



Roj: STS 1067/2015 - ECLI:ES:TS:2015:1067  
Id Cendoj: 28079110012015100130  
Órgano: Tribunal Supremo. Sala de lo Civil  
Sede: Madrid  
Sección: 1  
Nº de Recurso: 598/2013  
Nº de Resolución: 131/2015  
Procedimiento: Casación  
Ponente: EDUARDO BAENA RUIZ  
Tipo de Resolución: Sentencia

## **SENTENCIA**

En la Villa de Madrid, a trece de Marzo de dos mil quince.

La Sala Primera del Tribunal Supremo, integrada por los magistrados al margen indicados, ha visto el recurso de casación interpuesto por ALCEMATIC, SL, contra la sentencia de 21 de enero de 2013, dictada por la Sección Primera de la Audiencia Provincial de Madrid, en el rollo de apelación 781/2011, dimanante de los autos de juicio ordinario 841/2007 del Juzgado de Primera Instancia número 74 de Madrid.

Ha comparecido ante esta Sala en calidad de parte recurrente ALCEMATIC SL, representada por el procurador don Jorge Deleito García.

Ha comparecido en calidad de partes recurridas SIGLA SA, representada por el procurador don Joaquín Fanjul de Antonio; SIGLA IBÉRICA SA, RESTAURANTES Y SERVICIOS REYSE SA, y LÚCULO, SA, representadas por el procurador don Manuel Lanchares Perlado.

## **ANTECEDENTES DE HECHO**

### **Tramitación en primera instancia.**

1. El procurador de los Tribunales don Jorge Deleito García, en nombre y representación de la Sociedad Limitada Alcematic, interpuso demanda de juicio ordinario en reclamación de cantidad, contra "Sigla Ibérica SA", "Restaurantes y Servicios Reyse SA" y contra "Luculo SA", (en adelante "Grupo Vips"). El suplico de la demanda es como sigue:

*«[...] estimando íntegramente y en todas sus partes esta demanda:*

1º.- *Se declare resuelto el contrato de cesión de espacios para la ubicación de máquinas expendedoras de tabaco fechado el día 1 de enero de 2005 y suscrito entre las partes, condenando a las demandadas a estar y pasar por dicha declaración.*

2º.- *Se condene a la parte demandada a abonar a mi representada la cantidad de 2.265.609,80 euros, por los conceptos e importes recogidos en el hecho décimo de la demanda.*

3º.- *Se condene a las demandadas al pago de los intereses legales desde la interposición de esta demanda ante ese tribunal.*

4º.- *Se condene a las demandadas al pago de las costas devengadas en este procedimiento.»*

2. El Juzgado de Primera Instancia número 74 de Madrid, dictó Auto de 21 de mayo de 2007, admitiendo a trámite la demanda y emplazando a las partes para contestar en un plazo de 20 días hábiles.

3. El procurador don Manuel Lanchares Perlado en nombre y representación de "SIGLA IBÉRICA SA, RESTAURANTES Y SERVICIOS REYSE, SA y LUCULO, SA", (en adelante "Grupo Vips"), contestó a la demanda formulada por ALCEMATIC, SL, y formuló demanda reconvenzional.

El suplico de la demanda edice:

*«[...] tenga por contestada la demanda de ALCEMATIC, SL en tiempo y forma y, tras los trámites procesales pertinentes:*

- Admita la excepción de litisconsorcio pasivo necesario, y tras los trámites legales oportunos, acuerde la citación de SIGLA, SA, a este procedimiento; y

- En su día, dicte sentencia desestimando la demanda en su integridad, con expresa imposición de costas a la parte actora.»

En el suplico de la demanda reconvenicional solicita:

«[...] Que se tenga por formulada demanda reconvenicional y, previos los trámites legales oportunos, se estime íntegramente la misma y se declare extinguido el contrato con fecha 1 de septiembre de 2006, se declare el incumplimiento por parte de Alcematic, SL de su obligación de pago, condenando a Alcematic, SL al pago de 24.760,40 euros y sus intereses legales, con expresa imposición de costas.»

4. La representación procesal de ALCEMATIC, SL, contestó a la demanda reconvenicional y suplicó al Juzgado:

«[...] que teniendo por contestada la demanda reconvenicional articulada de contrario, para que previos los trámites legales oportunos, dicte en su día sentencia, por la que desestimando íntegramente y en todas sus partes la demanda reconvenicional planteada de contrario, absuelva a mi principal con todos los pronunciamientos favorables con imposición de costas a la parte actora de esta reconvenición. Por ser de hacer en justicia que respetuosamente pido en Madrid a veinte de diciembre de dos mil siete.»

5. La representación procesal de ALCEMATIC SL, amplió la demanda contra la Sociedad Anónima Sigla, suplicando al Juzgado:

«[...] se admita a trámite la demanda y se me tenga por personado en la representación que ostento de ALCEMATIC S.L., siguiéndose conmigo esta y las sucesivas diligencias en la forma prevista por la Ley y previo el emplazamiento de las demandadas, y tras el procedimiento ritual oportuno dicte en su día sentencia por la que estimando íntegramente y en todas sus partes esta demanda:

1º.- Se declare resuelto el contrato de cesión de espacios para (la ubicación de máquinas expendedoras de tabaco fechado el día 1 de enero de 2005 y suscrito entre las partes, condenando a las demandas a estar y pasar por dicha declaración.

2º.- Se condene a la parte demandada a abonar a mi representada la cantidad de 2.265.609,80 euros, por los conceptos e importes recogidos en el hecho décimo de la demanda.

3º.- Se condene a las demandadas al pago de los intereses legales desde la interposición de esta demanda ante ese tribunal.

4º.- Se condene a las demandas al pago de las costas devengadas en este procedimiento.

Por ser todo ello de Justicia que pido en Madrid a dieciséis de abril de dos mil nueve.»

6. El procurador don Joaquín Fanjul de Antonio, en nombre y representación de SIGLA SA, mercantil perteneciente al "Grupo Vips", contestó a la ampliación de la demanda y formuló demanda reconvenicional.

El suplico de la demanda dice:

«[...] que tenga por presentado este escrito junto con los documentos que se acompañan y sus copias, los admita, tenga por contestada la demanda de ALCEMATIC, SL. en tiempo y forma y, tras los trámites procesales pertinentes, dicte sentencia desestimando la demanda en su integridad, con expresa imposición de costas a la parte actora.

El suplico de la reconvenición es como sigue:

«Que tenga por formulada demanda reconvenicional y, previos los trámites legales oportunos, se estime íntegramente la misma y se declare condene a Alcematic, SL, al pago de 140.830 euros, más los intereses legales, con expresa imposición de costas. »

7. El Juzgado de Primera Instancia número 74 de Madrid, dictó Auto de 15 de junio de 2009 , admitiendo a trámite la reconvenición formulada por la parte demandada SIGLA SA, dando traslado a la parte actora para su contestación.

8. La representación procesal de ALCEMATIC, SL, contestó a la demanda reconvenicional y solicitó al Juzgado dictase sentencia por la que:

«[...] desestimando la demanda promovida por SIGLA SA, absuelva a mi principal de todos los pronunciamientos favorable y con imposición de costas a la parte actora reconveniente. Por ser de hacer en justicia que respetuosamente pido en Madrid a veinte de julio de dos mil nueve.»

9. El Juzgado de Primera Instancia número 74 de Madrid, dictó sentencia el 8 de marzo de 2012 , cuya parte dispositiva es del siguiente tenor literal:

«Que estimando parcialmente la demanda interpuesta por el Procurador de los tribunales don Jorge Deleito García, en nombre y representación de la mercantil, contra las mercantiles SIGLA IBÉRICA, SA, RESTAURANTES Y SERVICIOS REYSE, SA, Y LÚCULO, SA, denominadas conjuntamente GRUPO VIPS, representadas por el Procurador de los Tribunales don Manuel Lanchares Perlado, y contra SIGLA , SA, representada por el Procurador de los Tribunales don Joaquín Fanjul de Antonio, debo declarar y declaro resuelto el contrato que unía a las partes de fecha 1 de enero de 2005, condenando a las demandadas a abonar a la actora en concepto de indemnización de daños y perjuicios la suma de 1. 298, 160 euros, más los intereses legales, sin expresa condena en costas.»

Se desestiman las demandas reconventionales deducidas por las codemandadas SIGLA IBÉRICA, SA, RESTAURANTES Y SERVICIOS REYSE, SA y LÚCULO, SA, y por SIGLA SA, contra la demandante ALCEMATIC, SL, imponiéndole a ambas demandantes reconventionales el pago de las costas causadas con las dos demandas reconventionales.»

10. La representación procesal de ALCEMATIC SL, solicitó la aclaración de la anterior resolución y el Juzgado de Primera Instancia número 74 de Madrid, dictó Auto el 8 de marzo de 2011 , cuya parte dispositiva es del siguiente tenor:

«SE COMPLETA la sentencia de fecha 8 de marzo de 2011 en los términos siguientes:

- En el Fundamento de Derecho Cuarto donde dice "El contrato datado en 1.01.05, se firmó, como ambas partes coinciden, en marzo de 2006..." debe decir en marzo de 2005.

- En el Fundamento de Derecho Quinto donde dice"... la empresa SIGLA SA,... contestó deduciendo reconvencción por la suma de 140,83 euros", debe decir 140,830 euros.

- En el Fundamento de Derecho Sexto in fine donde dice "En total 601 euros por los 22,5 meses que faltó de cumplimiento por 96 máquinas arrojan un total de 1.298, 16 euros a lo que debe ser indemnizada la actora..." debe decir 1.298.160 euros.

- En el Fallo donde dice " la suma de 1.298,160 euros...", debe decir 1.298.160 euros.»

#### **Tramitación en segunda instancia.**

11. Contra la anterior resolución de 8 de marzo de 2012 dictada por el Juzgado de Primera Instancia número 74 de Madrid , las representaciones procesales de SIGLA SA, SIGLA IBÉRICA SA, RESTAURANTES Y SERVICIOS REYSE SA, y LÚCULO SA, todas ellas denominadas "GUPO VIPS", interpusieron recurso de apelación, cuya resolución correspondió a la Audiencia Provincial de Madrid (Sección 11ª), que dictó sentencia el 21 de enero de 2013, recaída en el recurso de apelación 781/2011 . El fallo de la sentencia es como sigue:

« Que estimando en parte el recurso interpuesto por SIGLA IBÉRICA SA, RESTAURANTES Y SERVICIOS REYSE SA, y LÚCULO SA y SIGLA SA, contra la sentencia de fecha ocho de marzo de dos mil once, aclarada por auto de fecha once de marzo de dos mil once, revocamos en parte dicha resolución, y por la presente estimando en parte la demanda interpuesta, manteniendo la resolución del contrato firmado entre las partes en fecha 1 de enero de 2005, condenamos a la demandada Grupo Vips a que abone a la actora la cantidad de cien mil euros, sin declaración sobre las costas causadas por la demanda.

Estimamos parcialmente la reconvencción deducida por Grupo Vips y condenamos a la actora a que se abone a dicha para la cantidad de 17.870 euros, sin declaración sobre las costas causadas en esa relación procesal. »

#### **Interposición del recurso de casación.**

12. Contra la sentencia dictada por la Audiencia Provincial de Madrid (Sección 11ª), la representación procesal de ALCEMATIC, SL, interpuso recurso de casación con base en los siguientes motivos:

Motivo Primero: al amparo del artículo 477.1 de la LEC por infracción de los artículos 1.091 y 1.258 del Código Civil

Motivo Segundo: al amparo del artículo 477.1 de la LEC por infracción del artículo 1.101 del Código Civil ,

Motivo Tercero: al amparo del artículo 477.1 de la LEC por infracción de los artículos 1105 , 1184 y 1272 del Código Civil

Motivo Cuarto: Al amparo del artículo 477.1 de la LEC por infracción del artículo 1256 del Código Civil

Motivo Quinto: Al amparo de lo establecido en el artículo 477.1 de la LEC por infracción del artículo 1285 del Código Civil

Motivo Sexto: Al amparo del artículo 477.1 de la LEC por infracción del artículo 1195 del Código Civil en lo relativo a la compensación de créditos.

**13.** Por diligencia de ordenación de 7 de marzo de 2013, se tuvo por interpuesto el recurso de casación, acordando remitir las actuaciones a esta Sala Primera del Tribunal Supremo, previo emplazamiento de las partes para comparecer ante esta Sala por término de 30 días.

**14.** Recibidas las actuaciones en esta Sala, comparecieron las partes, ambas representadas por sus respectivos procuradores, ya mencionados anteriormente. La Sala dictó Auto el 8 de octubre de 2013, cuya parte dispositiva dice:

*«1º) Admitir el recurso de casación interpuesto por la representación procesal de ALCEMATIC, SL, contra la sentencia dictada, con fecha 21 de enero de 2013, por la Audiencia Provincial de Madrid (Sección 11ª), en el rollo de apelación 781/2011 , dimanante de los autos de juicio ordinario nº 841/2007 del Juzgado de Primera Instancia nº 74 de Madrid.»*

**15.** Admitido el recurso y evacuado el traslado conferido a las partes, la representación procesal de SIGLA IBÉRICA SA, RESTAURANTES Y SERVICIOS REYSE SA, y LÚCULO SA y SIGLA SA, manifestaron su oposición al recurso formulado de contrario.

**16.** Al no haber sido solicitado por todas las partes la celebración de vista pública, se señaló para votación y fallo el 24 de febrero de 2015 en que ha tenido lugar.

Ha sido Ponente el Magistrado Excmo. Sr. D. **Eduardo Baena Ruiz** , Magistrado de Sala

## FUNDAMENTOS DE DERECHO

### Resumen de Antecedentes.

**PRIMERO.-** Son hechos relevantes acreditados en la instancia para la decisión del recurso los siguientes:

**1.** El día 1 de enero de 2005 se concertó un contrato entre Alcematic SL y las Sociedades Sigla, SA, Ibérica, SA, Restaurantes y Servicios Reyse, SA, y Luculo, SA (en adelante Grupo Vips) haciéndose constar en la exposición del mismo que: a) Alcematic SL es una compañía dedicada a la instalación y explotación de máquinas y elementos mecánicos para la expedición al público de tabacos, ofreciendo cobertura nacional , salvo en Canarias; b) Que, en el interés de otorgar un mejor servicio a los clientes del Grupo Vips, incorporando a los puntos de venta con recargo titularidad del Grupo Vips, máquinas expendedoras automáticas de la empresa Alcematic, ambas entidades, con estricto respeto al marco constituido por la normativa vigente o la que en un futuro fuere de aplicación en materia de mercado de tabacos y publicidad fundamentalmente constituida en la actualidad por la Ley 13/1998, de A-V, de desarrollo, aprobado por Real Decreto 1199/1999, de 9 de julio, de la Ley 34/1988, de 11 de noviembre, General de Publicidad, la Ley 26/1984 de julio, General de Sanidad, así como el Real Decreto 192/1988, de 4 de marzo, sobre limitaciones en la venta y uso del tabaco para la protección de la población.

Acuerdan [...]

**2.** La sentencia recurrida plantea el objeto del litigio en los siguientes términos: *«El presente proceso se inicia por demanda de la entidad Alcematic S.L. contra las entidades Sigla Ibérica S.A., Restaurantes y Servicios Reyse S.A., y Luculo S.A., (Grupo VIPS), en ejercicio de una acción de resolución de contrato y reclamación de la cantidad de 2.265.609,80 euros como indemnización de daños y perjuicios; la demanda se sustenta en un relato fáctico según el cual las partes suscribieron en fecha 1 de enero de 2005 (aunque se dice se firmó en abril de 2005) un contrato para la instalación de 105 máquinas expendedoras de tabaco en los locales de la demandada a cambio de un canon de 150 o 110 euros al mes por cada máquina y por un periodo de 36 meses, con previsión de que el Grupo VIPS se comprometía a instalar zonas de no fumadores llegado el caso ante la conciencia de las probables modificaciones legislativas; se expresa que en cumplimiento del contrato la actora compró a Vendigmatic, hasta ese momento operador de las máquinas expendedoras de*

tabaco en el Grupo VIPS, las 105 máquinas por un importe de 180.000 euros, siendo así que ya en el mes de mayo de 2005 se publicó el Proyecto de ley reguladora de la venta, suministro, consumo y publicidad de los productos del tabaco sin que ello llevara a modificación alguna en el contrato. La ley se publicó en el BOE el 27 de diciembre de 2005 estableciendo nuevos requisitos para la expedición de tabaco, sólo en lugares donde no estuviera prohibido fumar, o establecimientos con zonas habilitadas para fumadores, con limitaciones de publicidad y otras normas, con plazo hasta 1 de septiembre de 2006 para cumplir los requisitos legales de habilitar zonas de fumadores; se añade que la demandada ante los costes de la reestructuración pretendió la resolución del contrato con abono a la actora de 50.000 euros con retirada de las máquinas el 31 de agosto de 2006, extractando la actora las comunicaciones habidas que a su juicio pondrían de manifiesto

la falta de voluntad de la demandada de cumplir el contrato y su absoluta imprevisión sobre la nueva normativa, decidiendo finalmente que sus locales fueran de no fumadores, con incumplimiento del contrato suscrito, por lo que se reclama la resolución del contrato, la cantidad de 120.000 euros como desembolso por la compra de las máquinas, 6.890,40 euros como importe pagado a la entidad Gil Stauffer por la retirada de 16 máquinas, - 560.0000 euros por lucro cesante, y 1.557.792 euros por aplicación de la cláusula 3 del contrato.

La parte demandada se opuso a la demanda señalando que el contrato entre las partes se firmó a principios de marzo con efecto desde 1 de enero de 2005 dentro el marco legal vigente que se vio alterado de manera importante por la prohibición de fumar en locales comerciales y de restauración, con prohibición en general de vender tabaco en esos locales y necesidad de habilitar zonas de fumadores en aquellos locales de restauración en que se permita fumar; se argumenta sobre la imposibilidad de prever el cambio normativo siendo la actora consciente de la imposibilidad para Grupo Vips de adecuar zonas de fumadores por la propia realidad física de algunos locales, por el enorme coste de las obras en otros casos, o por afectarse a los propietarios de los locales arrendados, y con reseña de la diversa tipología de los locales explotados por la demandada se alega que desde el 1 de enero de 2006 la nueva norma prohibía el mantenimiento de una parte de las máquinas de la actora, todas las incluidas en centros que no fueran locales cerrados de restauración independientes en que se podían mantener durante el periodo transitorio hasta el 1 de septiembre. Se argumenta por la parte la valoración de habilitar zonas de fumadores y descartar la opción por el enorme coste que ello supondría, no habiéndose previsto esto en el contrato sino sólo la eventual habilitación de zonas de no fumadores con muchos menores costes y requisitos; llegado el 1 de septiembre la demandada requirió a la actora la retirada de las máquinas aun instaladas, debiendo la demandada consignar las 16 máquinas con gastos de 6.890,40 euros que

hubo de abonar a Cosme , quedando extinguido el contrato por haber devenido ilícito su objeto. Ante el Decreto aprobado por la Comunidad de Madrid, con requisitos más laxos que la normativa estatal, Decreto contra el que el Ministerio habría interpuesto un recurso contencioso-administrativo, Grupo Vips habría decidido adaptar algunos locales a esa normativa, ofreciendo a la actora en junio de 2007 instalar sus máquinas en tales locales, lo que se habría rechazado. Se niega cualquier incumplimiento en un contrato que se extinguió el 31 de agosto de 2006 al devenir imposible su objeto, y se rechazan las cantidades reclamadas. En derecho se alegó la falta de litisconsorcio pasivo necesario al no haberse demandado a la entidad Sigla S.A, que habría intervenido también en el contrato, se niega el incumplimiento con reseña del cambio legal operado y marco normativo, se alega el ejercicio abusivo del derecho por parte de la actora, la extinción del contrato por imposibilidad sobrevenida de cumplir la obligación, se alega de manera subsidiaria la exceptio non rite adimpleti contractus, así como la indebida acumulación de la cláusula penal y la indemnización de daños y perjuicios efectuada, por todo lo cual se solicita la desestimación de la demanda.

Formula asimismo la parte reconvencción con base a los hechos relatados en la contestación y en reclamación de la cantidad de 17.870 euros por cánones devengados y no pagados por la actora en el año 2006; y la cantidad de 6.890,40 euros por la factura pagada por las máquinas no retiradas por la actora.

La oposición a la reconvencción se mantuvo sobre la base de alegar haber sido la actora la que pagó la factura a Cosme por importe de 6.890,40 euros; y en cuanto al resto de cantidad por haberse compensado los cánones con el importe de retirada de las máquinas, lo que ofrecía un saldo a favor de la actora reconvenida.

La actora amplió la demanda contra la entidad Sigla S.A., que se opuso a la demanda formulando también reconvencción con asunción de la demanda reconvenccional del resto de demandados de Grupo Vips, y añadiendo la reclamación de la indemnización por lucro cesante de 140.830 euros en atención al acuerdo al que las partes estaban llegando para la instalación de 50 máquinas en los locales de Grupo Vips y en el periodo entre el 10 de junio de 2007 y el 1 de abril de 2009 en que la actora habría roto el acuerdo.

La actora se opuso a esta nueva reconvencción.»

3. El Juzgado de Primera Instancia dictó sentencia el 8 de marzo de 2011, estimando parcialmente la demanda, declarando resuelto el contrato que unía a las partes de fecha 1 de enero de 2005 con condena a la demandada a abonar a la actora, en concepto de indemnización de daños y perjuicios, la suma de 1.298.160 euros. Se desestimaban las demandas reconventionales.

4. Esta sentencia motiva, en esencia, su decisión, argumentando que la demandada tenía obligación de conocer que ya desde antes de la firma del contrato se preparaba una legislación muy restrictiva del consumo del tabaco, no pudiéndose echar por tierra el pacto contractual declarando los locales como de no fumadores al no estarse ante un caso de exoneración de responsabilidad, estimando que se trató de una resolución unilateral del contrato por parte de la demandada en febrero de 2006.

5. Meritada sentencia, fue recurrida en apelación por la parte demandada, correspondiendo el conocimiento del recurso a la Sección Undécima de la Audiencia Provincial de Madrid que dictó sentencia el 21 de enero de 2013, por la que, estimando parcialmente el recurso, mantenía la resolución del contrato firmado entre las partes en fecha 1 de enero de 2005, pero condenando a la demandada Grupo Vips a que abonase a la actora la cantidad de 100.000 euros. También estimaba parcialmente la reconvenición deducida por Grupo Vips a que abonase a la actora la cantidad de 17.870 euros, debiéndose compensar ambas cantidades.

6. La sentencia recurrida en su extensa motivación, acompañada de abundantes citas de resoluciones judiciales, hace las siguientes consideraciones:

a) Que el objeto del proceso no es otro que la petición de resolución del contrato suscrito entre las partes y fechado el 1 de enero de 2005 con petición de indemnización de daños y perjuicios derivados de dicha resolución por incumplimiento de la demandada, siendo así que este incumplimiento se centra en no haber respetado tal parte el plazo pactado de duración del contrato de 36 meses reclamándole por ello la aplicación de la cláusula penal prevista en el propio contrato, así como una cantidad por lucro cesante, otra por la compra de las máquinas, y otras finalmente por gastos realizados por la actora para la retirada de las máquinas de los locales de la demanda.

b) Que a la hora, pues, de examinar el alegado incumplimiento y sus efectos, no comparte el criterio de la Juzgadora cuando hace recaer sobre la demandada la obligación de conocer a la firma del contrato la normativa que se preparaba restrictiva para el consumo de tabaco, con obligación de habilitar zona para fumadoras, debiendo, pues, respetar el contrato, que ya preveía tales restricciones. Y no comparte dicho criterio el tribunal en atención a las circunstancias concurrentes del caso.

c) Si la demandada debía cumplir escrupulosamente el contrato, a pesar de los cambios legislativos, a cualquier precio: i) la indemnización que se concede resulta ser muy superior al importe que hubiera recibido la actora de mantenerse vigente el contrato por los meses que faltaban para su finalización; ii) además la resolución del contrato fue anterior a aquella fecha, pues ya en febrero de 2006 se manifestó la voluntad resolutoria con retirada de la mayor parte de las máquinas por parte de la actora (documentos nº 39 y 46 de la demanda y 23 a 26 de la contestación); con lo que el 1 de septiembre de 2006 terminó la relación contractual mediante la completa retirada de las máquinas aún instaladas y explotadas; iii) tales máquinas retiradas fueron vendidas por la actora como reconoció en el acto del juicio oral don Primitivo, verdadero concededor de los avatares del contrato y apoderado de la actora para la dirección de su empresa.

d) Tras la incidencia importantísima que tuvo en el contrato la Ley 28/2005, y según se colige de lo anterior, las partes entraron en una fase de negociaciones al afectar la ley de manera directa a ciertas prácticas: i) prohibición de vender tabaco en mostradores; ii) prohibición de fumar en centros comerciales; iv) todo ello exigía la inmediata retirada de algunas máquinas; v) exigencia en el periodo transitorio, respecto de los establecimientos de restauración, de decidir sobre declararlos de fumadores o de no fumadores, y a partir de cierta superficie poder establecer áreas o zonas de fumadores con estanqueidad respecto de las demás zonas y en las condiciones establecidas por la ley; vi) coste enorme que suponía para la demandada estas obras.

Tales negociaciones no concluyeron en acuerdos pese a existir ciertas ofertas a tal fin (documentos nº 36 de la demanda, documento nº 1 aportado en la audiencia previa, documento 37 bis de la demanda.

e) La actora, a juicio del Tribunal, pretende hacer recaer las consecuencias de la entrada en vigor de la ley antes referida únicamente sobre la demandada, imputándole una imprevisión que con mayor razón le sería reprochable a ella dado su objeto social, o pretendiendo una interpretación del contrato que no se comparte en cuanto obvia la incidencia de la nueva legislación en las obligaciones de las partes, en la proporcionalidad de las prestaciones y en el mismo interés económico subyacente a la operación comercial.

A la vista de tal reflexión entiende debe ser objeto de análisis si se está o no ante una imposibilidad sobrevenida para el cumplimiento de la obligación, recogiendo, en la búsqueda de la respuesta, un amplio panorama de la doctrina emanada de las resoluciones judiciales sobre tal imposibilidad y sobre la regla "rebus sic stantibus", destacando la STS de 30 de abril de 2002 .

f) La entrada en vigor de la nueva ley afectó, de manera determinante, a la relación contractual de las partes y para ambas supuso un perjuicio derivado de la pérdida del beneficio que obtenían del contrato por la explotación de las máquinas y por el canon percibido, respectivamente, no siendo aceptable que sólo la demandada haya de asumir las consecuencias desfavorables de la nueva legislación, calificándola de parte incumplidora en la relación contractual y sujeta, por ende, a indemnizar a la actora.

g) No se está ante un verdadero incumplimiento que merezca la aplicación íntegra de la cláusula penal prevista en el contrato, sino ante una circunstancia sobrevenida, como es la nueva legislación, que al exigir en ciertos centros una adaptación técnica para su habilitación como espacios de fumadores, genera por sus enormes costes, muy superiores a lo previsible, una situación de absoluta desproporción en el cumplimiento de la obligación, rompiendo la equivalencia de las prestaciones de las partes.

h) Pretender que el peso de tal incidencia recaiga sólo en la demandada merece su rechazo y exige una negociación del contrato.

i) Las partes intentaron negociar no tanto el contrato, de imposible cumplimiento desde la decisión de la demandada de que sus establecimientos fueran de no fumadores, sino desde la discusión sobre las consecuencias de una resolución en verdad no discutida desde el momento en que ninguna parte pide el cumplimiento y la actora incluso habría retirado y vendido sus máquinas a partir de febrero de 2006, terminando completamente la relación en septiembre de ese año.

j) A la hora de centrar el problema, que son las consecuencias de la resolución, el Tribunal sostiene: i) que aunque el Grupo Vips se comprometía a habilitar, llegado el caso, zonas de no fumadores en sus salas, con previsión contractual al efecto, no es lícito exigirle el cumplimiento a cualquier precio, pues, además, el supuesto es distinto al que la ley impone, que se refiere a zonas de fumadores y, sin embargo el contrato se refiere a zonas de no fumadores, siendo la exigencia legal más costosa por sus exigencias técnicas; ii) por tanto, la invocación del pacto no puede tener el efecto pretendido de hacer previsible la reforma y asumidas contractualmente sus consecuencias; iii) no se puede obviar que el contrato lo elaboró Alcematic; iv) el nuevo marco legal alteró de manera decisiva el objeto del contrato y afectó a ambas partes en sus expectativas de ganancias derivadas de la operación.

k) Ahora bien, y ello es relevante, de ciertos locales y consiguientemente máquinas expendedoras de tabaco, era posible con una actividad de la demandada sobre los inmuebles la adaptación de los mismos, en tanto la actora nada tenía que hacer salvo aceptar la supresión de la publicidad o la retirada de máquinas en espacios que en ningún caso permitirían la venta ni el consumo de tabaco.

l) Añade que esa falta de adaptación de los locales resulta lógica consecuencia de su coste y justificada la decisión adoptada, aunque supone una frustración para las expectativas de la actora.

m) Corolario de ello es que esta debe ser indemnizada por la demandada, en aplicación de la cláusula penal prevista en el contrato, pero con la necesaria ponderación atendidas las circunstancias.

n) La moderación de la cláusula penal la funda en: i) se trata de un incumplimiento irregular de la obligación motivado por una imposibilidad sobrevenida en términos económicos, pues la desproporción manifiesta entre el coste necesario para el cumplimiento regular del contrato y las consecuencias del mismo puede alcanzar la práctica imposibilidad; ii) se ha de tener en cuenta el parcial cumplimiento durante el año 2006 pese a la retirada de máquinas por la actora; iii) la completa finalización de la relación contractual en septiembre de 2006; iv) la disposición por la actora de las máquinas retiradas para extraer de ellas el rendimiento económico que le convino, las propias cantidades derivadas del contrato, y los perjuicios que ambas partes sufrieron como consecuencia de la frustración del contrato; v) fija la indemnización en cien mil euros, alcanzándose así, en sede de compensación económica, una justa distribución de los perjuicios.

**SEGUNDO.-** La representación de Alcematic SL interpuso recurso de casación contra la anterior sentencia al amparo del artículo 477.2.2º de la Ley de Enjuiciamiento Civil por ser la cuantía superior a 600.000 euros, articulando el mismo en seis motivos:

**1. Motivo Primero:** Al amparo del artículo 477.1 de la LEC por infracción de los artículos 1.091 y 1.258 del Código Civil , en cuanto al cumplimiento de las obligaciones y contratos se refiere, ya que se entiende

que el Tribunal de instancia obvia dichos preceptos, pues los contratos tienen fuerza de ley entre las partes contratantes y deben cumplirse al tenor de los mismos.

En el planteamiento resalta la recurrente que las posibles consecuencias del desarrollo del contrato y sus pactos así como la contingencia de una nueva normativa restrictiva sobre el mercado del tabaco, estaba expresamente pactada; luego las consecuencias de la nueva y futura norma formaban parte intrínseca del documento contractual. Las partes habían previsto con nitidez la posibilidad de una más que probable modificación normativa en el mercado del tabaco, por lo que no puede calificarse tal circunstancia de imprevisible y, por ende, imposible el cumplimiento del contrato. Se preveía por el Grupo Vips la necesidad de adaptar locales.

**2. Motivo Segundo:** Al amparo del artículo 477.1 de la LEC por infracción del artículo 1.101 del Código Civil, en cuanto a las consecuencias del incumplimiento de las obligaciones se refiere, en relación con lo dispuesto en el artículo 1281.1 del mismo cuerpo legal relativo a la interpretación literal de los contratos y 1.152 de idéntico Código en lo relativo a la aplicación en todo caso de la cláusula penal pactada en los contratos, por considerar infringidos estos tres preceptos legales.

En el planteamiento entiende la recurrente que el incumplimiento no es irregular sino "gravemente defectuoso", que apareja el incumplimiento total de la obligación, por lo que se infringe el artículo 1.101 del Código Civil.

Se denuncia también la interpretación literal del contrato y la claridad de la cláusula penal, pugnano con las reglas de la lógica, interesando que se le aplique ésta en sus propios términos.

**3. Motivo Tercero:** Al amparo del artículo 477.1 de la LEC por infracción de los artículos 1105, 1184 y 1272 del Código Civil en cuanto a la falta de responsabilidad ante lo que no puede prevenirse y en cuanto a que no puede ser objeto del contrato lo imposible.

Insiste en su planteamiento en la previsibilidad de los cambios normativos sobre comercialización y venta de labores de tabaco con carácter restrictivo, así como en el hecho de que el propio contrato contenía tales previsiones.

**4. Motivo Cuarto:** Al amparo del artículo 477.1 de la LEC por infracción del artículo 1256 del Código Civil, a tenor del cual la validez y cumplimiento de los contratos no pueden dejarse al arbitrio de uno de los contratantes. Insiste la recurrente en que se acogió la demandada a una legislación previsible para incumplir el contrato en los términos pactados, declarando sus locales no fumadores desde el día 1 de septiembre de 2006, cuando en aquél había comprometido la adaptación de sus salas.

**5. Motivo Quinto:** Al amparo de lo establecido en el artículo 477.1 de la LEC por infracción del artículo 1285 del Código Civil a cuyo tenor las cláusulas de los contratos deberán interpretarse las unas por las otras, atribuyendo a las dudosas el sentido que resulte del conjunto de todas.

Se pretende atacar la interpretación que hace el Tribunal de instancia del conjunto de las cláusulas del contrato para insistir en que ya existía una previsión de una regulación diferenciada en los locales entre los fumadores y los no fumadores, pactando, sin embargo, una duración definida, en principio, de 36 meses.

**6. Motivo Sexto:** Al amparo del artículo 477.1 de la LEC por infracción del artículo 1195 del Código Civil en lo relativo a la compensación de créditos.

Aduce la recurrente que la sentencia de instancia no admite la compensación solicitada por ella al contestar la demanda reconvencional por estimar que lo relativo a la retirada de las máquinas llevadas a cabo por Alcematic se integra en la práctica imposibilidad del cumplimiento del plazo del contrato a la que la sentencia se acoge.

**TERCERO.-** Los motivos primero, segundo y quinto, aunque desde diversos enfoques jurídicos, que justifican los preceptos cuya infracción se denuncia, plantean, en esencia, una sola cuestión, ciertamente relevante, y es que a juicio de la recurrente el Tribunal de instancia no ha tenido en cuenta el contrato y las consecuencias anudadas a su incumplimiento, destacando que en él se preveía la contingencia de una nueva normativa restrictiva sobre el mercado del tabaco, pactando expresamente tal circunstancia, formando parte, pues, del documento contractual. Consecuencia de ello es que no puede calificarse de imprevisible tal normativa y avocar a un imposible incumplimiento del contrato.

**CUARTO.-** No se hace necesario acudir a la doctrina de la Sala sobre interpretación de los contratos, recordada en reciente sentencia de 17 de diciembre de 2014, en el sentido de ser labor de la instancia,

debiendo la Sala examinar la legalidad, arbitrariedad o contradicción del raciocinio lógico. Y decimos que no es preciso acudir a meritada doctrina porque basta con leer la sentencia recurrida para apreciar que no niega que esa previsión contractual existiese y, por ende, el riesgo de sus consecuencias. Lo que sí afirma en una cabal y sistemática interpretación del contrato, es que ambas partes quedaban sujetas a tales contingencias y que por ello no todo el peso de la base del negocio se podía cargar a la demandada y a su compromiso de separar sus locales de restauración entre fumadores y no fumadores. Tal imprevisión le podrá ser reprochable por no ser ajena a lo pactado, pero afirma el Tribunal que con mayor razón, pues también se vio afectada, le sería reprochable a la actora dado su objeto social.

Lo que resalta la sentencia recurrida no es que tales riesgos no se previesen, sino que el concreto contenido de la nueva normativa afectó de manera determinante la relación contractual de ambas partes, suponiendo para ellos un perjuicio derivado de la pérdida del beneficio que obtenían del contrato por la explotación de las máquinas -la actora- y por el canon percibido -la demandada-, negando que tal cambio normativo, contractualmente temido, deba asumirlo solamente la demandada.

Tales circunstancias merecían, y era lo propio, una renegociación del contrato, pero los intentos a tal fin no fructificaron. Puede que algunas expresiones de la sentencia, aisladamente consideradas, ofrezcan la impresión que los riesgos contractualmente previstos no tienen alcance y relevan al deudor del cumplimiento de sus obligaciones, pero el sentido final de la sentencia no es ese.

Distingue entre ambas partes sobre la base de cómo les afecta la nueva normativa: i) De ciertos locales, y consiguientemente máquinas expendedoras de tabaco, cabría su explotación si la demandada adaptaba los inmuebles a la nueva normativa, previsión recogida en el contrato; ii) Sin embargo, la actora nada tenía que hacer salvo aceptar la supresión de la publicidad o la retirada de máquinas en espacios que en ningún caso permitían la venta ni el consumo del tabaco.

Entiende así que la demandada incumplió en ese extremo el contrato, con frustración para las expectativas de la actora, y que por ello debe ser indemnizada ésta en aplicación de la cláusula penal prevista en el contrato.

**QUINTO.-** Las anteriores consideraciones sobre el cabal entendimiento del contrato por el Tribunal, pero en su conjunto y captando los riesgos previsibles de ambas partes ante el temor de una nueva normativa, que llegó a ser realidad, enlaza con la denuncia que se hace por no aplicarse la cláusula penal en sus términos literales.

i) Existe una cláusula penal que ha sido fijada de forma clara, expresa y terminante que tiene como misión la de sustituir la correspondiente indemnización por daños y perjuicios en caso de falta de cumplimiento efectivo de la obligación contractual, sin necesidad, por tanto, de acreditar la existencia de dichos perjuicios, y, por ende, ha de ser aplicada conforme al artículo 1152 del Código Civil .

ii) No obstante, es posible su moderación, vía artículo 1154 del Código Civil , cuando la obligación principal hubiera sido parcialmente cumplida, o de forma defectuosa.

iii) A juicio del Tribunal de instancia, y su conclusión no es ilógica o arbitraria, no se está ante un verdadero incumplimiento que merezca la aplicación íntegra de la cláusula penal prevista en el contrato, sino ante una circunstancia como es la nueva legislación que, aunque previsible, exige en ciertos centros una adaptación técnica para su habilitación como espacios de fumadores que generó por sus costes una auténtica desproporción en el cumplimiento de la obligación, rompiendo la equivalencia de las prestaciones. La actora obtendría las ganancias de comercialización de tabaco en tales locales, abonando el canon pactado, mientras que la demandada correría a cambio de ese canon con los enormes costes de adaptación, perdiendo el canon de las máquinas que por imperativo legal ha retirado aquella, pues se prohíbe la venta de tabaco en mostradores, la publicidad del tabaco, fumar en centros comerciales y, a consecuencia de ello, se había de retirar las máquinas sitas en ellos.

iv) Es cierto que la cláusula penal estaba prevista para el desistimiento unilateral del plazo pactado, pero ello no puede desligarse de una situación afectante a ambas partes, perjudicadas con la nueva normativa previsible en abstracto para ellas, pero que debe suponer un riesgo compartido y no asumirlo enteramente la parte demandada como pretende la actora, como si el desistimiento unilateral fuese caprichoso y sin existir las circunstancias fácticas que tiene por acreditadas la sentencia de instancia.

De ahí que se acomode a nuestra doctrina la moderación de la cláusula penal, fruto de la resolución contractual, al no haber alcanzado las partes una renegociación del contrato que hubiese sido lo más adecuado en la asunción conjunta de los riesgos previstos y asumidos.

Tal función, como moderación de la cláusula penal, es la que ha llevado a cabo el Tribunal de Instancia, recogida en la letra XI del número 6 del Fundamento de Derecho Primero sobre resumen de antecedentes de esta sentencia, entrelazando todas las circunstancias mencionadas que esta Sala respeta sin merecer ser calificada su conclusión jurídicamente como arbitraria.

Procede desestimar, pues, los motivos primero, segundo y quinto.

**SEXTO.-** En el motivo tercero, con cita de los artículos 1105 , 1184 y 1272 del Código Civil insiste en la previsibilidad de los cambios normativos sobre comercialización y venta de labores de tabaco con carácter restrictivo, así como en que el propio contrato ya contenía la previsión del riesgo.

A ello se ha ofrecido respuesta. Se plantea con tal alegato la doctrina de la llamada *rebus sic stantibus* , mitigadora del excesivo rigor del principio *pacta sunt servanda*.

Pero aunque parece latir en el ánimo del Tribunal esta doctrina, si se tiene en cuenta las citas jurisprudenciales que hace, lo cierto es que se separa de ella y no alcanza las consecuencias anudadas a la misma, cuáles serían el efecto resolutorio cuando no sea posible establecer de otra forma el equilibrio jurídico, o bien el mero efecto modificativo, acomodando lo convenido a las circunstancias concurrentes en el caso enjuiciado al tiempo de ser cumplido.

El Tribunal opta por estimar la resolución del contrato por incumplimiento irregular de su obligación por la parte demandada y, por ende, huelga traer a colación toda la doctrina de la Sala al respecto extensamente recogida y sistematizada en la sentencia de 30 de junio de 2014, Rc. 2250/2012 , que plantea una tendencia a la aplicación normalizada de esta figura, reconocible ya en las sentencias de 17 y 18 de enero de 2013 (números de sentencia 820 y 822/2012 , respectivamente).

Procede la desestimación del motivo.

**SÉPTIMO.-** Procede también la desestimación de los motivos cuarto y sexto por cuanto giran alrededor de los alegatos ya tratados sobre la previsibilidad en el contrato de una nueva normativa sobre venta y consumo de labores de tabaco más restrictiva, y sus consecuencias respecto al incumplimiento por la demandada al no respetar el plazo pactado sobre la instalación de máquinas expendedoras en los locales en que, previa reforma, era posible su cumplimiento.

**OCTAVO.-** Procede desestimar el recurso de casación con imposición de costas a la parte recurrente en aplicación de los artículos 394.1 y 398.1, ambos de la Ley de Enjuiciamiento Civil , con la pérdida del depósito constituido de conformidad con la disposición adicional 15ª, apartado 9, de la Ley Orgánica del Poder Judicial , introducida por la Ley Orgánica 1/2009, de 3 de noviembre, complementaria de la Ley de Reforma de la Legislación Procesal para la implantación de la Nueva Oficina Judicial.

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

## FALLAMOS

1. Desestimar el recurso de casación interpuesto por la representación procesal de ALCEMATIC, SL, contra la sentencia de 21 de enero de 2013, dictada por la Sección 11ª de la Audiencia Provincial de Madrid en el rollo de apelación 781/2011 , dimanante de los autos de juicio ordinario 841/2007 del Juzgado de Primera Instancia número 74 de Madrid.

2 . Imponer las costas del recurso del recurso a la parte recurrente y la pérdida del depósito constituido para recurrir.

Así por esta nuestra sentencia, que se insertará en la COLECCIÓN LEGISLATIVA pasándose al efecto las copias necesarias, lo pronunciamos, mandamos y firmamos .- Firmado y Rubricado.- *Francisco Marin Castan.- Jose Antonio Seijas Quintana.- Antonio Salas Carceller .- Eduardo Baena Ruiz.- Xavier O'Callaghan Muñoz* PUBLICACIÓN.- Leída y publicada fue la anterior sentencia por el EXCMO. SR. D. **Eduardo Baena Ruiz** , 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.