



Roj: **STS 791/2020** - ECLI: **ES:TS:2020:791**

Id Cendoj: **28079110012020100157**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **1**

Fecha: **06/03/2020**

Nº de Recurso: **2400/2017**

Nº de Resolución: **156/2020**

Procedimiento: **Recurso extraordinario infracción procesal**

Ponente: **IGNACIO SANCHO GARGALLO**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Resoluciones del caso: **SAP C 878/2017,**  
**STS 791/2020**

## **TRIBUNAL SUPREMO**

### **Sala de lo Civil**

#### **Sentencia núm. 156/2020**

Fecha de sentencia: 06/03/2020

Tipo de procedimiento: CASACIÓN E INFRACCIÓN PROCESAL

Número del procedimiento: 2400/2017

Fallo/Acuerdo:

Fecha de Votación y Fallo: 13/02/2020

Ponente: Excmo. Sr. D. Ignacio Sancho Gargallo

Procedencia: Audiencia Provincial de A Coruña, Sección 4.ª

Letrada de la Administración de Justicia: Ilmo. Sr. D. José María Llorente García

Transcrito por: RSJ

Nota:

CASACIÓN E INFRACCIÓN PROCESAL núm.: 2400/2017

Ponente: Excmo. Sr. D. Ignacio Sancho Gargallo

Letrada de la Administración de Justicia: Ilmo. Sr. D. José María Llorente García

## **TRIBUNAL SUPREMO**

### **Sala de lo Civil**

#### **Sentencia núm. 156/2020**

Excmos. Sres.

D. Ignacio Sancho Gargallo

D. Rafael Sarazá Jimena

D. Pedro José Vela Torres

D. Juan María Díaz Fraile



En Madrid, a 6 de marzo de 2020.

Esta sala ha visto el recurso extraordinario por infracción procesal y el recurso de casación interpuestos respecto la sentencia dictada en grado de apelación por la Sección 4.ª de la Audiencia Provincial de A Coruña, como consecuencia de autos de juicio ordinario seguidos ante el Juzgado de lo Mercantil núm. 1 de A Coruña. Es parte recurrente la entidad Corporación Radio y Televisión de Galicia S.A. como sucesora de las mercantiles Televisión de Galicia S.A. y Radiotelevisión de Galicia S.A., representada por el procurador Argimiro Vázquez Guillén y bajo la dirección letrada de Ramón López Vilas. Ha sido parte recurrida la entidad Zeta Gestión de Medios S.A. representada por el procurador Felipe Juanas Blanco y bajo la dirección letrada de Iñigo Rodríguez-Sastre Fernández- Corugedo.

Ha sido ponente el Excmo. Sr. D. Ignacio Sancho Gargallo.

## ANTECEDENTES DE HECHO

### PRIMERO. Tramitación en primera instancia

1. La procuradora Marta Díaz Amor, en nombre y representación de Zeta Gestión de Medios S.A., interpuso demanda de juicio ordinario ante el Juzgado de lo Mercantil núm. 1 de A Coruña, contra las entidades Televisión de Galicia S.A. y Radiotelevisión de Galicia S.A., para que dictase sentencia por la que:

"[...] estimando íntegramente las pretensiones formuladas por mi representada:

" 1. Condene a la sociedad demandada, TVG, a abonar a mi representada, ZGM, la cantidad total de 291.199,18 Euros, IVA incluido, importe a que ascienden las 10 facturas emitidas por mi representada a cargo de TVG, pendientes todas ellas de pago, acompañadas a la presente demanda en el documento número 9, más los intereses legales devengados por dicho importe desde el vencimiento de cada una de las facturas que se le reclaman en este proceso.

" 2. Condene a la sociedad demandada, RTG, a abonar a mi representada, ZGM, la cantidad total de 78.722,24 Euros, IVA incluido, importe a que ascienden las 4 facturas emitidas por mi representada a cargo de RTG, pendientes todas ellas de pago, acompañadas a la presente demanda en el documento número 9, más los intereses legales devengados por dicho importe desde el vencimiento de cada una de las facturas que se le reclaman en este proceso.

" 3. Condene a la sociedad demandada, TVG, a devolver a mi representada, ZGM, para que ésta pueda proceder a gestionar su definitiva cancelación, el original del aval bancario emitido el día 16 de enero de 2006 por la entidad Banco Sabadell-Atlántico, por un total importe de 896.000 euros, e inscrito en el Registro Especial de Avaluos con el número 430946, habiéndose acompañado una copia del mismo a la demanda como documento número 4, ya que no se justifica, en ninguna forma, la pretensión de TVG de pretender ejecutarlo.

" 4. Imponga expresamente a las sociedades demandadas, TVG y RTG, las costas del presente procedimiento".

2. La procuradora María Dolores Villar Pispieiro, en representación de las entidades Televisión de Galicia, S.A. y Radiotelevisión Galicia S.A., contestó a la demanda, formuló demanda reconvenicional y pidió al Juzgado que dictase sentencia:

"[...] por la que estimando íntegramente las pretensiones de mis representadas, se declare que la actora-reconvenida, Zeta Gestión de Medios, S.A., incumplió en el año 2008 el contrato celebrado con TVG, S.A., de 30 de enero de 2006, en cuanto no satisfizo Televisión de Galicia, S.A. los importes correspondientes a los ingresos mínimos garantizados e incumplió dicho contrato en cuanto no satisfizo a TVG, S.A. los importes correspondientes a los impagos de los años 2007 y 2008 de los anunciantes y agencias contratantes por ella captados, y se condene a la misma a:

"Abonar a Televisión de Galicia, S.A. la cantidad de dos millones quinientos veintisiete mil quinientos cuarenta y ocho con veintiséis euros (2.527.548'26 €) correspondientes a los ingresos netos dejados de percibir en el año 2008, por razón del incumplimiento de mínimo garantizado contractual.

"- Abonar a Televisión de Galicia, S.A. la cantidad de cuarenta y cuatro mil novecientos sesenta y siete con treinta y cinco euros (44.967'35 €) correspondientes a los impagos de anunciantes y agencias de los años 2007 y 2008.

"Se declare que la actora-reconvenida incumplió el contrato de 30 de enero de 2006 celebrado con Radiotelevisión Galicia, S.A. en cuanto no le satisfizo los importes correspondientes a los impagos de anunciantes y agencias contratantes por ella captados en los años 2006, 2007 y 2008, y se condene a la misma



a abonar a Radiotelevisión Galicia S.A. la cantidad de treinta cuatro mil setecientos noventa y tres con cuatro euros (34.793'04 €) correspondientes a dichos impagos de los años 2006, 2007 y 2008.

"Se condene a la actora-reconvenida al pago de los intereses de todas las cantidades objeto de condena y se impongan a la misma las costas del procedimiento reconvenicional".

**3.** La representación de Zeta Gestión de Medios S.A contestó a la demanda reconvenicional y pidió al Juzgado que dictase sentencia:

"[...] por la que desestime íntegramente la reconvenicional formulada, sin perjuicio de lo manifestado en el hecho "Decimoséptimo" del presente escrito, y por la que estime íntegramente la demanda inicial formulada por mi representada, Zeta Gestión de Medios S.A. (ZGM) contra las actoras reconvinientes, todo ello con expresa condena en costas".

**4.** El Juzgado de lo Mercantil núm. 1 de A Coruña dictó sentencia con fecha 8 de octubre de 2013, cuya parte dispositiva es como sigue:

"Fallo: Que estimando, parcialmente, la demanda presentada por la Sra. Díaz Amor en nombre y representación de la mercantil Zeta Gestión de Medios S.A. asistida por el Sr. Valverde contra las mercantiles Televisión de Galicia S.A. y Radiotelevisión de Galicia S.A., ambas representadas por la Sra. Villar Pispeiro, asistidas por el Bernal (sic) debo:

"a) Condenar y condeno a Televisión de Galicia S.A. a abonar a Zeta Gestión de Medios S.A. la cantidad de 291.199,18 euros, IVA incluido, más el interés legal devengados desde el vencimiento de cada una de las facturas.

"b) Condenar y condeno a Radiotelevisión de Galicia S.A. a abonar a Zeta Gestión de Medios S.A. la cantidad de 78.722,24 euros, IVA incluido, más el interés legal devengados desde el vencimiento de cada una de las facturas.

"Todo ello sin expresa imposición de costas a ninguna de las partes.

"Que estimando, parcialmente la demanda reconvenicional presentada por la Sra. Villar Pispeiro en nombre y representación de Televisión de Galicia S.A. y Radiotelevisión de Galicia S.A., contra Zeta Gestión de Medios S.A., representada por la Sra. Díaz Amor, debo declarar y declaro que ZMG incumplió en el año 2008 el contrato celebrado con TVG de 30 de enero de 2006 en cuanto no satisfizo a TVG los importes correspondientes a los ingresos mínimos garantizados incumpliendo dicho contrato, en consecuencia, debo condenar y condeno a Zeta Gestión de Medios S.A. a abonar a Televisión de Galicia S.A. la cantidad de 2.527.548,26 euros correspondiente a los ingresos netos dejados de percibir en el año 2008.

"Todo ello sin expresa imposición de costas a ninguna de las partes".

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

**1.** La sentencia de primera instancia fue recurrida en apelación por la representación de la entidad Zeta Gestión de Medios S.A. La representación de las entidades Televisión de Galicia S.A. y Radiotelevisión Galicia S.A. se opuso al recurso interpuesto de contrario.

**2.** La resolución de este recurso correspondió a la Sección 4.ª de la Audiencia Provincial de A Coruña, mediante sentencia de 21 de abril de 2017, cuya parte dispositiva es como sigue:

"Fallamos: Estimamos en parte el recurso de apelación interpuesto por la representación procesal de Zeta, Gestión de Medios S.A. contra Televisión de Galicia S.A. y Radiotelevisión de Galicia S.A. y, con revocación también parcial de la sentencia de primera instancia, fijamos en 622.518,26 € el importe de la compensación que la actora reconvenida -Zeta, Gestión de Medios S.A.- debe abonar a Televisión de Galicia S.A. en virtud de la condena impuesta, con aplicación a la suma fijada de los dispuesto en el artículo 576 de la LEC desde la fecha de la sentencia de primera instancia.

"Desestimamos en lo restante el recurso de apelación, confirmando en lo demás la sentencia apelada.

"No hacemos especial imposición de las costas de esta alzada a ninguna de las partes.

"Devuélvase a la recurrente el depósito constituido para recurrir".

#### **TERCERO.** *Tramitación e interposición del recurso extraordinario por infracción procesal y del recurso de casación*

**1.** La procuradora María Dolores Luisa Villar Pispeiro, en representación de la entidad Corporación Radio y Televisión de Galicia, S.A. como sucesora de las mercantiles Televisión de Galicia S.A. y Radiotelevisión de

Galicia S.A., interpuso recurso extraordinario por infracción procesal y recurso de casación ante la Sección 4.ª de la Audiencia Provincial de A Coruña.

El motivo del recurso extraordinario por infracción procesal fue:

"1º) Infracción del número 4 del artículo 469.1 de la LEC la vulneración por la resolución recurrida del derecho a la tutela judicial efectiva de mis mandantes conforme al artículo 24.1 de la Constitución".

Los motivos del recurso de casación fueron:

"1º) Se denuncia infracción del artículo 1281, párrafo 1º, del Código Civil, y la jurisprudencia del Tribunal Supremo relativa a la aplicación de los requisitos de la interpretación de los contratos, en relación con la Disposición Adicional Sexta del Real Decreto Legislativo 2/2000, de 16 de junio, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público.

"2º) Se denuncia infracción del artículo 1258 del Código Civil y la Jurisprudencia constante del Tribunal Supremo sobre la cláusula "rebus sic stantibus" ( Sentencias de la Sala Primera de 25 de marzo de 2013 y 30 de junio de 2014), en relación con el artículo 7.1 del Código Civil y la doctrina de los actos propios.

"3º) Se denuncia infracción del artículo 1258 del Código Civil y la Jurisprudencia constante del Tribunal Supremo sobre la cláusula "rebus sic stantibus" ( Sentencias de la Sala Primera de 25 de marzo de 2013 y 30 de junio de 2014), en relación con el artículo 98 del Real Decreto Legislativo 2/2000, de 16 de junio, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público".

2. Por diligencia de ordenación de 5 de junio de 2017, la Audiencia Provincial de A Coruña (Sección 4.ª) tuvo por interpuestos los recursos extraordinario por infracción procesal y de casación mencionados, y acordó remitir las actuaciones a la Sala Primera del Tribunal Supremo con emplazamiento de las partes para comparecer por término de treinta días.

3. Recibidas las actuaciones en esta sala, comparecen como parte recurrente la entidad Corporación Radio y Televisión de Galicia S.A., representada por el procurador Argimiro Vazquez Guillén; y como recurrida la entidad Zeta Gestión de Medios S.A., representada por el procurador Felipe Segundo Juanas Blanco.

4. Esta sala dictó auto de fecha 17 de julio de 2019, cuya parte dispositiva es como sigue:

"Admitir el recurso de casación (sic) interpuesto por la representación de la representación procesal de Corporación Radio y Televisión de Galicia S.A. contra la sentencia dictada por la Audiencia Provincial de A Coruña (Sección Cuarta), de fecha 24 de abril de 2017, en el rollo de apelación núm. 11/2014, dimanante de los autos de procedimiento ordinario núm. 325/2010, del Juzgado de lo Mercantil núm. 1 de A Coruña".

5. Dado traslado, la representación procesal de la entidad Zeta Gestión de Medios S.A., presentó escrito de oposición a los recursos formulados de contrario.

6. Al no solicitarse por todas las partes la celebración de vista pública, se señaló para votación y fallo el día 13 de febrero de 2020, en que ha tenido lugar.

## FUNDAMENTOS DE DERECHO

### PRIMERO. Resumen de antecedentes

1. Para la resolución del presente recurso debemos partir de la relación de hechos relevantes acreditados en la instancia, tal y como deja constancia de ellos la sentencia recurrida.

El 30 de enero de 2006, Zeta Gestión de Medios S.A. (en adelante, ZGM) suscribió con Televisión de Galicia S.A. (TVG) y con Radiotelevisión de Galicia S.A. (RTVG) sendos contratos que tenían por objeto la cesión a ZGM en exclusiva de la gestión, promoción y venta de espacios publicitarios, para la emisión de los correspondientes anuncios en los canales de televisión y de radio de la titularidad de las comitentes.

Las condiciones particulares de ambos contratos se integran con el Pliego de Cláusulas Jurídicas de fecha 16 de diciembre de 2005 elaborado para la contratación, por el sistema de procedimiento negociado sin publicidad, de la gestión, promoción y venta de publicidad de RTVG y TVG

En el contrato, TVG y RTVG se comprometían a pagar a ZGM una comisión porcentual y en escala sobre los ingresos brutos que obtuvieran con la publicidad contratada por mediación de ZGM.

Por su parte, ZGM garantizaba una producción mínima, la captación de espacios publicitarios por un "mínimo garantizado" del importe bruto. En el caso de RTVG se fijó en 900.000,00 euros cada anualidad. En el de TVG los contratantes partieron de un importe bruto de 11.200.000,00 euros, mínimo garantizado referido a una



audiencia o cuota de pantalla (*share*) del 17,2%, que es la que había obtenido TVG en el año 2005, de modo que el "mínimo garantizado" para cada año aumentaría o decrecería en relación directa proporcional con la variación de la audiencia o cuota media de pantalla anual que resultara para cada uno de los dos años, respecto a la obtenida en 2005.

De este modo, como la audiencia o cuota de pantalla de TVG en 2006 descendió sensiblemente con respecto a la de 2005, hasta el 14,40%, el mínimo garantizado ajustado al *share* real fue de 9.376.774,00 €, mientras que al *share* real de 2007, que fue del 14,10%, correspondió un mínimo garantizado de 9.181.395 €.

ZGM entregó sendos avales a primer requerimiento, por importe cada uno de ellos de 896.000 euros, a favor de TVG y RTG.

Los contratos tenían una duración inicial de dos años (2006 y 2007). Pero la cláusula 9ª, apartado 3, común a los dos contratos, previó la posibilidad de que fueran prorrogados conforme a lo establecido en la cláusula 28ª del Pliego de Cláusulas Jurídicas, que es del tenor literal siguiente:

"Os contratos derivados deste Procedemento negociado poderán ser prorrogado (sic) por periodos anuais sen que a duración total dos contratos, incluídas as prórrogas, poida exceder os catro (4) anos.

A prórroga só se producirá se a empresa adxudicataria acada o mínimo garantido na súa oferta para o ano anterior. O mínimo garantido para cada ano de vixencia da prórroga será negociado por TVG S.A. e RTG S.A. e a empresa adxudicataria, non podendo ser inferior ó do ano anterior".

Concluídas las dos anualidades del contrato, (2006 y 2007), durante el año 2008, ZGM continuó prestando servicios de gestión, promoción y venta de espacios publicitarios para los dos entes públicos, que los facturó con arreglo a las mismas tarifas porcentuales resultantes de los contratos de 2006. Las partes no llegaron a convenir cuál sería el mínimo garantizado para esa anualidad 2008.

En el año 2008 se produjo un descenso de la inversión publicitaria respecto del año anterior y, en particular, en el caso de TVG (de 25,9 millones de euros en 2007 a 24,1 millones de euros en 2008). La inversión publicitaria captada por medio de la exclusivista tuvo un descenso relativo, con relación a la inversión del año anterior, del 13,5% en 2007 y del 15,4% en 2008, frente a la más estable inversión publicitaria institucional y la obtenida a través de la FORTA, que es la organización que agrupa a todas las televisiones autonómicas.

**2.** ZGM interpuso una demanda contra RTVG y TVG para reclamar el importe de las facturas, pendientes de pago, por los servicios de mediación prestados para la contratación de publicidad emitida en RTVG y TVG durante el ejercicio de 2008, en concreto: 10 facturas del último trimestre de 2008 contra TVG por un importe total de 291.199,18 euros (IVA incluido) y 4 facturas del mismo periodo libradas contra RTVG por importe total de 78.722,24 euros (también IVA incluido). También pedía la condena de TVG a devolver el aval prestado por un importe de 896.000 euros.

**3.** RTVG y TVG no solo se opusieron a la demanda, sino que además formularon una reconvencción frente a la demandante. En su escrito argumentaban que los contratos de 2006 se prorrogaron durante el año 2008, y que al no alcanzarse un acuerdo sobre el mínimo garantizado para la primera anualidad de la prórroga debía regir el establecido en el contrato, es decir, el correspondiente al ajuste proporcional del inicial (11.200.000 euros para un *share* de 17,20%) al índice de audiencia o cuota de pantalla obtenido en 2008, que fue del 15,50%, con lo que el mínimo garantizado para ese ejercicio ascendía a 10.093.023,25 euros. Como el importe bruto de la facturación contratada en 2008 para TVG ascendió a 7.315.914 euros, se generó un déficit de 2.777.525,56 euros. Deducida de esta suma la comisión del 9% que ZGM tendría derecho a cobrar si la publicidad prevista se hubiese contratado, resulta un importe de 2.527.548,26 euros que la demandante adeuda a TVG, y cuyo pago se reclama en la reconvencción. En la reconvencción también se pide la condena de ZGM al pago de 44.967,35 euros a TVG y 34.793,04 euros a RTVG, correspondientes a impagos de agentes y anunciantes de la publicidad contratada en el periodo 2007/2008 (TVG) y 2006/2007/2008 (RTG).

**4.** La sentencia de primera instancia estimó en parte la demanda de ZGM: condenó a TVG y a RTVG al pago del importe de las facturas pendientes con sus respectivos intereses y desestimó la pretensión de devolución del aval bancario que TVG retenía.

Estimó también en parte la demanda reconvenccional, en relación con la reclamación de TVG: declaró que ZGM había incumplido en el año 2008 el contrato de 2006 en cuanto a la obtención del mínimo garantizado aplicable a ese ejercicio anual; y la condenó a pagar a TVG 2.527.548,26 euros (ingresos netos dejados de percibir en el año 2008). La sentencia desestimó la otra pretensión reconvenccional relativa al importe de los impagos de agentes y anunciantes.

**5.** La sentencia de primera instancia fue recurrida en apelación por ZGM. La Audiencia estima en parte el recurso. Después de confirmar la competencia del juzgado mercantil para conocer de esta cuestión, declara





que el contrato fue prorrogado al término de la anualidad 2007 y que los servicios prestados durante el año 2008 se hicieron al amparo del contrato prorrogado.

En relación con el mínimo garantizado, la sentencia de apelación entiende que el contrato no admite que la prórroga no cuente con un mínimo garantizado, y, respecto de su determinación, razona lo siguiente:

"(A) falta de acuerdo en la negociación, debe regir el real de la anualidad anterior, esto es, el que las partes convinieron en fijar en 8.703.076,38 euros, sin ajuste alguno al share de 2008 porque tampoco lo impone el contrato al definir el límite inferior del mínimo garantizado que la negociación debía respetar. Como la facturación bruta de publicidad de TVG en 2008, contratada merced a las gestiones de captación de ZGM, ascendió a 7.315.914 euros, el déficit con respecto al mínimo garantizado es de 1.387.162,38 euros. De esa suma debe deducirse el importe total de las comisiones comprometidas con ZMG, que son del 9% y que tendría que pagar TVG a la actora/reconvenida (124.844,60 euros) sobre el resultado previsto; de esta manera concretaríamos la responsabilidad de la reconvenida, según lo pactado, en la suma 1.262.317,76 euros".

Pero la sentencia advierte que, si bien conforme a lo razonado hasta ese momento, ZGM debía pagar a TVG la suma de 1.262.317,76 euros, se ha producido una ruptura de la base económica del contrato, como consecuencia de la "caída del mercado publicitario". La Audiencia razona que el riesgo que el contrato asignaba a ZGM "no debe destruir totalmente la conmutabilidad del contrato al punto de neutralizar por completo la expectativa de ganancia de una de las partes e, incluso hacerle responsable frente a la comitente de la total disminución de ingresos publicitarios provocada por circunstancias externas que escapan totalmente a su control". Y concluye, a continuación:

"Más revelador del punto en el que las partes situaban el equilibrio del negocio y la entidad del riesgo que asumía la adjudicataria es la actuación de TVG con respecto al resultado de 2007 que, pese a que fue inferior en 538.428,00 euros con relación al mínimo garantizado para esa anualidad, convino en saldar con una factura de 60.109,38 euros, más IVA, consintiendo con ello la prórroga del contrato. Y más aún lo es que para el ejercicio de 2009 TVG impuso un mínimo de 8.000.000,00 euros (doc. N.º 11 de la demanda), cifra que sin duda ilustra acerca de la inversión publicitaria que razonablemente esperaba o podía haberse alcanzado en la anualidad anterior".

"En función de las consideraciones expuestas tomaremos la cifra de 8.000.000,00 euros como dato de partida para el cálculo de la compensación que EGM debe abonar a TVG. Reproduciendo las mismas operaciones que hemos hecho en el parágrafo 18 de esta sentencia (...) obtenemos una compensación de 622.518,26 euros, que consideramos respetuosa con el equilibrio y el sistema de reparto de riesgos que el contrato diseña en función del cambio de circunstancias bajo el que se desarrolló su ejecución durante el ejercicio de 2008, y que será la que pase a la parte dispositiva de esta sentencia con estimación parcial de la demanda reconventional y del recurso de apelación".

**6.** Frente a la sentencia de apelación, Corporación Radio y Televisión de Galicia S.A. (sucesora de TVG y RTVG) formula recurso extraordinario por infracción procesal, sobre la base de un motivo, y recurso de casación, articulado en tres motivos.

#### **SEGUNDO.** *Recurso extraordinario por infracción procesal*

**1.** *Formulación del motivo.* El motivo se formula al amparo del ordinal 4º del art. 469.1 LEC y denuncia que la sentencia recurrida vulnera el derecho a la tutela judicial efectiva de las demandadas (RTVG y TVG) conforme al art. 24 CE, al incurrir "en un error patente en la apreciación de la prueba consistente en concluir que el mínimo garantizado de la anualidad 2007 quedó fijado, por acuerdo de las partes contratantes y para un share del 14,1% en 8.703.076,38 euros, en lugar de en la suma de 9.181.395 euros, que consta expresamente establecida de común acuerdo, causando dicha apreciación arbitraria la indefensión de las demandadas".

En el desarrollo del motivo razona que "parte de un hecho cierto y admitido, como lo es que las partes negociaron una interpretación del contrato sobre el listado de clientes (...) considerando ambas partes que, algunos de ellos no estaban sujetos a las exclusiones reguladas en la cláusula 2 "exclusiones" del pliego de cláusulas jurídicas que rigen la contratación, para desembocar en una conclusión absolutamente subjetiva, ilógica y arbitraria, consistente en que los contratantes, con dicha negociación incurrieron en la ficción de trasvasar a ZGM una inversión por importe de 418.209,24 euros de anunciantes captados directamente por TVG como si lo hubieran sido por el exclusivista".

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

**2.** *Desestimación del motivo.* Conviene recordar, como hemos hecho en innumerables ocasiones, que "en nuestro sistema el procedimiento civil sigue el modelo de la doble instancia, razón por la que ninguno de los motivos que *numerus clausus* [relación cerrada] enumera el artículo 469 de la Ley de Enjuiciamiento Civil



se refiere a la valoración de la prueba. La admisión del recurso extraordinario por infracción procesal no da paso a una tercera instancia en la que fuera de los supuestos excepcionales se pueda replantear la completa revisión de la valoración de la prueba, ya que esta es función de las instancias y las mismas se agotan en la apelación" (por ejemplo, en las sentencias 535/2015, de 15 de octubre, 153/2016, de 11 de marzo, y 26/2017, de 18 de enero).

Aunque la jurisprudencia de esta sala ha admitido que pueda justificarse un recurso por infracción procesal, al amparo del apartado 4.º del art. 469.1 LEC, en la existencia de un error patente o arbitrariedad en la valoración realizada por la sentencia recurrida que comporte una infracción del derecho a la tutela judicial efectiva (entre otras, sentencias 326/2012, de 30 de mayo; y 58/2015, de 23 de febrero), se refiere exclusivamente a la valoración realizada en orden a la determinación o fijación de los hechos y no a las valoraciones jurídicas extraídas de los hechos considerados probados (sentencia 26/2017, de 18 de enero).

El error en la valoración de la prueba denunciado en este caso se refiere a una valoración jurídica, la determinación de cuál debía ser el mínimo garantizado de la anualidad 2007, a la vista de los contratos prorrogados y de lo que convinieron después las partes al concluir aquella anualidad 2007, por lo que no puede ser revisado por este cauce del recurso extraordinario por infracción procesal.

### **TERCERO. Motivo primero de casación**

**1. Formulación del motivo.** El motivo denuncia la infracción del párrafo primero del art. 1281 CC y la jurisprudencia relativa a los requisitos de interpretación de los contratos, en relación con la disposición adicional sexta del Real Decreto Legislativo 2/2000, de 16 de junio, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley de Contratos de Sector Público, al concluir la sentencia recurrida, de forma arbitraria y en contra del raciocinio lógico, que el contrato de 30 de enero de 2006 no impone ajuste alguno a la cuota de pantalla o share de Televisión de Galicia para la prórroga del contrato, dato que desacredita los argumentos de la Audiencia para modular la compensación e influye notablemente en el importe de las cuantías adeudadas a TVG, vulnerando los principios de publicidad y concurrencia insoslayables en la contratación pública que comportan una limitación al *ius variandi* del contrato que asiste al órgano de contratación.

En el desarrollo del motivo se argumenta que los términos del contrato de 30 de enero de 2006 son tajantes y concluyentes, cuando en la cláusula 4 establecen lo siguiente:

"4.- Producción publicidad mínima garantizada. 4.1.- En el año 2006, la empresa se obliga a captar para TVG S.A. espacios publicitarios por un "mínimo garantizado" del importe bruto de once millones doscientos mil euros (11.200.000,00.- €), más el importe correspondiente al Impuesto sobre el Valor Añadido (IVA).

"4.2.- En el año 2007, la empresa se obliga a captar para TVG S.A. espacios publicitarios por un importe "mínimo garantizado" del mismo importe bruto de once millones doscientos mil euros (11.200.000,00.- €), más el importe correspondiente al Impuesto sobre el Valor Añadido (IVA).

"4.3.- Se entiende por importe bruto, a los efectos del "mínimo garantizado", la inversión real efectuada por los anunciantes, deducidos los descuentos aplicados, y sin deducir los gastos de los intermediarios publicitarios intervinientes ni la comisión que corresponde a la empresa, definida en la cláusula quinta (5.ª) de este contrato.

"4.4.- Dicha cifra de "mínimo garantizado" para cada año se entiende referida a la audiencia, o cuota media de pantalla anual "total día" obtenida por el canal de TVG S.A. denominado "Televisión de Galicia" en el año 2005, del 17,2%.

"El "mínimo garantizado" para cada año aumentará o decrecerá en relación directa proporcional a la variación de la audiencia o cuota media de pantalla anual que resulte para cada uno de los dos (2) años, respecto a la antes referida obtenida por el canal "Televisión de Galicia" en el año 2005".

"4.5.- A los efectos de lo establecido en el apartado anterior de esta misma cláusula, se entiende por cuota de pantalla o "share" de "Televisión de Galicia" lo definido en el Pliego de Prescripciones Técnicas.

"El sistema de medición de la cuota media de pantalla anual, se realizará conforme a lo establecido en dicho Pliego de Prescripciones Técnicas".

Cláusula que debe ser puesta en relación con la estipulación 28.ª del Pliego de cláusulas jurídicas:

"28.- Prórroga de los contratos

"Los contratos derivados de este procedimiento negociado podrán ser prorrogados por periodos anuales sin que la duración total de los contratos, incluidas las prórrogas, pueda exceder de cuatro (4) años.

"La prórroga sólo se producirá si la empresa adjudicataria alcanza el mínimo garantizado en su oferta para el año anterior. El mínimo garantizado para cada año de vigencia de la prórroga será negociado por TVG S.A. e RTG S.A. y la empresa adjudicataria, no pudiendo ser inferior al del año anterior".

Denuncia el recurrente que, "de la lectura de ambas cláusulas, concluye la sentencia que el mínimo garantizado acordado por las partes para la anualidad 2008 no precisa ajuste alguno al share de 2008, porque tampoco lo impone el contrato al definir el límite inferior del mínimo garantizado que la negociación debe respetar, alcanzando una interpretación total y absolutamente contraria a las normas de la lógica humana, a los términos del contrato que establecen explícitamente que la cifra de mínimo garantizado para cada año se entiende referida, obligatoriamente, a la audiencia o cuota media de pantalla, que además resulta ser el instrumento que permite guardar el equilibrio entre los contratantes, al calcular siempre el mínimo garantizado de ZGM en función de la cuota de pantalla".

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

**2. Desestimación del motivo.** El motivo denuncia la infracción del párrafo primero del art. 1281 CC, que consagra una regla de interpretación gramatical del contrato:

"si los términos de un contrato son claros y no dejan duda sobre la intención de los contratantes se estará al sentido literal de sus cláusulas".

Aunque cabe fundar un motivo de casación en la infracción de las reglas de interpretación consagradas en los arts. 1281 y ss. del Código Civil, la infracción denunciada no debe ser una mera excusa para solicitar un nuevo enjuiciamiento del asunto y, en concreto, una revisión de la interpretación del contrato.

Hemos de partir de la base de que la interpretación de los contratos corresponde al tribunal de instancia y no puede ser revisada en casación en tanto no se haya producido una vulneración de la normativa que debe ser tenida en cuenta en la interpretación de los contratos. Y queda fuera del ámbito del recurso toda interpretación que resulte respetuosa con los imperativos que disciplinan la labor del intérprete, aunque no sea la única admisible ( sentencias 389/2013, de 12 de junio; y 786/2013, de 19 de diciembre).

En este caso, la impugnación se funda en la infracción de la regla contenida en el párrafo primero del art. 1281 CC, de interpretación gramatical.

La jurisprudencia sobre el alcance de criterio de interpretación gramatical, en relación con el resto de los criterios legales, se halla contenida en la sentencia 13/2016, de 1 de febrero, que cita las anteriores sentencias 294/2012, de 18 de mayo, y 27/2015, de 29 de enero:

"El principio rector de la labor de interpretación del contrato es la averiguación o búsqueda de la voluntad real o efectivamente querida por las partes. Esta búsqueda de la intención común de las partes se proyecta, necesariamente, sobre la totalidad del contrato celebrado, considerado como una unidad lógica y no como una mera suma de cláusulas, de ahí que la interpretación sistemática ( art. 1285 CC) constituya un presupuesto lógico-jurídico de esta labor de interpretación.

"No obstante, el sentido literal, como criterio hermenéutico, es el presupuesto inicial, en cuanto que constituye el punto de partida desde el que se atribuye sentido a las declaraciones realizadas, se indaga la concreta intención de los contratantes y se ajusta o delimita el propósito negocial proyectado en el contrato.

"Cuando los términos son claros y no dejan duda alguna sobre la intención de los contratantes, la interpretación literal no sólo es el punto de partida sino también el de llegada del fenómeno interpretativo, e impide que, con el pretexto de la labor interpretativa, se pueda modificar una declaración que realmente resulta clara y precisa. A ello responde la regla de interpretación contenida en el párrafo primero del art. 1281 CC ("si los términos de un contrato son claros y no dejan duda sobre la intención de los contratantes, se estará al sentido literal de sus cláusulas").

"Pero, en otro caso, la interpretación literal también contribuye a mostrar que el contrato por su falta de claridad, por la existencia de contradicciones o vacíos, o por la propia conducta de los contratantes, contiene disposiciones interpretables, de suerte que la labor de interpretación debe seguir su curso, con los criterios hermenéuticos a su alcance ( arts. 1282- 1289 CC), para poder dotar a aquellas disposiciones de un sentido acorde con la intención realmente querida por las partes y con lo dispuesto imperativamente en el orden contractual".

**3.** El motivo, al denunciar la infracción del párrafo primero del art. 1281 CC, parte de la consideración de que los términos de las cláusulas contractuales eran claros y que no admitían otra interpretación que la gramatical, que no ha sido seguida por la sentencia recurrida.





La infracción vendría determinada por la conclusión alcanzada por la sentencia recurrida sobre el mínimo garantizado para la anualidad 2008, la primera que se prorrogaba tras la conclusión del periodo de dos años previsto en el contrato (2006 y 2007). La sentencia entiende que las partes estuvieron de acuerdo, mediante actos concluyentes, en prorrogar el contrato de gestión en exclusiva de la contratación de publicidad para esa anualidad 2008. Y razona, a continuación, que a la vista de lo previsto en la cláusula 28.ª del pliego de cláusulas jurídicas, las partes estaban obligadas a negociar ese mínimo garantizado para cada anualidad, y por lo tanto para el 2008. Esta negociación tenía un límite: el mínimo garantizado no podía ser inferior al del año anterior.

Junto a esta primera conclusión, que no es objeto de discusión ahora, la sentencia de apelación entiende:

"que ya no rige para la prórroga la fórmula de cálculo del contrato inicial (es decir, la que impone un ajuste proporcional al *share* del ejercicio sobre el mínimo garantizado de partida, que era de 11.200.000 euros, para un *share* del 17,20%)".

Y justifica esta interpretación como una derivación "de la previsión misma de una negociación, que no tendría sentido si no fuera para ajustar el objetivo a alcanzar a un escenario del mercado publicitario audiovisual que dos años después de la firma del contrato podía presentar -y de hecho presentaba, como ilustra el informe pericial aportado por la actora/reconvenida- alteraciones significativas".

Esta interpretación no infringe la regla de la interpretación gramatical del párrafo primero del art. 1281 CC. La cláusula 28.ª del pliego de condiciones jurídicas, al regular la prórroga de los contratos y la determinación del mínimo garantizado, si bien prevé expresamente que no podrá ser inferior al del año anterior, no se refiere expresamente a la aplicación de la regla de cálculo del contrato inicial. Razón por la cual no se advierte que la interpretación realizada al respecto por la Audiencia, aunque pueda ser discutible, conculque el art. 1281.I CC.

Teniendo en cuenta la norma que se denuncia infringida, no cabe entrar a revisar si la interpretación alcanzada por la Audiencia es la más correcta, ni mucho menos, como pretende el recurso, desde la perspectiva de una interpretación sistemática con relación a la normativa de contratos del sector público, pues excede en este caso de las posibilidades de revisión.

#### **CUARTO. Motivos segundo de casación**

**1. Formulación del motivo.** El motivo segundo denuncia la infracción del art. 1258 CC y la jurisprudencia sobre la cláusula *rebus sic stantibus* (sentencias de 25 de marzo de 2013 y 30 de junio de 2014), en relación con el art. 7.1 CC y la doctrina de los actos propios, "pues según los hechos declarados probados no se dan los requisitos que exige la jurisprudencia para apreciar la mencionada cláusula, existiendo una fragante contradicción entre los hechos declarados probados y la atribución de las consecuencias jurídicas, pues no se ha producido, en el caso de autos, una alteración extraordinaria e imprevisible de las circunstancias concurrentes en la fecha de prórroga del contrato que permitan tener por cumplidos los requisitos para la aplicación de la mencionada cláusula al proceder ZGM con conocimiento de la situación económica y posteriormente actuar en contra de sus actos propios".

En el desarrollo del motivo, primero, se identifican cuáles son esos hechos probados: ZGM continuó en el año 2008 prestando los servicios de gestión, promoción y venta de espacios publicitarios para RTVG y TVG, aunque durante los años 2006 y 2007 ya venía manifestándose una caída del mercado publicitario audiovisual; la cuota de pantalla de TVG en 2007 fue de 14,10% y el de 2008 ascendió hasta 15,50%; la inversión publicitaria captada por ZGM tuvo un descenso relativo con relación a la del año anterior del 13,50% en 2007 y de tan sólo 1.9 puntos más (15,4%) en 2008; la inversión publicitaria obtenida a través de la FORTA (organización que agrupa a todas las televisiones autonómicas) fue más estable que la obtenida a través de ZGM.

Luego se exponen los tres requisitos exigidos por la jurisprudencia mencionada para que la mutación o cambio de circunstancias determine la desaparición de la base (objetiva) del negocio: i) la finalidad económica del contrato se frustre o se torne inalcanzable; ii) la conmutabilidad del contrato desaparezca prácticamente o se destruya, de suerte que no pueda hablarse de un juego entre prestación y contraprestación; iii) y que el cambio o mutación, configurado como riesgo, quede fuera del riesgo normal inherente a derivado del contrato. Y razona por qué, a la vista de los hechos probados anteriores, no se cumplen estos requisitos.

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

**2. Estimación del motivo.** Para resolver la cuestión, hemos de partir de la jurisprudencia sobre la denominada cláusula *rebus sic stantibus*, que se contiene en la reciente sentencia 455/2019, de 18 de julio:

"(...) según la doctrina jurisprudencial de la *rebus sic stantibus*, la alteración de las circunstancias que puede provocar la modificación o, en último término, la resolución de un contrato, ha de ser de tal magnitud que incremente de modo significativo el riesgo de frustración de la finalidad del contrato. Y por supuesto, es preciso que tales circunstancias sobrevenidas fueran totalmente imprevisibles para los contratantes (sentencia del



pleno 820/2012, de 17 de enero de 2013). Es condición necesaria para la aplicación de la regla "rebus" la imprevisibilidad del cambio de circunstancias. Si las partes han asumido expresa o implícitamente el riesgo de que una circunstancia aconteciera o debieron asumirlo porque, en virtud de las circunstancias y/o naturaleza del contrato, tal riesgo era razonablemente previsible, no es posible apreciar la alteración sobrevenida que, por definición, implica la no asunción del riesgo (recientemente sentencia 5/2019, de 9 de enero). No puede hablarse de alteración imprevisible cuando la misma se encuentra dentro de los riesgos normales del contrato (sentencias 333/2014, de 30 de junio, 64/2015, de 24 de febrero, y 477/2017, de 20 de julio, entre otras)".

El cambio de estas características que, bajo las premisas que establece la jurisprudencia, podría generar un supuesto de aplicación de la regla de la *rebus sic stantibus* es más probable que se dé en un contrato de larga duración, ordinariamente de tracto sucesivo. Pero no en un supuesto, como el presente, de contrato de corta duración, en el que difícilmente puede acaecer algo extraordinario que afecte a la base del contrato y no quede amparado dentro del riesgo propio de ese contrato.

En nuestro caso, en que la duración del contrato es de un año, pues se trata de la prórroga anual de un contrato inicial que tenía una duración de dos años, es difícil que un cambio de circunstancias referido a la demanda en el mercado de inserción de la publicidad en TV, objeto de gestión en exclusiva, escape al riesgo asumido con la prórroga del contrato. Cuando se inició el año 2008, ambas partes estuvieron de acuerdo en prorrogar el contrato por un año, pues de hecho lo hicieron, aunque no se pusieran de acuerdo en la facturación mínima garantizada. Según el contrato marco aplicable a la relación jurídica surgida de la prórroga, esta no podía ser inferior a la del año anterior. Cuando ZGM, libremente, asume la prórroga del contrato de gestión publicitaria sabe que, al margen de lo que finalmente se convenga sobre el mínimo garantizado, este sería como mínimo el del año anterior. Asumía, o debía asumir, la prórroga con este condicionante, que conllevaba el riesgo de no llegar a conseguir y facturar ese mínimo de publicidad, y tener que compensar por ello a TVG. La bajada de demanda de publicidad en TV, al venir referida a un corto periodo de tiempo, un año, no dejaba de ser un riesgo cubierto por el contrato, además de que no fue algo tan drástico e imprevisible: el descenso de la inversión publicitaria en general fue de 25,9 millones de euros en 2007 a 24,1 millones de euros en el 2008.

3. En consecuencia, no resultaba de aplicación la regla *rebus sic stantibus*, razón por la cual estimamos el motivo de casación y dejamos sin efecto el pronunciamiento de la sentencia en que se aplicaba dicha regla. Resulta innecesario entrar a analizar el motivo tercero de casación que se refiere a este mismo pronunciamiento.

En consecuencia, siguiendo el razonamiento de la sentencia de apelación, al comienzo del fundamento jurídico quinto, y antes de que se aplicará la regla *rebus sic stantibus*, ciframos el importe de la indemnización que ZGM debe abonar a TVG en estimación de su demanda reconvenzional en 1.262.317,16 euros.

#### **QUINTO. Costas**

1. Desestimado el recurso extraordinario por infracción procesal, imponemos a la parte recurrente las costas generadas con este recurso.
2. Estimado en parte el recurso de casación, no hacemos expresa condena en costas.
3. Estimado en parte el recurso de apelación formulado por ZGM, tampoco hacemos expresa condena en costas.
4. La estimación en parte del recurso de apelación, con efecto de que se reduzca el importe de la compensación que ZGM debe abonar a TVG no altera el pronunciamiento de costas previsto en la sentencia de primera instancia.

#### **FALLO**

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

1.º Desestimar el recurso extraordinario por infracción procesal interpuesto por Corporación Radio y Televisión de Galicia S.A. (sucesora de Televisión de Galicia S.A. y con Radiotelevisión de Galicia S.A.) contra la sentencia de la Audiencia Provincial de A Coruña (Sección 4.ª) de 21 de abril de 2017 (rollo 11/2014) que conoció de la apelación de la sentencia del Juzgado de lo Mercantil núm. 1 de A Coruña de 8 de octubre de 2013 (juicio ordinario 325/2010).

2.º Estimar en parte el recurso de casación interpuesto por Corporación Radio y Televisión de Galicia S.A. (sucesora de Televisión de Galicia S.A. y Radiotelevisión de Galicia S.A.) contra la reseñada sentencia de la Audiencia Provincial de A Coruña (Sección 4.ª) de 21 de abril de 2017 (rollo 11/2014), que modificamos en el siguiente sentido.



**3.º** Estimar en parte el recurso de apelación interpuesto por Zeta Gestión de Medios S.A. contra la sentencia del Juzgado de lo Mercantil núm. 1 de A Coruña de 8 de octubre de 2013 (juicio ordinario 325/2010), cuya parte dispositiva modificamos en el sentido:

a) Se confirma el pronunciamiento relativo a la estimación en parte de la demanda formulada por Zeta Gestión de Medios S.A., con la condena de Televisión de Galicia S.A. a pagar a la demandante 291.199,18 euros (IVA incluido), más el interés legal devengado desde el vencimiento de cada una de las facturas, y la condena de Radiotelevisión de Galicia S.A. a pagar a la demandante 78.722,24 euros (IVA incluido), más el interés legal devengado desde el vencimiento de cada una de las facturas.

b) Se modifica el pronunciamiento relativo a la estimación en parte de la reconvencción formulada por Televisión de Galicia S.A. y Radiotelevisión de Galicia S.A. contra Zeta Gestión de Medios S.A., en el sentido de fijar en 1.262.317,16 euros la compensación económica que la demandante reconvenida (Zeta Gestión de Medios S.A.) debe abonar a Televisión de Galicia S.A. (hoy, Corporación Radio y Televisión de Galicia S.A.).

**4.º** Imponer las costas del recurso extraordinario por infracción procesal a Corporación Radio y Televisión de Galicia S.A. No hacer expresa condena en costas respecto de los recursos de casación de Corporación Radio y Televisión de Galicia S.A. ni de apelación de Zeta Gestión de Medios S.A. Y confirmar la no imposición de las costas correspondientes a la primera instancia.

**5.º** Se acuerda la pérdida del depósito constituido para la interposición del recurso extraordinario por infracción procesal y la devolución del constituido para recurrir en casación.

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

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

Así se acuerda y firma.