

Roj: **SAP A 1706/2011 - ECLI:ES:APA:2011:1706**

Id Cendoj: **03014370082011100231**

Órgano: **Audiencia Provincial**

Sede: **Alicante/Alacant**

Sección: **8**

Fecha: **24/05/2011**

Nº de Recurso: **37/2011**

Nº de Resolución: **222/2011**

Procedimiento: **CIVIL**

Ponente: **LUIS ANTONIO SOLER PASCUAL**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Resoluciones del caso: **SAP A 1706/2011,**
STS 2086/2014

AUDIENCIA PROVINCIAL DE ALICANTE

SECCION OCTAVA.

TRIBUNAL DE MARCA COMUNITARIA

ROLLO DE SALA Nº 37 (32) 11

PROCEDIMIENTO Juicio Ordinario 1814/07

JUZGADO Instancia num. 2 Alicante

SENTENCIA Nº 222/11

Ilmos.

Presidente: D. Enrique García Chamón Cervera

Magistrado: D. Luis Antonio Soler Pascual

Magistrado: D. Francisco José Soriano Guzmán

En la ciudad de Alicante, a veinticuatro de mayo del año dos mil once

La Sección Octava de la Audiencia Provincial de Alicante, integrada por los Ilmos. Sres. expresados al margen, ha visto los autos de Juicio Ordinario sobre reclamación de cantidad, seguido en instancia ante el Juzgado de Primera Instancia número dos de Alicante con el número 1814/07, y de los que conoce en grado de apelación en virtud del recurso entablado tanto por la parte actora, la mercantil John Mulligans S.L., representada en este Tribunal por el Procurador D^a. Rocío Valentín Moreno y dirigida por el Letrado D. Gabriel Echavarrí Fernández, como por la parte demandada, integrada por los hermanos D^a: María Consuelo , D. Cristobal , D^a: Angelica y D^a: Carlota , representados en este Tribunal por el Procurador D^a: Isabel Tejada del Castillo y dirigidos por el Letrado D^a: Miriam Ferrándiz Mayor, habiendo ambas partes presentado escrito de oposición al recurso de la parte contraria.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Por el Juzgado de Primera Instancia número dos de Alicante, en los referidos autos tramitados con el núm. 1814/07, se dictó sentencia con fecha 5 de marzo de 2010 , cuya parte dispositiva es del tenor literal siguiente: " *Que estimando parcialmente la demanda formulada por la John Mulligans S.L. contra Dña. María Consuelo , D. Cristobal , Dña. Angelica y Dña. Carlota , debo condenar y condeno a los demandados a abonar al actor la suma de sesenta mil euros (60.000 €.-), más los intereses legales. Cada parte abonará las costas causadas a su instancia y las comunes por mitad.*" .

SEGUNDO.- Contra dicha Sentencia se preparó recurso de apelación por la parte arriba referenciada; y tras tenerlo por preparado, presentaron el escrito de interposición del recurso, del que se dio traslado a las demás partes, presentándose los correspondientes escritos de oposición. Seguidamente, tras emplazar a las partes, se elevaron los autos a este Tribunal con fecha 25 de enero de 2011 donde fue formado el Rollo número 37/32/11, en el que se acordó devolver los autos al Juzgado de origen para subsanación de tasa judicial y, reintegrados a este Tribunal en fecha 31 de marzo de 2011, se acordó señalar para la deliberación, votación y fallo el día 10 de mayo de 2011, en el que tuvo lugar.

TERCERO.- En la tramitación de esta instancia, en el presente proceso, se han observado las normas y formalidades legales.

VISTO, siendo Ponente el Ilmo Sr. D. Luis Antonio Soler Pascual.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO. - La pretensión que se formula en la demanda por la mercantil John Mulligans S.L es de resarcimiento de los perjuicios padecidos como consecuencia de la resolución unilateral e injustificada por parte de los co-demandados, del contrato suscrito en fecha 28 de diciembre de 2005, denominado de "promesa de arrendamiento futuro" sobre el local comercial bajo sito en el número 26 de la Rambla de Méndez Núñez de Alicante, formulándose en concreto una reclamación por importe de 1.798.000 euros en que se valora la empresa que la mercantil actora pretendía constituir en dicho local caso de haberse cumplido con el contrato suscrito de referencia.

En la instancia, partiendo de la consideración de que lo suscrito entre las partes tenía la naturaleza propia de un precontrato para la constitución de un futuro contrato de arrendamiento sobre el local indicado y de que el mismo fue suscrito entre las partes con plena libertad, sin que concurriera engaño o falta de consentimiento alguno por parte de la representante -D^a. Debora - de los propietarios del local, se llega a la conclusión que el precontrato había sido incumplido sin causa por los co-demandados, resolviéndose por dicha parte sin razón jurídica que los amparara, adquiriendo en consecuencia la parte actora el derecho a la indemnización reparatoria, no por razón del valor del negocio, sino respecto de determinados daños -gastos vinculados al objeto del contrato-, y en particular abono de los honorarios del letrado, de la agencia de detectives y por razón de las negociaciones mantenidas con un restaurador para la elaboración de un proyecto arquitectónico a ejecutar en su caso, en el local, elevándose todo ello a un importe alzado de 60.000 euros.

A tales conclusiones formulan recurso de apelación tanto la parte actora, que cuestiona la naturaleza de la relación obligacional y la desestimación de su pretensión indemnizatoria, como por la parte demandada, que insiste en la consideración de nulidad del precontrato por vicio en el consentimiento de la representante de los propietarios y, en consecuencia, en la imposibilidad de atribución de incumplimiento alguno, oponiéndose en todo caso, a la indemnización establecida en la Sentencia a favor de la parte actora.

SEGUNDO.- Para una mejor comprensión del *iter* del razonamiento que ha de desembocar en el fallo de este Tribunal, entendemos que resulta conveniente combinar motivos planteados por el actor con los de los demandados dada la íntima correlación existente entre ellos, y en particular, entre la naturaleza de la relación obligacional constituida entre las partes, la pretendida nulidad de la misma, el incumplimiento en su caso, por los demandados, y el derecho indemnizatorio que procediera de estimarse el citado incumplimiento.

Es por eso que analizaremos en primer lugar lo relativo a la naturaleza del documento suscrito entre las partes que es cuestión que se debate en virtud del primero de los motivos de apelación planteado por la parte actora, la mercantil John Mulligans S.L..

Afirma la mercantil actora que no se contiene en el documento suscrito el día 28 de diciembre de 2005, un precontrato sino un auténtico y firme contrato de arrendamiento sujeto a condición suspensiva consistente en la conclusión del arriendo actual.

Sin embargo, es lo cierto que tal afirmación no se compadece, no ya con la intitulación dada por las partes a dicho documento -lo que en todo caso no sería relevante, dado que la naturaleza de la relación jurídica no depende de la denominación de las partes, STS 4 de julio de 1991 -, sino con el contenido de la relación descrita ya que si como señala la Sentencia del Tribunal Supremo de 16 de diciembre de 2008, el precontrato se caracteriza porque *las partes, por las razones que sea, no quieren que se produzcan de momento los efectos del contrato proyectado*, señalándose en esta misma resolución que *la función que está llamado a cumplir el precontrato, dado que sea cual sea el propósito empírico de quienes lo celebran - propiamente, tanto si las partes hubieran querido obligarse a celebrar un futuro contrato, prestando para ello el "facere" consistente en consentir de nuevo, como si lo deseado hubiera sido atribuir a una de ellas, o a las dos, la facultad de exigir en un momento futuro la puesta en vigor de un contrato proyectado, sin necesidad de más consentimiento -, del referido*

gocio jurídico sólo cabe hablar si las partes hubieran querido que el contrato prometido tuviera existencia - en un caso - o eficacia - en el otro - no en el presente, sino en el futuro , y en el caso resulta evidente, no solo que el contrato se encabeza como "Contrato de Compromiso de Arrendamiento Futuro", sino que el carácter futuro del contrato a celebrar resulta desde la primera de las cláusulas donde se hace constar que es *objeto del presente la promesa de arrendar el local ...*, exponiéndose a continuación, cuáles habrían de ser las condiciones *sucintas* -no completas por tanto- que deberían regir dicha relación locaticia, señalándose que serían, *en su caso* -por tanto, de no necesaria concurrencia-, cinco las condiciones básicas -plazo, precio, garantía, renuncia a derechos y destino- que enmarcarían la futura relación arrendaticia, dejándose para la suscripción del contrato futuro *las demás condiciones que sean de Ley, tales como fianza, retenciones y abono por el arrendatario de servicios y tasas municipales* -cláusula segunda, letra f)-, proveyéndose en este contexto en la cláusula sexta del contrato, la sanción al adquirente del derecho sobre el arrendamiento futuro, para el caso de que no *acceptare el arrendamiento en las condiciones ahora previstas* , cláusulas claramente demostrativas en su propio tenor literal, de que las partes no querían, en realidad, no podían, celebrar el contrato definitivo y a cambio venía a comprometerse a hacer efectiva su conclusión en tiempo futuro, avanzando sus elementos principales, pero aplazando su perfección - STS de 3 de junio de 1994 - lo que constituye, dice la STS de 17 de junio de 2008 , un auténtico precontrato en virtud del cual las partes *adquieren la obligación de establecer el contrato definitivo en virtud de la relación jurídica obligacional nacida del precontrato, por lo que pueden reclamar su cumplimiento de la otra parte* .

Parece por tanto perfectamente razonable la interpretación dada a dicho documento en la instancia a la hora de considerar que lo suscrito entre las partes fue no un contrato en firme de arrendamiento del local de negocios, sino un precontrato para la celebración futura, y una vez concluso el arrendamiento actual al tiempo del precontrato, de un contrato de arrendamiento sobre local de negocio siendo aquella, condición para la celebración del futuro contrato.

Resulta por tanto procedente desestimar el motivo primero del recurso de la parte actora pues aunque propugna una interpretación contraria a la realizada por el Juzgado sobre la identificación de la causa contractual en el acceso actual al arriendo, solo limitado por razón de la condición suspensiva consistente en el previo desalojo del arrendatario preexistente, el órgano *ad quo* ha estimado, como hemos dicho, que estamos ante un precontrato y no ante un contrato de arrendamiento de local de negocio actual, sometido a condición suspensiva, y las razones que expone el apelante no son suficientes para demostrar lo pretendido dado que la condición no recae sobre un contrato sino sobre un proyecto que constituye el objeto del contrato y, en consecuencia, la condición lo es para poder ejecutar ese objeto, es decir, para poder celebrar el contrato de arrendamiento como en buena lógica jurídica se desprende de la existencia de un arrendamiento actual impositivo de un nuevo contrato.

Estas consideraciones son suficientes, en suma, para llegar a la conclusión de que la interpretación del negocio, y la consiguiente calificación del mismo como precontrato sujeto a condición de previa liberación del arrendamiento que existía sobre el local sobre el que habría de recaer el contrato, son acertadas y por tanto, para confirmar en esta instancia.

TERCERO.- Definida la naturaleza de la relación obligacional contraída entre las partes, procede analizar la regularidad de la misma en relación a la formación de la voluntad de la representante de la propiedad, la Sra. Debora , suscriptora del contrato.

Destina la representación legal de la parte demandada los motivos primero -error en la valoración de la prueba sobre la concurrencia de vicio de consentimiento prestado por la Sra. Debora en la suscripción del documento de 28 de diciembre de 2005- y segundo -nulidad del documento de 28 de diciembre de 2005- al examen de la ineficacia que dicha parte predica respecto del documento contractual, como fundamento de la ausencia de incumplimiento por su parte.

Reproduce la parte demandada en su recurso de apelación su alegato de que el contrato es nulo de pleno derecho al haber sido suscrito por D^a. Debora , en calidad de representante de los propietarios, inducida dolosamente por parte del legal representante de John Mulligans S.L., D. Manuel Rodríguez Martínez quien, según afirma el apelante, se prevalió de la edad avanzada de la Sra. Debora , a la que atemorizó, con palabras y maquinaciones insidiosas, considerando en consecuencia, que yerra la juzgadora de instancia en su valoración de la prueba.

Diversas reflexiones utiliza el apelante para la acreditación de su razón impugnativa que seguidamente analizaremos.

Refiere en primer lugar las relaciones anteriores habidas entre ambas partes como fuente justificativa de una conducta dolosa como la descrita por el apelante.

relación a ello, debemos rechazar la relevancia que se pretende respecto de las relaciones contractuales previas habidas entre las partes y que, describiéndolas como negativas, imputa el apelante la falta de consideración en la Sentencia de instancia cuando, lo que consta, es que hubieron en efecto relaciones entre las partes que ahora se enfrentan que, por tanto, eran partes conocidas entre sí y que sus negocios tuvieron distinta suerte, no obstante lo cual, ninguna de las partes rechazó sostener nuevas relaciones.

También plantea el apelante que el Juzgador *a quo*, no haya examinado exhaustivamente las circunstancias que habían circundado la suscripción del contrato que se pretende nulo de pleno derecho. Y afirma en este sentido que está probado, primero, fue el representante de John Mulligans quien se puso en contacto telefónico con la Sra. Debora; segundo, que el objeto de las llamadas telefónicas era la de transmitir a la Sra. Debora que el edificio que había vendido a John Mulligans, padecía de vicios constructivos que debían ser subsanados por los transmitentes de la propiedad, ascendiendo dicha reparación a más de treinta y dos millones de pesetas y, en tercer lugar, que a la postre, el día 28 de diciembre de 2005 se presentó el Sr. Rodríguez Martínez ofreciéndole a la Sra. Debora el pacto de asumir la reparación de los vicios a cambio de la suscripción de un contrato de promesa de arrendamiento sobre el local comercial sito en la Rambla Méndez Núñez, 26. Y afirma, que la Sra. Debora firmó el citado contrato con su consentimiento viciado porque el Sr. Rodríguez Martínez le ofreció abonar una renta por importe superior a la percibida por dicho local en esos momentos, afirmando que había sido subarrendada sin el consentimiento de la propiedad y por tanto, con pérdida económica y, dos, porque le ofreció la firma del contrato afirmando que en dicho documento la mercantil se comprometía al pago de los treinta y dos millones de pesetas que los comuneros podían reclamar a los hijos de la Sra. Debora y asumir los gastos de desahucio del local a arrendar.

Y afirma el apelante, todas estas propuestas se presentaron a una persona de 78 años de edad, sola, y en un planteamiento que se extendió durante más de tres horas ante el Sr. Rodríguez Martínez, motivada al fin por el temor de afrontar una reclamación frente a sus hijos de tal importancia económica.

Pues bien, afirma el apelante que la prueba de todas estas conclusiones se encuentra en la declaración de la Sra. Debora, declaración que critica de la Sentencia, no es tenida en cuenta.

No ve sin embargo este Tribunal, error valorativo en la prueba alguno en relación a esta declaración.

En efecto, tampoco puede atender este Tribunal con el valor pretendido dicha declaración por ser claramente insuficiente para sostener tales afirmaciones cuando son desdichas por el Sr. Rodríguez Martínez, no encuentran confirmación en otras pruebas que den veracidad a las mismas y cuando, además, no se compadecen con el hecho de que la Sra. Debora era persona experimentada en el mundo de los negocios inmobiliarios, tanto que de hecho sus cuatro hijos mantenían sus poderes a favor de la misma para la realización de tales negocios, lo que difícilmente se explicaría si se tratara de una persona de limitadas condiciones por razón de edad y de condición psicológica temerosa ante situaciones económicas relevantes como las que eran objeto de trato.

No hay en realidad prueba que sustente que el consentimiento se prestara con engaño o con maquinaciones insidiosas - art 1269 CC - ni a causa de error.

Ni el comportamiento anterior a la suscripción del contrato, en relación a las negociaciones mantenidas entre las partes con ocasión de otros negocios inmobiliarios, la falta de prueba de un comportamiento con ocasión de la suscripción del contrato litigioso, ya descrito, indebido, impropio o inoportuno, capaz de alterar la percepción del negocio, ni el comportamiento posterior al mismo, no objetivándose una reacción frente al mismo sino meses después, carente de justificación en los términos que se plantea, permite constatar lo pretendido por la parte apelante, tanto menos cuando ningún tipo de disminución o menor capacidad intelectual o psicológica se ha probado o consta respecto de la Sra. Debora.

Pero es que, aun en el caso de que se hubiera planteado en la negociación verbal el pacto relativo a los vicios de la construcción referidos, lo que se dice padecido por la Sra. Debora es en realidad un error al firmar el contrato sin que estuviera presente el pacto sobre los vicios de la construcción y en todo caso, tal error sería imputable a la propia Sra. Debora desde el momento que firma el contrato tras su lectura y, por tanto, pudiendo advertir que tal pacto, sin duda a resaltar en un documento tan breve como el firmado, estaba ausente. Pero es que si no lo leyó, o lo leyó rápida y ligeramente -y cabe recordar que el Letrado Sr. Sorribes declara que le comentó el contenido a la Sra. Debora - el error de nuevo sólo a ella le sería imputable por tan imprudente conducta, tanto más en atención a la brevedad y sencillez del documento en cuestión. Y es que ninguna merecida protección jurídica puede otorgarse a quien padece un error de esta naturaleza cuando podría haberse evitado con una diligencia normal. Como es conocido, el error para ser invalidante ha de ser esencial e inexcusable. Y, como señala la STS de 6 de febrero de 1998 es *inexcusable el error (Sentencia 4 enero 198)*, cuando pudo ser evitado empleando una diligencia media o regular y en el caso, las circunstancias expuestas demuestran que de haber existido error -que difícilmente sería invalidante en tanto implica vicio de consentimiento y ausencia de él-

ser cierto el pacto no contenido en el contrato, habría habido falta de diligencia en el comportamiento contractual de la Sra. Debora .

En conclusión, no hay maquinación insidiosa ya que si el dolo es definido en el artículo 1269 del Código civil como conducta conformada por *palabras o maquinaciones insidiosas* para mover la voluntad de la otra parte, inducida por el error provocado, en el caso no se ha desdicho la realidad de la cuestión relativa a los vicios de la construcción, sino que la razón de nulidad expuesta se sustenta en la falta de integración de dicho pacto en el contrato y esto, de ser así, sería en todo caso un supuesto de error ya definido en sus efectos y carencia de consecuencias en el caso.

CUARTO.- Ninguna infracción en materia de carga de prueba se comete en la Sentencia de instancia.

La parte actora prueba la existencia de un contrato, debidamente suscrito entre las partes, y su ineficacia constituye gravamen que sólo a la parte que la opone corresponde probar cuando, como es el caso, aparece *prima facie* debidamente conformada la relación obligacional con la totalidad de los presupuestos exigidos en los artículos 1261 y concordantes del Código Civil pues, como es evidente, de la propia firma del contrato y de su tenor, no puede desprenderse sino que el mismo es perfecto en su objeto, causa y consentimiento cuyo vicio, en absoluto puede presumirse en tanto es fáctica la base determinante de su ausencia y tales hechos solo a la parte que los alega, le corresponde su prueba - art 217-1 Ley de Enjuiciamiento Civil -.

En efecto, es a la parte que alega la nulidad por falta de consentimiento quien debe probar el sustrato fáctico que justifique el vicio del consentimiento, objetivo no logrado tal cual se ha señalado en el anterior fundamento, al no quedar acreditada ni la debilidad de personalidad de la representante de los co-demandados -que no puede presumirse del mero dato de la edad-, ni el uso de maquinación alguna, ni engaño ni inducción a error al no estar demostrado la conformación del consentimiento sobre la base de una contraprestación finalmente no contenida en el contrato, que solo de forma errónea hubiera sido suscrito.

En este sentido se expresa la Sentencia del Tribunal Supremo de 21 de abril de 2004 que haciéndose eco de una doctrina consolidada señala que " *la prestación del consentimiento por error, según tiene reiterado la doctrina de esta Sala, supone un problema de hecho, que exige una cumplida prueba y sometido a la apreciación de los tribunales - sentencias de 23 de junio de 1994 , 25 de febrero de 1995 y 26 de febrero de 1998 - . Asimismo, la prueba de los vicios del consentimiento y, entre ellos del error, incumbe a quien los alega - sentencias de 13 de diciembre de 1992 y 30 de mayo de 1995 , entre otras muchas-. En definitiva, como han recogido las sentencias de esta Sala referidas a los vicios de la voluntad en los contratos - sentencias de 4 de diciembre de 1990 , 13 de diciembre de 1992 y 30 de mayo de 1995 - resulta en todo caso necesario para decidir su concurrencia y estimación, pues la voluntad se presume libre "*.

Consecuentemente, siendo perfectamente válido el contrato, la conducta contractual de los demandados es de incumplimiento de sus obligaciones, haciendo de imposible cumplimiento el objeto del contrato, es decir, de celebración del contrato de arrendamiento del local del negocio de que se trata.

QUINTO.- El último de los motivos planteados por las partes, de forma concurrente aun en sentido inverso, es el relativo a las consecuencias indemnizatorias o reparatorias derivadas del incumplimiento contractual imputado a los co-demandados.

La parte actora critica el *quantum indemnizatorio* de la instancia al haberse fijado solo el daño emergente, negándose a satisfacer el lucro cesante consistente en el "valor del negocio".

La parte demandada promueve la revocación de dicha condena con el argumento de que la Sentencia de instancia está viciada de incongruencia - art 218 Ley de Enjuiciamiento Civil - al condenarse a los demandados a indemnizar por daño emergente cuando el actor no había instado tal condena sino una mera expectativa de fortuna que no está integrada entre los conceptos del artículo 1106 del Código Civil .

Es cierto que la Sentencia resulta incongruente al fijar la condena indemnizatoria, por importe de 60.000 euros, en base a unos conceptos, encuadrables como daño efectivo, que no habían sido objeto de pretensión.

Y es que, como se recordará, la incongruencia por exceso o extra petitum es un vicio procesal que se produce cuando el órgano judicial concede algo no pedido o se pronuncia sobre una pretensión que no fue oportunamente deducida por los litigantes, e implica un desajuste o inadecuación entre el fallo o la parte dispositiva de la resolución judicial y los términos en que las partes formularon sus pretensiones en el proceso. En tal aspecto constituye siempre una infracción del principio dispositivo y de aportación de las partes que impide al juzgador, en el proceso civil, donde ahora nos movemos, pronunciarse sobre aquellas peticiones que no fueron esgrimidas por las partes, a quienes se atribuye legalmente la calidad de verdaderos domini litis y conformar el objeto del debate o *thema decidendi* y el alcance del pronunciamiento judicial. De lo ya razonado se desprende claramente que la sentencia impugnada ha incurrido en incongruencia denunciada.

SÉPTIMO.- Resta por tanto dilucidar lo relativo al *quantum indemnizatorio* que constituye la pretensión económica de la parte actora, anudada al incumplimiento contractual de los demandados.

Como hemos visto, en la instancia sólo se fija un importe alzado por razón de determinados daños no promovidos por la actora, razón por la cual se ha estimado la impugnación deducida por los demandados de incongruencia por exceso. Y al tiempo, se rechaza la pretensión económica de indemnización por razón del "valor de negocio", valiéndose al efecto de un informe pericial unido a su demanda, que cifra dicho valor en un total de 1.798.000 euros..

La parte actora, en su recurso, defiende dicho informe aduciendo, en primer lugar, que no ha sido combatido con una contraprueba pericial, criticando la decisión judicial señalando, en primer lugar, que tenía que tomar posesión del local, en todo caso, el día 1 de diciembre de 2009, que al no hacerlo por incumplimiento de los demandados ha visto frustrada su expectativa de negocio, no pudiendo explotar el negocio durante los quince años pactados.

El recurso de la parte actora se desestima.

No hay duda ninguna de que se ha producido la frustración contractual como consecuencia de la resolución unilateral, no justificada, de los co-demandados. Sin embargo hemos afirmado que el objeto del contrato era la celebración de un contrato de arrendamiento sobre local de negocio y no el propio arrendamiento pues no se trataba de un contrato de arrendamiento sometido a condición suspensiva, sino de un precontrato. Y aun cuando el precontrato tiene por definición los elementos básico del contrato a celebrar, no cabe duda que la relación causal entre el incumplimiento de la parte contractual demandada y el daño, no alcanza a las consecuencias de la imposibilidad de dar eficacia a un contrato de arrendamiento, sino sobre las consecuencias de la falta de celebración del contrato de arrendamiento pues el daño es éste y no aquél salvo por razón de la doctrina causal que haría en efecto resarcible, no el daño actual, fuera emergente o consecencial, sino el futuro. Y como es evidente, lo frustrado en el caso es la expectativa de celebración de un contrato de arrendamiento de local de negocio y no, propiamente, la pérdida de un negocio pues el negocio no fue nunca objeto del contrato, entendido como tal la actividad comercial destinada a obtener beneficios económicos a cambio de la oferta de un servicio, en este caso, de hostelería. En consecuencia, solicitar como factor indemnizable el valor de perdida lo que no constituye parte del contrato, constituye una pretensión inasumible pues no se puede equiparar la pérdida de una expectativa arrendaticia con la pérdida de un negocio que, por definición, no está vinculado a aquella expectativa.

SÉPTIMO.- Habiéndose estimado en parte el recurso de apelación formulado por los demandados y habiéndose desestimado en su integridad el recurso de apelación formulado por la parte actora, se acuerda respecto de los demandados, la devolución de la totalidad del depósito efectuado para recurrir - Disposición Adicional Décimoquinta nº 8 LOPJ -, y su pérdida para el actor - Disposición Adicional Décimoquinta nº 9 LOPJ -, al que se le dará el destino previsto en dicha disposición.

OCTAVO.- Habiéndose estimado en parte el recurso de apelación, no ha lugar a imponer expresamente las costas de esta alzada a la parte apelante - art 398 y 394 LEC -, siendo procedente modificar el criterio de la instancia en el sentido de hacer expresa imposición de las costas de la primera instancia a la parte demandada conforme al criterio objetivo de vencimiento previsto en el artículo 394-1 de la Ley de Enjuiciamiento Civil dado que la estimación del recurso ha presupuesto la estimación íntegra de la demanda.

Vistos los artículos citados y demás de general y pertinente aplicación, en nombre del Rey y por la autoridad conferida por el Pueblo Español.

FALLAMOS

Que estimando en parte el recurso de apelación entablado por la parte demandada, integrada por los hermanos D^a: María Consuelo , D. Cristobal , D^a: Angelica y D^a: Carlota , representados en este Tribunal por el Procurador D^a: Isabel Tejada del Castillotanto; y desestimando el recurso de apelación formalizado por la parte actora, la mercantil John Mulligans S.L., representada en este Tribunal por el Procurador D^a. Rocío Valentín Moreno, debemos revocar y revocamos dicha resolución, y en su virtud, declarando la validez del precontrato suscrito entre las partes el día 28 de diciembre de 2005 y su resolución por incumplimiento de los co-demandados, no ha lugar a indemnizar en cuantía alguna a la mercantil actora, debiendo cada parte abonar las costas causadas a su instancia y las comunes por mitad; con expresa imposición de las costas de esta alzada a la parte apelante demandante; y sin expresa imposición de las costas procesales de esta alzada a la parte apelante demandada.

Se acuerda la devolución al apelante demandado de la totalidad del depósito efectuado para recurrir y su pérdida para el actor apelante, al que se le dará el destino previsto en dicha disposición.

Esta Sentencia no es firme en derecho y, consecuentemente, cabe en su caso interponer contra la misma, conforme a lo dispuesto en los artículos 468 y siguientes, y 477 y siguientes de la Ley de Enjuiciamiento Civil, recurso extraordinario por infracción procesal y/o recurso de casación, recursos que deberán prepararse dentro de los cinco días siguientes a la notificación de esta resolución previa constitución de depósito para recurrir por importe de 50 euros por recurso que se ingresará en la Cuenta de Consignaciones de esta Sección 8ª abierta en la entidad Banesto, indicando en el campo "Concepto" del documento resguardo de ingreso, que es un "Recurso", advirtiéndose que sin la acreditación de constitución del depósito indicado no será admitido (LO 1/2009, de 3 noviembre) el recurso.

Notifíquese esta Sentencia en forma legal y, en su momento, devuélvanse los autos originales al Juzgado de procedencia, de los que se servirá acusar recibo, acompañados de certificación literal de la presente resolución a los oportunos efectos de ejecución de lo acordado, uniéndose otra al Rollo de apelación.

Así, por esta nuestra Sentencia definitiva que, fallando en grado de apelación, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

PUBLICACIÓN.- En el mismo día ha sido leída y publicada la anterior resolución por el Ilmo. Sr. Ponente que la suscribe, hallándose la Sala celebrando Audiencia Pública. Doy fe.-