



Roj: **STS 2578/2021 - ECLI:ES:TS:2021:2578**

Id Cendoj: **28079110012021100441**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **1**

Fecha: **29/06/2021**

Nº de Recurso: **3335/2018**

Nº de Resolución: **471/2021**

Procedimiento: **Recurso de casación**

Ponente: **JUAN MARIA DIAZ FRAILE**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Civil

Sentencia núm. 471/2021

Fecha de sentencia: 29/06/2021

Tipo de procedimiento: CASACIÓN

Número del procedimiento: 3335/2018

Fallo/Acuerdo:

Fecha de Votación y Fallo: 23/06/2021

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

Procedencia: AUD.PROVINCIAL SECCION N. 3

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

Transcrito por: COT

Nota:

CASACIÓN núm.: 3335/2018

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. 471/2021

Excmos. Sres.

D. Ignacio Sancho Gargallo

D. Rafael Sarazá Jimena

D. Pedro José Vela Torres

D. Juan María Díaz Fraile

En Madrid, a 29 de junio de 2021.

Esta sala ha visto el recurso de casación respecto de la sentencia 215/2018, de 17 de mayo, dictada en grado de apelación por la Sección Tercera de la Audiencia Provincial de Valladolid, como consecuencia de autos



de juicio ordinario n.º 1304/2015 del Juzgado de Primera Instancia n.º 5 de Valladolid, sobre reclamación de cantidad.

Es parte recurrente Ascensores Zener Grupo Armoniza, S.L.U., representado por el procurador D. José Ángel Hernández Pérez y bajo la dirección letrada de D. Miguel Ángel Varela Rico.

Es parte recurrida Sociedad Municipal de Suelo y Vivienda de Valladolid, S.L., representada por la procuradora D.ª Laura Sánchez Herrera y bajo la dirección letrada de D. Luis Antonio Vaquero Pardo.

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

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- *Tramitación en primera instancia.*

1.- El procurador D. José Ángel Hernández Pérez, en nombre y representación de Ascensores Zener Grupo Armoniza, S.L.U., interpuso demanda de juicio ordinario contra Sociedad Municipal de Suelo y Vivienda de Valladolid, S.L., en la que solicitaba se dictara sentencia:

"[...] por la que, estimando la demanda:

"1º.- Se condene a la demandada a abonar a la actora la cantidad de 26.307,20 €, en cumplimiento de la cláusula penal contractualmente pactada.

"2º.- Subsidiariamente, se la condene a abonar la cantidad de 16.695,04 €, correspondiente a la indemnización por los daños y perjuicios pericialmente determinados.

"3º.- Más el interés legal de dicha cantidad desde el día 12 de junio de 2013, en que aquella fue requerida fehacientemente de pago, así como al abono de las costas procesales".

2.- La demanda fue presentada el 10 de diciembre de 2015 y, repartida al Juzgado de Primera Instancia n.º 5 de Valladolid, fue registrada con el n.º 1304/2015. Una vez fue admitida a trámite, se procedió al emplazamiento de la parte demandada.

3.- La procuradora D.ª Laura Sánchez Herrera, en representación de Sociedad Municipal de Suelo y Vivienda de Valladolid, S.L., contestó a la demanda, solicitando su desestimación y la expresa condena en costas a la parte actora.

4.- Tras seguirse los trámites correspondientes, la Magistrada-juez del Juzgado de Primera Instancia n.º 5 de Valladolid dictó sentencia 211/2017, de 21 de septiembre, con la siguiente parte dispositiva:

"Que ESTIMANDO la demanda interpuesta por el Procurador D. José Ángel Hernández Pérez, en nombre y representación de la mercantil Ascensores Zener Grupo Armoniza, S.L.U., frente a la mercantil Sociedad Municipal de Suelo y Vivienda de Valladolid, S.L., debo condenar a esta última a que abone a la parte actora la suma de:

" veintiséis mil trescientos siete euros con veinte céntimos (26.307,20 euros)

" los intereses legales de dicha suma conforme establece el art. 576 de la L.E.C.

" con expresa imposición de las costas procesales a la parte demandada".

SEGUNDO.- *Tramitación en segunda instancia.*

1.- La sentencia de primera instancia fue recurrida en apelación por la representación de Sociedad Municipal de Suelo y Vivienda de Valladolid, S.L. La representación de Ascensores Zener Grupo Armoniza, S.L.U. se opuso al recurso.

2.- La resolución de este recurso correspondió a la Sección Tercera de la Audiencia Provincial de Valladolid, que lo tramitó con el número de rollo 16/2018 y tras seguir los correspondientes trámites dictó sentencia 215/2018, de 17 de mayo, cuyo fallo dispone:

"ESTIMAMOS PARCIALMENTE el recurso de apelación interpuesto por la parte demandada contra la Sentencia de fecha 21 de septiembre de 2017 dictada en autos de Juicio Ordinario 1304/2015BB. seguido ante el Juzgado de Primera instancia 5 de Valladolid, y REVOCAMOS PARCIALMENTE la misma acordando en su lugar; ESTIMAR PARCIALMENTE LA DEMANDA interpuesta por ASCENSORES ZENER GRUPO ARMONIZA S.L.U., frente a la SOCIEDAD MUNICIPAL DE SUELO Y VIVIENDA DE VALLADOLID S.L CONDENANDO a la citada sociedad demandada a que abone a la actora la suma 5.730.56 Euros más los intereses legales ex artículo 576 LEC, no haciendo especial pronunciamiento con respecto a las costas originadas en ninguna de las instancias".

**TERCERO.- Interposición y tramitación del recurso de casación**

1.- El procurador D. José Ángel Hernández Pérez, en representación de Ascensores Zener Grupo Armoniza, S.L.U., interpuso recurso de casación.

Los motivos del recurso de casación fueron:

"Primer motivo.- norma infringida: Art. 7.1 del Código Civil, en relación con la doctrina de los actos propios y el valor jurídico del silencio expresada en las sentencias de esta Sala nº 119/2008, de 21 de febrero de 2008 (Doc, nº 2) y nº 106/2015 de 19 de mayo de 2015 (Doc.nº3).

"Segundo motivo.- norma infringida: Art. 1.152 del Código Civil y de la doctrina jurisprudencial por interés casacional fijada en la sentencia nº 149/2014 de 10 de marzo de 2014 de la Sala Primera del Tribunal Supremo (Doc. nº 4)".

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 29 de julio de 2020, que admitió el recurso y acordó dar traslado a la parte recurrida personada para que formalizara su oposición.

3.- La representación de Sociedad Municipal de Suelo y Vivienda de Valladolid, S.L. se opuso al recurso.

4.- Al no solicitarse por todas las partes la celebración de vista pública, se señaló para votación y fallo el día 23 de junio de 2021, en que ha tenido lugar.

FUNDAMENTOS DE DERECHO**PRIMERO.- Resumen de antecedentes**

1.- Para la resolución del presente recurso resultan relevantes los siguientes antecedentes de hecho acreditados en la instancia:

i) El 15 de septiembre de 2008, "Ascensores Zener Grupo Armoniza, S.L.U." (en adelante "Ascensores Zener") suscribió, como prestador, un contrato de mantenimiento de dos ascensores con la Sociedad Municipal de Suelo y Vivienda de Valladolid, S.L. (en adelante "Suelo y Vivienda de Valladolid"). El contrato establecía en su estipulación sexta lo siguiente:

"El presente contrato empezará a regir el día 1 de octubre de 2008 y su duración será de 10 años, considerándose después tácitamente prorrogado por iguales períodos sucesivos, mientras una de las partes no lo denuncie con 180 días de antelación a su vencimiento. En el supuesto de rescisión unilateral del contrato por alguna de las partes, la parte que rescinda indemnizará a la otra parte, con un importe equivalente a las cuotas pendientes hasta el vencimiento del contrato, tomando como base el importe de la última cuota facturada".

ii) El 17 de diciembre de 2012, "Suelos y Vivienda Valladolid" remitió una comunicación a "Ascensores Zener" en la que le anunciaba su intención de rescindir, a partir del 30 de mayo de 2013, el contrato de mantenimiento de ascensores suscrito en 2008.

iii) Simultáneamente le solicitaba presupuesto para el mantenimiento de todos sus ascensores (en total doce, entre los que se encontraban los dos objeto del contrato de 2008), "en aras de seguir manteniendo relación comercial con su compañía".

iv) El 11 de enero de 2013, "Ascensores Zener" emitió el presupuesto solicitado.

v) El 20 de febrero de 2013, "Suelo y Vivienda de Valladolid" notificó a "Ascensores Zener" que no aceptaba ese presupuesto y ratificaba su decisión de rescindir el contrato a partir del 30 de mayo de 2013.

vi) Las partes mantuvieron su relación contractual, ejecutando la actora los trabajos de mantenimiento de los ascensores y abonando la demandada las facturas que le eran giradas, hasta que en junio de 2013 se produjo la resolución anticipada del contrato de forma efectiva mediante el cambio de cerraduras de los cuartos de máquinas, según manifiesta la actora.

vii) El 12 de junio de 2013, "Ascensores Zener" denunció la resolución del contrato mediante burofax y reclamó a "Suelos y Vivienda de Valladolid" la cantidad prevista en la cláusula penal antes transcrita, reclamación que no fue atendida.



2.- "Ascensores Zener" presentó una demanda contra "Suelos y Vivienda Valladolid" en la que solicitaba: (i) que se declarase que ésta había procedido a la resolución unilateral y anticipada del contrato; y (ii) que se condenase a la demandada a abonar la cantidad de 26.307,20 €, en cumplimiento de la cláusula penal pactada; y subsidiariamente la condena a pagar la cantidad de 16.695,04 €, correspondiente a la indemnización por los daños y perjuicios pericialmente determinados; más los intereses legales desde el día 12 de junio de 2013, en que fue requerida de pago.

3.- El juzgado de primera instancia estimó la demanda y condenó a la demandada a abonar la suma de 26.307,20 euros, más los intereses legales de dicha suma, con base en los siguientes fundamentos: (i) la comunicación por la demandada de 21 de febrero de 2013 de no aceptación de la oferta propuesta por la actora en el presupuesto de mantenimiento de los ascensores y el anuncio de rescisión del contrato responde a "razones económicas"; (ii) la no aceptación de la oferta de "Ascensores Zener" no puede constituir causa para la resolución del contrato; (iii) las comunicaciones efectuadas por "Suelo y Vivienda de Valladolid" sobre su deseo de rescindir el contrato a partir del día 30 de mayo de 2013 no obedece a causa justificada para la resolución, sino al interés de la demandada, en el contexto de la reducción de gastos en el sector público, de abaratar los costes del precio a abonar por los servicios del mantenimiento de los ascensores; (iv) la demandante remitió un burofax a la demandada el 12 de junio de 2013 en el que expresaba su oposición a la resolución del contrato, y reclamaba la indemnización de daños y perjuicios contractualmente establecida; (v) "Suelo y Vivienda de Valladolid" opone el carácter abusivo de las cláusulas del contrato referentes al plazo de duración (art. 83 T.R.L.G.D.C.U.), pero no ostenta la condición de consumidor, por lo que ha de estarse al régimen general del contrato por negociación que atiende, fundamentalmente, a la voluntad manifestada por las partes (STS de 10 de marzo de 2014), por lo que procede el reconocimiento de la indemnización correspondiente conforme a la cláusula sexta del contrato (en concreto, la resultante de multiplicar las 64 mensualidades restantes - desde junio de 2013 hasta septiembre de 2018 - por 411,05 euros cada una de ellas, lo que supone en total 26.307,20 euros).

4.- Apelada la sentencia de primera instancia por "Suelos y Vivienda Valladolid", la Audiencia estimó en parte la demanda, y condenó a la sociedad demandada al pago de la suma de 5.730,56 euros.

En síntesis, basó su decisión en las siguientes razones: (i) apreció que no se ha producido una resolución unilateral e injustificada del contrato de prestación de servicios (suscrito por las partes el 15 de septiembre de 2008), sino una resolución por mutuo acuerdo, es decir, una resolución que fue propuesta y anunciada por la demandada y consentida y aceptada por la parte demandada; (ii) la demandada (empresa municipal), en aplicación de una directriz sobre contención de gasto, anunció y comunicó a la actora, encargada del mantenimiento de dos ascensores en un edificio de propiedad municipal, la resolución de su contrato a partir de mayo de 2013 (comunicación de 17 de diciembre de 2012); (iii) frente a dicha comunicación de resolución anticipada (la duración pactada del contrato era de 10 años y habían transcurrido 5 años) la actora nada objetó ni opuso respecto a la exigibilidad y continuidad de su contrato, sino que presentó a la actora una oferta para llevar a cabo el mantenimiento de todos los ascensores (incluidos los dos del contrato) en concurrencia con otras empresas y proveedores del sector, con una rebaja considerable en el precio respecto del pactado en el contrato resuelto; (iv) sólo cuando la actora conoció que su oferta no había sido aceptada, fue cuando manifestó su oposición a la resolución del contrato y su decisión de exigir el cumplimiento de la duración pactada; (v) de lo anterior infirió la Audiencia que, aunque hubo incumplimiento del contrato por parte de "Suelos y Viviendas Valladolid", fue consentido por la actora, conclusión que razonó así:

"una ponderación conjunta y lógica de todas estas circunstancias permite concluir que efectivamente se produjo una resolución anticipada del contrato y que esta resolución - aunque comportaba un incumplimiento del mismo - fue tácitamente consentida y aceptada por la actora mediante actos propios que de forma clara e inequívoca así lo pusieron de manifiesto, pues no otra cosa [no] cabe colegir de su prolongado silencio, falta de oposición, queja o reclamación desde que recibiera esa primera comunicación por la que se le anunciaba la rescisión anticipada del contrato y de su participación sin reservas e incondicionada optando a un nuevo y unificado contrato de mantenimiento de todos los ascensores de la demandada, entre los que se incluían los dos del contrato de litis y ofertando a tal efecto un nuevo y rebajado precio por ascensor, como antes se dijo"

A continuación, la Audiencia afirmó que lo anterior no comporta que la actora renunciase también tácitamente a la indemnización derivada de los daños y perjuicios causados por la resolución anticipada, si bien consideró que esa indemnización no debe ser la fijada en el contrato, sino la resultante de la aplicación de los preceptos del Código civil para los casos de incumplimiento contractual, conclusión que justificó con estos argumentos:

"a la hora de determinar y cuantificar estos daños y perjuicios, no cabe acudir sin más a una aplicación estricta y automática de la cláusula de penalización que había sido pactada en el contrato pues, entre otras razones, estaba prevista para supuestos de rescisión anticipada y unilateral del contrato que no es el que aquí ha acontecido como antes se ha explicado. Deben pues entrar en juego [...] las normas generales (artículos 1101,



1106 1124 C. Civil) por cuya virtud el contratante incumplidor viene obligado a indemnizar los daños y perjuicios causados que debidamente acreditados. Pues bien, tras haber examinado en sana crítica, los informes periciales que tal efecto han presentado cada una de las partes junto con las explicaciones y aclaraciones ofrecidas por sus autores en acto de juicio a presencia judicial - la conclusión a la que unánimemente llega este tribunal - es que los perjuicios realmente sufridos por la empresa demandante por la resolución anticipada de su contrato, es decir, por el periodo en que este no fue cumplido, debe quedar cuantificados en la suma de 5.730,56 Euros [...]".

5.- "Zener" ha interpuesto un recurso de casación, basado en dos motivos, que han sido admitidos.

SEGUNDO.- *Recurso de casación. Formulación del primer motivo.*

1.- *Planteamiento.* El motivo se introduce con el siguiente encabezamiento:

"Primer motivo.- norma infringida: Art. 7.1 del Código Civil, en relación con la doctrina de los actos propios y el valor jurídico del silencio expresada en las sentencias de esta Sala nº 119/2008, de 21 de febrero de 2008 (Doc, nº 2) y nº 106/2015 de 19 de mayo de 2015 (Doc.nº3).

2.- En su desarrollo, resumidamente, se alega que la Audiencia infringe la doctrina jurisprudencial establecida por el Tribunal Supremo en dichas sentencias relativa al efecto del silencio como manifestación de tácito consentimiento apto para modificar un negocio jurídico; doctrina que establece que ello solo es posible cuando esa voluntad se derive de actos concluyentes e inequívocos causantes de estado, que no resulten además contradichos por otros actos anteriores, coetáneos o posteriores de su autor.

3.- *Causas de inadmisión.* En su escrito de oposición la recurrida ha alegado como causas de inadmisión del motivo la carencia manifiesta de fundamento, por pretender una nueva valoración de la prueba y discurrir al margen de la base fáctica fijada en la instancia, y por falta de interés casacional, al no guardar relación la jurisprudencia que se dice infringida con los hechos del caso y no combatir la *ratio decidendi* de la sentencia impugnada.

Estos óbices no pueden ser estimados. El recurso no pretende alterar los hechos que constituyen el *factum* del proceso. La apreciación realizada por la Audiencia al entender que la resolución contractual litigiosa fue por mutuo acuerdo, por haber sido consentida tácitamente por la recurrente, es una valoración jurídica y no una valoración probatoria, de la que se puede disentir sin alterar los hechos en que se apoya. La existencia del interés casacional por haber incurrido la sentencia de apelación en contradicción con la jurisprudencia de esta sala sobre el valor del silencio como consentimiento tácito y sobre los requisitos para la validez de la renuncia de derechos, debe ser examinada al resolver el motivo.

TERCERO.- *Decisión de la sala. Requisitos necesarios para que el silencio pueda estimarse como manifestación de un consentimiento contractual tácito y una renuncia de derechos. Doctrina jurisprudencial.*

El motivo se estima por las razones que exponemos a continuación.

1.- *Delimitación del objeto de la controversia.* No se discute ahora ni que la cuantía de la indemnización exigida en la demanda sea la que resultaría de la liquidación conforme a las previsiones de la cláusula sexta del contrato (en caso de ser procedente su aplicación), ni que no sea aplicable a "Suelo y Vivienda Valladolid" la normativa propia de los consumidores. Ésta alegó en la oposición a la demanda su condición de consumidora, pero esta alegación fue desestimada en la instancia y este pronunciamiento ha ganado firmeza, por lo que ha quedado fuera del debate casacional.

En consecuencia, la controversia ha quedado delimitada, en lo que se refiere a este primer motivo, a si la resolución del contrato, decidida unilateralmente por "Suelo y Vivienda Valladolid", ha sido consentida tácitamente por "Zener" al no haber manifestado expresamente su oposición después de haber recibido la primera comunicación de aquélla expresando su voluntad de resolver anticipadamente el contrato y antes de la fecha del 30 de mayo de 2013, en que la resolución se hizo efectiva. Para realizar este enjuiciamiento procede examinar la jurisprudencia de la sala sobre la significación del silencio como posible manifestación tácita de un consentimiento contractual y los requisitos que para ello se exigen, en particular cuando ese consentimiento implica una renuncia de derechos.

2.- *El silencio como manifestación de un consentimiento contractual tácito y su aplicación en los casos en que implique una renuncia de derechos. Doctrina jurisprudencial.*

2.1. Esta materia ha sido tratada a lo largo de los años en numerosas ocasiones por esta Sala Primera, tanto en las sentencias que se citan en el escrito de oposición al recurso, como en las que menciona en apoyo de su tesis impugnativa la recurrente. La sentencia 119/2008, de 21 de febrero, hizo un amplio repaso de los precedentes sobre esta cuestión y condensó así la doctrina científica y jurisprudencial reflejada en los mismos:



"La doctrina científica distingue las declaraciones de voluntad negociales que tienen lugar de forma expresa, y explícita, (por signos verbales, escritos, o gestuales - *nutus* -, reconocidos apropiados a tal fin), de aquéllas que se derivan, bien de situaciones en las que se realizaron actos no dirigidos directamente a expresar la voluntad, pero que la presuponen o cabe presumirla, dada la univocidad de los mismos, en cuyo caso se habla de declaraciones de voluntad "mediatas", "indirectas" o por hechos concluyentes (*facta concludentia*), pudiendo consistir en manifestaciones o declaraciones que no expresan de modo inmediato una determinada voluntad de producir el efecto jurídico que se le atribuye, o en meros "actos reales", o bien de una situación, única, de "no hacer", es decir, una forma de omisión consistente en la postura totalmente pasiva de callar. Respecto de este supuesto, que es el que aquí nos interesa, aunque no hay unanimidad doctrinal, sin embargo el criterio mayoritario estima que, frente a la regla de que el que calla no dice nada (*neque afirma, neque negat, neque utique fatetur*), cabe, en determinadas situaciones, atribuirle el carácter de declaración jurídico-negocial. La determinación de estas situaciones supone para el juzgador (y en su caso para el operador jurídico) una tarea interpretativa acerca de si realmente hay declaración de voluntad, esto es, si hay silencio "elocuente", y de su contenido, para lo que el intérprete habrá de tomar en consideración, por lo regular, según un importante tratadista, las posibilidades de conocimiento del destinatario - que es aquél a quien el silencio debe o puede decir algo en esa situación - y el conocimiento del significado de su conducta omisiva por el que calla o al menos que le es imputable (sin perjuicio de la situación de error) "si falta la conciencia de declaración".

"La doctrina jurisprudencial (en las Sentencias expresadas en el enunciado del recurso y muchas otras, entre las que, como posteriores a su interposición, cabe citar las de 21 de marzo de 2.003, 9 de junio de 2.004, 17 de febrero y 10 de junio de 2.005, 24 de mayo y 19 de octubre de 2.006), sin dejar resaltar la necesidad de una aplicación cautelosa (S. 30 de septiembre de 1.971), admite el posible efecto jurídico del silencio como declaración de voluntad en los casos en que sea aplicable la regla de que el que calla "podía" y "debía" hablar (*qui siluit qum loqui et debuit et potuit, consentire videtur*), entendiendo que hay ese deber cuando viene exigido, no ya por una norma positiva o contractual, sino, también, por las exigencias de la buena fe o los usos generales del tráfico, o, habiendo relaciones de negocios, el curso normal y natural de los mismos exigían responder de modo que al no hacerlo se provoca en el "destinatario" la lógica creencia de que se aceptaba. Es decir, se toman como pautas interpretativas los estándares jurídicos de la lealtad y la buena fe, el comportamiento justo y honrado, y se acomoda la respuesta al principio del *quod plerumque accidit* o *quod plerisque contingit*, en relación con las conductas observadas y observables en el tráfico negocial".

La misma sentencia, añade como criterio interpretativo el contraste del silencio con los actos anteriores y coetáneos de aquel a quien se atribuye la declaración de voluntad tácita, en función de si son concordes o contradictorios (arts. 1.281, párrafo segundo, y 1.282 CC).

2.2. Por otro lado, la sentencia 119/2008, de 21 de febrero, en cuanto a la revisión casacional de la interpretación hecha por los tribunales de instancia, aclara que "si bien la apreciación de la existencia del silencio corresponde en principio a los juzgadores de instancia, sin embargo hay que distinguir la fijación de las circunstancias fácticas que permiten realizar una tarea interpretativa, que como *questio facti* sólo tiene acceso a la casación a través de los mecanismos excepcionales permitidos al efecto, y la valoración de dichas circunstancias, tanto en orden a apreciar la "elocuencia" del silencio, como el contenido o alcance de la declaración de voluntad tácita, que forma parte de la *questio iuris*, y, por consiguiente, es susceptible de verificación o control por el tribunal de casación".

2.3. Esta doctrina jurisprudencial, por tanto, admite el posible efecto jurídico del silencio como declaración de voluntad en los casos en que sea aplicable la regla de que el que calla "podía" y "debía" hablar, y entiende que existe ese deber cuando viene exigido, no sólo por una norma positiva o contractual, sino también "por las exigencias de la buena fe o los usos generales del tráfico, o, habiendo relaciones de negocios, el curso normal y natural de los mismos exigían responder de modo que al no hacerlo se provoca en el "destinatario" la lógica creencia de que se aceptaba".

Pero para que el destinatario pueda invocar su confianza en la existencia de tal declaración de voluntad con eficacia jurídica es presupuesto necesario, asimismo, que el silencio resulte "elocuente". La jurisprudencia ha precisado también esta idea, de forma que "el consentimiento tácito ha de resultar de actos inequívocos que demuestren de manera segura el pensamiento de conformidad del agente (sentencias de 11 de noviembre de 1958 y 3 de enero de 1964), sin que se pueda atribuir esa aceptación al mero conocimiento, por requerirse actos de positivo valor demostrativo de una voluntad determinada en tal sentido (sentencias de 30 de noviembre de 1957 y 30 de mayo de 1963)".

La sentencia de 19 de diciembre de 1990 expresaba esta doctrina del siguiente modo:

"exigiendo el consentimiento tácito la realidad de un acto que ponga de relieve el deseo o voluntad del agente, sin que ofrezca la posibilidad de diversas interpretaciones (sentencias de 10 de junio de 1966),



insistiendo la de 29 de enero de 1965 en ese carácter meramente negativo del silencio, que sólo adquiere relevancia jurídica cuando de antemano es tenido en cuenta por la Ley para asignarle un cierto efecto, bien sea procesal (confesión judicial), o sustantivo (tácita reconducción, elevación de renta arrendaticia), o cuando de la mera voluntad privada surgen relaciones en cuyo curso acaecen hechos que hacen precisa, para puntualizar los derechos derivados, una manifestación de voluntad que se omite, siempre que se den los requisitos a que se refiere la sentencia de 24 de noviembre de 1943, insistiéndose en que el silencio absoluto no es producto[r] de efectos jurídicos más que en el caso de que la Ley o la voluntad de las partes se lo reconozca o conceda previamente, pudiendo hablarse de un silencio cualificado sólo cuando se junte a hechos positivos precedentes, a una actividad anterior de la parte que guardó silencio, o a particulares situaciones subjetivas u objetivas que sirvan como elemento útil para tener por hecha la manifestación de una determinada voluntad (sentencia de 24 de enero de 1957)".

2.4. Esta exigencia del carácter inequívoco del consentimiento tácito se refuerza cuando su consecuencia, en caso de estimarse como manifestación de una declaración de voluntad, es una renuncia de derechos. Como declaramos en la sentencia 57/2016, de 12 de febrero, con cita de la anterior de 28 de enero de 1995:

"[...] la renuncia de derechos, como manifestación de voluntad que lleva a cabo el titular de un derecho por cuya virtud hace dejación del mismo, ha de ser, además de personal, clara, terminante e inequívoca, sin condicionante alguna, con expresión indiscutible de criterio de voluntad determinante de la misma, y revelación expresa o tácita, pero mediante actos concluyentes igualmente claros e inequívocos".

3.- Aplicación de esta doctrina jurisprudencial al caso. Estimación.

3.1. La aplicación de la anterior doctrina jurisprudencial al caso conduce a la estimación del motivo.

En el caso de la litis, el contrato reguló tanto el plazo de duración (diez años), y su prórroga tácita en caso de no denunciarse el contrato con un preaviso de 180 días, como la facultad de la resolución unilateral y anticipada por cualquiera de las partes. Y para este caso se estipuló igualmente las consecuencias derivadas del ejercicio de esa facultad. En concreto, en la cláusula sexta del contrato se pactó lo siguiente:

"En el supuesto de rescisión (sic) unilateral del contrato por alguna de las partes, la parte que rescinda indemnizará a la otra parte, con un importe equivalente a las cuotas pendientes hasta el vencimiento del contrato, tomando como base el importe de la última cuota facturada".

"Suelos y Viviendas de Valladolid" comunicó a "Zener" su intención de resolver el contrato el 30 de mayo de 2013, fecha anterior al 15 de septiembre de 2018 en que vencía el plazo de diez años pactado en el contrato. Simultáneamente solicitó a "Zener" la presentación de un presupuesto para ampliar el contrato de mantenimiento a la totalidad de su parque de ascensores, un total de doce que incluía los dos objeto del contrato inicial. Después, "Suelos y Viviendas de Valladolid" notificó a "Zener" su rechazo al presupuesto presentado y ratificó su decisión de resolver el contrato a partir del 30 de mayo de 2013, decisión que hizo efectiva en esa fecha cambiando las cerraduras de los cuartos de máquinas. "Zener" denunció la resolución del contrato mediante burofax el 12 de junio de 2013, y finalmente interpuso la demanda origen de este recurso.

3.2. De la falta de manifestación expresa de oposición por parte de "Zener" a la comunicación de la demandada de su intención de resolver anticipadamente el contrato no cabe deducir la conformidad de la demandante con esta resolución en el sentido, no ya de oponerse a una resolución anticipada y unilateral que estaba expresamente prevista como facultad de ambas partes en el contrato, sino de renuncia a los derechos de indemnización que el mismo contrato preveía para ese caso en una cláusula penal. No cabe interpretar que existió una voluntad de "Zener", tácitamente manifestada, de aceptar esa resolución anticipada sin indemnización (en concreto la pactada en la cláusula penal del contrato) por varios motivos:

(i) la comunicación de "Suelo y Vivienda de Valladolid" sobre su intención de resolver el contrato el 30 de mayo de 2013 fue simultánea a su invitación a Zener a presentar un nuevo presupuesto para ampliar la relación contractual existente entre las partes, de forma que los servicios de mantenimiento de ascensores se extendiesen, más allá de los dos que eran objeto del contrato litigioso, a otros diez más;

(ii) en ese contexto, la presentación efectiva por "Zener" del presupuesto solicitado lejos de poner de manifiesto una voluntad de extinción anticipada de la relación comercial y contractual existente entre las partes, lo que revela es el deseo de continuar y ampliar esa relación, y para ello incluye en el presupuesto una oferta de precio con una rebaja considerable respecto del que regía en el contrato inicial, en concordancia con la ampliación objetiva del nuevo contrato, para el caso de celebrarse;

(iii) ningún atisbo hay en ello de voluntad de novar el contrato existente en el sentido de anticipar la fecha de su vencimiento, acortando notablemente el plazo de la duración pactada; y menos de renuncia a la indemnización contractualmente pactada para el caso de desistimiento unilateral;



(iv) que la denuncia formal de la resolución anticipada, por medio de la remisión de un burofax, no tuviera lugar hasta un momento posterior, en pocas fechas, a la efectiva resolución del contrato no constituye un retraso desleal contrario a la buena fe en el ejercicio de un derecho, máxime cuando esa conducta no puede ser valorada como permisiva de la actuación de la otra parte o como una clara e inequívoca renuncia al derecho a la indemnización que ello comportaba, "renuncia nunca presumible" (sentencias de 22 de octubre de 2002 y 352/2010);

(v) la presentación del presupuesto reclamado y la continuidad en la prestación de los servicios por parte de "Zener", son actos coetáneos a ese "silencio" que se quiere interpretar como voluntad tácita de aceptación de la resolución anticipada y renuncia a la indemnización, actos que resultan contrarios a esa presunta voluntad. Más bien, en el cumplimiento del contrato, además de un acto de lealtad a lo pactado, hay una manifestación del deseo de conservación de la relación contractual (arts. 1284, 1289 y 1258 CC), conforme con el principio de la conservación de los contratos o *favor contractus*. Principio que constituye un canon hermenéutico de la totalidad del contrato y de su eficacia (sentencias 827/2012, de 15 de enero de 2013);

(vi) en el reiterado contexto, con una previa oferta de "Suelo y Vivienda" para continuar y ampliar las relaciones comerciales entre las partes, no concurren las circunstancias requeridas por la jurisprudencia para exigir una contestación (*et debuit*), con el efecto jurídico de declaración de voluntad afirmativa en caso de falta de respuesta, pues no cabe entender que "Zener" pudiera tener conciencia de que la falta de oposición expresa a la intención resolutoria comunicada implicaba la aceptación de tal resolución con renuncia a la indemnización pactada. Falta por completo en tal silencio la exigencia jurisprudencial de actos concluyentes, claros e inequívocos;

(vii) aun si admitiéramos, a efectos dialécticos, que ese silencio pudiera ser entendido, en esas circunstancias, como demostrativo de tal aceptación de modificación del contrato hasta el punto de renunciar al pacto de indemnización, ello no bastaría a alcanzar el efecto pretendido, pues no es suficiente que un silencio pueda ser interpretado en ese sentido, sino que es preciso que ese significado asociado al silencio sea "inequívoco", es decir, que no admita duda o equivocación, lo que está lejos de poder aceptarse como conclusión razonable en un caso como el presente.

4.- Todo lo cual conduce a la estimación del primer motivo del recurso.

CUARTO.- *Formulación del segundo motivo.*

1.- El segundo motivo del recurso denuncia la infracción del art. 1152 CC y de la doctrina jurisprudencial contenida en la sentencia 149/2014, de 10 de marzo

2.- En su desarrollo, en resumen, se aduce que la decisión de la Audiencia se opone a la doctrina jurisprudencial de este Tribunal Supremo contenida en la indicada sentencia, en virtud de la cual en los contratos por negociación en los que expresamente se prevea una pena convencional para el caso de desistimiento unilateral de las partes, la misma debe ser aplicada sin entrar a analizar los concretos daños contractuales que pudieran derivarse, conforme al principio dispositivo de las partes.

QUINTO.- *Decisión de la sala. Contrato de servicios por negociación. Pena convencional del ejercicio de desistimiento unilateral de las partes (artículo 1152 y 1154 del Código Civil). Improcedencia de la facultad de moderación. Doctrina jurisprudencial aplicable. Estimación.*

1.- Dispone el art. 1152 CC:

"En las obligaciones con cláusula penal, la pena sustituirá a la indemnización de daños y el abono de intereses en caso de falta de cumplimiento, si otra cosa no se hubiere pactado.

"Sólo podrá hacerse efectiva la pena cuando ésta fuere exigible conforme a las disposiciones del presente Código".

2.- Esta sala ha interpretado el significado y alcance del art. 1152 CC, en relación con el art. 1154 CC, en el ámbito de los contratos por negociación, y específicamente en relación con el desistimiento unilateral del contrato. Así, hemos afirmado reiteradamente que, con carácter general, para los casos en que la cláusula penal contempla determinados incumplimientos, incluso parciales o irregulares, no es aplicable la moderación judicial de la pena. En este sentido, declaró la sentencia 325/2019, de 6 de junio:

"La sentencia 585/2006, de 14 de junio. recordó que es doctrina constante de esta Sala que cuando la cláusula penal está establecida para un determinado incumplimiento, aunque fuera parcial o irregular, no puede aplicarse la facultad moderadora del artículo 1154 del Código Civil si se produce exactamente la infracción prevista; o por decirlo con otras palabras, que la moderación procede cuando se hubiera cumplido en parte o irregularmente la obligación para cuyo incumplimiento total la pena se estableció, de modo que, como afirma la



doctrina, la finalidad del repetido artículo no reside en resolver la cuestión de si se debe, rebajar equitativamente la pena por resultar excesivamente elevada, sino en interpretar que las partes, al pactar la pena, pensaron en un incumplimiento distinto del producido -sobre ello, las sentencias 962/2008, de 15 de octubre, 211/2009, de 26 de marzo 384/2009 de 1 de junio y 170/2010, de 31 de marzo, entre otras-.

"Esta doctrina ha sido recogida también en las SSTs de Pleno de 15 de abril de 2014, rec. n.º 2274/2012, y 21 de abril de 2014, rec. n.º 1228/2012"

Recientemente la sentencia 441/2020, de 17 de julio, con cita de otros precedentes, ha reiterado, respecto de las cláusulas penales con mera función de liquidación anticipada de los daños y perjuicios, que para justificar la aplicación del art. 1154 CC, "no basta el hecho de que, producido precisamente el incumplimiento contractual que la cláusula penal contempla, la cuantía de la penalidad a pagar resulte ser mayor que la cuantía de los daños y perjuicios efectivamente causados por el referido incumplimiento, ni aun cuando la diferencia entre una y otra cuantía venga a sobrepasar la que era, *ex ante*, proporcionada a la función punitiva de la cláusula penal de que se trate: *pacta sunt servanda*".

3.- En definitiva, en el caso de la litis las partes habían pactado para el caso de la resolución anticipada y unilateral del contrato por alguna de las partes, que ésta debería indemnizar a la otra parte con un importe equivalente a las cuotas pendientes hasta el vencimiento del contrato. Una vez que ha sido desestimado el primer motivo de casación y hemos declarado que la resolución anticipada no fue consentida por el demandante y que no renunció a la indemnización pactada en el contrato para tal evento, la aplicación de la jurisprudencia reseñada al caso comporta la estimación también de este segundo motivo del recurso, pues la Audiencia ha infringido esa doctrina jurisprudencial al sustituir el importe de la indemnización fijada por las partes en el contrato por otra cantidad distintas, basada en un informe pericial y en ejercicio de una facultad de moderación proscrita por la jurisprudencia en estos casos.

4.- En consecuencia, estimamos el recurso de casación y, al asumir la instancia, por los mismos fundamentos, desestimamos el recurso de apelación y confirmamos la sentencia de primera instancia.

SEXTO .- Costas y depósito

1.- No procede hacer expresa imposición de las costas del recurso de casación que ha sido estimado, de conformidad con los artículos 394 y 398, ambos de la Ley de Enjuiciamiento Civil. Respecto de las costas del recurso de apelación, que ha sido desestimado, se imponen a la apelante.

2.- Procédase a la devolución del depósito constituido 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- Estimar el recurso de casación interpuesto por Ascensores Zener Grupo Armoniza, S.L.U. contra la sentencia núm. 215/2018, de 17 de mayo, dictada por la Sección Tercera de la Audiencia Provincial de Valladolid, en el recurso de apelación núm. 16/2018.

2.º- Anular y casar la expresada sentencia, que declaramos sin valor ni efecto alguno y, en su lugar, desestimamos el recurso de apelación interpuesto contra la sentencia núm. 211/2017, de 21 de septiembre, dictada por el Juzgado de Primera Instancia núm. 5 de Valladolid, en el procedimiento ordinario núm. 1304/2015.

3.º- No imponer las costas del recurso de casación. Las de apelación se imponen a la apelante.

4.º- Devolver al recurrente el depósito constituido para interponer el recurso.

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.