

Roj: STS 2866/2012
Id Cendoj: 28079110012012100263
Órgano: Tribunal Supremo. Sala de lo Civil
Sede: Madrid
Sección: 1
Nº de Recurso: 1217/2008
Nº de Resolución: 240/2012
Procedimiento: CIVIL
Ponente: FRANCISCO MARIN CASTAN
Tipo de Resolución: Sentencia

SENTENCIA

En la Villa de Madrid, a veintitrés de Abril de dos mil doce.

La Sala Primera del Tribunal Supremo, constituida por los magistrados indicados al margen, ha visto el recurso extraordinario por infracción procesal y el recurso de casación interpuestos por el demandado-reconviniente D. Ezequiel , representado ante esta Sala por el procurador D. Jacinto Gómez Simón, contra la sentencia dictada el 3 de abril de 2008 por la Sección 11ª de la Audiencia Provincial de Madrid en el recurso de apelación nº 717/06 dimanante de las actuaciones de juicio ordinario nº 693/01 del Juzgado de Primera Instancia nº 14 de Madrid, sobre indemnización de daños y perjuicios por incumplimiento de contrato de arrendamiento de concesiones de explotación minera. Han sido parte recurrida los demandantes-reconvenidos D. Lorenzo , la comunidad de propietarios DIRECCION000 y D. Vicente , representados todos en principio por la procuradora Dª Victoria Brualla Gómez de la Torre, si bien, fallecido D. Vicente , fue sucedido procesalmente por Dª Estrella y Dª Natividad , representadas ante esta Sala igualmente por la procuradora Sra. Brualla Gómez de la Torre, y Dª Antonia , D. Edemiro y D. Justo y Dª Lorena , representados ante esta Sala por la procuradora Dª Sylvia Scott-Glendonwyn Álvarez.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- En las actuaciones de juicio ordinario nº 693/01 del Juzgado de Primera Instancia nº 14 de Madrid, la magistrada- juez titular del mismo dictó sentencia el 15 de noviembre de 2004 con el siguiente fallo: *"Que estimando, en parte, la demanda interpuesta por la Procuradora Dª VICTORIA BRUALLA GÓMEZ DE LA TORRE, en nombre de D. Vicente y D. Lorenzo , en su propio nombre y en beneficio de la COMUNIDAD DE PROPIETARIOS DIRECCION000 , contra D. Ezequiel , debo condenar y condeno a este demandado:*

1.- A que pague, a la parte actora, la cantidad CIENTO OCHENTA MIL TRESCIENTOS TRES EUROS CON SESENTA Y TRES CENTIMOS (180.303,63 euros), esto es, TREINTA MILLONES DE PESETAS (30.000.000 pts) por principal, más los intereses legales de dicha cantidad, a contar de la presentación de esta demanda;

2.- A allanar y compactar, a su cargo, los terrenos ubicados dentro de la demarcación de las minas del Grupo Mª Isabel y que están identificados en el documento nº 11 de la demanda, como propiedad de los actores.

3.-. Todo ello, sin hacer expresa condena en costas causadas por la misma -

Que desestimando la demanda Reconvenicional interpuesta, por el Procurador D. JACINTO GOMEZ SIMÓN, en nombre de D. Ezequiel , contra D. Vicente , D. Lorenzo , D. Alejo , Dª Elena , Dª María Antonieta , Dª Estefanía , Dª Otilia , Dª Alejandra , Dª Felicidad , D. Pablo , D. Jose Daniel , Dª Reyes , Dª Ariadna , Dª Guadalupe , Dª Sandra , Dª Bibiana , Dª Julia , Dª Tatiana , D. Calixto , D. Fidel , Dª Crescencia , Dª Marisol , D. Mateo , Dª María Purificación , Dª Estibaliz , D. Jose Ignacio , Dª Regina , D. Alfredo , D. Doroteo , D. Inocencio , D. Rafael , D. Luis Manuel , Dª Celestina , Dª Margarita , D. Benedicto , Dª María Esther , D. Genaro , D. Maximo , Dª Gracia , D. Jose Ángel , D. Andrés , Dª Valentina , Dª Coro , D. Esteban , debo absolver y ABSUELVO a estos demandados de las pretensiones en su contra deducidas en dicha demanda reconvenicional, imponiendo a la parte demandante de la misma, el pago de las costas causadas por la misma."

SEGUNDO.- Interpuesto recurso de apelación contra dicha sentencia por los demandantes iniciales D. Vicente , D. Lorenzo y la comunidad de propietarios DIRECCION000 , formulada impugnación añadida por el demandado-reconviniendo D. Ezequiel y atribuido el conocimiento de la segunda instancia a la Sección 11ª de la Audiencia Provincial de Madrid, esta dictó sentencia el 3 de abril de 2008 con el siguiente fallo: *"ESTIMAR en parte el recurso de apelación interpuesto por la Procuradora de los Tribunales Doña Victoria Brualla Gómez de la Torre, en nombre y representación de Don Vicente , Don Lorenzo y Comunidad de Propietarios DIRECCION000 , y DESESTIMAR la impugnación formulada por el Procurador de los Tribunales Don Jacinto Gómez Simón, en nombre y representación de Don Ezequiel , contra la Sentencia dictada con fecha 15 de noviembre de 2.004 por la Ilma. Sra. Magistrado-Juez de Primera Instancia nº 14 de Madrid en los autos de Juicio Ordinario núm. 693/2001 y REVOCAR parcialmente la misma en el sentido de incrementar la cantidad de condena al demandado hasta la cuantía de cuatrocientos cincuenta mil quinientos veinticuatro euros con trece céntimos -450.524,13 #- (74.960.908 de pesetas), manteniendo íntegramente el resto de sus pronunciamientos y sin hacer expresa condena respecto de las costas causadas en esta instancia por el recurso formulado por la parte actora, imponiendo al demandado las costas causadas con su impugnación."*

TERCERO.- Anunciados por el demandado-reconviniendo recurso extraordinario por infracción procesal y recurso de casación contra la sentencia de apelación, el tribunal sentenciador los tuvo por preparados y, a continuación dicha parte los interpuso ante el propio tribunal. El recurso extraordinario por infracción procesal se componía de un solo motivo formulado al amparo de los ordinales 2º y 4º del art. 469.1 LEC y fundado en infracción de los arts. 216 y 218 LEC y 24 de la Constitución , y el recurso de casación se componía igualmente de un solo motivo, fundado en infracción de los arts. 1218 CC y 319 LEC , 1261 , 1274 y 1275 CC , 1281 y 1283 CC y 1101 CC .

CUARTO.- Recibidas las actuaciones en esta Sala y personadas ante la misma la parte recurrente y, como partes recurridas, D. Lorenzo , D. Vicente y la comunidad de propietarios DIRECCION000 , su procuradora Dª Victoria Brualla Gómez de la Torre presentó el 2 de septiembre de 2008 un escrito oponiéndose a la admisión del recurso de casación por fundarse en normas no citadas en el escrito de preparación e incurrir en varios defectos de técnica casacional.

QUINTO.- Admitidos los recursos por auto de 6 de octubre de 2009, la procuradora Sra. Brualla Gómez de la Torre, en representación de la parte personada como recurrida, presentó escrito de oposición interesando la inadmisión del recurso extraordinario por infracción procesal por acumular la denuncia de infracciones diferentes en un solo motivo y formular una petición contenida también en el recurso de casación, reiterando que el recurso de casación era inadmisibile, impugnando todos y cada uno de los motivos de ambos recursos y solicitando su desestimación con condena en costas al recurrente.

SEXTO.- Acreditado el fallecimiento de D. Vicente y comparecidas como sucesoras procesales las personas mencionadas en el encabezamiento, por providencia de 5 de diciembre de 2011 se nombró ponente al que lo es en este trámite y se acordó resolver el recurso sin celebración de vista, señalándose para votación y fallo el 28 de marzo de 2012, en que ha tenido lugar.

Ha sido Ponente el Magistrado Excmo. Sr. D. **Francisco Marin Castan**,

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO .- El presente litigio ha llegado ante esta Sala notablemente simplificado ya que tras la audiencia previa y la sentencia de primera instancia no solo quedaron despejados los problemas de legitimación activa y pasiva sino que también quedó firme la desestimación de la reconvencción formulada por el hoy recurrente para que se declarase la nulidad del contrato litigioso, un arrendamiento de la explotación de dos minas de carbón celebrado en el año 1980 entre la parte demandante como arrendadora y el demandado hoy recurrente como arrendatario, prorrogado en 1989 hasta el año 2020 pero cuya ejecución finalizó en el año 2000 por decisión del hoy recurrente al cesar en las labores de explotación de las minas tras recibir una subvención o ayuda oficial de 635.652.877 ptas.

La sentencia de primera instancia, apreciando el incumplimiento contractual del demandado alegado en la demanda, le condenó a indemnizar a la parte demandante en 30 millones de ptas. (180.303'63 euros), resultado de multiplicar el canon mínimo pactado en el contrato (2 millones de ptas. anuales) por quince años en lugar de por los diecinueve que quedaban de vigencia del contrato, reducción que se justificaba, fundamentalmente, por un principio de equidad y aplicando la moderación prevista en el art. 1103 CC . Además condenó al demandado a allanar y compactar los terrenos ubicados dentro de la demarcación de una de las minas.

La sentencia de segunda instancia, estimando el recurso de apelación de la parte demandante orientado al aumento del importe de la indemnización y desestimando la impugnación añadida del demandado orientada a la desestimación total de la demanda o, subsidiariamente, a que el importe de la indemnización se rebajara a 17.028'68 euros, así como a que se le absolviera de compactar y allanar el terreno, elevó el importe de la indemnización hasta 74.960.908 ptas. (450.524'13 euros) y mantuvo la condena del demandado a allanar y compactar los terrenos. Fundamentos de este fallo son, en síntesis, los siguientes: 1) El agotamiento del carbón aducido por el demandado para cesar en la explotación de las minas *"debió conducir en su debido momento a plantear por su parte la acción de resolución contractual en lugar de acogerse unilateralmente y de forma voluntaria al cese de actividad a cambio del percibo de la importante cantidad de 635.652.877 ptas. y renunciar a la explotación de los derechos mineros que se derivan del contrato de arrendamiento"* ; 2) por tanto el demandado incurrió en incumplimiento contractual, pues el agotamiento de las reservas de carbón o las mayores dificultades para su extracción pertenecían a la esfera de los móviles personales del demandado de obtener un determinado beneficio, pero no a la causa del contrato al no haberse incorporado expresamente a este; 3) además, el agotamiento del carbón *"no ha sido constatado"*, resultando por contra, de un informe acompañado con la demanda, la existencia en una de las minas de recursos geológicos de 7.361.263 toneladas de carbón, *"con amplias toneladas suplementarias para explotar a cielo abierto y que durante el periodo de duración del contrato se extrajeron únicamente 1.223.797 toneladas de mineral, señalándose incluso en el informe pericial presentado con la contestación a la demanda la existencia de unas reservas de 3.844.217 toneladas de carbón"* ; 4) en consecuencia el incumplimiento del contrato por el demandado, cese voluntario de la actividad *"a cambio de una sustanciosa subvención"*, fue doloso, lo que excluye la moderación prevista en el art. 1103 CC, y en cuanto a una posible cobertura de la moderación en su art. 1154, tampoco sería aplicable dado que el incumplimiento fue total; 5) procedía por tanto un resarcimiento total conforme al art. 1106 CC, excluyente de la equidad aplicada por la sentencia de primera instancia, y tampoco procedía moderar la indemnización con base en la concurrencia de culpa alegada por el demandado, porque la responsabilidad por dolo no admitía moderación y, además, la caducidad de la concesión minera de la parte demandante, aducida como fundamento de la culpa de esta misma parte, se había declarado en vía administrativa pero no era firme por encontrarse impugnada ante la jurisdicción contencioso-administrativa; 6) sin embargo, el importe de la indemnización no debía ser tan alto como el pedido en la demanda (507 millones de ptas. actualizados), ya que el ritmo de explotación tendría que haberse reducido durante el tiempo previsto de vigencia del contrato, además de depender *"de la voluntad extractiva del explotador"* ; 7) por ello lo procedente no era reducir el número de años computables de diecinueve a quince, como había hecho la sentencia de primera instancia, sino multiplicar por los años computables el canon mínimo de 2 millones de ptas. y a la cantidad resultante añadir el canon variable del 5'5% sobre la explotación *"tomando como base la subvención obtenida por el demandado para cesar en la explotación, y al constituir esta la suma verdaderamente obtenida"* ; 8) finalmente, procedía mantener la condena del demandado a allanar y compactar los terrenos por constituir una obligación contractual suya que, sin embargo, había incumplido según la prueba aportada en las actuaciones, frente a la cual no podían acogerse las alegaciones del demandado de que el terreno era cultivable, *"que no lo sería en su totalidad"*, y de que había cumplido hasta donde le era posible, pues la prueba al respecto no se propuso oportunamente y en su momento no fue admitida por el propio tribunal de segunda instancia.

La sentencia de apelación ha sido impugnada únicamente ante esta Sala por el demandado mediante recurso extraordinario por infracción procesal y recurso de casación, integrado cada uno de ellos por un solo motivo y orientados ambos a que se desestime íntegramente la demanda, subsidiariamente a que el importe de la indemnización se reduzca a 14.023'61 euros, importe del canon mínimo por dos anualidades, y se le absuelva de compactar y allanar el terreno, o subsidiariamente a que el importe de la indemnización se reduzca a 38 millones de ptas. (228.384'59 euros), resultado de multiplicar el canon mínimo anual de 2 millones de ptas. por los diecinueve años pendientes de vigencia del contrato, y se absuelve al demandado de compactar y allanar los terrenos.

La parte recurrida, en su escrito de oposición, ha alegado que ambos recursos son inadmisibles y a continuación ha impugnado todos y cada uno de sus motivos.

SEGUNDO .- Aunque por regla general el recurso extraordinario por infracción procesal debe resolverse antes del de casación, siendo esto obligado cuando la estimación de aquel pueda comportar una reposición de actuaciones, sin embargo hay casos en los que, por tener el recurso por infracción procesal un ámbito más limitado que el de casación, este debe resolverse en primer lugar si la estimación de alguno de sus motivos puede determinar que el recurso por infracción procesal pierda su objeto o quede sin contenido (SSTS 5-1-10, 17-6-11 y 21-12-11).

Esto es lo que sucede, al menos en parte, en el presente caso, pues el recurso extraordinario por infracción procesal se dedica principalmente a denunciar incongruencia de la sentencia recurrida por haber condenado al hoy recurrente a pagar una indemnización mayor que la pedida en la demanda y, sin embargo, el recurso de casación tiene como objetivo principal la íntegra desestimación de la demanda, por lo que su eventual estimación dejaría sin contenido la alegación de incongruencia.

No obstante, sí conviene adelantar desde ahora mismo que la oposición de la parte recurrida a la admisibilidad del recurso por infracción procesal ha de ser parcialmente estimada, porque no cabe acumular en un motivo único, amparado simultáneamente en los ordinales 2º y 4º del art. 469.1 LEC y fundado en infracción de los arts. 216 y 218 LEC y 24 de la Constitución, dos cuestiones tan heterogéneas como son, de un lado, la incongruencia de la sentencia recurrida y, de otro, la errónea valoración por el tribunal sentenciador de la prueba sobre si el demandado hoy recurrente incumplió o no su obligación contractual de compactar y allanar el terreno.

Esta cuestión se plantea además con base en el art. 216 LEC, que no contiene regla alguna de valoración de la prueba, y pretendiendo que una determinada prueba, la auditoría técnica de un informe acompañado con la contestación a la demanda, prevalezca sobre cualquier otra, intentando así no solo la imposición de esa prueba sobre todas las demás sin fundamento alguno sino también, necesariamente, una nueva valoración conjunta de la prueba por esta Sala que no tiene cabida en un recurso extraordinario como es el de infracción procesal (SSTS 11-4-11, 7-4-11, 28-2-11, 3-1-11 y 8-7-10, entre otras muchas).

De todo lo anterior se sigue que, no siendo admisible el recurso por infracción procesal en cuanto impugna la valoración de la prueba pero sí en cuanto denuncia incongruencia de la sentencia recurrida, proceda examinar el recurso de casación para, solo si no procediera casar la sentencia recurrida y en su lugar absolver al hoy recurrente de tener que indemnizar a la parte actora, pasar a examinar la referida denuncia de incongruencia.

TERCERO .- El recurso de casación se compone de un solo motivo con el siguiente enunciado: *"ÚNICO.- Al amparo de lo dispuesto en el motivo único del apartado 1 del artículo 477 por considerar infringidos los artículos 1.218 del Código Civil y 319 LEC - en cuanto a la fuerza probatoria de los documentos públicos-, artículos 1.261, 1.274 y 1.275 del Código Civil -en cuanto a los requisitos esenciales para la validez de los contratos- artículos 1.281 y 1.283 del Código Civil -interpretación de los contratos- y artículo 1.101 del mismo cuerpo legal-indemnización de daños y perjuicios causados en el supuesto de incurrir en dolo-*

Según su desarrollo argumental *"la explotación estaba abocada al cierre"*, como demuestra la auditoría técnica del informe acompañado con la contestación a la demanda, y el mineral se había agotado *"en sentido económico"*; conforme a los arts. 1261, 1272 y 1273 CC el objeto del contrato ha de ser real, posible y determinado o determinable, y el del contrato litigioso era *"la extracción del mineral en condiciones de rentabilidad"*; en relación con la causa, según la define el art. 1274 CC, cuando las reservas de carbón *"se agotaron"* dejó de existir la reciprocidad de prestaciones, y si el hoy recurrente *"no renunciaba al contrato de arrendamiento no podía percibir la ayuda para el cierre de la explotación"*; es aplicable la sentencia de esta Sala de 20 de abril de 1994 que admite la desaparición de la causa negocial por acontecimientos imprevisibles e imposibilidad económica de la prestación; para el caso de que el recurso por infracción procesal no fuera estimado, sería aplicable el art. 1101 CC en relación con sus arts. 1103 y 1154, porque *"[l]a calificación del incumplimiento -y por ende, la apreciación del dolo- es revisable en casación en el supuesto de inaplicación por la Sala de apelación del artículo 1154 del Código Civil"*; la auditoría técnica acompañada con la contestación a la demanda prueba la inviabilidad de la explotación; no debió apreciarse dolo en el hoy recurrente, y se proponen por ello distintos criterios para *"moderar la indemnización por razón de equidad"*; el hecho de la caducidad de la concesión demuestra el abandono de las minas por la parte actora; conforme a los arts. 1101 y 1218 CC, 319 LEC y 1281 CC la indemnización máxima procedente no podría exceder de la cantidad resultante de multiplicar por diecinueve años el canon máximo anual de 2 millones de ptas.; y en fin, se infringe el art. 1281 CC porque lo estipulado en el contrato era que los terrenos allanados y compactados pudieran volver a utilizarse para los fines a los que anteriormente venían siendo dedicados, y según la prueba practicada los terrenos han quedado aptos para uso agrícola.

La parte recurrida se opone a la admisibilidad de este motivo, y con ello del recurso de casación, por no ser en verdad un solo motivo sino cuatro indebidamente acumulados en los que, además, se plantean cuestiones probatorias ajenas al ámbito del recurso de casación, se citan preceptos no citados en el escrito de preparación (arts. 1154, 1103, 1272 y 1273 CC), se ataca la base fáctica de la sentencia, se impugna la interpretación del contrato litigioso, se realizan peticiones alternativas, se citan conjuntamente preceptos

materiales y procesales y se acumulan preceptos heterogéneos, dando lugar todo ello a la artificiosidad del recurso.

Tiene razón la parte recurrida y el motivo único del recurso de casación ha de ser desestimado por apreciarse en este acto que, por multitud de razones, no es admisible, ya que no es un verdadero motivo de casación sino un conjunto de alegaciones que la parte recurrida ha interpretado, con gran benevolencia para con el recurrente, como constitutivas de cuatro motivos reales pero que en realidad impiden a esta Sala dar una respuesta mínimamente coherente como órgano de casación, pues, por elemental que parezca y no debiera ser necesario recordar, es requisito indispensable de todo escrito de interposición de un recurso de casación que permita conocer de cuántos motivos se compone el recurso (STS 31-3-11), el recurso de casación no permite mezclar en un mismo motivo preceptos heterogéneos ni introducir cuestiones probatorias (SSTS 22-4-09 y 13-4-11), la interpretación del contrato no puede mezclarse con la exposición de unos hechos distintos de los declarados probados por la sentencia recurrida (SSTS 2-4-04 y 7-6-06), los requisitos de claridad y precisión siguen siendo exigibles a todo recurso de casación (SSTS 8-10-08 y 25-11-08), igualmente se exige un respeto riguroso a los hechos que la sentencia recurrida declare probados (SSTS 11-3-09 y 17-2-10), no es admisible la cita masiva de preceptos ni replantear en un solo motivo todas las cuestiones litigiosas (SSTS 12-7-11) y, en fin, tampoco lo es que se funde en infracciones legales no denunciadas en el escrito de preparación (STS 31-3-11).

Al no cumplir el recurso tantos de los requisitos exigibles, no cabe más que desestimarlo, pues parte de premisas, como el agotamiento del carbón o el cumplimiento de la obligación de allanar y compactar el terreno, que contradicen abiertamente los hechos probados y por tanto hacer incurrir al motivo en el defecto de la petición de principio o hacer supuesto de la cuestión, del mismo modo que se intenta discutir el dolo en el incumplimiento pero sin ofrecer la más mínima justificación de por qué no se intentó llegar a un acuerdo con la parte demandante en lugar de percibir la subvención y cesar en la explotación.

Incluso si, agotando el derecho del recurrente a la tutela judicial efectiva, se entendiera generosamente que la esencia del motivo consiste en la aplicación a su favor de la denominada cláusula *rebus sic stantibus*, dada la cita de la sentencia de esta Sala de 20 de abril de 1994, también habría que desestimarlo porque, de un lado, no se ha probado el agotamiento del carbón ni las dificultades extraordinarias para la explotación de las minas y, de otro, siendo dicha cláusula, fundamentalmente, un remedio jurisprudencial, siempre excepcional, no tanto para resolver un problema de inexistencia sobrevenida de causa negocial, aunque algunas sentencias de esta Sala así la conciben, como para, según entiende un autorizado sector doctrinal, exonerar a una de las partes contratantes de un riesgo no asignado a ella en el contrato o atenuar las consecuencias de su realización, tampoco concurrirían las circunstancias necesarias para su aplicación, ya que según los hechos probados el contrato de 1980 se prorrogó en 1989, es decir cuando el hoy recurrente venía explotando las minas desde varios años antes y se encontraba en condiciones de calcular el riesgo empresarial que asumía al prorrogar la vigencia del contrato hasta el año 2020.

Que el riesgo de una menor rentabilidad de la explotación minera se lo asignaba el contrato al hoy recurrente queda claro por la cláusula que fijaba un canon mínimo anual si el porcentaje del 5'5% sobre el tonelaje de carbón extraído no cubría ese mínimo. De aquí que el dolo del hoy recurrente como incumplidor no ofrezca duda alguna, pues cesó en la explotación no por una imposibilidad sobrevenida ni por circunstancias absolutamente imprevisibles en 1989 sino, pura y simplemente, por su propia conveniencia para percibir la ayuda oficial de 635.652.877 ptas., lo que equivale a lucrarse a costa de la otra parte contratante alterando la asignación de riesgos resultante del contrato.

CUARTO .- Desestimado el recurso de casación y desestimada también la parte del motivo del recurso extraordinario por infracción procesal dedicada a impugnar la valoración de la prueba sobre el incumplimiento de la obligación de allanar y compactar el terreno, queda por examinar la parte del mismo motivo que impugna la sentencia recurrida por incongruente, admisible, pese a la oposición de la parte recurrida, por aparecer suficientemente separada e identificada en el desarrollo argumental del motivo.

Formulado al amparo del ordinal 2º del art. 469.1 LEC y fundado en infracción de sus arts 216 y 218, con mención también del art. 24 de la Constitución, el reproche de incongruencia, siempre en cuanto al importe de la indemnización acordada, se hace desde una doble perspectiva: la primera, por haberse multiplicado el canon mínimo anual por veinte años, en vez de por diecinueve como pedía la propia parte actora; y la segunda, por haberse incrementado la cantidad resultante de esa multiplicación en un 5'5%, combinando así dos elementos o factores incompatibles entre sí y que, además, como tales fueron considerados por la parte demandante, que nunca solicitó la suma del canon mínimo más el variable.

Pues bien, la incongruencia denunciada ha de ser apreciada en parte, pues ciertamente la lectura de la demanda permite comprobar que en esta siempre se contempló el plazo de diecinueve años, no el de veinte computado por la sentencia recurrida, como tiempo restante de vigencia del contrato cuando el demandado lo incumplió (hecho decimotercero del escrito de interposición de demanda, folio 7 de las actuaciones; fundamento de derecho del propio escrito dedicado a la "cuantificación de las indemnizaciones postuladas", folio 15 de las actuaciones; y determinación de la cantidad de 507.627.541 ptas., folio 16 de las actuaciones). Se produjo así una incongruencia consistente no en dar más de lo pedido en la demanda pero sí en apartarse, para determinar el importe de la condena, de los fundamentos de hecho y de derecho de la propia demanda, que con arreglo a lo pactado entre las partes asignaba al contrato litigioso un plazo pendiente de vigencia de diecinueve años y no de veinte. Por lo tanto la sentencia recurrida infringió el párrafo segundo del art. 218.1 LEC en cuanto este impone a los tribunales resolver "sin apartarse de la causa de pedir acudiendo a fundamentos de hecho o de Derecho distintos de los que las partes hayan querido hacer valer".

En cambio el motivo no tiene razón al considerar también incongruente la sentencia recurrida por sumar a la cantidad resultante de multiplicar años por canon mínimo el 5% de la subvención obtenida en su día por el hoy recurrente, ya que en la demanda se pedía una cantidad equivalente a la media anual de los cánones brutos cobrados desde 1980 (26.717.239 ptas.) multiplicada por diecinueve años e incrementada con arreglo a la inflación y, sin embargo, la sentencia recurrida optó por la cantidad de 2 millones de ptas., importe del canon mínimo anual, pero incrementándola con el 5'5% de la subvención. Al calcular así la indemnización, la sentencia no dio más de lo pedido (74.960.908 ptas. frente a 507.000.000 ptas. más incremento por la inflación pedidos en la demanda) ni combinó dos factores de cálculo incompatibles entre sí. Antes bien, calculó el lucro cesante de una forma prudente en función de datos objetivos y probados: por un lado el mínimo anual pactado pero por otro, como factor de corrección imprescindible para no optar por una solución irreal en beneficio del demandado incumplidor, añadiendo un 5'5%, porcentaje del tonelaje del carbón bruto extraído que según el contrato determinaba el canon anual siempre que superase el mínimo pactado, del importe de la subvención obtenida por el demandado, importe que constituía otro dato objetivo y probado en las actuaciones.

En consecuencia, conforme a la regla 7ª de la D. Final 16ª LEC, procede dictar sentencia ajustando el importe de la indemnización a lo pedido en la demanda y a la causa de pedir, lo que se traduce en restar de la cantidad acordada por la sentencia recurrida el canon mínimo (2 millones de ptas.) correspondiente al año de más computado por la sentencia impugnada, fijándose así el importe de la indemnización en 72.960.908 ptas., es decir, 437.767'20 euros.

QUINTO .- Conforme a los arts. 398 y 394 LEC procede imponer al recurrente las costas del recurso de casación y no imponer especialmente a ninguna de las partes las del recurso extraordinario por infracción procesal, sin que la disminución del importe de la indemnización tenga repercusión alguna en las costas de las instancias porque sigue subsistiendo una estimación parcial del recurso de apelación de la parte actora y se mantiene la desestimación total de la impugnación añadida del hoy recurrente.

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

FALLAMOS

1º.- **DESESTIMAR EL RECURSO DE CASACIÓN** interpuesto por el demandado-reconviniente D. Ezequiel contra la sentencia dictada el 3 de abril de 2008 por la Sección 11ª de la Audiencia Provincial de Madrid en el recurso de apelación nº 717/06 .

2º.- **ESTIMAR PARCIALMENTE EL RECURSO EXTRAORDINARIO POR INFRACCIÓN PROCESAL** interpuesto por dicho litigante contra la misma sentencia.

3º.- Sustituir el importe de la indemnización que establece la sentencia recurrida por el de CUATROCIENTOS TREINTA Y SIETE MIL SETECIENTOS SESENTA Y SIETE EUROS CON VEINTE CÉNTIMOS (437.767'20#, equivalentes a 72.960.908 ptas.).

4º.- Confirmar los restantes pronunciamientos de la sentencia recurrida.

5º.- Imponer al recurrente las costas del recurso de casación y no imponer especialmente a ninguna de las partes las del recurso extraordinario por infracción procesal.

Así por esta nuestra sentencia, que se insertará en la COLECCIÓN LEGISLATIVA pasándose al efecto las copias necesarias, lo pronunciamos, mandamos y firmamos .- **Juan Antonio Xiol Rios.-Francisco Marin Castan.-Jose Antonio Seijas Quintana.- Francisco Javier Arroyo Fiestas.-Roman Garcia Varela.-Xavier O'Callaghan Muñoz.-FIRMADA Y RUBRICADA.** PUBLICACIÓN.- Leída y publicada fue la anterior sentencia



por el EXCMO. SR. D. **Francisco Marin Castan**, 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