



Roj: **STS 4948/2021 - ECLI:ES:TS:2021:4948**

Id Cendoj: **28079110012021100900**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **1**

Fecha: **23/12/2021**

Nº de Recurso: **11/2019**

Nº de Resolución: **913/2021**

Procedimiento: **Recurso de casación**

Ponente: **JUAN MARIA DIAZ FRAILE**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Civil

Sentencia núm. 913/2021

Fecha de sentencia: 23/12/2021

Tipo de procedimiento: CASACIÓN E INFRACCIÓN PROCESAL

Número del procedimiento: 11/2019

Fallo/Acuerdo:

Fecha de Votación y Fallo: 09/12/2021

Ponente: Excmo. Sr. D. Juan María Díaz Fraile

Procedencia: Audiencia Provincial de Madrid Sección 19

Letrada de la Administración de Justicia: Ilma. Sra. Dña. María Angeles Bartolomé Pardo

Transcrito por: KSR

Nota:

CASACIÓN E INFRACCIÓN PROCESAL núm.: 11/2019

Ponente: Excmo. Sr. D. Juan María Díaz Fraile

Letrada de la Administración de Justicia: Ilma. Sra. Dña. María Angeles Bartolomé Pardo

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Civil

Sentencia núm. 913/2021

Excmos. Sres.

D. Ignacio Sancho Gargallo

D. Pedro José Vela Torres

D. Juan María Díaz Fraile

En Madrid, a 23 de diciembre de 2021.

Esta Sala ha visto el recurso extraordinario por infracción procesal y de casación respecto de la sentencia n.º 403/2018, de 7 de noviembre, dictada en grado de apelación por la Sección Decimonovena de la Audiencia Provincial de Madrid, como consecuencia de autos de juicio ordinario n.º 109/2016 del Juzgado de Primera Instancia n.º 69 de Madrid, sobre reclamación de cantidad.



Es parte recurrente y recurrida D. Juan María , representado por el procurador D. Antonio Rafael Rodríguez Muñoz y bajo la dirección letrada de D. Francisco Prada Gayoso.

Es parte recurrente y recurrida Fomento de Construcciones y Contratas, S.A. representada por el procurador D. Arturo Romero Ballester y bajo la dirección letrada de D. José Manuel Martín Martín.

Ha sido ponente el Excmo. Sr. D. Juan María Díaz Fraile.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- *Tramitación en primera instancia.*

1.- El procurador D. Antonio Rafael Rodríguez Muñoz, en nombre y representación de D. Juan María , interpuso demanda de juicio ordinario sobre reclamación de cantidad, en la que solicitaba se dictara sentencia por la que:

"Estimando la demanda declare que la demandada es responsable de los daños y perjuicios ocasionados a mi mandante D. Juan María por incumplimiento de contrato, y le condene a indemnizarle en cuantía de los expresados 6.754.801 euros por los sufridos, más los intereses de dicha cantidad desde la interposición de esta demanda hasta su completo pago, así como al pago de las costas".

2.- La demanda tuvo entrada en el decanato de los Juzgados de Madrid el 19 de enero de 2016, fue repartida al Juzgado de Primera Instancia n.º 69 de Madrid, registrada como procedimiento ordinario n.º 109/2016 e incoada por decreto de fecha 18 de febrero de 2016. Una vez fue admitida a trámite, se procedió al emplazamiento de la parte demandada.

3.- El procurador D. Arturo Romero Ballester, en representación de Fomento de Construcciones y Contratas S.A., contestó a la demanda, solicitando su desestimación y la expresa condena en costas a la parte actora.

4.- Tras seguirse los trámites correspondientes, la Juez del Juzgado de Primera Instancia n.º 69 de Madrid dictó sentencia en fecha 6 de marzo de 2018, con la siguiente parte dispositiva:

"Estimando en parte la demanda formulada por D. Juan María , representado por el procurador Sr. Rodríguez Muñoz, contra Fomento de Construcciones y Contratas, S.A., representada por el procurador de los tribunales Sr. Romero Ballester, debo condenar y condeno a la demanda a que indemnice al actor en la cantidad de seiscientos setenta y cinco mil euros (675.000.-€) de principal, cantidad que devengará el interés legal del dinero a contar desde la interposición de la presente demanda y hasta la presente resolución y el legal del dinero incrementado en dos puntos a contar desde la presente resolución y hasta su completo pago. Sin hacer expresa imposición de las costas causadas".

SEGUNDO.- *Tramitación en segunda instancia.*

1.- La sentencia de primera instancia fue recurrida en apelación por las representaciones de ambas partes, demandante D. Juan María y demandado Fomento de Construcciones y Contratas S.A.

2.- La resolución de este recurso correspondió a la Sección Decimonovena de la Audiencia Provincial de Madrid, que lo tramitó con el número de rollo 534/2018 y tras seguir los correspondientes trámites dictó sentencia n.º 403/2018 de 7 de noviembre, cuyo fallo dispone:

"Desestimar los recursos de apelación interpuestos por la respectiva representación procesal de D. Juan María , y de Fomento de Construcciones y Contratas, S.A., contra la sentencia núm. 76/2018, de seis de marzo de dos mil dieciocho, dictada en el procedimiento ordinario 109/2016, del Juzgado de 1.ª Instancia núm. 69 de Madrid, por lo que debemos confirmar dicha resolución judicial, con expresa imposición de las costas causadas en esta alzada a cada parte apelante".

TERCERO.- *Interposición y tramitación de los recursos extraordinario por infracción procesal y de casación .*

1.- El procurador D. Antonio Rafael Rodríguez Muñoz, en representación de D. Juan María , interpuso recurso extraordinario por infracción procesal y de casación.

Los motivos del recurso extraordinario por infracción procesal fueron:

"Motivo primero.- Al amparo del art. 469.1.4º LEC, por vulneración de los derechos fundamentales a la tutela judicial efectiva y a un proceso con todas las garantías, reconocidos en el art. 24 de la Constitución, en relación con los arts. 285, 452.2 y 335.1 LEC, por indebida desestimación en la sentencia de la Audiencia Provincial del recurso de reposición interpuesto en la Audiencia Previa contra la resolución que admitió la prueba de dictamen por perito de designación judicial, cuando con el escrito de contestación a la demanda ya se había acompañado dictamen por perito elegido por la parte. La Audiencia Provincial lo desestima por motivos formales no aducidos en la instancia, y que contravienen consolidada doctrina del Tribunal Constitucional



sobre el derecho a los recursos como parte de la tutela judicial efectiva y un proceso con todas las garantías, produciendo evidente indefensión al tratarse de resolución definitiva.

"Motivo Segundo.- Al amparo del art. 469.1.4º LEC, por vulneración de los derechos fundamentales a la tutela judicial efectiva y a un proceso con todas las garantías, reconocidos en el art. 24 de la Constitución, producida por error material patente e inmediatamente verificable de forma incontrovertible en las actuaciones judiciales en la valoración de la prueba, al tener por documento contractual vinculante un Acta del Consejo de Administración de CPV, tercero ajeno a la relación jurídica aunque le afectase, desconocido para el actor, y en el que se apoya la Sentencia impugnada para fijar la cuantía de la indemnización".

Los motivos del recurso de casación fueron:

"Motivo Único.- Al amparo de los números 1 y 2.2º del artículo 477 LEC, por infracción del artículo 1.106 del Código Civil al limitar la Sentencia recurrida la indemnización por el incumplimiento contractual declarado a "la frustración de expectativas que supuso para el actor no ser finalmente nombrado" equivalente a 15 días de retribución más una supuesta indemnización unilateralmente fijada para el caso de "extinción del contrato" por quien era tercero ajeno a la relación jurídica, equivalente acaso a una parte del lucro cesante, con exclusión del resto consistente en el valor del derecho renunciado como condición necesaria para cumplir el contrato la parte cumplidora, equivalente al daño emergente".

2.- El procurador D. Arturo Romero Ballester, en representación de Fomento de Construcciones y Contratas S.A., interpuso recurso de casación.

Los motivos del recurso de casación fueron:

"Primero.- Al amparo del art. 477.2, 2.º, de la Ley de Enjuiciamiento Civil, para denunciar la infracción de normas sustantivas y, en concreto, por falta de aplicación e interpretación errónea de los arts. 6.4, 7 y 1255 del Código Civil - pactos en fraude de ley- y aplicación indebida del art. 1261 C. Civil por inexistencia de precontrato.

"Segundo.- Al amparo del art. 477.2.2.º, de la Ley de Enjuiciamiento Civil, para denunciar la infracción de normas sustantivas y, en concreto, por falta de aplicación de los arts. 1968, 1969 y 1902 del Código Civil (plazo anual de prescripción de la acción. Responsabilidad extracontractual), unido a la denuncia de la aplicación indebida del art. 1964 C. Civil.

"Tercero.- Al amparo del art. 477.2.2.º, de la Ley de Enjuiciamiento Civil, para denunciar la infracción de normas sustantivas y, en concreto, por aplicación indebida de los arts. 1100, 1101, 1106, 1107 y 1108 del Código Civil, al considerar que FCC debe compensar daños y perjuicios al actor.

"Cuarto.- Al amparo del art. 477.2.2.º de la Ley de Enjuiciamiento Civil para denunciar la infracción de normas sustantivas y, en concreto, por falta de aplicación de los arts. 1117, 1203, 1204 y 1306 del Código Civil, en relación con los arts. 227 y 229 de la LSC".

2.- Las actuaciones fueron remitidas por la Audiencia Provincial a esta Sala, y las partes fueron emplazadas para comparecer ante ella. Una vez recibidas las actuaciones en esta Sala y personadas ante la misma las partes, por medio de los procuradores mencionados en el encabezamiento, se dictó auto de fecha 3 de febrero de 2021, que admitió los recursos y acordó dar traslado a las partes recurridas personadas para que formalizaran su oposición.

3.- Ambas partes se opusieron al recurso contrario.

4.- Al no solicitarse por todas las partes la celebración de vista pública, se señaló para votación y fallo el día 9 de diciembre de 2021, en que ha tenido lugar.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Resumen de antecedentes

1.- Para la resolución de los presentes recursos resultan relevantes los siguientes antecedentes de hecho según han sido acreditados y fijados en la instancia:

1.º) El actor vino desarrollando hasta 2014 y durante 27 años la actividad profesional de Alta Dirección del grupo suizo HOLCIM; concretamente desde 2003 y hasta 2014 era el ejecutivo responsable del Área de África-Medio Oriente y, además, presidente del Consejo de Administración de la filial del grupo en España. El grupo HOLCIM se dedica a la producción y comercialización de cemento y sus derivados o componentes (hormigón, clínker, áridos, morteros). Es una empresa que cotizaba en 2014 en la Bolsa de Zurich. Y en dicho grupo el actor, además de sus responsabilidades operacionales de supervisión y gestión de las empresas pertenecientes o



participadas por el grupo HOLCIM en la región África Medio Oriente, desempeñaba los cargos de consejero, consejero-presidente o presidente del Consejo de diversas filiales del grupo en varios países.

2.º) La sociedad demandada Fomento de Construcciones y Contratas S.A (FCC) es dominante de un relevante Grupo societario español, centrado principalmente en el área de construcción y negocios afines, entre ellos el del cemento, en que interviene por medio de su filial Cementos Portland Valderribas, S.A. (CPV), a su vez cabecera o dominante de su propio grupo societario (GCPV). FCC detenta el 71,58% del capital social de CPV; en consecuencia, como socio dominante ejerce el control sobre las decisiones que se adoptan en CPV, entre las que se encuentra las relativas al nombramiento y cese de los miembros del Consejo de Administración de CPV.

3.º) Desde finales de 2013, D. Doroteo era el vicepresidente del Consejo de Administración y de consejero delegado de FCC, cargos que mantuvo a lo largo de 2014. Con anterioridad, desde el 16 febrero 2012 y hasta el 27 febrero 2013 había ostentado el cargo de presidente del Consejo de Administración de CPV. Cargo en el que fue sustituido por D. Evaristo, quien cesó en el mismo en febrero de 2015.

4.º) En el año 2012, D. Doroteo propuso al actor que asumiese el cargo de consejero delegado de GCPV (D. Doroteo y D. Juan María se conocían por haber coincidido y colaborado profesionalmente en UMAR 25 años atrás). Dicho ofrecimiento no fue aceptado inicialmente, pero fue reiterado a finales de 2013, momento en el que el actor estaba dispuesto a aceptarlo. Se iniciaron así una serie de conversaciones y negociaciones para la incorporación de D. Juan María a CPV, que debía producirse efectivamente a finales de 2014 o principios de 2015 porque en esas fechas cesaba por finalización de su contrato el primer ejecutivo del Grupo CPV, D. Evaristo.

5.º) En dichas conversaciones y negociaciones participaron, además de D. Doroteo y D. Evaristo, el resto de los miembros del Consejo de Administración de CPV, así como los accionistas de referencia de FCC, la familia de Doña Magdalena. De forma tal que el 29 de julio de 2014 D. Evaristo comunicó al actor mediante un correo electrónico la disposición del grupo FCC y de CPV para nombrarle consejero y consejero delegado de CPV, con la finalidad de que fuera el actor el que sucediera al propio Sr. Evaristo cuando éste cesara en sus funciones.

El nombramiento era para ocupar el cargo de miembro del Consejo de Administración de una sociedad mercantil, por lo que requería del previo acuerdo del Consejo de Administración, posteriormente ratificado por la Junta General de accionistas y adicionalmente, y para ser nombrado consejero delegado, la conformidad de, al menos, dos terceras partes de los miembros del Consejo de Administración, todo ello acuerdo con la LSC y los estatutos de CPV. Estas decisiones dependían de FCC en su condición de socio mayoritario y dominante.

6.º) Previamente a la adopción de dichos acuerdos se requería el informe favorable o la propuesta de la Comisión de Nombramientos y Retribuciones del Consejo de GCPV (órgano encargado de informar o proponer al Consejo de Administración los acuerdos a adoptar en relación, entre otras, a las materias de nombramiento, reelección, ratificación y cese de consejeros, establecimiento y control de la política de retribución de los consejeros y altos directivos de la sociedad).

La Comisión analizó el nombramiento del actor como nuevo administrador y consejero delegado en reunión del día 24 de septiembre de 2014. Finalmente, dicha Comisión adoptó el acuerdo de proponer al Consejo de Administración de CPV el nombramiento de D. Juan María como consejero delegado con efectos el 1 de diciembre de 2014, al tiempo que fijaba las condiciones económicas de dicho nombramiento. Ese mismo día se dio cuenta de dicha propuesta al Consejo de Administración de CPV, que acordó darse por enterado de la misma, quedando a la espera de que en un nuevo Consejo se propusiera, en el orden del día, el nombramiento del Sr. Juan María. Dicha cuestión también fue tratada en el Consejo de Administración de FCC celebrado el 25 de septiembre de 2014.

7.º) El 26 de septiembre de 2014, D. Doroteo, en su condición de vicepresidente y consejero delegado de FCC, remitió una carta al actor en la que le daba la bienvenida al Grupo, al tiempo que le informaba de las condiciones económicas aprobadas para su incorporación; entre ellas FCC se comprometía a aportar a los fondos de pensiones del actor la cantidad de 120.000 euros, y en caso de indemnización a la aportación bruta durante 5 años al plan de pensiones, disminuyendo a medida que pasase cada año la parte proporcional del mismo. Por lo que se refiere a la fecha de ingreso, se hizo constar que la misma quedaba pendiente de confirmación por parte del Sr. Juan María.

8.º) Una vez efectuado lo anterior, era preciso que el actor resolviera su relación con grupo HOLCIM. El contrato que vinculaba al Sr. Juan María con Holcim contenía la estipulación de que, si aquél decidía abandonar el Grupo por cualquier motivo, debería comunicarlo al menos con doce meses de anticipación. No obstante, lo cual, comunicada por el actor al Grupo Holcim su decisión en octubre de 2014, dicho grupo aceptó la resolución de la relación sin necesidad de esperar el periodo de preaviso, llegándose al acuerdo de fijar como fecha del cese efectivo el 31 de diciembre de 2014. A tal efecto se suscribió entre el actor y Holcim un "Acuerdo Mutuo de



Rescisión" que fue remitido por la empresa el 25 de noviembre de 2014, y suscrito por el actor el 3 de diciembre de 2014. Esta desvinculación debía ponerse en conocimiento de la Bolsa de Zurich, circunstancia que retrasó la firma efectiva del acuerdo (respuestas del D. Juan Luis , vicepresidente y encargado de RRHH de Holcim al interrogatorio practicado).

9.º) Una vez efectuados los trámites anteriores, quedaba por convocar el Consejo de Administración de Cementos Portland Valderribas (CPV) en el que se llevara a cabo el nombramiento del Sr. Juan María , nombramiento que también debía ser aceptado por el Consejo de FCC. Se estableció para ello el día 12 de enero de 2015, ya que dicho nombramiento no había podido producirse en la fecha inicialmente prevista del 1 de diciembre de 2014.

10.º) No obstante lo anterior, a finales de noviembre de 2014 concluyeron las negociaciones que tiempo antes se habían iniciado entre FCC y Control Empresarial de Capitales S.A. de CV, sociedad perteneciente en su integridad a Inmobiliaria Carso, S.A. de CV, que a su vez está controlada por la familia Arsenio . Como consecuencia de esas negociaciones el Consejo de Administración de FCC adoptó el 27 de noviembre de 2014 la decisión de ejecutar la ampliación de capital acordada en Junta General de 20 de octubre de 2014. Procediendo Control de Capitales SA de CV a suscribir un total de 66.794.810 nuevas acciones de FCC, lo que determinó la entrada de un nuevo inversor en el grupo, y fruto de las negociaciones mantenidas un nuevo equilibrio en la composición del Consejo de Administración de FCC, con la entrada de nuevos consejeros a propuesta del nuevo inversor, lo que a la postre determinó igualmente la entrada de nuevos consejeros en las empresas participadas por FCC, entre las que se encuentra CPV. Determinando en definitiva que la persona nombrada como consejero delegado de CPV no fuese el actor sino D. Braulio , lo que tuvo lugar el día 26 de febrero de 2015.

2.- El Sr. Juan María interpuso una demanda contra FCC en la que solicitaba que se la declarase responsable de los daños y perjuicios ocasionados al actor por incumplimiento de contrato y la condena a indemnizarle en la cuantía de 6.754.801 euros, más los intereses legales.

3.- El juzgado de primera instancia estimó en parte la demanda y condenó a la demandada a indemnizar al actor en la cantidad de 675.000 euros de principal, más los intereses legales.

4.- La sentencia fue recurrida en apelación por ambas partes.

Los motivos del recurso de FCC, en resumen, fueron los siguientes: (i) Falta de legitimación pasiva de la sociedad demandada, porque FCC no es la titular jurídica de la pretendida designación de consejero delegado en Cementos Portland Valderribas, S.A. (CPV). CPV, no está demandada y en la demanda se afirma que no intervino en el pretendido contrato. Es sociedad cotizada. El cargo de consejero delegado es una relación de integración orgánica y se rige por la Ley de Sociedades de Capital. El nombramiento del consejero delegado es "facultad indelegable" del Consejo de Administración de CPV (arts. 249 y 249 bis LSC). Es preceptivo que la propuesta sea realizada por la Comisión de Nombramientos y Retribuciones que fija condiciones y términos (arts. 529 de la LSC). No existe legitimación pasiva delegada. (ii) Excepción de prescripción de la acción. FCC no es la titular de la pretendida relación jurídica (consejero delegado en CPV). La responsabilidad pretendida, de existir, se debe calificar de extracontractual. El plazo para reclamar es de un año (art. 1902 CC), que el actor ha dejado transcurrir sin reclamación útil para interrumpir la prescripción (arts. 1968, 1969 y 1973 CC). La demanda presentada ante el juzgado mercantil, que se declaró objetivamente incompetente y de la que no dio traslado a la demandada, no interrumpió el plazo de prescripción. (iii) Falta de acción para reclamar daños y perjuicios, porque el demandante declinó la propuesta de ser nombrado. El actor rechazó la propuesta de CPV (a través de su presidente Sr. Evaristo), realizada el 6 de noviembre 2014, para nombrarle consejero de CPV el día 19 de noviembre 2014, en que se celebró Consejo de Administración. El acuerdo de la CIAR de CPV, de 24 septiembre 2014, estableció las condiciones y fijó un término, el 1 diciembre 2014, como fecha de la efectiva incorporación como consejero delegado. El actor no aceptó ser nombrado consejero el 19 de noviembre 2014, pues seguía manteniendo cargos mercantiles en Holcim. (iv) No procede compensación de daños y perjuicios en ningún caso.

El Sr. Juan María , por su parte, fundó su apelación, en síntesis, en los siguientes motivos: (i) La prueba pericial judicial no debió ser admitida, porque la desestimación del recurso de reposición, con oportuna protesta, no fue debidamente adoptada en la audiencia previa celebrada el día 19 de enero de 2017, porque cada parte litigante había presentado su propio informe pericial con la respectiva demanda y contestación a la misma, no era procedente un tercer peritaje, según el artículo 335.1º LEC. La sentencia debe ser revocada por basar su cuantificación de los daños y perjuicios en dicho tercer dictamen. (ii) Errores en la valoración de la prueba, porque el incumplimiento contractual de la sociedad demandada fue doloso y no culposo, como se calificó en dicha resolución judicial. En la carta de bienvenida al grupo de D. Doroteo de 26 de septiembre de 2014 no consta previsión indemnizatoria alguna por extinción contractual, sino que la misma figura en el acta de 24 de



septiembre de 2014 del Consejo de Administración de CPV. Dicha previsión no la conoció el demandante, ni fue negociada con él. Y no era vinculante entre los litigantes porque fue ajena a su negociación. (iii) Discrepancia con los fundamentos jurídicos cuarto y quinto de la sentencia, en cuanto conducen a la reducción de la cuantía litigiosa, que debió ser estimada íntegramente, conforme a las conclusiones del perito de la parte actora. (iv) Rechaza la referencia a la posibilidad de que el actor desarrollara su profesión en otro grupo empresarial, y niega relevancia a que ahora ocupe el cargo, no retribuido, de presidente del Consejo de Administración de otra sociedad, por ser de una sociedad instrumental creada con unos amigos.

5.- La Audiencia Provincial desestimó ambos recursos y confirmó íntegramente la sentencia de primera instancia.

5.1. Primero entra a examinar la admisión de la tercera prueba pericial practicada, que considera acertada al no haber identificado la actora en el acto de la audiencia previa la norma procesal incumplida, por lo que la resolución verbal desestimatoria del recurso de reposición contra la admisión de dicha prueba fue correcta, conforme al art. 452.2º LEC. Desestima la alegación de los arts. 335 y 339 LEC por tratarse de argumentos nuevos introducidos en la segunda instancia.

5.2. Después analiza y desestima la excepción de prescripción de la acción opuesta por FCC porque la acción ejercitada en la demanda fue la de responsabilidad por culpa contractual, no por responsabilidad extracontractual, al partir de que en el caso enjuiciado existió un verdadero acuerdo de voluntades o precontrato y no simplemente tratos preliminares, como mantiene la sociedad demandada. Por ello el plazo de prescripción de la acción ejercitada no es el de un año previsto en el artículo 1968 CC, sino el general del art. 1964 CC.

5.3. Sobre la naturaleza jurídica de la actividad precontractual enjuiciada, que era necesario examinar para entrar en los demás motivos del recurso de apelación de la sociedad demandada, la Audiencia comparte el criterio de la sentencia de primera instancia de que estamos en presencia de un precontrato, conforme a la doctrina de la STS de 19 de octubre de 2012.

5.4. También rechaza la Audiencia la excepción opuesta por FCC de su falta de legitimación pasiva, al acoger la tesis de la actora según la cual la obligación que asumió la demandada frente a él fue la de conseguir que el Consejo de Administración de CPV nombrara al actor como consejero delegado, actuación que podía llevar a cabo la sociedad demandada pese a no ser la entidad para la que finalmente el actor prestara sus servicios en tanto en cuanto FCC era el accionista mayoritario y dominante de CPV.

5.5. A continuación la Audiencia pasa a examinar la alegación de FCC relativa a la falta de acción del demandante para reclamar daños y perjuicios, basada en la idea de que declinó la propuesta de su nombramiento como consejero delegado realizada el 6 de noviembre de 2014, para su formalización en el Consejo de Administración del 19 de noviembre de 2014. El actor supuestamente no aceptó ser nombrado consejero el 19 de noviembre 2014. Tesis que rechaza la Audiencia al estimar que es "un hecho acreditado que la causa de que el nombramiento no fuera finalmente efectuado fue [a causa de] una circunstancia sobrevenida, consistente en la decisión por parte de la sociedad demandada, de designar como consejero delegado a otra persona, afín a los intereses del nuevo socio que entró a formar parte de FCC como consecuencia de la ampliación de capital".

5.6. Finalmente, el tribunal de instancia pasa a examinar conjuntamente el resto de los motivos de apelación de ambos recursos, que discrepan de lo resuelto en la sentencia de primera instancia sobre la indemnización concedida, y que son íntegramente desestimados, conforme a los razonamientos que se expondrán más detalladamente al abordar los motivos de los recursos extraordinario por infracción procesal y de casación formulados por el Sr. Juan María que giran en torno al *quantum* indemnizatorio.

6.- FCC ha interpuesto un recurso de casación, articulado en cuatro motivos, que han sido admitidos. El Sr. Juan María, por su parte, ha formulado un recurso extraordinario por infracción procesal, basado en dos motivos, y otro recurso de casación, fundado en un único motivo, que han sido admitidos. Por razones de claridad expositiva y ordenación lógica en función de su contenido, procede comenzar analizando el recurso de casación interpuesto por FCC, pues en caso de prosperar condicionarían la resolución de los recursos del Sr. Juan María referidos al importe de la indemnización.

Recurso de casación interpuesto por Fomento de Construcciones y Contratas, S.A.

SEGUNDO.- *Formulación del primer motivo.*

1.- El primer motivo denuncia la infracción de los arts. 249, 249 bis y 529 *terdecies*, *quidecies*, LSC, en relación con los arts. 6.4, 7, 1255 y 1261 CC.



2.- En su fundamentación argumenta que el nombramiento de consejero delegado está sometido imperativamente a la Ley de Sociedades de Capital, que configura como facultad indelegable del Consejo de Administración el nombramiento, designación y fijación de las condiciones del contrato del consejero delegado, que en el caso de la litis sería el de Cementos Portland Valderribas, S.A. (CPV), por lo que el pacto adoptado, en cuanto contrario a la LSC, debe ser considerado nulo, por fraudulento. Además, la falta de un acuerdo expreso y posterior nombramiento por parte del Consejo de Administración de CPV supone que no puede calificarse el supuesto acuerdo como un precontrato, porque faltaría el consentimiento del Consejo de Administración de CPV, por lo que, al no concurrir todos los elementos del contrato, la naturaleza y calificación de la misiva del Sr. Doroteo no podría ser otra que la de tratos preliminares.

El motivo debe ser desestimado por las razones que exponemos a continuación.

TERCERO.- *Decisión de la sala. La naturaleza jurídica de los acuerdos controvertidos como precontrato y no como simples tratos preliminares. Desestimación del motivo.*

1.- Se cuestiona en este primer motivo la calificación de la naturaleza jurídica de las negociaciones y relaciones que mediaron entre las partes litigantes y que han quedado reseñadas en el primero fundamento jurídico de esta resolución. Las sentencias de instancia concluyeron que la partes alcanzaron un precontrato generador de obligaciones para ambas, en tanto que FCC afirma que se trató de meros tratos preliminares o actos preparatorios que no llegaron a concretarse en ningún convenio obligatorio. La conclusión de la sentencia de apelación impugnada se apoyó en los siguientes elementos:

(i) hubo una oferta concretada en la carta que D. Doroteo, en su condición de vicepresidente y consejero delegado de FCC, remitió el 26 de septiembre de 2014 al actor, en la que le da la bienvenida al Grupo y en la que quedaron definidos los elementos básicos del contrato, esto es, el hecho del nombramiento del actor como consejero, para a continuación pasar a ser nombrado consejero delegado, las condiciones económicas o retributivas de dicho nombramiento, las cuales quedaron fijadas en sus aspectos de retribución fija, bonus y aportaciones al plan de pensiones, y finalmente la fecha en que dicho nombramiento iba a tener lugar, pendiente de la confirmación por parte del actor y que una vez obtenida permitiría su incorporación definitiva a principios de 2015;

(ii) Sr. Evaristo, a la sazón presidente del Consejo de Administración de CPV, a quien el actor iba a suceder, remitió al Sr. Juan María información acerca de la sociedad (organigrama interno, información presentada mensualmente al Comité de Dirección y al Consejo), hecho que respondía a la existencia de un compromiso formal y concluyente por ambas partes de que el actor sería el próximo consejero delegado de CPV; y

(iii) las condiciones ofertadas por la sociedad demandada al actor fueron aceptadas por éste, aceptación que, si bien no consta documentada, la Audiencia estima acreditada por desprenderse de los propios actos llevados a cabo por el actor y que tácitamente la ponen de manifiesto; en concreto, se refiere a la resolución del contrato que hasta esa fecha le vinculaba con HOLCIM, y que era presupuesto para que el nombramiento ofrecido pudiera llevarse a efecto, respetando la obligación de no competencia expresamente recogida en el artículo 25 del Reglamento del Consejo de Administración. La Audiencia, en esta línea, razona que para que tuviera lugar el acto en que quedaría perfeccionado definitivamente el acuerdo alcanzado (nombramiento del actor por parte del Consejo de Administración de CPV), dadas las relaciones que le vinculaban con otra sociedad competidora, era preciso que antes se realizaran, por la parte actora, una serie de actos previos que requerían ciertas formalidades y cierto tiempo. Esta circunstancia determinó que no pudiera llevarse a cabo el nombramiento en la fecha inicialmente prevista del 19 de noviembre de 2014, hecho que, a juicio de la Audiencia, no provoca duda alguna: a) sobre la aceptación de la oferta por parte del actor, ni b) sobre la realización por su parte de todos los actos necesarios para eliminar los obstáculos que impedían el acto formal del nombramiento.

2.- Frente a ello, la recurrente opone en esencia que (i) no hubo un acuerdo expreso ni llegó a formalizarse el nombramiento, y falta el consentimiento del Consejo de Administración de CPV, por lo que no concurren todos los elementos esenciales del contrato, y en consecuencia solo cabe hablar de tratos preliminares; y (ii) el nombramiento de un consejero delegado es legalmente una facultad indelegable del Consejo de Administración, que en el caso de la litis debería ser el de CPV, por lo que de existir un acuerdo en los términos que afirma el demandante y la Audiencia debería ser considerado nulo por fraudulento.

3.- *Jurisprudencia sobre la distinción entre el precontrato y los tratos preliminares.*

3.1. Como hemos hecho en otras ocasiones, debemos partir de dos consideraciones previas. La primera se refiere al alcance de la revisión en casación de la interpretación realizada en la instancia: la interpretación de los contratos constituye una función de los tribunales de instancia, y la realizada por estos ha de prevalecer y no puede ser revisada en casación salvo cuando sea contraria a alguna de las normas legales que regula



la interpretación de los contratos o se demuestre su carácter manifiestamente ilógico, irracional o arbitrario (sentencias 524/2013, de 23 de julio, 252/2014, de 14 de mayo, y 196/2015, de 17 de abril, entre otras muchas).

Tampoco pueda pretenderse una revisión casacional para sustituir una hipotética hermenéutica dudosa. Como afirmamos en la sentencia 140/2009, de 27 de septiembre, reiterando doctrina anterior:

"aunque la interpretación fuere dudosa, debe prevalecer el criterio del juzgador de instancia a quien corresponde, como función soberana, la hermenéutica contractual, la cual sólo es revisable en casación cuando se revele contraria a la Ley o a la lógica (SS. 16 de julio de 2002, 11 de marzo y 23 de diciembre de 2003, 29 de enero y 20 de mayo de 2004), de tal manera que, si bien debe prosperar la denuncia casacional cuando la exégesis realizada en la instancia contradice abiertamente al espíritu o la letra del texto interpretado (S. 20 de mayo de 2004 y cita), sin embargo debe prevalecer la apreciación efectuada cuando no se da esa abierta contradicción aunque no sea la única posible (S. 19 de febrero de 2001), o pudiera haber alguna duda razonable acerca de su acierto o sobre su absoluta exactitud (SS. 10 de octubre de 1959, 17 de noviembre y 7 de diciembre de 1961 y 15 de febrero de 2002, entre otras)".

3.2. En el caso de la litis, aun cuando pudiera tacharse de dudosa la interpretación que han hecho las sentencias de ambas instancias de los actos y comunicaciones entre las partes al calificarlos como precontrato y no como simples tratos preliminares (*quod non*), en ningún caso cabe valorar esa interpretación como manifiestamente ilógica, irracional o arbitraria, pues en lo fundamental viene a coincidir con los criterios y requisitos definidores que esta sala ha sentado para apreciar la existencia de un precontrato.

3.3. En la sentencia 60/2008, de 30 de enero, resumimos nuestra doctrina jurisprudencial sobre la materia, que se condensa en las siguientes pautas:

(i) el precontrato es el proyecto de contrato en el sentido de que las partes, por el momento, no quieren o no pueden celebrar los contratos definitivos y se comprometen a hacer efectiva su conclusión en tiempo futuro (sentencia de 4 de julio de 1991);

(ii) contiene ya los elementos del contrato definitivo, cuya perfección las partes aplazan (sentencia de 3 de junio de 1994);

(iii) es ya un contrato completo, que contiene sus líneas básicas y todos los requisitos, "teniendo las partes la obligación de colaborar para establecer el contrato definitivo" (sentencia de 23 de diciembre de 1995);

(iv) "la relación jurídica obligacional nace en el precontrato y en un momento posterior se pone en vigor el contrato preparado" (sentencia de 11 de mayo de 1999);

(v) es esencial que "no necesita actividad posterior de las partes para desarrollar las bases contractuales contenidas en el convenio"; así lo declaró la sentencia de 11 de abril de 2000 en un caso de precontrato unilateral, "bastando la expresión de voluntad del optante para que el contrato de compraventa quede firme, perfecto y en estado de ejecución, obligatorio para el cedente, sin necesidad de más actos" (sentencias de 23 de diciembre de 1991 y 17 de marzo de 1993 y reiteran las de 16 de octubre de 1997 y 15 de diciembre de 1997).

3.4. Como afirmó la sentencia 788/2005, de 13 de octubre, "el llamado precontrato, contrato preliminar o preparatorio, o *pactum de contrahendo*" [en ese caso bilateral de compraventa] tiene por objeto constituir un contrato y exige como nota característica que en él se halle prefigurada una relación jurídica con sus elementos básicos y todos los requisitos que las partes deben desarrollar y desenvolver en un momento posterior (SSTs 23 diciembre de 1995; 16 de julio 2003, entre otras), cuya efectividad o puesta en vigor se deja a voluntad de ambas partes contratantes".

Por tanto, el precontrato supone "el final de los tratos preliminares y no una fase de ellos (sentencia de 3 de junio de 1988 y 788/2005, de 13 de octubre".

4.- Al aplicar esta jurisprudencia, la Audiencia advierte que concurren los dos elementos esenciales para poder conceptuar de precontrato la situación generada por el conjunto de actos y declaraciones que las partes había realizado, en concreto: (i) que todos los elementos y estipulaciones del contrato definitivo deben encontrarse presentes en el propio precontrato; y (ii) que la puesta en ejecución del contrato definitivo no requiere la emisión de otro consentimiento por las partes, pues ya en el contrato preparatorio habían expresado el acuerdo contractual. Esta conclusión la deduce, fundamentalmente, además del resto de actos anteriores y coetáneos, de la concurrencia de la oferta y la aceptación de las partes sobre el objeto y la causa del contrato. La primera contenida en la carta que el Sr. Doroteo , en su condición de vicepresidente y consejero delegado de FCC, remitió el 26 de septiembre de 2014 al actor, en la que quedaron definidos los elementos básicos del contrato, esto es, el hecho del nombramiento del actor como consejero, para a continuación pasar a ser nombrado consejero delegado, las condiciones económicas o retributivas (retribución fija, bonus y aportaciones al plan de pensiones), y la fecha en que dicho nombramiento tendría lugar. Por otro lado, el actor debía resolver



previamente la relación de servicios (alta dirección) que le vinculaba con Holcim, para remover el obstáculo de la prohibición de competencia recogida en el artículo 25 del Reglamento del Consejo de Administración de CPV. Con ello, junto con las correspondientes previsiones legales y estatutarias, quedaba prefigurado el contenido de la relación (orgánica y contractual) de servicios (de administración y representación) entre CPV y el actor como consejero delegado - que desde la entrada en vigor de la Ley 31/2014, de 3 de diciembre, debe quedar reflejado también en un contrato, conforme al art. 249.3 LSC -.

5.- Quedaban así concretadas las condiciones del contrato y la fecha de su entrada en vigor, para lo cual no eran precisas ya nuevas declaraciones de voluntad, sino la realización de los actos de ejecución necesarios para hacer posible la realidad del nombramiento: (i) por parte de FCC, el previo acuerdo del Consejo de Administración, posteriormente ratificado por la Junta General de accionistas de CPV, y adicionalmente para ser nombrado consejero delegado la conformidad de al menos dos terceras partes de los miembros del Consejo de Administración (de conformidad con la LSC y los Estatutos de CPV); decisiones que, como afirma la Audiencia, dependían de FCC, en su condición de socio mayoritario y dominante, como titular del 71,58% del capital social de CPV; y (ii) por parte del actor, formalizar la resolución del contrato que le vinculaba con Holcim, lo que se ejecutó mediante el "Acuerdo Mutuo de Rescisión", que aquél suscribió el 3 de diciembre de 2014, y su posterior comunicación a la Bolsa de Zurich.

6.- El precontrato impone a las partes la obligación de "colaborar para establecer el contrato definitivo" (sentencia de 23 de diciembre de 1995). Esta obligación fue incumplida por FCC, cuando el actor había ya ejecutado por su parte los actos necesarios para poner en vigor el contrato al resolver el que previamente le vinculaba a Holcim.

7.- La recurrente alega que este precontrato, en caso de existir, debería considerarse nulo por fraudulento y por infringir los arts. 249, 249 bis y 529 *terdecies*, *quidecies*, LSC, en relación con los arts. 6.4, 7, 1255 y 1261 CC, al ser el nombramiento de consejero delegado una facultad indelegable del Consejo de Administración, que en este caso debía ser el de CPV y no el de FCC.

Esta alegación es inatendible. El precontrato se celebró entre el actor y FCC quien, a través de su vicepresidente y consejero delegado, Sr. Doroteo, concretó la oferta que fue aceptada por aquél. La aprobación del nombramiento por el Consejo de Administración de CPV constituía una condición necesaria para el buen fin de lo acordado, que FCC debía promover en cumplimiento de su "obligación de colaboración" activa para el cumplimiento del precontrato, mediante actuaciones que estaban en su ámbito de poder decisor en la medida en que, como se ha dicho, era socio mayoritario y dominante de CPV. *A pari ratione*, tampoco puede considerarse una condición imposible (art. 1116 CC).

Por tanto, el cumplimiento del precontrato no suponía la infracción de las normas societarias que reservan el nombramiento del consejero delegado de una sociedad a su Consejo de Administración, sino todo lo contrario, implicaba la obligación de FCC de promover las actuaciones necesarias para cumplir esas previsiones legales, pues los contratos obligan no solo a lo expresamente pactado, sino también "a todas las consecuencias que, según su naturaleza, sean conformes a la buena fe, al uso y a la ley" (art. 1258 CC).

8.- En consecuencia, el motivo se desestima.

CUARTO.- *Formulación del segundo y tercer motivo.*

1.- El segundo motivo se funda en la infracción de los arts. 1968, 1969 y 1902 CC, en relación con el art. 1968 CC,

2.- El recurrente aduce que esa infracción deriva del hecho de que la acción ejercitada estaría prescrita en la medida en que al calificar la relación entre las partes de tratos preliminares y no de precontrato, la responsabilidad a que podría dar lugar sería extracontractual, por lo que el plazo anual propio de las acciones nacidas de este género de responsabilidad estaría prescrito, por haber transcurrido dicho año y por no producir el efecto de su interrupción la demanda interpuesta ante un juzgado mercantil al ser objetivamente incompetente.

3.- El tercer motivo denuncia la infracción de los arts. 1100, 1101, 1106, 1107 y 1108 CC.

4.- La infracción se habría producido al considerar que FCC debe compensar daños y perjuicios al actor, porque, en caso de considerar que la acción no está prescrita, igualmente la demanda debería de ser desestimada en la medida en que los tratos preliminares no generan indemnización de daños y perjuicios, y el Consejo de Administración (de CPV) es soberano para nombrar o no al consejero delegado, y si esta decisión fuese negativa, no se deducirían consecuencias indemnizatorias para la empresa ni para los socios.

5.- Dada la estrecha relación jurídica y lógica existente entre ambos motivos los resolveremos conjuntamente.



QUINTO.- *Decisión de la sala. Improcedencia de la calificación de la responsabilidad exigida como extracontractual. Rige el plazo de prescripción propio de las acciones nacidas de la responsabilidad contractual. Desestimación.*

1.- Como afirmó la sentencia de esta sala de 16 de mayo de 1988, "la culpa *in contrahendo*, al faltar relación contractual, se nos ofrece como aquiliana, puesto que no puede negarse que exista una violación del principio *neminem laedere*". Esa responsabilidad extracontractual puede derivarse directamente tanto de dicha tesis jurisprudencial como de la teoría del abuso del derecho, como sostiene cierta doctrina española y afirmamos en la sentencia 788/2005, de 13 de octubre. En uno y otro caso da entrada a la aplicación del art. 1902 CC, y somete la acción para su exigencia al plazo de prescripción de un año previsto en el art. 1968.2º CC.

2.- Sin embargo, en el caso que enjuicamos no cabe aplicar este plazo de prescripción propio de la responsabilidad extracontractual, que presupone la calificación de la relación entre las partes litigantes como meros tratos preliminares, tesis que hemos desestimado en el motivo anterior, al confirmar la sentencia impugnada que la conceptuó acertadamente como precontrato, cuyo incumplimiento engendra una responsabilidad contractual, sujeta al plazo general de prescripción de las acciones personales del art. 1964 CC.

Por tanto, al partir ambos motivos de esa premisa que ha resultado incorrecta, necesariamente deben decaer.

3.- El hecho de que el Consejo de Administración de CPV sea soberano para adoptar su decisión sobre el nombramiento de su consejero delegado no empece lo anterior, pues, como antes se dijo, FCC se obligó a través del precontrato a colaborar activamente para que ese nombramiento se produjese efectivamente, lo que entraba dentro de su ámbito de poder decisorio al ostentar la posición de socio mayoritario y dominante.

Si el nombramiento finalmente no se produjo fue porque, después de remitida la carta del Sr. Doroteo comunicando los términos concretos de la oferta para el nombramiento del actor como consejero delegado de CVP y de la resolución del contrato que vinculaba a éste con Holcim, y fijada la fecha del Consejo de Administración de CPV en que debería formalizarse dicho nombramiento (previsto para el 12 de enero de 2015), a finales de noviembre de 2014 concluyeron las negociaciones que tiempo antes se habían iniciado entre FCC y Control Empresarial de Capitales SA de CV, sociedad perteneciente en su integridad a Inmobiliaria Carso, S.A. de CV, que a su vez está controlada por la familia Arsenio. Como consecuencia de esas negociaciones el Consejo de Administración de FCC, en ejercicio de su autonomía, adoptó el 27 de noviembre de 2014 la decisión de ejecutar la ampliación de capital acordada en Junta General de 20 de octubre de 2014. Ampliación en la que Control de Capitales SA de CV suscribió un total de 66.794.810 nuevas acciones de FCC, lo que determinó la entrada de un nuevo inversor en el grupo. Como consecuencia de ello, y fruto de las negociaciones mantenidas entre FCC y el nuevo inversor, se acordó un nuevo equilibrio en la composición del Consejo de Administración de FCC, con la entrada de nuevos consejeros a propuesta del nuevo inversor, lo que determinó también la entrada de nuevos consejeros en las empresas participadas por FCC, entre las que se encuentra CPV. Finalmente, la persona nombrada como consejero delegado de CPV fue D. Braulio, nombramiento que tuvo lugar el 26 de febrero de 2015. FCC se desentendió del previo compromiso que tenía asumido en virtud del precontrato litigioso con el actor, y decidió asumir otros compromisos con el nuevo socio que a la postre resultaron incompatibles con aquél, provocando su incumplimiento.

4.- En consecuencia, ambos motivos deben ser desestimados.

SEXTO.- *Formulación del cuarto motivo.*

1.- La infracción denunciada en este motivo se refiere a los arts. 1117, 1203, 1204 y 1306 CC, en relación con los arts. 227 y 229 LSC.

2.- El recurrente considera que fue el actor quien habría impedido su nombramiento, pues no aceptó ser nombrado el 19 de noviembre de 2014, como se le propuso, con fecha de incorporación efectiva el 1 de diciembre, ya que dejó pasar esta fecha y no se desvinculó de Holcim hasta 31 de diciembre de 2014, siendo así que los cargos en esta sociedad y en CPV son incompatibles.

El motivo debe ser desestimado por las razones que exponemos a continuación.

SÉPTIMO.- *Decisión de la sala. Desestimación.*

1.- En primer lugar, la formulación del motivo incurre en un defecto de técnica casacional al citar como infringidos preceptos heterogéneos que dificultan la identificación de la contravención denunciada. Esta sala ha declarado en innumerables sentencias que la exigencia de claridad y precisión en la identificación de la infracción normativa que resulta del art. 477.1 LEC es determinante de que el escrito de interposición del recurso de casación no consista en un mero escrito de acarreo de alegaciones, siendo precisa una estructura ordenada y con tratamiento separado de cada cuestión mediante el motivo correspondiente, lo que



es determinante del rechazo de motivos en los que se mezclan cuestiones que sean heterogéneas entre sí, por no ser función de esta sala averiguar dónde se halla la infracción que se denuncia (por todas, sentencia 760/2011, de 4 de noviembre).

Esto es lo que acontece en el presente supuesto en el que la mezcla de cuestiones heterogéneas dificulta la identificación del motivo del recurso. No obstante lo cual, al no haberse opuesto la recurrente a la admisión del motivo y no derivar minoración de su derecho a la contradicción, responderemos siquiera sea brevemente a las cuestiones que parecen planteadas en el motivo.

2.- La cita como vulnerados de los arts. 227 (deber de lealtad) y 229 (deber de evitar situaciones de conflicto) de la LSC carece de todo fundamento, pues precisamente el incumplimiento del precontrato por parte de FCC impidió que el actor fuera nombrado administrador (consejero delegado) de CPV, por lo que difícilmente le puede resultar imputable el incumplimiento de deberes de lealtad y de evitación de situaciones de conflicto en los que solo pueden incurrir los administradores que efectivamente hayan llegado a serlo.

3.- La denuncia de la infracción del art. 1117 CC igualmente carece de fundamento, pues esa norma se refiere a obligaciones condicionales, al disponer que "la condición de que ocurra algún suceso en un tiempo determinado extinguirá la obligación desde que pasare el tiempo o fuera ya indudable que el acontecimiento no ocurrirá". En el caso de la litis lo que celebraron las partes, según la calificación hecha en la instancia y confirmada en esta resolución, fue un precontrato, no meros tratos preliminares, ni tampoco un contrato sujeto a una condición entendida en su sentido técnico de suceso futuro e incierto del que se hace depender la eficacia del contrato y la exigibilidad de sus obligaciones. Resolver el contrato que vinculaba al actor con Holcim era una obligación que para aquél resultaba del precontrato con FCC, obligación que fue cumplida. La fecha inicialmente prevista para la efectiva incorporación del actor al Consejo de Administración de CVP tras su nombramiento (1 de diciembre de 2014) no se fijó con el carácter de término esencial. Tampoco puede colegirse, por razón de su naturaleza y de las circunstancias acreditadas en la instancia, que ese carácter esencial resultase implícito en lo pactado. Al carecer de ese carácter de término esencial, el retraso en la fecha inicialmente prevista no equivale a la frustración del fin práctico pretendido por las partes con el precontrato, y por ello no se puede invocar como justificativo de su incumplimiento por FCC.

Buena prueba del carácter no esencial de ese término es también: (i) el hecho de que la propia demandada, en su escrito de oposición al recurso, al alegar la prescripción de la acción indemnizatoria fijó en el día 12 de enero de 2015 el comienzo del cómputo del plazo de prescripción por ser esa la fecha en que se debía producir el nombramiento del actor; (ii) entre los hechos que el juzgado *a quo* dio por acreditados figura como horizonte temporal para la incorporación del actor a CVP la de "finales de 2014 o principios de 2015 porque en esas fechas se produciría el cese por finalización de su contrato del primer ejecutivo del GCVP, D. Evaristo "; y (iii) en la carta de 26 de septiembre de 2014 dirigida por el Sr. Doroteo al actor, en la que se fijan las condiciones del nombramiento, se hace constar que la misma queda pendiente de confirmación por el Sr. Juan María .

4.- Las referencias a los arts. 1203 y 1204 CC tampoco permiten que prospere el motivo. El primero, por su carácter genérico (limitado a enunciar los tipos de novación modificativa objetiva y subjetiva), no puede servir de fundamento a un motivo de casación, por no ser función de la sala averiguar dónde se halla la infracción que se denuncia (sentencia 760/2011, de 4 de noviembre). El art. 1204 CC se refiere a las novaciones extintivas y exige para que se produzca el efecto de la extinción de la obligación antigua que así se declare terminantemente, o que la antigua y la nueva sean de todo punto incompatibles. En ningún caso cabe interpretar el aplazamiento de la fecha de incorporación efectiva del actor al Consejo de Administración de CVP como una novación extintiva, pues no concurre ninguno de los dos presupuestos que exige el precepto: ni se pactó, ni hay incompatibilidad "de todo punto". Como declaramos en la sentencia 261/2020, de 8 de junio:

"La novación extintiva constituye una de las causas de extinción de las obligaciones (vid. art. 1.156 CC). Además de extinguir la obligación principal que tiene por objeto, provoca también la extinción entre las partes de las obligaciones o garantías accesorias, que sólo podrán subsistir en cuanto aprovechen a terceros que no hubieren prestado su consentimiento (art. 1207 CC), y la *nova obligatio* no tiene otra antigüedad que la determinada por la fecha de su nacimiento. Por la intensidad de los efectos extintivos que provoca esta modalidad de novación está sujeta a un mayor formalismo, exigiéndose una declaración de voluntad expresa, o bien una exteriorización de la voluntad novatoria o *animus novandi* por razón de la incompatibilidad "de todo punto" entre la antigua y la nueva obligación (voluntad tácita)"

5.- Finalmente, la mención al art. 1306 CC, relativo a supuestos de nulidad de los contratos por ilicitud de la causa, cuando la causa torpe no constituyere delito o falta, está desconectado del resto de las razones aducidas en el motivo, pues en ningún caso se refieren a la nulidad del precontrato, sino a su inexistencia (por ser meros tratos preliminares) o a su incumplimiento voluntario por parte del actor, al no aceptar el término fijado para su efectiva incorporación, por lo que al ser en realidad ajeno al marco delimitador del debate



producido en las instancias y a la *ratio decidendi* de la sentencia de la Audiencia, carece manifiestamente de fundamento y, por tanto, de eficacia casacional (art. 483.2.4º LEC).

Como recuerda la sentencia 453/2018, de 18 julio: "tiene declarado la sala, al decidir sobre la admisión de los recursos de casación, que debe combatirse en ellos únicamente los argumentos empleados para resolver las cuestiones objeto de debate que constituyan *"ratio decidendi"* (autos 30 de octubre y 4 de diciembre de 2007)".

6.- En consecuencia, el motivo se desestima, y con él el conjunto del recurso de FCC.

Recurso extraordinario por infracción procesal interpuesto por el Sr. Juan María

OCTAVO.- *Formulación del primer motivo.*

1.- El motivo, al amparo del ordinal 4º del art. 469.1 LEC, se formula por infracción de los arts. 285, 452.2 y 335.1 LEC, en relación con el art. 24 CE.

2.- El recurrente considera que fue incorrecta la desestimación del recurso de reposición interpuesto en la audiencia previa contra la resolución que admitió la prueba de dictamen por perito de designación judicial, cuando con el escrito de contestación ya se había acompañado un dictamen por perito elegido por la parte, y esta desestimación fue indebidamente confirmada por la Audiencia por motivos formales no aducidos en la instancia, lo que contraviene la consolidada doctrina jurisprudencial sobre el derecho a los recursos como parte de la tutela judicial efectiva y a un proceso con todas las garantías.

NOVENO.- *Decisión de la sala. Interpretación del art. 452 de la Ley de Enjuiciamiento Civil . Desestimación.*

1.- El reproche que se canaliza a través de este motivo tiene por objeto el pronunciamiento contenido en el fundamento jurídico quinto de la sentencia de apelación en el que se analiza la supuesta improcedencia de la admisión de la tercera prueba pericial practicada, que había sido denunciada en el recurso de apelación, denuncia que rechazó la Audiencia con la siguiente argumentación:

"después de examinada la grabación adjunta, resulta que la única alegación impugnatoria *in voce* de la parte demandante en el acto de la audiencia previa, se refirió a la aplicación del artículo 285 de la LEC, sin aludir a norma procesal incumplida alguna, por lo que la resolución verbal desestimatoria de la reposición, fue correcta conforme al artículo 452.2º de la LEC. No siendo aceptable que en el recurso de apelación se citen por primera vez los artículos 335 y 339 de la LEC, porque son argumentos jurídicos nuevos, que debieron haber sido invocados en la audiencia previa, puesto que la magistrada-juez *a quo* resolvió conforme a las alegaciones expresadas en dicho momento procesal. No causándose indefensión material alguna a las partes litigantes, que efectuaron cuantas alegaciones y pruebas tuvieron por conveniente, pudiendo rebatir las conclusiones de dicho tercer peritaje".

En definitiva, son dos los motivos por los que la Audiencia rechazó ese motivo de la apelación al no apreciar indefensión: (i) en la audiencia previa el demandante sólo se refirió al art. 285 LEC, sin aludir a la norma procesal incumplida, por lo que la desestimación de la reposición fue correcta conforme al art. 452.2º LEC; (ii) no es aceptable que sea en el recurso de apelación donde se citen por primera vez los arts. 335 y 339, porque son argumentos jurídicos nuevos que debieron hacerse valer en la audiencia previa.

2.- En su oposición al recurso FCC, al combatir este motivo, realiza una extensa exposición, con una innecesaria y perturbadora reproducción de amplios pasajes de sentencias de Audiencias, no siempre centradas en la cuestión suscitada por el motivo, que dificultan identificar el núcleo de su discrepancia. Como dijimos en la sentencia 1/2021, de 13 de enero:

"El criterio de extensión de los escritos de los recursos (también aplicables a los de oposición) es sin duda alguna de una gran importancia para la recta administración de la justicia, no sólo desde la perspectiva del tribunal que ha de estudiarlos, o de la parte recurrida que debe poder ejercer su derecho de defensa sin el esfuerzo desproporcionado que podría suponer una extensión desmesurada de los escritos impugnativos, sino también desde la óptica del correcto y eficaz ejercicio del derecho a la tutela judicial del propio recurrente. Ello es así porque, como explicamos en el "Acuerdo sobre criterios de admisión" de 2017, la desproporcionada extensión de los escritos dificulta la comprensión de las pretensiones del recurrente, oscurece sus argumentos y, en ocasiones no infrecuentes, los argumentos esgrimidos no solo incurren en reiteración, sino también en contradicción".

En todo caso, lo anterior no impide apreciar que, en lo sustancial, dicho escrito de oposición viene a coincidir con los argumentos de la Audiencia.

3.- La jurisprudencia de esta sala veda plantear cuestiones *per saltum*, que son aquellas que pudiendo plantearse, no lo fueron, en la primera instancia y/o en la apelación (sentencias 614/2011, de 17 noviembre; 632/2012, de 29 octubre; 32/2013, de 6 de febrero; 268/2013, de 22 de abril, entre otras muchas). No pueden



plantearse en casación ni en sede del recurso extraordinario por infracción procesal cuestiones que no hayan sido formuladas en la apelación, pues no cabe ya en sede de estos recursos extraordinarios hacer "un nuevo planteamiento de la cuestión litigiosa, distinta a la que se sometió a la consideración del tribunal de apelación" (sentencia del Pleno 772/2014, de 12 de enero de 2015).

4.- Sin embargo, no cabe apreciar infracción a esta jurisprudencia en el caso de la litis. Tanto el demandante como la demandada habían propuesto prueba pericial, acompañando a la demanda y a la contestación el correspondiente dictamen, que fueron admitidos en la audiencia previa sin oposición. FCC propuso, además, en ese trámite otro dictamen pericial que debería ser emitido por un perito designado judicialmente. La juzgadora *a quo* admitió la prueba del nuevo dictamen pericial. Contra esta resolución de admisión del dictamen pericial, con cita del art. 285 LEC, la representación del demandante interpuso oralmente recurso de reposición, sin mencionar en ese momento el art. 335.1 LEC que plantea como posibilidades alternativas y no cumulativas las pruebas periciales de parte y judicial. El recurso se admitió a trámite, se dio traslado a la demandada que lo impugnó, y fue desestimado por la juzgadora. El demandante formuló protesta frente a la desestimación y el reproche, como se ha dicho, se reprodujo en el recurso de apelación.

5.- La cuestión, por tanto, no es novedosa en esta sede. FCC solicita la inadmisión del motivo por infracción del art. 452 LEC, por dos razones. La primera se refiere al hecho de que se alegue ahora, en el recurso extraordinario por infracción procesal, la infracción del art. 24 de la CE en relación con la contravención de aquel precepto. Esta primera razón no puede ser acogida. Que se haga cita de este precepto en el recurso no implica que se esté introduciendo en el proceso un debate sobre una cuestión distinta a las controvertidas en la instancia, ni alterando sustancialmente el objeto del proceso. Esa cita responde al hecho de canalizarse el motivo por el cauce del ordinal 4.º del art. 469.1 LEC, esto es, por "vulneración, en el proceso civil, de derechos fundamentales reconocidos en el artículo 24 de la Constitución", lo que requiere que la infracción procesal alegada, por afectar al derecho a la tutela judicial efectiva (en este caso en su modalidad de acceso al recurso), provoque una vulneración del art. 24 CE, se haya denunciado en la instancia, y que, de haberse producido en la primera, la denuncia se haya reproducido en la segunda instancia (art. 469.2 LEC). Exigencia procesal que en el caso se cumplió.

6.- La segunda razón del cuestionamiento por FCC a la admisión del motivo se centra en el hecho de no haberse citado los concretos preceptos procesales que ahora se dicen infringidos (arts. 335 y 339 LEC) en el recurso de reposición que fue desestimado. El argumento se funda en el tenor del art. 452.1 LEC, cuyo primer párrafo establece que "el recurso de reposición deberá interponerse en el plazo de cinco días, expresándose la infracción en que la resolución hubiera incurrido a juicio del recurrente", y su párrafo segundo ordena que se inadmita la reposición si no se cumplen ambos requisitos (el temporal y el relativo a la cita de la infracción).

7.- Ahora bien, como advierte el demandante, esa interpretación del art. 452.1 LEC que parte de la exigencia de la cita del precepto concreto o del número del artículo y cuerpo legal infringido, por excesivamente formal y rigorista, ha sido matizada y limitada por la jurisprudencia del Tribunal Constitucional. En su sentencia 186/2008, de 26 de diciembre, recaída en un recurso de amparo contra una providencia en que se inadmitió a trámite un recurso de reposición con base en no haber cumplido el recurrente con el requisito de identificar la infracción cometida por la providencia impugnada, tal como exige el art. 452 LEC, declaró:

"En particular, este Tribunal ha sentado una consolidada doctrina en torno a la inadmisión de recursos de reposición civil fundada en el incumplimiento del requisito de no indicar en el escrito correspondiente, "la disposición de la Ley que haya sido infringida" por la resolución judicial que se impugna, como exigía el art. 377 LEC 1881 o, desde la entrada en vigor de la LEC 2000, "la infracción en que la resolución hubiera incurrido a juicio del recurrente", según su art. 452. Dejando a un lado el supuesto, aquí no suscitado, de que la infracción que se aduce fuera sustantiva y no procesal y en la que aquella exigencia formal resulta, desde luego, relativa (por todas, STC 108/2002, de 6 de mayo, FJ 4 y las muchas que allí se citan), en lo que aquí resulta destacable de dicha doctrina, hemos afirmado que se produce la vulneración del derecho fundamental reconocido en el art. 24.1 CE cuando el órgano judicial haya incurrido en un error patente, al apreciar indebidamente incumplido dicho requisito, bien porque en el escrito respectivo sí hace una mención expresa del precepto que se considera "infringido" por la resolución recurrida en reposición (STC 6/2001, de 15 de enero, FJ 4), o bien porque, aunque no se haya empleado directamente la palabra "infracción", el verbo infringir u otro sinónimo, sin embargo del contenido y términos del recurso interpuesto se deduzca, sin duda, un cuestionamiento o censura de la resolución recurrida achacada a una indebida aplicación o a una inaplicación de la norma que el recurso considera decisiva, argumentación ésta que, en esa misma medida, no puede equivaler a otra cosa sino a denunciar su infracción, que es justo lo exigido hoy por el art. 452 LEC para que se admita a trámite el recurso de reposición (STC 66/2005, de 14 de marzo, FJ 2).

"3. Este segundo supuesto se identifica con lo sucedido en el presente caso, lo que conduce a la estimación de la demanda de amparo. En efecto y tal como ha quedado reproducido en el antecedente 2 d) de esta Sentencia,



si bien en el escrito de reposición presentado por la representación del recurrente en amparo no figuraba de modo expreso la palabra "infringir" o "infracción", ni verbo equivalente (vulnerar, conculcar, contravenir, etc.) en relación con la cita de un precepto concreto - pues en el segundo párrafo aparece en su lugar una cruz o signo más -, sin embargo sí contiene el razonamiento necesario para poder identificar el precepto infringido, a efectos del mencionado art. 452 LEC".

8.- En el presente caso, contra la decisión de la juez *a quo* de admitir la prueba de peritaje judicial propuesto por la demandada, el actor formuló *in voce* recurso de reposición con cita del art. 285 LEC, lo que permitía por el momento en que se produjo, deducir el objeto del recurso, pues ese precepto alude a la "resolución que admita o inadmita cada una de las pruebas", siendo la cuestionada la del perito judicial, lo que podría entenderse implícitamente como una censura a la resolución recurrida por indebida aplicación o inaplicación de las normas que regulan su designación (arts. 335.1 y 339 LEC) que fueron explicitados en el recurso de apelación.

9.- Sin embargo, lo que sucede es que, incluso si se admite esta interpretación de identificación indirecta de los preceptos a que se refería la contravención denunciada en el recurso, con arreglo a la misma jurisprudencia constitucional citada, lo que era necesario y no consta es que en el mismo recurso de reposición *in voce* se articulase un razonamiento operativo que permitiese conocer cómo y por qué la admisión de la prueba del perito judicial infringía aquellos preceptos, pues en la propia ley se admiten supuestos de concurrencia de peritos de parte y otros judiciales (cfr. art. 339 LEC). La explicación que ahora aporta el recurrente sobre la existencia de una regla general contraria a esa concurrencia, que colige del tenor literal del art. 335 LEC, sin necesidad de entrar ahora en la valoración jurídica del fondo de este argumento, no podía inferirse con un razonable grado de certeza del recurso presentado *in voce*, por lo que su desestimación no incurrió en la infracción que denuncia el motivo.

10.- En consecuencia, el motivo debe ser desestimado.

DÉCIMO.- *Formulación del segundo motivo*

1.- El motivo, al amparo del art. 469.1.4º LEC, se funda en la vulneración de los derechos fundamentales a la tutela judicial efectiva y a un proceso con todas las garantías, reconocidos en el art. 24 de la Constitución,

2.- En su desarrollo considera producida esa infracción por error material patente e inmediatamente verificable de forma incontrovertible en las actuaciones judiciales en la valoración de la prueba, al tener por documento contractual vinculante un acta del Consejo de Administración de CPV, documento desconocido para el actor, y en el que se apoya la sentencia impugnada para fijar la cuantía de la indemnización por responsabilidad contractual, que establece finalmente en un importe que podría calificarse de irrisorio (675.000 euros) para un ejecutivo que, para asumir el nuevo cargo, prescinde de otro en el que lleva ocupado 27 años, con unos ingresos próximos a un millón de euros anuales, con lo que se causaría un evidente daño material, además del moral, al actor que a sus 57 años se quedaría sin ocupación.

DECIMOPRIMERO.- *Decisión de la sala. No cabe alegar por esta vía procesal una valoración jurídica errónea. Desestimación.*

1.- El error en la valoración de la prueba que excepcionalmente puede ser revisado en el recurso por infracción procesal debe ser un error fáctico y de carácter patente, manifiesto, evidente o notorio, inmediatamente verificable de forma incontrovertible a partir de las actuaciones judiciales.

2.- Tales circunstancias no concurren en el presente caso, puesto que lo que se denuncia no es un error de hecho, sino un error de valoración jurídica sobre la calificación contractual con eficacia vinculante para el actor de un acta del Consejo de Administración de CPV.

No cabe confundir la revisión de la valoración de la prueba, que se refiere a la fijación o determinación de los hechos, con la revisión de las valoraciones jurídicas extraídas de los hechos considerados probados. Ambas cuestiones se refieren a ámbitos diferentes, fácticos y jurídicos, respectivamente. En el recurso extraordinario por infracción procesal, la primera revisión es posible, en los términos excepcionales antes indicados; mientras que la segunda es jurídica y deberá ser impugnada, en su caso, en el recurso de casación, si con tal valoración se infringe la normativa legal reguladora de la materia y su interpretación jurisprudencial.

3.- Por lo que este segundo motivo de infracción procesal también debe ser desestimado.

Recurso de casación interpuesto por el Sr. Juan María

DECIMOSEGUNDO.- *Formulación del motivo*

1.- El motivo denuncia la infracción del artículo 1.106 del Código Civil.



2.- En su desarrollo se justifica la denuncia "al limitar la sentencia recurrida la indemnización por el incumplimiento contractual declarado a "la frustración de expectativas que supuso para el actor no ser finalmente nombrado" equivalente a 15 días de retribución más una supuesta indemnización unilateralmente fijada para el caso de "extinción del contrato" por quien era tercero ajeno a la relación jurídica, equivalente acaso a una parte del lucro cesante, con exclusión del resto consistente en el valor del derecho renunciado como condición necesaria para cumplir el contrato la parte cumplidora, equivalente al daño emergente".

DECIMOTERCERO. *Decisión de la sala. La responsabilidad por incumplimiento contractual comprende tanto el daño emergente como el lucro cesante. Estimación.*

1.- Como advierte la sentencia de apelación, la jurisprudencia de esta sala viene manteniendo que la indemnización de daños y perjuicios, derivada tanto de la culpa contractual como de la extracontractual, supone el resarcimiento económico del menoscabo producido al perjudicado y, en consecuencia, la reparación tiene que ser en principio total, a fin de restablecer la situación patrimonial anterior a la causación del daño, de manera que el acreedor no sufra merma, pero tampoco enriquecimiento alguno, como consecuencia de la indemnización. Este carácter amplio que reviste la obligación de resarcimiento, en cuanto a la extensión del daño indemnizable, queda reflejada en los arts. 1.106 y 1.107 del CC.

2.- Dispone el art. 1106 CC que:

"La indemnización de daños y perjuicios comprende, no sólo el valor de la pérdida que hayan sufrido, sino también el de la ganancia que haya dejado de obtener el acreedor, salvas las disposiciones contenidas en los artículos siguientes".

Conforme al art. 1107 CC, los daños y perjuicios de que debe responder el deudor son "los previstos o que se hayan podido prever al tiempo de constituirse la obligación y que sean consecuencia necesaria de su falta de cumplimiento", siempre que sea de buena fe; en caso de dolo el deudor responde de "todos los que conocidamente se deriven de la falta de cumplimiento de la obligación".

3.- *El principio de indemnidad del perjudicado comprende tanto el daño emergente como el lucro cesante. La necesidad de su prueba.*

3.1. En las obligaciones recíprocas para el caso de que uno de los obligados no cumpliera lo que le incumbe, el primer párrafo del art. 1124 CC faculta a la contraparte para "resolver las obligaciones", y el segundo dispone que "el perjudicado podrá escoger entre exigir el cumplimiento o la resolución de la obligación, con el resarcimiento de daños y abono de intereses en ambos casos", lo que ha sido interpretado en relación con lo dispuesto en el art. 1106 CC en el sentido de que comprende, además del "daño" o interés negativo, el interés positivo o de cumplimiento a fin de colocar al perjudicado en una situación de total indemnidad de forma que el patrimonio afectado quede en el estado en que se habría encontrado de no haber mediado el incumplimiento (en este sentido se pronuncian las sentencias 1318/2006, de 26 de diciembre, y 103/2012, de 1 de marzo).

3.2. La jurisprudencia de esta sala considera que la amplia dicción del art. 1106 CC justifica que "el resarcimiento abarque todo el menoscabo económico sufrido por el acreedor, consistente en la diferencia entre la actual situación de su patrimonio y la que tendría de no haberse realizado el hecho dañoso, bien por la disminución efectiva del activo, ya por la ganancia perdida o frustrada, pero siempre comprendiendo en su plenitud las consecuencias del acto lesivo, por cuanto el resarcimiento tiene por finalidad volver el patrimonio afectado a la disposición en que se encontraría de no haber mediado el incumplimiento o acto ilícito" (sentencias de 10 de enero de 1979, 6 de octubre de 1982, 2 de abril de 1997 y 552/2012, de 17 de julio).

Al distinguir el daño emergente del lucro cesante, la sentencia de 31 de mayo de 2007 declaró que la depreciación de una vivienda es daño emergente, y no lucro cesante, porque su valor en venta es un elemento patrimonial con múltiples repercusiones en aspectos como la obtención de crédito o el pago de impuestos; y la sentencia de 30 de octubre de 2007, invocando la de 14 de julio de 2003, precisó que, a diferencia del daño emergente, daño real y efectivo, el lucro cesante se apoya en la presunción de cómo se habrían sucedido los acontecimientos en el caso de no haber tenido lugar el hecho dañoso.

3.3. El derecho a la indemnización no nace del incumplimiento - en nuestro sistema, sin perjuicio de que así lo estipulen las partes en ejercicio de su libertad autonormativa, no se regulan, con excepciones, las indemnizaciones "punitivas" -, sino de la efectiva generación de daños y perjuicios, por lo que, dado que el incumplimiento contractual no genera de forma automática e inexorable daños y perjuicios, su existencia debe ser demostrada (sentencias 326/2011 de 9 mayo, y 418/2012, de 28 de junio). Teniendo en cuenta que, a diferencia del daño emergente (hecho de la realidad susceptible de prueba plena), la existencia y cuantía del lucro cesante no deja de ser una hipótesis precisada de una demostración adaptada a su naturaleza de probabilidad más o menos intensa de acuerdo con las reglas de la experiencia teniendo en cuenta lo que normalmente habría sucedido en la mayoría de los casos - *id quod plerumque accidit* -.



3.4. En todo caso, situada la reclamación en el régimen general de responsabilidad por incumplimiento de las obligaciones, a tenor del artículo 1106 CC, no cabe poner en duda que la indemnización por daños ha de comprender tanto el daño emergente como el lucro cesante, constituyendo el único límite del resarcimiento la indemnidad del perjudicado (sentencias de 26 de noviembre de 1994, de 13 de abril de 1987 y de 28 de abril de 1992), pues, como hemos dicho, el resarcimiento tiene por finalidad volver el patrimonio afectado a la disposición en que se encontraría de no haber mediado el incumplimiento, pero no procurar una ganancia o un enriquecimiento al perjudicado (sentencia 346/2009, de 20 de mayo).

4.- La fijación de la indemnización por la Audiencia.

4.1. La Audiencia confirmó el criterio del juzgado de primera instancia sobre la fijación de las bases y cuantías de la indemnización derivada del incumplimiento contractual de FCC, y consideró que "[...] en la determinación del daño indemnizable lo que debe tenerse en cuenta principalmente es la frustración de expectativas que supuso para el actor no ser finalmente nombrado consejero delegado de CPV. Y, desde esta perspectiva, el dato fáctico y objetivo del que se debe partir es el de los ingresos o retribuciones que el actor dejó de percibir al no haber sido finalmente nombrado, puesto que éste es el incumplimiento jurídicamente reprochable a la sociedad demandada [...]".

4.2. El dictamen pericial de la demandada admitió la posibilidad de establecer el importe de la eventual indemnización en la cuantía de 600.000 euros, que equivale a una indemnización por despido o cese inmediato de la actora. Por su parte, el informe pericial de la actora, en sus conclusiones fijó la indemnización pretendida en 6.754.801 euros.

4.3. La sentencia de primera instancia condenó a FCC al pago de una indemnización de 675.000 euros. Esta cifra fue confirmada por la Audiencia Provincial, que asumió los razonamientos de la juez *a quo*, que argumentó en concreto lo siguiente: (i) aunque la carta con la oferta contractual del Sr. Doroteo de 26 de septiembre de 2014 no contenía ninguna previsión indemnizatoria por extinción contractual por voluntad de la sociedad, su contenido debe ser completado con el acta de 24 de septiembre de 2014 del Consejo de Administración de CPV, en que se fijó esa indemnización en "una anualidad bruta (Fijo + Variable) o 5 años de aportaciones brutas al plan de pensiones" (en el mismo documento consta como retribución bruta un fijo de 675.000 euros/año más un variable "hasta un máximo del 50% de la remuneración fija, en función del cumplimiento de los objetivos del año que se le fijen"); (ii) el elemento dañoso es "la frustración de su nombramiento societario"; (iii) en el presente caso, nos encontramos ante un supuesto de resolución pactada por mutuo disenso, en la que las partes, el actor y HOLCIM, fijaron las condiciones a aplicar a dicha resolución, y expresamente dejaron sin efecto el plazo de preaviso inicialmente previsto; por ello no resulta adecuado tomar como presupuesto para fijar la indemnización los ingresos que el actor hubiera podido percibir de HOLCIM si hubiera seguido desempeñando sus funciones para dicho grupo; (iv) el actor tomó la decisión voluntaria y libre de desvincularse de dicho grupo empresarial para entrar a formar parte de CPV, y dicha decisión comporta una serie de riesgos, tales como la que finalmente acaeció, la entrada de un nuevo grupo inversor que modificó el equilibrio accionarial existente y que podía conllevar modificaciones importantes en el órgano ejecutivo de la sociedad; (v) la frustración de las expectativas del actor respecto a su nombramiento como consejero delegado de CPV no implica que el actor ya no pueda desarrollar su actividad profesional en otro grupo empresarial; prueba de ello es que el actor tiene al día de celebración del juicio la condición de presidente del Consejo de Administración de otra sociedad; (vi) por ello se debe considerar sólo la frustración de expectativas que supuso para el actor no ser finalmente nombrado consejero delegado de CPV; (vii) desde esta perspectiva, el dato fáctico y objetivo del que se debe partir es el de los ingresos o retribuciones que el actor dejó de percibir al no haber sido finalmente nombrado, es decir "las retribuciones que el actor hubiera percibido de haber sido nombrado efectivamente y durante el tiempo que hubiera permanecido en el cargo hasta que se hubiera producido su sustitución por el nuevo consejero delegado finalmente nombrado", más "la indemnización que, según las condiciones económicas que le fueron ofrecidas, hubiera percibido por dicho cese".

Sobre estas premisas el juzgado de primera instancia valoró el dictamen del perito judicial en los términos reseñados en los antecedentes de hecho de esta resolución.

5.- Decisión de la sala. Estimación del motivo. Asunción de la instancia.

5.1. Sobre la posibilidad de revisar en casación la cuantía de la indemnización concedida por la Audiencia, la regla general conforme a reiterada jurisprudencia de esta sala es que esa revisión solo cabe (i) cuando se pretende respecto de las bases en las que se asienta, o (ii) cuando existe arbitrariedad o una irrazonable desproporción. Responde esta limitación a la propia naturaleza y objeto del recurso de casación, ceñido a examinar la corrección del juicio jurídico sobre la aplicación e interpretación de la norma sustantiva, y donde no se permite revisar la valoración de la prueba realizada por el tribunal de instancia en el ejercicio de una competencia que le es propia (sentencias de 9 de enero de 2013 y 568/2013, de 30 de septiembre).



5.2. La revisión que hacemos ahora tiene por base la falta de adecuación a la jurisprudencia sobre la íntegra indemnidad del patrimonio del perjudicado como objetivo del resarcimiento indemnizatorio, expuesta *supra*, de las bases y premisas de las que han partido las sentencias de instancia a la hora de fijar la indemnización, que no responden a una correcta identificación del hecho dañoso ni al completo alcance de los daños generados.

5.3. En primer lugar, la Audiencia identifica como hecho dañoso la "frustración de las expectativas del actor respecto a su nombramiento como consejero delegado de CPV". Sin embargo, esta identificación no responde al hecho de que los compromisos y acuerdos reseñados dieron lugar a un precontrato de carácter vinculante, que constituía fuente de obligaciones entre las partes (arts. 1091 y 1258 CC). Por tanto, de ese vínculo surgieron para las partes derechos y obligaciones recíprocos, y no meras expectativas. No se trataba de una esperanza o posibilidad más o menos razonable, sino de un derecho de presente, el derecho a exigir la puesta en ejecución de la relación jurídica prefigurada en el precontrato.

5.4. En segundo lugar, y ligado a lo anterior, si bien en el ámbito de las relaciones internas entre el actor y Holcim el acuerdo por el que el primero se desvinculaba de la segunda puede ser calificado como resolución de mutuo acuerdo, como se hizo en las instancias, ello no empece el hecho de que en el ámbito de las relaciones que han dado lugar a este litigio aquella resolución constituía para el actor no un acto voluntario sino obligado, como consecuencia de las obligaciones que para él derivaban del mismo precontrato, pues dada la prohibición de competencia que figura en el art. 25 del Reglamento del Consejo de Administración de CPV, esa desvinculación contractual del actor respecto de Holcim constituía un verdadero acto de cumplimiento del precontrato. Tampoco es aceptable el razonamiento hecho en las sentencias de instancia de que la firma de dicho acuerdo suponía la asunción voluntaria por el actor del riesgo derivado de un cambio accionarial en FCC, pues ese cambio no tiene desde luego el efecto jurídico propio de liberar o redimir a la compañía de sus obligaciones contractuales frente a terceros (art. 1156 CC). Por el contrario, quien incumple una obligación contractual asume el riesgo de tener que indemnizar los daños y perjuicios que ello comporte. Por ello no resultó acertado excluir de las bases para fijar la indemnización los ingresos que el actor hubiera podido percibir de Holcim si hubiera seguido desempeñando sus funciones para dicho grupo, y que dejó de percibir.

Tanto si se considera como un daño emergente (ruptura consumada del vínculo contractual), como si se entiende como un lucro cesante (pérdida de los ingresos futuros en función de los obtenidos por esa relación en el pasado), lo cierto es que se ha producido un claro quebranto patrimonial, y el principio de indemnidad íntegra del perjudicado obliga a no excluir este daño de las bases para fijar el *quantum* indemnizatorio. En ambos casos supera el estándar probatorio exigido por esta sala, pues (i) como daño emergente, el acuerdo de resolución de mutuo acuerdo entre el actor y Holcim ha quedado probado documentalmente; y (ii) como lucro cesante, en función de las retribuciones que el actor venía percibiendo por su trabajo en el grupo Holcim, encaja en la noción de "pérdida futura que razonablemente se prevea que puede ocurrir" (sentencias 5 de mayo de 2009 y 16 de diciembre de 2009), según el parámetro jurisprudencial de su fijación "mediante apreciaciones prospectivas, fundadas en criterios objetivos de experiencia, entre los que pueden servir los que operan en el mundo económico, contable, actuarial, asistencial o financiero según las disciplinas técnicas o científicas correspondientes, de acuerdo con el examen y ponderación de las circunstancias de cada asunto (sentencia 21 de abril de 2.008).

5.5. Es cierto, como afirma la Audiencia, que el incumplimiento de los compromisos asumidos por FCC sobre el nombramiento del actor como consejero delegado de CPV, no impide a éste desarrollar su actividad profesional en otro grupo empresarial y, de hecho, según afirma la sentencia de apelación, el día de celebración del juicio el actor tenía la condición de presidente del Consejo de Administración de otra sociedad. Es éste un dato pertinente en el juicio de fijación del *quantum* indemnizatorio en la medida en que, como dijimos, el resarcimiento tiene por finalidad volver el patrimonio afectado a la disposición en que se encontraría de no haber mediado el incumplimiento, "pero no procurar una ganancia o un enriquecimiento al perjudicado" (sentencia 346/2009, de 20 de mayo).

Pero esto no excluye que en la fijación de las bases de la indemnización se incluya el daño derivado de las retribuciones dejadas de ingresar por la resolución del contrato con Holcim, sino que lo que comporta es que, a su vez, en dichas bases se ha de integrar, en este caso para deducirlas del importe de la indemnización, las ganancias realmente obtenidas en el desempeño del nuevo cargo societario que no se hubiera ostentado de haber sido nombrado consejero delegado de CPV, cargo que, como hemos dicho, estaba sometido a un régimen de prohibición de competencia. Además de ello, no puede obviarse que sobre los importes de las retribuciones que eventualmente perciba el actor por su nueva actividad profesional y sobre el momento concreto en que eventualmente comenzó a percibir las nada consta en las sentencias de instancia (el Sr. Juan María niega que ese cargo sea retribuido). En definitiva, sin la prueba de su existencia y cuantía no cabría aplicar dicha deducción.



5.6. El criterio de cálculo de la indemnización que adoptamos supone que el importe resultante no debe incrementarse con las cantidades que, por los conceptos que señalan el juzgado y la Audiencia, hubiera percibido el actor en caso de haber sido nombrado consejero delegado de CPV, como retribución durante el breve periodo de tiempo a que se refieren esas sentencias, por las proporcionales aportaciones al plan de pensiones y por la compensación por rescisión unilateral del contrato por parte de la compañía, pues, conforme a lo razonado, estas cantidades no se habría percibido de continuar el demandante vinculado a Holcim y, por ello, su inclusión en el *quantum* de la indemnización iría más allá de la finalidad resarcitoria de ésta. Además, las cantidades asumidas por las sentencias de instancia en cuanto a este último concepto (rescisión contractual) resultan inoponibles y no vinculantes para el actor, pues fueron fijadas unilateralmente por CPV, por lo que no pueden integrarse como parte del convenio al no haber sido consentidas por el demandante.

6.- *Estimación del recurso y asunción de la instancia.* En consecuencia, debemos estimar el motivo y casar la sentencia de apelación en cuanto a la fijación del importe de la indemnización, y, al asumir la instancia, por los mismos fundamentos, estimamos la apelación interpuesta por el demandante, y modificamos el fallo de la sentencia de primera instancia en el sentido de establecer que la base de la liquidación de la indemnización solicitada deberá consistir en las cantidades dejadas de percibir por el actor como consecuencia de la resolución de su relación contractual con el grupo Holcim, de las que deberán deducirse las que eventualmente haya percibido por cualquier otra actividad profesional que no hubiera podido ejecutar en caso de haber sido contratado por CPV y que hayan sido probadas.

DECIMOCUARTO.- Costas y depósitos

1.- En cuanto al recurso de casación interpuesto por FCC, que ha sido desestimado, las costas deben ser impuestas a la recurrente, de conformidad con los artículos 394 y 398 ambos de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

2.- Las del recurso extraordinario por infracción procesal formulado por el Sr. Juan María , que ha sido desestimado, deben ser impuestas al recurrente, conforme a los preceptos citados.

3.- No procede hacer expresa imposición de las costas del recurso de casación interpuesto por el Sr. Juan María , que ha sido estimado, de conformidad con los artículos 394 y 398, ambos de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

4.- Tampoco procede imponer las costas del recurso de apelación interpuesto por el Sr. Juan María , que también ha sido estimado.

5.- Procede acordar la pérdida del depósito constituido para la interposición del recurso de casación formulado por FCC.

6.- También procede acordar la pérdida del depósito para la interposición del recurso extraordinario por infracción procesal promovido por el Sr. Juan María , y la devolución de los depósitos constituidos para interponer los de casación y de apelación interpuestos por el Sr. Juan María , de conformidad con la disposición adicional 15ª, apartado 8, de la Ley Orgánica del Poder Judicial.

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 y estimar el recurso de casación interpuestos por D. Juan María contra la sentencia núm. 403/2018 de 7 de noviembre, dictada por la Sección 19.ª de la Audiencia Provincial de Madrid, en el recurso de apelación núm. 534/2018.

2.º- Desestimar el recurso de casación interpuesto por Fomento de Construcciones y Contratas S.A. contra la misma sentencia.

3.º- Anular y casar la expresada sentencia, que declaramos sin valor ni efecto alguno en lo relativo a la fijación del importe de la indemnización y, en su lugar, estimamos el recurso de apelación de D. Juan María , en el sentido que se ha expresado en el fundamento jurídico decimotercero de esta sentencia.

4.º- Imponer al recurrente las costas del recurso extraordinario por infracción procesal interpuesto por D. Juan María . No se imponen a ninguna de las partes las costas de los recursos de casación y de apelación interpuestos por D. Juan María .

5.º- Las costas del recurso de casación formulado por Fomento de Construcciones y Contratas S.A. se imponen a la recurrente.

6.º- Devolver a D. Juan María los depósitos constituidos para interponer sus recursos de casación y apelación, y la pérdida del depósito constituido para interponer el recurso extraordinario por infracción procesal.



7.º- La pérdida del depósito constituido por Fomento de Construcciones y Contratas S.A. para interponer su recurso de 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.

FONDO DOCUMENTAL CENDOJ