Juzgado de Primera Instancia número 6 de Marbella, sobre reclamación de cantidad.

Han comparecido ante esta Sala:

- 1) En calidad de parte recurrente - recurrida, la mercantil MÜLLER CONSULT, SL, representada ante esta Sala por la Procuradora de los Tribunales doña Susana Gómez Castaño.
- 2) En calidad de parte recurrente - recurrida, la mercantil CONSTRUCCIONES SALAMANCA, SL., representada ante esta Sala por la Procuradora de los Tribunales doña BLANCA RUIZ MINGUITO.

### **ANTECEDENTES DE HECHO**

#### **PRIMERO: LA DEMANDA.**

1. El Procurador de los Tribunales don ÁLVARO DÍAZ BALLESTA, en nombre y representación de la mercantil MÜLLER CONSULT SL (antes Müller Inmobiliem Consult SL), interpuso demanda de juicio ordinario contra la mercantil CONSTRUCCIONES SALAMANCA SL, alegando los hechos y fundamentos de derecho que estimó aplicables para terminar suplicando al Juzgado dictase en su día Sentencia en los siguientes términos:

*"SUPLICO AL JUZGADO, que teniendo por presentado este escrito, se sirva admitirlo, tener por interpuesta DEMANDA DE JUICIO ORDINARIO contra la entidad CONSTRUCCIONES SALAMANCA SL, y que previo los trámites legales oportunos, incluido el recibimiento del pleito a prueba, se dicte una sentencia que contenga los siguientes pronunciamientos:*

*a) que declare resueltos los contratos de agencia que unían a las partes firmados con fecha 12 de junio de 2001, así como sus anexos, fijándose la fecha del 6 de agosto de 2002, como la de la resolución.*

*b) que condene a la demandada al pago de la cantidad de 461.142,44 Euros en concepto de sumas debidas por ventas de apartamentos que se concluyeron directamente a través de mi representada.*



c) Que se condene a la demandada al pago de la cantidad de 1277.683,78 Euros, en concepto de sumas debidas por la venta de apartamentos retirados por la promotora durante la vigencia del contrato, o en su defecto, por los apartamentos que efectivamente se hayan vendido.

d) Que se condene a la demandada al pago de las cantidades que resulten de los apartamentos vendidos durante los tres meses siguientes a la fecha de extinción de los contratos.

Subsidiariamente a esta petición, se interesa una indemnización de daños y perjuicios, de acuerdo con los condicionantes, y con las reglas de determinación que se exponen en el fundamento jurídico material V de esta demanda

e) A los intereses legales de las anteriores cantidades, desde la reclamación extrajudicial en relación a las expuestas en el apartado b) y c) de este Suplico, y desde la interposición de la demanda en relación al apartado d).

f) al pago de las costas procesales".

## SEGUNDO: LA CONTESTACIÓN

2. Repartida al Juzgado de Primera Instancia número 3 de Marbella, y seguidos los trámites con el número 488/2002 de autos de juicio ordinario, compareció ante el Juzgado la mercantil CONSTRUCCIONES SALAMANCA, SA., representada por el Procurador de los Tribunales don GUILLERMO LEAL ARAGONCILLO, que contestó a la demanda alegando los hechos y fundamentos de derecho que estimó aplicables, para terminar suplicando al Juzgado dictase en su día Sentencia en los siguientes términos:

"SUPlico AL JUZGADO, que teniendo por presentado este escrito junto con los documentos que lo acompañan, se sirva admitirlo, y conforme a las manifestaciones que en el se contienen, me tenga por comparecido y parte en nombre de la mercantil CONSTRUCCIONES SALAMANCA, SL., y por allanados parcialmente a la misma sólo y exclusivamente en cuanto al apartado b) de su suplico en el que se pide la condena de mi mandante al pago de la cantidad de 461.142,44 €, sin imposición de costas a ninguna de las partes por tal pronunciamiento; y se tenga por CONTESTADA A LA DEMANDADA DE JUICIO ORDINARIO en tiempo y forma, y previo los trámites legales oportunos, se dicte sentencia en la que se desestime el resto de los pedimentos, debiendo imponerse a la parte actora el pago de las costas de este juicio por tal motivo, además de por la mala fe y temeridad demostrada.

Por ser de justicia que respetuosamente pido en Marbella a catorce de Enero de dos mil tres".

3. Con fecha 4 de diciembre de 2003, el Juzgado de Primera Instancia número 3 de Marbella, dictó Auto con la siguiente parte dispositiva:

ACUERDO: SE ESTIMA en parte la demanda formulada por el Procurador Sr. DÍAZ BALLESTA, en nombre y representación de la entidad MÜLLER CONSULT, SL., condenando a la entidad CONSTRUCCIONES SALAMANCA, SL., en virtud del allanamiento parcial formulado por ésta, a pagar a la actora la cantidad de 461.142,44 (cuatrocientos sesenta y un mil ciento cuarenta y dos con cuarenta y cuatro céntimos) euros, pretensión contenida en el apartado b) del suplico de la demanda.

## TERCERO: LA SENTENCIA DE LA PRIMERA INSTANCIA.

4. Seguidos los trámites oportunos recayó sentencia el día 22 de septiembre de 2004, cuya parte dispositiva es como sigue:

"FALLO:

QUE ESTIMANDO EN PARTE la demanda interpuesta por la entidad Müller Consult, SL. contra la entidad construcciones Salamanca, SL., declaro la resolución de los contratos suscritos entre ambas partes con fecha de 12 de junio de 2001, con efectos desde agosto de 2002, condenando a la demandada a abonar a la actora la cantidad total de 887.035,79 (ochocientos ochenta y siete mil treinta y cinco con setenta y nueve céntimos) euros; más el interés legal de dicha suma desde la fecha de interposición de la demanda hasta la de esta sentencia, así como el mismo interés de la cantidad objeto de allanamiento, de 461.142,44 euros, ya satisfecha, con aplicación desde la fecha de esta sentencia de lo dispuesto por el art. 576,1 de la N.L.E.C., esto último con la salvedad de lo expuesto en el último párrafo del fundamento cuarto en cuanto al cómputo del devengo de intereses de dicha suma objeto de allanamiento parcial; sin hacer especial pronunciamiento en cuanto a las costas procesales causadas.

Esta sentencia no es firme y contra ella cabe recurso de APELACIÓN para ante la Audiencia Provincial de Málaga, que deberá prepararse ante este Juzgado en el plazo de CINCO DÍAS, a contar desde el siguiente a su notificación.

Así por esta mi sentencia, lo pronuncio, mando y firmo".



5. Solicitada la aclaración de la Sentencia con fecha 29 de octubre de 2004, el Juzgado de Primera Instancia número 3 de Marbella, dictó auto complementario a la mencionada sentencia de fecha 22 de septiembre de 2004, cuya parte dispositiva dice:

*"ACUERDO: ACLARAR la Sentencia dictada con fecha 22 de septiembre de 1004, en el sentido expresado en el fundamento segundo de esta resolución.*

*El plazo de CINCO DÍAS para la preparación del recurso de APELACIÓN contra la citada Sentencia dictada en el presente procedimiento comenzará a computarse desde el día siguiente a la notificación de la presente resolución (arts. 267,8 de la L.O.P.J. y 215,4 de la N.L.E.C.), y ello para ambas partes".*

#### **CUARTO: LA SENTENCIA DE APELACIÓN.**

6. Interpuestos sendos recursos de apelación contra la anterior resolución por la representación de la mercantil CONSTRUCCIONES SALAMANCA, SL, así como por la entidad MÜLLER CONSULT SL., y seguidos los trámites ante la Audiencia Provincial de Málaga con el número de rollo de apelación civil 361/2005, recayó Sentencia el día 21 de diciembre de 2006 cuya parte dispositiva es como sigue:

*"Que desestimamos el recurso de apelación interpuesto por la representación de la mercantil "Construcciones Salamanca S.L." contra la sentencia dictada en fecha veintidós de septiembre de 2004 por el Juzgado de Primera Instancia número Tres de los de Marbella en sus autos civiles 388/2002 - en la que ha de integrarse la aclaración complementaria contenida en el auto de fecha veintinueve del mismo mes y año - y desestimando igualmente el recurso formulado por la representación procesal de la entidad Müller Consult S.L.", debemos confirmar y confirmamos íntegramente dicha resolución dando por reproducidos cuantos pronunciamientos contiene en su parte dispositiva y condenando expresamente a las partes apelantes al abono de las costas, correspondientes respectivamente a sus recursos, que hayan sido causados en esta alzada.*

*Notifíquese esta resolución en legal forma haciendo saber a las partes que contra la misma no cabe recurso ordinario alguno.*

*Devuélvanse los autos originales, con testimonio de ella, al Juzgado de su procedencia a sus efectos.*

*Así por esta nuestra sentencia, definitivamente juzgando, lo pronunciamos, mandamos y firmamos".*

#### **QUINTO: LOS RECURSOS.**

7. La Procuradora doña SUSANA GÓMEZ CASTAÑO, en nombre y representación de la mercantil MÜLLER CONSULT SL., interpuso recurso por infracción procesal y recurso de casación, con base en los siguientes motivos:

Motivos del recurso extraordinario por infracción procesal:

*Primero: vulneración del artículo 217.1 y 6 de la LEC, por haber el órgano de segunda instancia impuesto a mi mandante el onus probandi, cuando el mismo debe corresponder, a nuestro juicio, y en el concreto particular recurrido, a la parte demandada.*

*Segundo: error de derecho en la valoración probatoria, con vulneración del artículo 218.2 de la LEC, al no ajustarse el razonamiento probatorio a las reglas de la lógica, la razón y las máximas de la experiencia.*

Motivos del recurso de casación:

*Primero: vulneración del artículo 13 de la ley 12/92 del contrato de Agencia.*

*Segundo: vulneración de los artículos 28 y 29 de la ley 12/92 del contrato de Agencia*

9. El Procurador don JOSÉ MARÍA LÓPEZ OLEAGA, en nombre y representación de la mercantil CONSTRUCCIONES SALAMANCA, SL., preparó recurso por infracción procesal y recurso de casación, contra la referida sentencia dictada por la Audiencia Provincial de Málaga, con apoyo en los siguientes motivos:

Motivos del recurso por infracción procesal:

*Primero: al amparo del artículo 469.1, párrafo segundo de la Ley de Enjuiciamiento Civil .*

*Segundo: infracción de las normas reguladoras de la sentencia, al amparo del artículo 469.1, párrafo segundo de la Ley de Enjuiciamiento Civil , al amparo del artículo 469.1, párrafo segundo de la Ley de Enjuiciamiento Civil , en relación con el artículo 217.1,2,3,5 y 6 sobre la carga de la prueba .*

*Tercero: al amparo del artículo 469.1, párrafo segundo de la Ley de enjuiciamiento civil por incurrir la sentencia recurrida en manifiesta infracción de artículo 218.2 de la Ley de Enjuiciamiento Civil .*

Cuarto: al amparo del artículo 469.1, párrafo segundo de la Ley de Enjuiciamiento Civil, consideramos infringido el artículo 386 del mismo cuerpo legal.

Motivos del recurso de casación:

Primero: Infracción del artículo 1281 del Código civil, sobre interpretación de los contratos, y subsidiariamente del artículo 1282 del mismo cuerpo legal, e infracción por aplicación indebida de la Ley 12/1992 de 27 de Mayo, Ley del Contrato de Agencia, especialmente de los artículos 13 y 28".

Segundo: infracción de los artículos 1089 y 1091 del Código civil, sobre nacimiento y cumplimiento de las obligaciones recíprocas. Infracción de los artículos 1254, 1255, 1256 y 1258, sobre nacimiento y cumplimiento de los contratos; y del artículo 1281, y subsidiariamente del artículo 1282, sobre interpretación de los contratos.

#### **SEXTO: ADMISIÓN DEL RECURSO / DE LOS RECURSOS Y OPOSICIÓN.**

10. Personadas las partes ante esta Sala Primera del Tribunal Supremo en concepto de partes recurrentes-recurridas, en fecha de 16 de junio de 2009, esta Sala dictó auto del tenor literal siguiente:

"LA SALA ACUERDA:

1º.- ADMITIR LOS RECURSOS EXTRAORDINARIO POR INFRACCIÓN PROCESAL Y DE CASACIÓN interpuestos por la representación de MÜLLER CONSULT, S.L. contra la Sentencia dictada, con fecha 21 de diciembre de 2006 por la Audiencia Provincial de Málaga, (sección 5ª), en el rollo de apelación nº 361/05, dimanante de los autos de juicio ordinario nº 488/02 del Juzgado de Primera Instancia nº 3 de Marbella.

2º.- ADMITIR LOS RECURSOS EXTRAORDINARIO POR INFRACCIÓN PROCESAL Y DE CASACIÓN interpuestos por la representación de CONSTRUCCIONES SALAMANCA, S.L. contra la Sentencia dictada, con fecha 21 de diciembre de 2006 por la Audiencia Provincial de Málaga, (Sección 5ª), en el rollo de apelación nº 361/05, dimanante de los autos de juicio ordinario nº 488/02 del Juzgado de Primera Instancia nº 3 de Marbella.

3º.- Y entréguese copias de los escritos de interposición de los recursos de casación y extraordinario por infracción procesal formalizados, con sus documentos adjuntos, a las partes recurridas personadas ante esta Sala para que, en el plazo de VEINTE DIAS, formalicen su oposición por escrito, durante los cuales estarán de manifiesto las actuaciones en la secretaría.

Así lo acuerdan, mandan y firman los Excmos. Sres. Magistrados indicados al margen".

11. Dado traslado de los recursos, ambas partes presentaron escrito de impugnación de los formulados de contrario.

#### **SÉPTIMO: SEÑALAMIENTO**

12. No habiéndose solicitado por todas las partes la celebración de vista pública, se señaló para votación y fallo el día 1 de diciembre de dos mil diez, en que ha tenido lugar.

Ha sido Ponente el Magistrado Excmo. Sr. D. Rafael Gimeno-Bayon Cobos, Magistrado de Sala

#### **FUNDAMENTOS DE DERECHO**

**NOTA PREVIA:** Las sentencias que se citan son de de esta Sala Primera del Tribunal Supremo.

#### **PRIMERO: ANTECEDENTES**

##### **1. Hechos**

13. Los hechos que sirven de punto de partida a la sentencia recurrida, integrados en lo menester, son los siguientes:

1) El 12 de junio de 2001, CONSTRUCCIONES SALAMANCA SL, propietaria de diversos terrenos en el sector URP-AN-8 "La Pepina" y MÜLLER CONSULT SL, (en esas fechas MÜLLER INMOBILIEN CONSULT SL), empresa dedicada a la gestión, promoción, marketing, venta y mediación inmobiliaria en la Costa del Sol, suscribieron dos contratos por el que la primera encomendaba a la segunda, con carácter exclusivo, la gestión de la venta de los complejos inmobiliarios identificados como "El Embrujo II Playa" y "El Embrujo de Marbella".

2) El expositivo IV de ambos contratos dice lo siguiente: *que es intención de CONSTRUCCIONES SALAMANCA SL, contratar comercialmente a la compañía mercantil MÜLLER INMOBILIEN CONSULT SL, como coordinadora y agente de venta de la promoción, al objeto de que se ocupe con carácter exclusivo del desarrollo comercial y de la coordinación y dirección de la oficina de ventas para que, bien directamente o a través de terceros, lleve a efecto la venta de las viviendas disponibles del proyecto*



4) En la estipulación primera de cada uno de los contratos dispone: *La compañía mercantil CONSTRUCCIONES SALAMANCA SL, en adelante el Promotor, contrato con la compañía mercantil MÜLLER INMOBILIEN CONSULT SL, en adelante el Agente, que, acepta, la puesta en el mercado, oferta terceros y gestión de venta de los inmuebles disponibles de la promoción (...).*

5) Como retribución por la prestación de sus servicios de puesta en el mercado, oferta terceros y gestión de ventas de los distintos departamentos, se estipuló una comisión que en lo que interesa a efectos del presente recurso dice así: *Todas las ventas que se realicen, es decir, ventas directas a través del agente, ventas desde la oficina de ventas, ventas a través de terceros y ventas como intermediario a clientes directos del promotor, generarán una comisión del 8% del precio de compraventa, más el IVA correspondiente en cada momento, comisión cuyo pago se desglosará de la siguiente manera (...).*

6) Ambos contratos fueron resueltos en el mes de agosto de 2002.

7) Durante la vigencia del contrato fueron vendidos directamente por el Promotor 22 apartamentos situados en El Embrujo II Playa, y 5 apartamentos de la promoción El Embrujo de Marbella.

8) La actividad de publicidad y promoción desarrollada por diversos medios por la agente demandante contribuyó a facilitar la venta de apartamentos, sin que se haya probado que la actividad de MÜLLER CONSULT, S.L. no ha tenido influencia en la venta de la totalidad de los apartamentos vendidos por CONSTRUCCIONES SALAMANCA S.L. durante la vigencia del contrato.

9) No se ha acreditado por MÜLLER CONSULT SL su intervención en la venta de los apartamentos vendidos por CONSTRUCCIONES SALAMANCA S.L., durante los tres meses siguientes a la fecha de extinción de los contratos que vinculaban a las partes.

## 2. Posición de las partes

14. La demandante, en los términos transcritos en el antecedente de hecho primero de la presente sentencia, interesó, en síntesis,

1) La resolución de los contratos de agencia que unían a las partes.

2) La condena de la demandada al pago de las siguientes cantidades:

a) 461.142,44 € por comisiones debidas por los apartamentos vendidos directamente por CONSTRUCCIONES SALAMANCA S.L. con la intervención de MÜLLER CONSULT.

b) 1.277.683,78 € por comisiones por la venta de apartamentos "retirados" por la promotora durante la vigencia del contrato.

c) Las cantidades resultantes de la comisión correspondiente a los pisos vendidos durante los tres meses siguientes a la extinción del contrato, y subsidiariamente una indemnización.

d) La condena de CONSTRUCCIONES SALAMANCA S.L. al pago de intereses moratorios.

15. La demandada, en los términos transcritos en el antecedente de hecho segundo de esta sentencia:

1) Se allanó al pago de la suma de 461.142,44 € correspondientes al importe de las comisiones devengadas por la actora por la venta de los apartamentos que se concluyeron con su mediación.

2) En lo demás, se opuso a la demanda y solicitó la desestimación de la demanda.

## 3. Las sentencias de instancia

16. Resuelto el allanamiento parcial por auto de 4 diciembre 2003, la sentencia de la primera instancia de 22 septiembre 2004, aclarada por auto de 29 de octubre de 2004:

1) Califica la naturaleza jurídica de las relaciones entre las partes como contratos de agencia.

2) Condena a la demandada al pago de 986.755,81 € en concepto de comisiones correspondientes a la venta de apartamentos por la promotora durante la vigencia de los contratos "de agencia".

3) Rechaza la condena al pago de comisiones correspondientes a las ventas de apartamentos durante los tres meses siguientes a la extinción de los contratos, por no haberse acreditado la concurrencia ni de las circunstancias previstas en el artículo 13 de la Ley de Contrato de Agencia ni de las exigidas en el 28 de la propia Ley.

4) Condena el pago de intereses en los términos transcritos en el antecedente de hecho segundo de esta sentencia.



17. La sentencia de apelación hace suya de forma expresa la argumentación de la sentencia de la primera instancia que confirma, condenando a las recurrentes al pago de las costas correspondientes a sus respectivos recursos.

#### 4. Los recursos

18. Contra la expresada sentencia de la Audiencia Provincial, ambas partes interpusieron sendos recursos extraordinarios por infracción procesal y de casación cuyos respectivos motivos seguidamente serán objeto de estudio.

#### 5. Sistemática de esta sentencia

19. En esta fase del litigio el núcleo de la controversia se desarrolla, por un lado, alrededor de la calificación del contrato como contrato de agencia sujeto a la Ley 11/1992 de 27 de Mayo, de Contrato de Agencia, y, por otro, en torno a la existencia o no de derecho de comisión a favor de MÜLLER CONSULT SL tanto en relación con las ventas realizadas directamente por CONSTRUCCIONES SALAMANCA S.L. durante la vigencia de los contratos, como por las realizadas dentro de los tres meses siguientes a su extinción, lo que por razones sistemáticas hace aconsejable abordar en primer término el primer motivo del recurso de casación interpuesto por CONSTRUCCIONES SALAMANCA S.L. , seguidamente el motivo único del recurso de casación interpuesto por MÜLLER CONSULT SL,

### SEGUNDO: PRIMER MOTIVO DEL RECURSO DE CASACIÓN DE CONSTRUCCIONES SALAMANCA, S.L.

#### 1. Enunciado y desarrollo del recurso

20. El primero motivo del recurso de casación interpuesto por CONSTRUCCIONES SALAMANCA S.L. se formula en los siguientes términos:

*Infracción del artículo 1281 del Código Civil, sobre interpretación de los contratos, y subsidiariamente del artículo 1282 del mismo cuerpo legal, e infracción por aplicación indebida de la Ley 11/1992 de 27 de Mayo, Ley del Contrato de Agencia, especialmente de los artículos 13 y 28, no siendo la norma que debe aplicarse para calificar los contratos suscritos entre las partes.*

21. En su desarrollo afirma que los contratos suscritos entre las partes son de intermediación inmobiliaria y que las propias partes los califican como arrendamiento de servicios.

#### 2. Valoración de la Sala

22. Con independencia de que el motivo contiene una mezcla heterogénea de normas referidas a materias muy diversas, impropia del recurso de casación, conviene hacer las siguientes precisiones:

1) A diferencia de lo que acontece en la directiva 86/653/CEE del Consejo, de 18 de diciembre de 1986 relativa a la coordinación de los derechos de los Estados Miembros en lo referente a los agentes comerciales independientes, que regula el contrato de agencia partiendo del concepto de agente - 1. *Las medidas de armonización que establece la presente Directiva se aplicarán a las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas de los Estados miembros relativas a las relaciones entre los agentes comerciales y sus poderdantes. 2. A efectos de la presente Directiva, se entenderá por agente comercial a toda persona que, como intermediario independiente, se encargue de manera permanente ya sea de negociar por cuenta de otra persona, denominada en lo sucesivo el «empresario», la venta o la compra de mercancías, ya sea de negociar y concluir estas operaciones en nombre y por cuenta del empresario», la norma nacional tipifica el contrato de agencia de forma pretendidamente objetiva al disponer que : "Por el contrato de agencia una persona natural o jurídica, denominada agente, se obliga frente a otra de manera continuada o estable a cambio de una remuneración, a promover actos u operaciones de comercio por cuenta ajena, o a promoverlos y concluirlos por cuenta y en nombre ajenos, como intermediario independiente, sin asumir, salvo pacto en contrario, el riesgo y ventura de tales operaciones".*

2) De la norma transcrita, la doctrina sostiene que para una determinada relación pueda ser calificada de contrato de agencia se requiere la concurrencia de los siguientes requisitos:

- a) Actividad de promoción y, en su caso, conclusión de actos y operaciones de comercio.
- b) Actuación por cuenta ajena.
- c) Independencia.
- d) Estabilidad de la relación.
- e) Retribución.



3) El contrato de mediación o corretaje identificado según clásica definición como aquel por el que una persona se obliga a pagar una remuneración a otra para que esta realice una actividad encaminada a ponerla en relación con un tercero, a fin de concertar un contrato determinado, en el que el mediador no tendrá participación alguna, integrado al igual que el contrato de agencia en los contratos de gestión, y caracterizado por tratarse, como afirma la sentencia 174/2010, de 18 de marzo, de un contrato: "*atípico, consensual, bilateral y aleatorio, puesto que su resultado es incierto, y se rige por las estipulaciones de las partes que no sean contrarias a la ley, a la moral o al orden público y, en lo no previsto, por los preceptos correspondientes a figuras afines, como el mandato, el arrendamiento de servicios o la comisión mercantil ( STS de 6 de octubre de 1990 , entre otras muchas)*", se diferencia del contrato de agencia, en lo que aquí interesa, en la falta de estabilidad de la relación.

23. Pues bien, no puede confundirse la "estabilidad" de una determinada relación con la duración de la actividad desarrollada a fin de ejecutar los pactado, singularmente cuando a pesar de efectuarse un encargo aislado su ejecución requiere una actividad dotada de cierta continuidad debido a la existencia de plurales actos de mediación o ejecución del contrato único, que es lo acontecido en este caso en el que la sentencia recurrida confunde el encargo de mediar en la colocación de dos promociones inmobiliarias, con una inexistente estabilidad de la relación, ya que la relación entre el "empresario" y el "agente" estaba abocada estructuralmente desde el mismo momento de su inicio a finalizar una vez concluida la venta de los distintos apartamentos que componían los complejos inmobiliarios.

24. Lo expuesto, sin embargo no nos ha de llevar a la estimación del motivo, ya que, como sostiene la sentencia 127/2009, de 5 de marzo: *esta Sala ha reiterado la doctrina de la equivalencia de resultados (también denominada del fallo justificado o resultado útil) que implica la desestimación del recurso (o del motivo en su caso) cuando aun siendo procedentes algunos de los planteamientos efectuados por la parte recurrente, sin embargo los mismos resultan estériles o insuficientes para la estimación del recurso.*

25. Finalmente, a fin de dar cumplida respuesta al motivo y sin perjuicio de lo que diremos, es evidente que la sentencia recurrida no pudo infringir los artículos 13 y 28 de la Ley del Contrato de Agencia por no ser aplicables al caso.

## **RECURSOS INTERPUESTOS POR MÜLLER CONSULT SL**

### **TERCERO: PRIMER MOTIVO DEL RECURSO POR INFRACCIÓN PROCESAL**

#### **1. Enunciado y desarrollo del recurso**

26. El primero de los motivos del recurso extraordinario por infracción procesal interpuesto por de MÜLLER CONSULT SL se enuncia en los siguientes términos:

*Vulneración del artículo 217.1 y 6 de la LEC, por haber el órgano de segunda instancia impuesto a mi mandante el onus probandi, cuando el mismo debe corresponder, a nuestro juicio, y en el concreto particular recurrido, a la parte demandada.*

27. En su desarrollo sostiene que la carga de la prueba de la procedencia de las indemnizaciones previstas en los artículos 13, 28 y 29 de la Ley 12/92, de Contrato de Agencia, no puede hacerse recaer en el agente, debido fundamentalmente a la dificultad probatoria, citando en apoyo de la tesis revocatoria ciertos comentarios a la sentencia de esta Sala 343/2004, de 30 de abril, así como las sentencias 977/2005, de 19 de diciembre, y 102/2006, de 9 de febrero.

#### **2. Valoración de la Sala**

28. Antes de entrar en el análisis del motivo conviene precisar que la referencia al artículo 217.6 de la Ley de Enjuiciamiento Civil alude al principio de disponibilidad y facilidad probatoria, regulada en el artículo 217.7 a raíz de la adición del apartado 5 y reenumeración de los originales apartados 5 y 6 por el apartado 3 de la disposición adicional quinta de la Ley de Orgánica 3/2007, de 22 marzo, que había entrado en vigor, de acuerdo con la disposición final octava el 24 de marzo de 2007, días antes de la interposición del recurso.

29. El motivo, al afirmar infringida la carga de la prueba de conceptos tan diversos como la indemnización del agente por operaciones concluidos con posterioridad la extinción del contrato, la compensación por clientela, y por amortización de gastos, dificulta, cuando no impide, la identificación de la norma pretendidamente infringida, máxime cuando puesto en relación con el motivo segundo de infracción procesal parece que se acusa a la sentencia por infracción del artículo 13 de la ley 22/1992, y puesto en relación con el motivo único de casación parece que lo denunciado es la vulneración del artículo 28 de la expresada Ley.

30. Excusamos reiterar que la inaplicabilidad de la Ley de Contrato de Agencia es determinante de que en ningún caso puede entenderse infringida la carga de la prueba de la concurrencia de los hechos susceptibles de encardinarse en los preceptos citados en el motivo.



31. No obstante, a fin de dar cumplida respuesta al mismo, conviene precisar:

1) Que la sentencia 343/2004, de 30 de abril, se refiere a "indemnización por clientela" en un supuesto de extinción de un contrato de concesión

2) Que son los comentarios que cita la recurrente, y no la referida sentencia, los que erróneamente afirman que no recae sobre el agente la prueba de que las relaciones comerciales creadas por el agente perdurarán después de resuelto el contrato.

3) Que la sentencia 343/2004 afirma que, una vez demostrado que el concesionario durante el desarrollo del contrato había aportado nuevos clientes o incrementó sensiblemente la clientela preexistente, la prueba de que la clientela a la que accede el empresario pueda continuar produciéndole ventajas sustanciales:

a) Constituye un pronóstico razonable acerca de un comportamiento que no deja de ser probable; y

b) Que en el caso concreto "la conclusión del Tribunal de Instancia no está dotada de razonabilidad".

4) Que la referida sentencia en modo alguno exime de la prueba de la concurrencia de los siguientes requisitos:

a) La extinción del contrato.

b) La captación de nuevos clientes o el incremento sensible de las operaciones con la clientela preexistente.

c) La posibilidad razonable de que la actividad del agente puede continuar produciendo ventajas sustanciales al empresario.

d) La equidad de reconocer derecho a retribución por clientela.

5) Que la sentencia 977/2005, de 19 diciembre, referida a las operaciones realizadas dentro de los tres meses siguientes, se limita a sostener el principio de facilidad probatoria requiere la colaboración de la demandada, pero no exime de prueba, sin perjuicio de que el comportamiento obstaculizador del empresario pueda ser tenido en cuenta.

6) Finalmente, lo que sostiene la sentencia 102/2006, de 9 de febrero, es:

a) Que en cuanto al hipotético problema probatorio *"baste decir que el planteamiento casacional efectuado no es idóneo para su examen"*.

b) Que la indemnización o resarcimiento no procede automáticamente por el simple hecho de la extinción del contrato, sino que precisa de la acreditación del incremento de los compradores o usuarios habituales ( S. 19 noviembre 2003), sin embargo consiste en una apreciación meramente potencial ( S. 21 noviembre 2005), es decir, la susceptibilidad de continuar el empresario disfrutando de la clientela con aprovechamiento económico, porque se trata simplemente de un pronóstico razonable acerca de un comportamiento que no deja de ser probable por parte de dicha clientela ( SS. 7 abril 2003, 30 abril y 13 octubre 2004 y 23 junio 2005).

32. En definitiva, como afirma la sentencia 731/2007, de 26 de junio " *La pretensión de indemnización (así en la terminología legal) de clientela prevista en el art. 28 LCA tampoco puede ser estimada porque, (...) la prosperabilidad de la solicitud, aparte de la extinción del contrato sin concurrencia de supuesto de exclusión (art. 30 LCA ), exige acreditar los presupuestos establecidos en el art. 28 LCA , a saber: a) captación de nuevos clientes o incremento sensible de las operaciones de la clientela preexistente; b) que la actividad anterior pueda continuar produciendo ventajas sustanciales al empresario, lo que ha sido ponderado por la jurisprudencia como un pronóstico razonable de aprovechamiento económico ( SS., entre otras, 9 febrero y 29 septiembre 2006 ); y, c) que la compensación resulte equitativamente procedente por la existencia de pactos de limitación de competencia, por las comisiones que pierda el agente o por las demás circunstancias que concurran (...)"*.

33. Esta tesis se reitera en la sentencia 920/2007, de 20 julio, al razonar que *"no se ha probado la creación o incremento de clientela cuyo "onus probandi" incumbe al concesionario ( SS., entre otras, 19 de noviembre de 2003 ; 10 de febrero y 20 de mayo de 2004 ; 10 de julio , 29 de septiembre y 6 y 27 de noviembre de 2006 ; 22 de marzo de 2007 ), pues, ni la creación o incremento, ni el aprovechamiento, se presumen ( SS. 26 de julio de 2000 ; 2 de marzo de 2007 ); y aun cuando la doctrina jurisprudencial ( SS. 7 de abril de 2003 ; 30 de abril y 13 de octubre de 2004 ; 23 de junio de 2005 ; 9 de febrero , 29 de septiembre y 27 de noviembre de 2006 ) sostiene un criterio flexible en cuanto a la prueba del aprovechamiento, porque, dada su perspectiva futura, ha de estarse a "una apreciación meramente potencial sobre la susceptibilidad de que el empresario continúe disfrutando de la clientela con aprovechamiento económico, lo que se traduce en un pronóstico razonable acerca de un comportamiento que no deja de ser probable por parte de dicha clientela", sin embargo la creación o el incremento de la clientela - aumento sensible de compradores o usuarios habituales- hay que acreditarla debidamente ( SS. 19 de noviembre de 2003 ; 29 de septiembre y 27 de noviembre de 2006 , entre otras)"*.





34. Pues bien, en este caso, incluso si admitiésemos a nivel dialéctico que las relaciones entre las partes deben calificarse de contrato de agencia, dadas las peculiaridades del negocio encomendado a la demandante, el pronóstico de la sentencia recurrida de que la "clientela" captada por ella -compradores particulares de pisos en zona turística-, no es susceptible de producir en el futuro ventajas sustanciales a la promotora -no cabe pensar en que sigan comprando pisos construidos por ella-, no cabría tildarla de irrazonable, ilógico o absurdo, por lo que debería ser mantenida en esta fase del litigio.

#### **CUARTO: SEGUNDO MOTIVO DEL RECURSO POR INFRACCIÓN PROCESAL**

##### **1. Enunciado y desarrollo del recurso**

35. El enunciado del segundo de los motivos del recurso extraordinario por infracción procesal interpuesto por de MÜLLER CONSULT SL es el siguiente:

*Error de derecho en la valoración probatoria, con vulneración del artículo 218.2 de la LEC , al no ajustarse el razonamiento probatorio a las reglas de la lógica, la razón y las máximas de la experiencia.*

36. En su desarrollo la recurrente impugna la valoración de la prueba sobre su intervención en las ventas posteriores a la finalización del contrato y sostiene que la demandante fue la única entidad encargada de publicitar, comercializar y poner a la venta el producto, por lo que las ventas realizadas en fechas inmediatamente después de la resolución del contrato, lógicamente se hicieron gracias a su intervención.

##### **2. Valoración de la Sala**

37. Ante todo conviene dejar constancia de que:

1) El motivo, no cuestiona que para que al amparo del artículo 13 de la Ley de Contrato de Agencia reconozcamos a MÜLLER CONSULT SL derecho a "retribución" por las operaciones concluidas por CONSTRUCCIONES SALAMANCA SL dentro de los tres meses siguientes a la conclusión del contrato típico, es preciso tener por demostrado que el "agente" haya intervenido eficazmente en la gestación de las operaciones.

2) De forma idéntica, el derecho a "comisión" en el contrato atípico de mediación inmobiliaria según el habitual "pacto de premio" se condiciona a la efectiva intervención del mediador de en los contratos concluidos por el comitente, por lo que en ambos casos la falta de mediación supone la inexistencia de derecho a retribución o premio.

38. Pues bien:

1) Esta Sala tiene declarado que la valoración probatoria sólo puede excepcionalmente tener acceso a este grado jurisdiccional en casos en que no supera conforme a la doctrina constitucional de el test de racionalidad constitucionalmente exigible para respetar el derecho a la tutela efectiva o infracción de la norma tasada de valoración de la prueba.

2) En este caso la recurrente no cita ni una sola prueba que permita constatar el error del Tribunal de instancia, sin que en este grado jurisdiccional sea suficiente apelar a máximas de experiencia cuando no se trata de situaciones en las que la evidencia permite sostener que los hechos hablan por sí mismos -"res ipsa loquitur"-, máxime en supuestos como el presente en los que no se nos ha indicado la existencia de especiales dificultades para la prueba de hechos que ya se han producido en la realidad extraproceso.

#### **QUINTO: MOTIVO ÚNICO DEL RECURSO DE CASACIÓN.**

##### **1. Enunciado y desarrollo del recurso**

39. El motivo único del recurso de casación interpuesto por MÜLLER CONSULT SL, tras desistir del mantenimiento de la vulneración de los artículos 13 y 29 de la Ley 12/92 del contrato de Agencia, queda ceñido a la vulneración del artículo 28 de la expresada Ley 12/92 del contrato de Agencia.

40. En su desarrollo, de muy difícil comprensión, parece afirmar que la sentencia de apelación, al rechazar la indemnización con base en el artículo 28 reclamada subsidiariamente a la que establece el artículo 13 de la misma ley, no ha valorado el incremento de clientela que tuvo la demandada por la gestión del actor, al no dar por acreditado que las ventas posteriores a la extinción del contrato se debieran a actividad de la recurrente.

##### **2. Valoración de la Sala**

41. El motivo debe ser desestimado toda vez que:

1) La recurrente parte de que las relaciones entre las partes deben ser calificadas como contrato de agencia:

2) Mezcla de forma inadmisibile el derecho a retribución por actos concluidos por el empresario dentro de los tres meses siguientes a la terminación del contrato pero con su intervención, con el derecho a compensación



por actos concluidos sin su intervención después de terminado el contrato, pero aprovechando la actividad del agente incrementando la clientela o el volumen de operaciones; y

3) Reitera por vía del recurso de casación la impugnación de la valoración de la prueba sobre la intervención del agente o la susceptibilidad de aprovechamiento de la clientela, en los contratos suscritos durante los tres meses siguientes a la terminación del contrato.

## **RECURSOS INTERPUESTOS POR CONSTRUCCIONES SALAMANCA S.L.**

### **SEXTO: PRIMER MOTIVO DEL RECURSO POR INFRACCIÓN PROCESAL**

#### **1. Enunciado y desarrollo del recurso**

42. El primero de los motivos del recurso extraordinario por infracción procesal interpuesto por CONSTRUCCIONES SALAMANCA S.L. se enuncia en los siguientes términos:

*El Primer motivo del presente Recurso se formula al amparo del Artículo 469.1, párrafo segundo de la Ley de Enjuiciamiento Civil, al carecer la sentencia dictada en segunda instancia de la necesaria claridad, precisión y congruencia, lo que ha provocado que se condene a mi representada como si los contratos celebrados con Müller Consult, S.L. estuvieran sometidos a la Ley 12/1992 cuando la propia Sala en el fundamento jurídico segundo los califica de contratos de mediación y corretaje, apartándose la Sala de las normas aplicables al caso, y resultado por ello infringido el artículo 218.1, párrafo segundo de la LEC.*

43. En su desarrollo afirma que la sentencia de apelación, por un lado sostiene que el contrato es de mediación o corretaje, en concreto un contrato de agencia inmobiliaria, y, por otro, simultáneamente, que se trata de un contrato de agencia.

#### **2. Valoración de la Sala**

44. Ciertamente la sentencia adolece de cierta oscuridad, ya que por un lado hace suya la tesis mantenida por la sentencia de la primera instancia y califica la relación entre las partes como contrato típico de agencia, y por otro contiene argumentos que permiten deducir que las relaciones entre las partes son propias de un contrato atípico de corretaje "agencia inmobiliaria", ahora bien, en el auto aclarando la sentencia precisa que lo razonado tiene por finalidad enmarcar el contrato de agencia dentro de los de mediación, pero que se deduce la aplicación de la Ley 12/1992, por lo que, desaparecida cualquier posible ambigüedad, el motivo debe ser rechazado.

### **SÉPTIMO: SEGUNDO MOTIVO DEL RECURSO POR INFRACCIÓN PROCESAL**

#### **1. Enunciado y desarrollo del recurso**

45. El segundo de los motivos del recurso extraordinario por infracción procesal interpuesto por CONSTRUCCIONES SALAMANCA S.L. se enuncia en los siguientes términos:

*"La infracción de las normas reguladoras de la sentencia, al amparo del artículo 469.1, párrafo segundo de la Ley de Enjuiciamiento Civil, en relación con el artículo 217. 1, 2, 3, 5 Y 6 sobre la carga de la prueba de los hechos alegados por el actor y por mi mandante en el proceso.*

46. En su desarrollo afirma que se ha impuesto a la recurrente la carga de la prueba de que en las ventas realizadas directamente por la promotora no intervino MÜLLER CONSULT SL, cuando dicha prueba correspondía a la misma, al quedar dicho supuesto excluido del ámbito de los contratos.

#### **2. Valoración de la Sala**

47. Constituyen premisas para la decisión del motivo las siguientes:

1) No cabe citar de forma indiscriminada como infringidas pluralidad de normas fin de que sea este Tribunal el que seleccione cuál o cuáles de ellas han sido infringidas, dada la indefensión que a la postre se genera para la contraria.

2) La carga de la prueba nada más se infringe en los supuestos en los que, ante la inexistencia de prueba sobre determinados extremos de hecho el Tribunal opta por poner a cargo de una de las partes las consecuencias de la falta de prueba, con infracción de lo dispuesto en el artículo 217 de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

3) Como precisa la sentencia 311/2008, de 7 mayo, y acabamos de indicar, para reconocer al mediador el derecho a la remuneración es preciso que el negocio promovido haya sido resultado de su actividad, pero ello no impide que los contratantes, en el ejercicio de la libertad de autorregulación que les reconoce el artículo 1.255 del Código Civil, pacten una exclusiva de doble vinculación subjetiva e, incluso, que el mediador tenga derecho a la remuneración en el caso de ventas convenidas a iniciativa del comitente.



48. Lo expuesto es determinante de la desestimación del motivo, toda vez que, aunque hay base para entender que en su desarrollo la infracción se ha concretado en la vulneración de lo que dispone el artículo 217 dos de la Ley de Enjuiciamiento Civil -"Corresponde al actor y al demandado reconviniendo la carga de probar la certeza de los hechos de los que ordinariamente se desprenda, según las normas jurídicas a ellos aplicables, el efecto jurídico correspondiente a las pretensiones de la demanda y de la reconvención"-:

- 1) La sentencia declara probada la intervención de la mediadora.
- 2) No cabe impugnar por vía de la infracción procesal la interpretación que del contrato ha realizado la sentencia recurrida que entiende que la mediadora tenía derecho a la comisión por las ventas realizadas directamente por la propiedad durante la vigencia del contrato.

## **OCTAVO: TERCER MOTIVO DEL RECURSO POR INFRACCIÓN PROCESAL**

### **1. Enunciado y desarrollo del recurso**

49. El tercero de los motivos del recurso extraordinario por infracción procesal interpuesto por CONSTRUCCIONES SALAMANCA S.L. se enuncia en los siguientes términos:

*El tercer motivo se formula al amparo del artículo 469.1, párrafo segundo de la Ley de Enjuiciamiento Civil, por incurrir la sentencia recurrida en manifiesta infracción de artículo 218.2 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, pues los razonamientos fácticos y jurídicos se han apartado de una correcta valoración de las pruebas, así como de la interpretación y aplicación del derecho*

50. En su desarrollo sostiene que la condena a pagar las comisiones por las ventas realizadas sin la intervención de la mediadora se apartan de las reglas de la lógica y la razón ya que:

- 1) La estipulación cuarta de los contratos suscritos entre las partes dispone que "*Todas las ventas que se realicen, es decir, ventas directas a través del agente, ventas desde la oficina de ventas, ventas a través de terceros y ventas como intermediario a clientes directos del promotor, generarán una comisión del 8% del precio de la compraventa, más el IVA correspondiente a cada momento*".
- 2) La expresada cláusula debe entenderse en el sentido de que no tenía derecho cuando las ventas se realizan directamente por CONSTRUCCIONES SALAMANCA S.L., sin intervención de la mediadora, lo que la propia parte admite implícitamente en su demanda y se deduce de la necesidad de liquidar las comisiones devengadas a tenor de la cláusula sexta, último párrafo del contrato;
- 3) No consta que la actora haya participado en las ventas realizadas directamente por CONSTRUCCIONES SALAMANCA S.L. que no reclamó las comisiones hasta el requerimiento efectuado el 2 agosto de 2002; y
- 4) La gestión de MÜLLER CONSULT SL fue nefasta y no alcanzó los objetivos que la propia sentencia reconoce fijados en los contratos.

### **2. Valoración de la Sala**

51. El motivo debe ser rechazado por las siguientes razones:

- 1) Al amparo de la falta de motivación que exige el artículo 218.2 de la Ley de Enjuiciamiento Civil no cabe convertir al recurso extraordinario por infracción procesal en una tercera instancia.
- 2) La sentencia recurrida interpretó que la expresión "*Todas las ventas que se realicen, es decir...*" debía entenderse en el sentido de que "*todas las ventas*", incluso las realizadas directamente por la promotora, generarían comisión de para MÜLLER CONSULT SL, y tal interpretación, que es en realidad lo que se combate en este motivo, en modo alguno absurda o ilógica, es inatacable por la vía de la infracción procesal.
- 3) En la medida en que se pretende que la sentencia ha incurrido en valoración errónea de la prueba, debemos reiterar lo que hemos expuesto en el epígrafe 38 del apartado 2 del fundamento de Derecho cuarto de esta sentencia.
- 4) Finalmente, la afirmación de la sentencia de primera instancia, ratificada por la de apelación, a tenor de la cual "*indudablemente la actividad de publicidad y promoción desarrollada por diversos medios por la gente demandante contribuyó a facilitar la venta de los apartamentos, sin que se haya probado que esto no fuera así*", lo que constituye una aplicación concreta del principio de normalidad -id quod plerumque accidit-, que en modo alguno puede que tildarse de absurda, ilógica o arbitraria.

## **NOVENO: CUARTO MOTIVO DEL RECURSO POR INFRACCIÓN PROCESAL**

### **1. Enunciado y desarrollo del recurso**



52. El cuarto de los motivos del recurso extraordinario por infracción procesal interpuesto por de CONSTRUCCIONES SALAMANCA S.L.

*Como motivo cuarto y al amparo del artículo 469.1, párrafo segundo de la Ley de Enjuiciamiento Civil , consideramos infringido el artículo 386 del mismo cuerpo legal, en cuanto a la presunción judicial respecto a la mora del acreedor, contenida en el último párrafo del Fundamento Jurídico tercero de la sentencia que se recurre.*

53. En su confuso desarrollo relata las negociaciones mantenidas por las partes para la liquidación de las relaciones y sostiene que la prueba pone de manifiesto que hubo mora del acreedor, ya que la recurrente pagó puntualmente las facturas que le presentaba MÜLLER CONSULT SL, y a fecha del requerimiento notarial el 2 agosto 2002 sólo estaban pendientes de pagar dos facturas que se habían presentado erróneamente.

## **2. Valoración de la Sala**

54. En la sentencia de primera instancia se condena a la recurrente al pago de los intereses moratorios desde la fecha de interposición de la demanda, lo que concuerda con lo argumentado en el último párrafo del fundamento de Derecho cuarto de dicha sentencia, confirmada íntegramente por la de apelación, por lo que no se llega a entender lo pretendido en el recurso, toda vez que nada tienen que ver con la fecha fijada para el inicio del devengo de intereses moratorios, la fecha de las facturas y requerimientos previos a la interposición de la misma.

## **DÉCIMO: SEGUNDO MOTIVO DEL RECURSO DE CASACIÓN**

### **1. Enunciado y desarrollo del recurso**

55. El segundo motivo del recurso de casación interpuesto por CONSTRUCCIONES SALAMANCA S.L. se enuncia en los siguientes términos:

*Infracción de los de los artículos 1089 y 1091 del Código Civil , sobre nacimiento y cumplimiento de las obligaciones; y del artículo 1124 del Código Civil , sobre la resolución de las obligaciones recíprocas. Infracción de los artículos 1254, 1255. 1256 Y 1258 , sobre nacimiento y cumplimiento de los contratos; del artículo 1278 del Código Civil sobre la eficacia de los contratos; y del artículo 1281 , y subsidiariamente del artículo 1282 , sobre interpretación de los contratos.*

56. En su desarrollo la recurrente de nuevo reproduce lo pactado en el contrato para sostener que MÜLLER CONSULT SL no tenía derecho a cobrar comisión por las ventas realizadas directamente por la promotora.

## **2. Valoración de la Sala**

57. De nuevo la recurrente pretende convertir el recurso de casación en una tercera instancia, lo que se evidencia en la cita de preceptos heterogéneos, que imposibilita identificar otro motivo de casación diferente al de la impugnación, ahora por vía de casación, de la interpretación del contrato por la sentencia recurrida.

58. Pues bien, para rechazar el motivo será suficiente reiterar que, como ya hemos anticipado, la interpretación del contrato por la sentencia recurrida en modo alguno es absurda, ilógica o arbitraria.

## **DÉCIMOPRIMERO: COSTAS**

59. Las costas de ambos recursos se imponen a la recurrente de acuerdo con lo previsto en el artículo 398.1 en relación con el 394.1, ambos de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

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

## **FALLAMOS**

Primero. Desestimamos el recurso extraordinario por infracción procesal interpuesto por MÜLLER CONSULT SL, representada ante esta Sala por la Procuradora de los Tribunales doña SUSANA COMEX CASTAÑO, contra la sentencia dictada por la Sección Cinco de la Audiencia Provincial de Málaga el día veintiuno de diciembre de dos mil seis, en el rollo de apelación número 361/2005, dimanante de juicio ordinario número 488/2002, del Juzgado de Primera Instancia número 3 de Marbella.

Segundo. Imponemos a la expresada recurrente MÜLLER CONSULT SL, las costas del recurso extraordinario por infracción procesal que se desestima.

Tercero. Desestimamos el recurso de casación interpuesto por MÜLLER CONSULT SL, representada ante esta Sala por la Procuradora de los Tribunales doña SUSANA COMEX CASTAÑO, contra la referida sentencia dictada por la Sección Cinco de la Audiencia Provincial de Málaga el día veintiuno de diciembre de dos mil seis, en el rollo de apelación número 361/2005.



Cuarto. Imponemos a la expresada recurrente MÜLLER CONSULT SL, las costas del recurso de casación que se desestima.

Quinto. Desestimamos el recurso extraordinario por infracción procesal interpuesto por CONSTRUCCIONES SALAMANCA SL, representada ante esta Sala por la Procuradora de los Tribunales doña BLANCA RUIZ MINGUITO, contra la sentencia dictada por la Sección Cinco de la Audiencia Provincial de Málaga el día veintiuno de diciembre de dos mil seis, en el rollo de apelación número 361/2005, dimanante de juicio ordinario número 488/2002, del Juzgado de Primera Instancia número 3 de Marbella.

Sexto. Imponemos a la expresada recurrente CONSTRUCCIONES SALAMANCA SL, las costas del recurso extraordinario por infracción procesal de desestimamos.

Séptimo. Desestimamos el recurso de casación interpuesto por CONSTRUCCIONES SALAMANCA SL, contra la repetida sentencia dictada por la Sección Cinco de la Audiencia Provincial de Málaga el día veintiuno de diciembre de dos mil seis, en el rollo de apelación número 361/2005,

Octavo. Imponemos a CONSTRUCCIONES SALAMANCA S.L. las costas del recurso de casación que se desestima.

Así por esta nuestra sentencia, que se insertará en la COLECCIÓN LEGISLATIVA pasándose al efecto las copias necesarias, lo pronunciamos, mandamos y firmamos .- Roman Garcia Varela.- Francisco Marin Castan.- Jose Antonio Seijas Quintana.- Encarnacion Roca Trias.-Rafael Gimeno-Bayon Cobos.-Firmado y Rubricado.- PUBLICACIÓN.- Leída y publicada fue la anterior sentencia por el EXCMO. SR. D. **Rafael Gimeno-Bayon Cobos**, 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.