

Roj: STS 7667/2010
Id Cendoj: 28079110012010100857
Órgano: Tribunal Supremo. Sala de lo Civil
Sede: Madrid
Sección: 1
Nº de Recurso: 937/2007
Nº de Resolución: 763/2010
Procedimiento: Casación
Ponente: FRANCISCO MARIN CASTAN
Tipo de Resolución: Sentencia

Resumen:

CONCIERTO ENTRE ASEGURADORA DE ASISTENCIA EN CARRETERA Y EMPRESA DE VEHÍCULOS GRÚA PARA PRESTARLA, SIN EXCLUSIVA DE ZONA GEOGRÁFICA: No arrendamiento de servicios sino contrato atípico encuadrable en el amplio género de los de colaboración. Incumplimiento de la aseguradora al dejar de encargar servicios a la gruista tras no aceptar ésta prestarlo mediante grúas rotuladas con el logotipo de aquella. Principio de obligatoriedad de los contratos, cuyo cumplimiento no puede quedar al arbitrio de uno solo de los contratantes. Carácter esencial de la obligación de la aseguradora de captar y seleccionar clientes para la empresa de grúas. Indemnización de daños y perjuicios.

SENTENCIA

En la Villa de Madrid, a treinta de Noviembre de dos mil diez.

La Sala Primera del Tribunal Supremo, constituida por los Magistrados indicados al margen, ha visto el recurso de casación interpuesto por la compañía mercantil demandante **GRÚAS ABRIL** ASISTENCIA S.L., representada ante esta Sala por el Procurador D. Carlos Ibáñez de la Cadiniere, contra la sentencia dictada con fecha 28 de febrero de 2007 por la Sección 8ª de la Audiencia Provincial de Alicante, Tribunal de Marca Comunitaria, en el recurso de apelación nº 70/07 dimanante de los autos de juicio de ordinario nº 637/05 del Juzgado de Primera Instancia nº 3 de Alicante, sobre contrato de colaboración o arrendamiento de servicios. Ha sido parte recurrida la demandada MAPFRE MUTUALIDAD DE SEGUROS Y REASEGUROS A PRIMA FIJA, representada ante esta Sala por la Procuradora Dª Carmen Ortiz Cornago.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Con fecha 18 de mayo de 2005 se presentó demanda interpuesta por la compañía mercantil **GRÚAS ABRIL** ASISTENCIA S.L. (antes Bas Hermanos S.L.) contra la entidad MAPFRE MUTUALIDAD DE SEGUROS Y REASEGUROS A PRIMA FIJA solicitando se dictara sentencia con los siguientes pronunciamientos:

"1.- Que se declare que **GRUAS ABRIL** ASISTENCIA S.L. (antes **BAS HERMANOS S.L.**) y MAPFRE MUTUALIDAD DE SEGUROS Y REASEGUROS A PRIMA FIJA, les vincula una relación contractual desde el año 1.990, aunque con contrato escrito por protocolo desde 1996, por el que por parte de la actora se prestan servicios de grúa a los asegurados de MAPFRE, a requerimiento de ésta, las 24 horas del día y los 365 días del año, fijándose las tarifas que anualmente establece MAPFRE.

2.- Que se declare que dicha relación contractual consiste en un contrato de Colaboración de servicios o de arrendamiento de servicios.

3.- Que se declare que la conducta de la demandada consistente en exigir que **GRUAS ABRIL** ASISTENCIA S.L. (**BAS HERMANOS, S.L.**) realice el servicio de grúa mediante vehículos rotulados con el logotipo de MAPFRE, no está previsto en el contrato suscrito entre las partes y por tanto supone un incumplimiento contractual sancionado en el Código Civil en sus artículos 1.124 y 1.101 .

4.- Que se declare que la conducta de la demandada de prescindir de los servicios de grúa de **GRUAS ABRIL ASISTENCIA, S.L. (BAS HERMANOS SL)**, de manera unilateral y sin mediar preaviso, supone un incumplimiento obligacional sancionado en el Código Civil, en sus artículos 1.124 y 1.101, y jurisprudencia que los interpreta.

5.- Que se condene a la demandada, como consecuencia de dichos incumplimientos y al amparo de lo dispuesto en el artículo 1.124 del Código Civil al cumplimiento del contrato suscrito entre actor y demandada, debiendo continuar con la solicitud de servicios de grúa, mientras no sea debidamente resuelto, continuación del contrato que deberá realizarse según los criterios establecidos en el hecho sexto de la demanda, esto es con una solicitud de servicios media anual de 5.179 servicios.

Y así mismo por virtud de los artículos 1.124 y 1.101 del Código Civil se condene a la demandada a la obligación de resarcimiento de los daños ocasionados a la demandante como consecuencia de su incumplimiento obligacional, a la indemnización cuya cuantificación se determinará en ejecución de sentencia, estableciéndose como criterios de su cálculo el importe de los servicios dejados de realizar, de haber continuado el contrato en las mismas condiciones en que quedó cuando empezó a incumplirse. Tal y como ha quedado en expresado en el hecho séptimo de la demanda.

6.- Como petición alternativa a la anterior y siempre con carácter subsidiario para el caso de que así no fuera ponderado viable por el Juzgador, que se declare resuelto el contrato suscrito entre actor y demandada, por incumplimiento obligacional imputable a la demandada, sancionado por el Código Civil en sus artículos 1.124 y 1.101 y jurisprudencia que los interpreta.

Y así mismo y para el caso de acceder a esta petición alternativa y por virtud de los artículos 1.124 y 1.101 del Código Civil, se condene a la demandada a la obligación de resarcimiento de los daños ocasionados a la demandante como consecuencia de su incumplimiento obligacional, a la indemnización cuya cuantificación se determinará en ejecución de sentencia, estableciéndose como criterios de su cálculo el importe de los servicios dejados de realizar, de haber continuado el contrato en las mismas condiciones en que quedó cuando empezó a incumplirse. Tal y como ha quedado en expresado en el hecho séptimo de la demanda. Y además a la indemnización derivada de los perjuicios ocasionados como consecuencia de la necesidad de amortizar los gastos y costes invertidos por la empresa para adaptarse a los servicios extemporáneamente cesados, y cuya concreción se determinará en trámite de ejecución de sentencia con arreglo a los criterios expresados también en el hecho séptimo de la demanda.

7.- Que se condene a la demandada al pago de los intereses de las cantidades antes reseñadas, una vez queden concretadas en la forma indicada, desde la fecha de interposición de la demanda, así como a las costas en el presente procedimiento."

SEGUNDO.- Turnada la demanda al Juzgado de Primera Instancia nº 3 de Alicante, dando lugar a los autos nº 637/05 de juicio ordinario, y emplazada la demandada, ésta compareció y contestó a la demanda solicitando su íntegra desestimación con imposición de costas a la parte actora.

TERCERO.- En el acto de la audiencia previa se requirió a la parte actora para que precisara la cuantía litigiosa, que en la demanda se decía indeterminada, y tras señalar dicha parte que la cuantía era la reflejada en el fundamento de derecho quinto de su demanda y que, aun indeterminada, excedía de 150.000 euros, la parte demandada puntualizó que se estaban proponiendo dos cuantías diferentes, y la juzgadora del primer grado concluyó que "de momento" no era posible determinar la cuantía del litigio.

CUARTO.- Recibido el pleito a prueba y seguido por sus trámites, la Ilma. Sra. Magistrada- Juez del mencionado Juzgado dictó sentencia con fecha 20 de julio de 2006 cuyo Fallo es del siguiente tenor literal: "Estimo la demanda presentada por **GRUAS ABRIL ASISTENCIA S.L.** representada por el Procurador Sr. LUCAS GONZALEZ y por lo tanto debo condenar y condeno a la **MERCANTIL MAPFRE SEGUROS Y REASEGUROS A PRIMA FIJA** a lo siguiente:

Que entre **GRUAS ABRIL ASISTENCIA S.L.** y **MAPFRE MUTUALIDAD DE SEGUROS Y REASEGUROS** existe un contrato de arrendamiento de servicios vigente al día de hoy.

Que ya que se ha pedido a este juzgador sea el que decida cual son las cantidades dejadas de percibir por **GRUAS ABRIL**, estimo que debe basarse dicha diferencia de la siguiente manera, la suma de los servicios del año 2003, mas los servicios del año 2004 es decir la suma de estas dos cantidades es igual a: 5.179 servicios + 2.364 servicios = a 7.543 servicios; lo que dividido por dos nos da un total de 3.771 servicios, el criterio seguido es el siguiente:

Teniendo en cuenta que el año 2003 haya podido ser un año excepcional y 2004 un año regular, repito y teniendo este juzgador que decidir cuales deben ser las cantidades a percibir por **GRUAS ABRIL**, ESTE JUZGADOR ENTIENDE DEBEN DE SER, LA DIFERENCIA ENTRE 5.179 Y 3771 SERVICIOS LO QUE NOS DA UNA REBAJA DE LOS SERVICIOS EN 1.408 SERVICIOS A 39# EL SERVICIO, SEGÚN LO PACTADO (PACTA SUNT SERVANDA) QUE TRADUCIDOS A EUROS NOS DAN UNA CANTIDAD DE 54.512 EUROS, que es la cantidad en la que condeno a MAPFRE y que debe de pagar a **GRÚAS ABRIL**.

Procede el pago de LOS INTERESES CONFORME AL *ARTÍCULO 1108 DEL CC* , desde la interposición de la demanda.

Por otra parte no está previsto en el contrato la obligación de **GRÚAS ABRIL** de prestar servicios a MAPFRE con vehículos rotulados, por lo que no está obligada **GRÚAS ABRIL**, a llevar rótulos de MAPFRE.

Evidentemente la conducta contractual de MAPFRE esta inmersa dentro de los pronunciamientos del *artículo 1.124 del CC* ., ya que el hecho de prescindir de los servicios es una decisión unilateral y supone el incumplimiento obligacional al que se refiere el mismo artículo. Y es por lo que al prudente arbitrio de este juzgador y cumpliendo con lo que se ha pedido estimo que MAPFRE tiene la obligación de contratar los servicios, debiendo continuar con la solicitud de los servicios de **GRÚAS ABRIL**, al menos en la cantidad de 3.771 servicios anuales.

Así como también al pago por la demandada de las costas causadas."

QUINTO.- Interpuestos por ambas partes contra dicha sentencia sendos recursos de apelación, que se tramitaron con el nº 70/07 de la Sección 8ª de la Audiencia Provincial de Alicante, Tribunal de Marca Comunitaria , ésta dictó sentencia en fecha 28 de febrero de 2007 con el siguiente fallo: "*Que desestimando el recurso de apelación recurso entablado tanto por la parte actora, la mercantil Grúas Abril Asistencia S.L., representada por el Procurador D. Luis Miguel González Lucas; y estimando el recurso de apelación formulado por la parte demandada, la mercantil MAPFRE Mutualidad de Seguros y Reaseguros a Prima Fija S.A., representada por el Procurador D. Juan Carlos Olcina Fernández contra la sentencia dictada por el Juzgado de Primera Instancia número tres de Alicante de fecha 20 de julio de 2006 , debemos revocar y revocamos dicha resolución y en su virtud, debemos absolver y absolvemos a MAPFRE Mutualidad de seguros y reaseguros a Prima Fija SA., de las pretensiones deducidas contra ella por la actora, con expresa imposición de las costas procesales de la primera instancia y de la alzada; y sin expresa imposición de las costas de esta alzada a la parte apelante Mapfre.*"

SEXTO.- Anunciado recurso de casación por la parte actora contra la sentencia de apelación, el tribunal de instancia lo tuvo por preparado pese a la protesta de la parte demandada alegando una defectuosa determinación de la cuantía litigiosa, y a continuación dicha parte lo interpuso ante el propio tribunal articulándolo en cinco motivos.

SÉPTIMO.- Recibidas las actuaciones en esta Sala y personadas ante la misma ambas partes por medio de los Procuradores mencionados en el encabezamiento, la demandada-recurrida reiteró su oposición a la admisión del recurso por defectuosa determinación de la cuantía litigiosa, y lo mismo hizo en el trámite de audiencia abierto por esta Sala únicamente respecto de los motivos primero y cuarto del recurso, en tanto la parte actora-recurrente manifestaba su renuncia a dichos motivos del recurso.

OCTAVO.- Con fecha 5 de mayo de 2009 esta Sala dictó auto considerando que cabía recurso de casación al amparo del *art. 477.2-2º LEC* , por superar la cuantía litigiosa el límite legalmente exigido, y acordando no admitir el recurso por sus motivos primero y cuarto y admitirlo por los restantes.

NOVENO.- El primero de los motivos de casación admitidos (segundo del escrito de interposición) se funda en infracción del *art. 1544 CC* y de la jurisprudencia; el segundo (tercero del escrito de interposición) en infracción del *art. 1204 CC* y de la jurisprudencia; y el tercero (quinto del escrito de interposición) en infracción de los *arts. 1124, 1156 y 1101 CC* y de la jurisprudencia.

DÉCIMO.- La parte demandada-recurrida presentó escrito de oposición al recurso alegando otra vez que era inadmisibile por ser la cuantía indeterminada y no exceder de 150.000 euros, impugnando sus tres motivos y solicitando se declarase la inaccesibilidad del recurso o, subsidiariamente, se desestimara íntegramente el recurso con expresa imposición de costas a la parte recurrente.

UNDÉCIMO.- Por providencia de 9 de septiembre del corriente año se nombró ponente al que lo es en este trámite y se acordó resolver el recurso sin celebración de vista, señalándose para votación y fallo el

4 de noviembre siguiente, en que ha tenido lugar.

Ha sido Ponente el Magistrado Excmo. Sr. D. Francisco Marin Castan,

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO .- El presente recurso de casación se interpone por la parte actora, una sociedad limitada titular de una empresa de vehículos grúa para asistencia en carretera, contra la sentencia de apelación que, revocando la de primera instancia, desestimó totalmente la demanda interpuesta por aquella contra la entidad MAPFRE MUTUALIDAD DE SEGUROS Y REASEGUROS A PRIMA FIJA (en adelante MAPFRE) por incumplimiento de contrato.

Interesa destacar que en la demanda se formulaban dos pretensiones: una, principal, fundada en que el contrato entre las partes litigantes era *"un contrato de colaboración de servicios o arrendamiento de servicios"*, interesaba se declarase que la exigencia por la demandada de que los vehículos de la actora llevaran el rótulo de MAPFRE no estaba prevista en el contrato y por eso tal exigencia constituía un incumplimiento contractual, lo mismo que la conducta de la propia demandada consistente en prescindir de los servicios de grúa de la actora, así como que se condenara a la demandada, de un lado, a cumplir el contrato con una media anual de 5.719 servicios y, de otro, a indemnizar a la actora por daños y perjuicios; y la otra, subsidiaria, interesaba se declarase resuelto el contrato por incumplimiento de la demandada y se condenara a ésta a pagar la indemnización que se determinara en ejecución de sentencia.

La sentencia de primera instancia estimó parcialmente la demanda y, considerando que el contrato entre las partes litigantes era un arrendamiento de servicios, declaró su incumplimiento por la demandada, al no venir obligada la actora a poner en sus vehículos el rótulo de MAPFRE, y condenó a ésta a pagar a la actora la cantidad de 59.412 euros y a continuar solicitando los servicios de la misma actora con un mínimo de 3.771 servicios anuales. Fundamentos de este fallo son, en esencia, los siguientes: 1) El contrato litigioso no obligaba a la empresa demandante a lucir en sus vehículos el logotipo de MAPFRE, pues en el "protocolo" reconocido por ambas partes como documento contractual no aparecía ninguna novación que impusiera exclusividad a la actora, y en un documento posterior la demandada había renovado sus acuerdos con la actora sin *"ningún cambio en la relación"*; 2) para la actora suponía una importante carga económica tener permanentemente tres grúas a disposición de MAPFRE con su rótulo y de utilización exclusiva para los servicios encargados por ésta, exigencia en la que se había fundado la resolución del contrato a instancia de MAPFRE alegando incumplimiento contractual de la actora; 3) ésta trabajaba para MAPFRE desde hacía veinte años, *"con lo cual su nombre (GRÚAS ABRIL) es prácticamente sinónimo de la calidad del líder de servicios en carretera MAPFRE"*; 4) la buena fe contractual exigía que, no habiendo mediado novación del contrato mediante la cual aceptase la actora rotular sus vehículos, se mantuviera la práctica habitual de que ésta prestara el servicio como lo venía haciendo desde siempre; 5) es insostenible el argumento de MAPFRE de que su exigencia de rotulación pretendía evitar el fraude; 6) MAPFRE no podía imponer unilateralmente cambios en las tarifas acordadas por la prestación de cada servicio; 5) la paulatina disminución de los servicios encargados por MAPFRE a la actora, desde 5.719 en el año 2003 hasta prácticamente ninguno, era contraria al *art. 1256 CC*; 6) por tanto MAPFRE había incurrido en incumplimiento contractual y, además de continuar encargando servicios a la actora, debía indemnizarla en el equivalente a 1408 servicios, diferencia entre los 5.179 servicios del año 2003 y 3.771 servicios, que sería el promedio anual de aquellos 5.179 más los 2.364 del año 2004.

Contra la sentencia de primera instancia recurrieron en apelación ambas partes: la actora, fundándose en que el contrato era un arrendamiento de servicios, pidió que se condenara a la demandada a seguir encargándole una media anual de 5.719 servicios, en vez de los 3.771 reconocidos por dicha sentencia, y a una indemnización, a fijar en ejecución, que tomara como criterio de cálculo el importe de los servicios dejados de realizar si el contrato hubiera continuado en las mismas condiciones; y la demandada, fundándose en la falta de reciprocidad del contrato, porque éste no le imponía respetar exclusividad alguna de la actora ni encargarle un número mínimo de servicios, y en que no constaba su voluntad de resolver el contrato y sí, en cambio, la de la actora de no prestar servicios de grúa, interesó su total absolución de la demanda.

La sentencia de apelación, acogiendo el recurso de la demandada y rechazando el de la actora, revocó la sentencia apelada y, en su lugar, desestimó la demandada totalmente. Fundamentos de su fallo son, en esencia, los siguientes: 1) El contrato que vinculaba a las partes no era un arrendamiento de servicios sin más, sino *"un marco negocial para la celebración de particulares arrendamientos de servicios"*, una especie de *"arrendamiento flotante"* tan atípicamente configurado que, en realidad, se trataría de *"un contrato unilateral en su configuración inicial porque sólo genera obligación para Grúas Abril, en concreto, la de tener la disponibilidad a la prestación en caso de ser requerida, en las condiciones pactadas,*

*transmutándose bilateral cuando, producido el requerimiento de prestación, ésta se lleva a cabo, generando entonces la obligación de pago por parte de MAPFRE" ; 2) esa "naturaleza esencialmente unilateral" impedía la aplicación del art. 1124 CC ; 3) también resultaba imposible imponer a MAPFRE el cumplimiento del contrato, pues "ninguna obligación asume frente al proveedor"; 4) en cualquier caso, la actora no estaba obligada a poner en sus vehículos grúa el rótulo de MAPFRE; 5) no obstante, "resulta discutible cuando menos" si no se trata de "una obligación accesoria -art. 1097 CC - no explícita que ha tenido sin embargo proyecciones reales, aceptadas por el proveedor, en la propia prestación del servicio, aceptación que es de ver tanto en la rotulación de tres vehículos como en el propio tenor de las justificaciones al cumplimiento de servicios -doc. nº 23 de la demanda- sobre la base de indisponibilidad de vehículos rotulados"; 6) la carta de mayo de 2003, por la que MAPFRE advertía de una reestructuración del volumen de servicios si la actora no rotulaba sus vehículos, "sí se enmarca en los propios términos del contrato marco que antes definíamos, ya que la reestructuración tiene plena cabida entre las facultades de MAPFRE en tanto lo que concierne en el Protocolo no es un número de servicios sino el acceso a los servicios de asistencia y ello sin exclusividad, de modo que el propio contrato confiere un alto grado de flexibilidad (que nunca obligación) en las decisiones respecto de la contratación de servicios, y siempre en atención a las circunstancias concurrentes" ; 7) además, "las prestaciones de la aseguradora no pueden vincularse a una obligación respecto del proveedor por cuanto sus decisiones sólo pueden adoptarse en función de razones de servicios, de organización y de política empresarial, y en su ejercicio, tiene lógico interés en hacer ver a sus clientes que la prestación se efectúa efectivamente por ella o en su nombre aun cuando sea por tercero, la capacidad contractual del proveedor debe actuar en consonancia a la obligación que contrae respecto de una parte condicionada por su naturaleza, por tales presupuestos y en su relación, las partes han de adecuar sus prestaciones"; 8) por otra parte, el menor volumen de servicios encargado por MAPFRE pudo responder, entre otros factores, a la falta de capacidad de la actora para prestar el servicio "con la calidad publicitaria que la mercantil entendía conveniente" , aunque no cabe concluir "que se resolviera el contrato por tal causa" cuando resulta que la relación continuó durante el año 2004 y primeros de 2005, "hasta que finalmente desembocó en la falta de requerimiento de servicios, es decir, en una conclusión de facto, en la que, bien por el desconcierto planteado por el requerimiento de MAPFRE, bien por otras causas, se produjeron incumplimientos evidentes del contrato por parte de **Grúas Abril**" que habrían justificado la reducción de la petición de servicios "y, finalmente, la extinción del contrato" , pues los contratos de este tipo, dominados por el principio "intuitu personae", pueden extinguirse por voluntad unilateral de cualquiera de las partes (así se preveía en el contrato) "y, desde luego, a instancia del contratante por incumplimiento del proveedor -art. 1098 CC- como es claramente el caso que nos ocupa" ; 9) por tanto procedía estimar el recurso de apelación de la demandada y desestimar el de la actora, pues el contrato no imponía obligación alguna al comitente y no existía "ninguna reciprocidad de obligaciones en juego"*

Contra la sentencia de apelación la parte actora, titular de la empresa de vehículos grúa, interpuso recurso de casación articulado en cinco motivos, pero esta Sala no admitió dos de ellos y por tanto el recurso ha quedado reducido a tres motivos de casación.

SEGUNDO.- En su escrito de oposición al recurso la parte demandada ha planteado como cuestión previa, reiterando así lo ya alegado en las fases de preparación y admisión, la inadmisibilidad del recurso por no haber determinado la parte actora la cuantía litigiosa. Sin embargo este óbice de admisibilidad no puede ser acogido porque si bien en la demanda no se fijó con exactitud la cuantía litigiosa, es evidente que ésta superaba el límite establecido en el art. 477.2-2º LEC desde el momento en que la indemnización para el caso de acordarse la subsistencia del contratos se cifraba en 175.485 euros y esta cantidad se incrementaba en otros 201.476 euros más para el caso de que, estimándose su pretensión subsidiaria, se considerase extinguida la relación contractual (pág. 11 de la demanda, folio 12 de las actuaciones).

TERCERO.- Procediendo por tanto entrar a conocer de los motivos del recurso, antes conviene reseñar el contenido íntegro del documento que ambas partes consideran definidor de su relación contractual.

Dicho documento, incorporado al folio 40 de las actuaciones, tiene fecha de 1 de marzo de 1996, es renovación de otro de 23 de septiembre de 1987 y su texto, en papel con el membrete de MAPFRE, es el siguiente:

"PROTOCOLO DE ACUERDO DE PROVEEDORES

*De una parte D. JUAN JOSE RODRÍGUEZ-NAVIA LEGAZ en representación de MAPFRE MUTUALIDAD DE SEGUROS Y REASEGUROS A PRIMA FIJA, en adelante MAPFRE y de otra D. JOSÉ BAS PIÑOL en representación de **GRUAS ABRIL**/BAS HNOS S.L., en adelante el PROVEEDOR, establecen los siguientes*

ACUERDOS:

MAPFRE desea utilizar los servicios de GRUA, siempre que los mismos le sean necesarios en el desarrollo de su normal actividad de Asistencia.

EL PROVEEDOR se compromete a realizar la prestación de estos servicios cuando sea requerido por MAPFRE durante las 24 horas del día, los 365 días del año, con las garantías de calidad necesarias.

MAPFRE solicitará directamente del PROVEEDOR los servicios pertinentes, facilitándole el número de expediente y los datos necesarios correspondientes al mismo. MAPFRE no responderá del pago de aquellos servicios que no haya encomendado al PROVEEDOR. Si el asegurado contacta directamente con el PROVEEDOR, éste deberá comunicar antes de la realización del servicio con la Central de MAPFRE para su autorización.

El PROVEEDOR durante el presente "Protocolo de Acuerdo", y siempre con la autorización de MAPFRE, podrá utilizar en los vehículos y exponer al público el nombre comercial MAPFRE, con los rótulos que el Departamento de Proveedores facilite para su instalación.

Las tarifas que se aplicarán serán las acordadas y sólo podrán ser modificadas por acuerdo expreso de ambas partes.

El cobro de los servicios solicitados por MAPFRE MUTUALIDAD, se hará mediante el sistema de autofacturación:

El presente Protocolo de Acuerdo no tendrá carácter de exclusividad, y podrá ser resuelto por cualquiera de las dos partes, bastando con que se comunique por escrito a la otra tal decisión con una antelación de 3 días.

A partir de la comunicación de la rescisión, el PROVEEDOR no podrá utilizar los rótulos arriba indicados, que deberá entregar a MAPFRE MUTUALIDAD. En cualquier caso, la posible exposición al público no vinculará a MAPFRE MUTUALIDAD frente a terceros, sirviendo el presente documento de prueba contra la presunción legal del art. 3 del Código del Comercio, pudiendo ésta ejercitar las acciones que correspondan por violación de su derecho de marca, una vez requerido el proveedor para que cese en la misma.

En el caso de incumplimiento de las obligaciones contraídas en este contrato, se estará a lo dispuesto en el artículo 1.101 del Código Civil.

En Madrid 1 de marzo de 1996".

CUARTO.- El primero de los motivos admitidos del recurso (segundo del escrito de interposición), se funda en infracción del art. 1544 CC y de la jurisprudencia que lo interpreta por no haber considerado la sentencia recurrida que la relación contractual entre las partes era la propia de un arrendamiento de servicios y por no haber considerado que el contrato era bilateral, consensual y conmutativo, como lo es el regulado en el art. 1544 del CC.

Así planteado, el motivo no puede prosperar porque, al margen de no citarse más que una sola sentencia de esta Sala que en nada favorece a la parte recurrente por cuanto reitera la doctrina jurisprudencial de que la calificación de los contratos corresponde a los órganos de instancia, lo cierto es que el contrato litigioso no responde a la estructura típica del arrendamiento de servicios, ya que ni éstos los paga el automovilista que recibe la ayuda en carretera ni tampoco el automovilista, sino asimismo la aseguradora demandada, es quien elige a la empresa de vehículos grúa que los va a prestar, a diferencia por ejemplo de lo que sucede con los médicos del cuadro de una compañía de seguros, de suerte que esta Sala coincide con la sentencia recurrida en la atipicidad del contrato aunque ello no significa que acepte, como luego se razonará, su falta de reciprocidad.

QUINTO. - También debe ser desestimado el segundo de los motivos admitidos (tercero del escrito de interposición), fundado en infracción del art. 1204 CC y de la jurisprudencia por haber estimado la sentencia recurrida que la prestación del servicio de asistencia en carretera mediante grúas rotuladas con el logotipo MAPFRE era una obligación accesoria exigible por la aseguradora, ya que ni se cita sentencia alguna como exponente de la jurisprudencia que se dice infringida ni la sentencia recurrida considera extinguida ninguna obligación por otra que la sustituya sino que, aplicando el art. 1097 CC, considera que

el contrato litigioso, por su contenido general y aun cuando no impusiera al demandante la obligación de llevar a cabo los servicios portando rótulos de MAPFRE, sí autorizaba a esta última a exigirlos a partir de un momento dado por la propia conducta de la actora al haber rotulado tres de sus vehículos.

Cierto es que semejante argumentación de la sentencia recurrida tiene no poco de contradictoria, ya que si el contrato facultaba a la demandante para rotular tres de sus vehículos con el logotipo de la demandada, el mero ejercicio de esta facultad no podría convertirla en una obligación exigible por MAPFRE, pero la forma adecuada de impugnar la sentencia por emplear este argumento contradictorio no es alegando infracción del *art. 1204 CC*.

SEXO.- El *tercero y último* de los motivos admitidos del recurso (quinto del escrito de interposición) se funda en infracción de los *arts. 1124, 1256 y 1101 del CC* y de su jurisprudencia por no haber considerado la sentencia recurrida que la resolución unilateral del contrato por parte de la demandada supuso un evidente incumplimiento contractual al no estar justificada contractual ni legalmente.

En su desarrollo argumental se aceptan los hechos que la sentencia recurrida declara probados pero se discrepa de sus consecuencias jurídicas. Como hechos considera que: a) el rotular los vehículos con el logotipo de MAPFRE era una facultad de la actora, no una obligación; b) a partir de una determinada fecha, mediados de 2003, la demandada exigió que los servicios se prestaran mediante grúas rotuladas; y c) desde febrero de 2005 la demandada resolvió unilateralmente el contrato sin otra causa aparente que no realizarse los servicios con grúas rotuladas.

Por lo que se refiere a las consecuencias jurídicas, la parte recurrente alega, en esencia, que la conducta de MAPFRE dejando de encargarle servicios fue un claro incumplimiento contractual; que los incumplimientos de la actora-recurrente alegados por MAPFRE no tenían trascendencia resolutoria; que si no se ha constatado ningún incumplimiento resolutorio de la actora-recurrente y en cambio sí se ha constatado la exigencia injustificada de una prestación ajena al contrato, la conducta de MAPFRE está inmersa en el *art. 1124 CC*; y en fin, que siendo factible la continuación del contrato, cabe la opción del cumplimiento escogida por la actora.

La respuesta casacional al motivo así planteado pasa por puntualizar que, aun siendo su enunciado y contenido técnicamente mejorables, la cita como infringidos de los *arts. 1124 y 1256 CC*, unida a algunas de las alegaciones de su desarrollo argumental, indica claramente que mediante el mismo se está impugnando la consideración del contrato litigioso por el tribunal sentenciador como un contrato unilateral que sólo generaba obligaciones para la actora y por ello impedía aplicar en su favor el *art. 1124 CC*, ya que en definitiva la idea global que preside este motivo es que la demandada no podía dejar de encargar servicios a la actora a su libre arbitrio.

Pues bien, desde esta perspectiva sí ha de estimarse el motivo por infringir la sentencia recurrida los *arts. 1256 y 1124 CC*.

Ante todo debe señalarse que la interpretación del contrato por el tribunal sentenciador como un "marco negocial" para la celebración de particulares arrendamientos de servicios, como una especie de arrendamiento "flotante" atípicamente configurado, en principio no desacertada puesto que el contrato litigioso es ciertamente atípico, no tendría que haber desembocado en la conclusión de que el contrato era unilateral y sólo imponía obligaciones a la actora-recurrente, pues semejante conclusión infringe no sólo el *art. 1256 CC* sino también sus *arts. 1258 y 1289*.

Realmente las dudas y vacilaciones del tribunal de apelación reflejadas en la sentencia recurrida, como resulta de su motivación resumida en el fundamento jurídico primero de la presente sentencia de casación y especialmente de su contradicción interna al calificar la rotulación de las grúas como facultad contractual de la actora que sin embargo acabó convirtiéndose en una obligación por exclusiva voluntad de la demandada, habrían podido evitarse fácilmente si en lugar de centrarse en el concepto de "arrendamiento" hubiera atendido también al de "colaboración" que la hoy recurrente proponía en su demanda como calificación alternativa pero dentro de su petición principal (*"que se declare que dicha relación contractual consiste en un contrato de colaboración de servicios o de arrendamiento de servicios"*, petición 2ª, folio de 16 de las actuaciones), pues evidente resulta que el denominado *"Protocolo de acuerdo de proveedores"*, que según ambas partes definía su relación contractual, es incardinable en el amplio género de los llamados contratos de colaboración y muy próximo a los de concesión, caracterizados no tanto por las prestaciones que el concesionario realiza para terceros por encargo del concedente, o por los contratos individuales que celebra con terceros en interés propio pero también cumpliendo su deber de promoción de los productos del concedente, como por la colaboración permanente y continuada entre concedente y concesionario (SSTS 11-7-07 en rec. 2993/00 y 22-6-07 en rec. 2943/00). Por eso el

"Protocolo" en cuestión obligaba al denominado "proveedor", en realidad concesionario del servicio de ayuda en carretera que MAPFRE tenía contratado con sus clientes, a estar a disposición de MAPFRE "durante las 24 horas del día, los 365 días del año, con las garantías de calidad necesarias"; por eso se facultaba a la actora para rotular sus vehículos grúa con el logotipo de MAPFRE; por eso se preveían sucesivos acuerdos sobre las tarifas aplicables; por eso se facultaba a cualquiera de las dos partes para resolver el contrato sin más requisito que un preaviso, rasgo característico de los contratos de distribución por tiempo indefinido; y por eso, en fin, la reciente sentencia de esta Sala de 19 de febrero del corriente año (rec. 2411/05) se ha pronunciado sobre un contrato similar y un conflicto también muy similar desde la perspectiva del contrato de concesión, si bien ciertamente en aquel caso el propio contrato litigioso se denominaba "de concesión de la prestación del servicio de asistencia en viaje", considerando la Sala en cualquier caso como esencial la obligación del concedente de captar y seleccionar clientes para el concesionario.

Así las cosas, la consideración del contrato por el tribunal sentenciador como unilateral por el mero hecho de que el referido documento no contuviera expresamente la obligación de MAPFRE de encargar servicios a la actora hoy recurrente infringe el art. 1256 CC citado en el motivo, pues la disponibilidad prácticamente absoluta e incondicional de la hoy recurrente a los requerimientos de MAPFRE sólo podía justificarse por la obligación contractual de esta última, no expresa pero sí implícita o sobreentendida si se recuerda lo que disponen los arts. 1258 y 1289 CC, de encargar servicios a la recurrente. Es más, si el primer "Protocolo", de 1987, se renovó en 1996, incluyéndose entonces la facultad de la actora de rotular sus vehículos con el logotipo de MAPFRE y reforzándose por consiguiente el vínculo de colaboración entre las partes contratantes, la explicación no puede ser otra que las razonables expectativas de la actora de que la demandada iba a seguir encargándole servicios como en años anteriores, encargos para los que la falta de exclusividad no había supuesto hasta entonces obstáculo alguno, ya que apenas cabe imaginar mayor desequilibrio contractual que el de exigir plena y absoluta disponibilidad, autorizar al concesionario a usar el logotipo del concedente, que el concesionario lo haga en tres de sus vehículos y, sin embargo, la aseguradora pueda no encargar ningún servicio a la empresa de grúas e incluso extinguir de hecho la relación contractual por la sencilla vía de vaciarla de contenido. De ahí que tampoco acierte la sentencia recurrida al aumentar aún más el desequilibrio contractual transmutando la facultad de la actora de rotular sus vehículos en una obligación por el mero hecho de haber ejercitado dicha facultad y por el propio curso de la relación contractual, pues si algo demuestra la pacífica persistencia del vínculo durante más de quince años es que la relación se fundaba, conforme a la buena fe y la confianza recíprocas, en que la demandada repartía los servicios entre sus "proveedores" de un modo que satisfacía razonablemente los objetivos empresariales de las partes; como igualmente no acierta al calificar la carta de MAPFRE a la actora fechada en 13 de mayo de 2003, en realidad una amenaza nada velada de dejar de encargar servicios si la actora no rotulaba sus grúas, de algo encuadrable "en los propios términos del contrato marco" y justificado por el "alto grado de flexibilidad" que éste confería a la actora, sin advertir con ello que tan alto grado de flexibilidad resulta de todo punto incompatible con el art. 1256 CC en cuanto impide dejar la validez y cumplimiento de los contratos al arbitrio de uno de los contratantes.

Las anteriores consideraciones determinan, a su vez, que la sentencia recurrida también infrinja el art. 1124 CC, citado en el motivo junto con el 1256, porque el contrato contenía obligaciones recíprocas y, como en el caso de la citada sentencia de 19 de febrero del corriente año, la demandada, al dejar de encargar servicios a la actora, so pretexto en el presente caso de que ésta incumplía una inexistente obligación de rotular sus vehículos, incumplió a su vez el contrato en un grado tan alto y esencial que lo vació de contenido hasta, como admite la propia sentencia recurrida, extinguirlo de hecho al margen de lo previsto en el propio contrato, que era la extinción o "resolución" con preaviso, dato este último en el que la sentencia impugnada no repara suficientemente porque, de haberlo hecho, habría advertido que lo que lograba la demandada mediante esa extinción puramente de hecho era eludir la liquidación del contrato subsiguiente a una extinción ajustada a lo previsto en el mismo.

Finalmente, la infracción del art. 1124 CC por la sentencia recurrida no queda desvirtuada por los incumplimientos que ésta advierte en la actora, ya que, al margen de no detallarlos, todos ellos los sitúa temporalmente en un momento posterior a la injustificable carta de MAPFRE de 2003. La cuestión, en realidad, es en sí misma sencilla: MAPFRE era muy libre de modificar su política empresarial a partir de 2003 en el sentido de que la ayuda en carretera se prestara mediante vehículos rotulados con su logotipo, pero esto no la autorizaba, aunque así parezca entenderlo la sentencia recurrida, a convertir una facultad de la actora en una obligación, sino a renegociar las condiciones del contrato, pues no otra cosa se desprende del art. 1256 CC; y si la actora se negaba, tampoco la autorizaba a vencer su resistencia dejando paulatinamente de encargarle servicios, por impedirlo el art. 1258 CC, sino a extinguir el contrato por su propia y libre voluntad de la forma prevista en el propio contrato, es decir mediante el oportuno preaviso, aunque, eso sí, asumiendo las consecuencias de este modo de extinción.

SÉPTIMO.- La estimación del último motivo del recurso determina, conforme al *art. 487.2 LEC*, la casación en todo de la sentencia recurrida y que esta Sala deba pronunciarse como tribunal de apelación.

En esta fase es en la que deben situarse aquellas alegaciones de ese último motivo, concordantes con las peticiones del escrito de interposición del recurso, que pretenden la subsistencia del contrato al haber optado la actora-recurrente por su cumplimiento y ser éste perfectamente posible. Pero a semejante pretensión, que coincide con lo acordado por la sentencia de primera instancia, no puede accederse porque, precisamente por la naturaleza del contrato litigioso sobre la que se ha razonado en el fundamento jurídico precedente, la confianza entre las partes es esencial para su continuidad y, sin embargo, los hechos ya evidencian por sí mismos no sólo que esa confianza se ha roto sino también que la demandada no tiene voluntad de continuar una relación que cualquiera de las partes puede extinguir por su propia iniciativa.

La situación se corresponde, pues, con la de un incumplimiento contractual de la demandada que provocó de hecho el fin de la relación entre las partes y por tanto, siendo inviable la pretensión principal de la demanda, que giraba en torno a la subsistencia del contrato, debe analizarse, por autorizarlo el principio de congruencia, su pretensión subsidiaria, en la que la actora no tenía por qué insistir en la segunda instancia, al haberse acogido en la primera su pretensión principal, ni siquiera por vía de la impugnación añadida prevista en el *art. 461.2 LEC* (STS 19-2-09 en rec. 1584/03).

Consiste dicha pretensión subsidiaria, expresamente formulada para el caso de declararse resuelto el contrato por incumplimiento de la demandada, en la condena de ésta a indemnizar a la actora en la cuantía que se fije en ejecución de sentencia tomando como criterios de cálculo el importe de los servicios dejados de realizar si el contrato hubiera continuado en las mismas condiciones que cuando comenzó a incumplirse por la demandada y a indemnizarla, además, por los perjuicios ocasionados como consecuencia de la necesidad de amortizar los gastos y costes invertidos por la empresa para adaptarse a los servicios extemporáneamente cesados, cuya concreción se determinará en trámite de ejecución de sentencia con arreglo a los criterios expresados en el hecho séptimo de la propia demanda.

Pues bien, procediendo efectivamente declarar resuelto el contrato por incumplimiento esencial de la demandada, ésta debe ser condenada a indemnizar a la actora por los daños y perjuicios causados.

Para el caso de resolución del contrato la parte actora interesa una indemnización por daños y perjuicios que comprende dos partidas: 173.485 euros como importe de los servicios dejados de prestar a MAPFRE desde enero de 2004 hasta marzo de 2005 en comparación con los prestados en el año 2003, tomando este como referencia en cuanto último año de ejecución normal del contrato; y 201.476 euros como perjuicio derivado de la falta de preaviso, sorpresiva interrupción o cesación del contrato después de más de quince años de relación contractual ininterrumpida, paralización de infraestructura empresarial, inutilidad de las tres grúas con el rótulo de MAPFRE y coste del personal asignado al servicio de estas tres grúas.

Tales peticiones, sin embargo, no pueden ser acogidas en su integridad, pues está probado que la parte actora no prestaba sus servicios en exclusiva para MAPFRE y, además, de la propia documentación acompañada con la demanda se desprende que la actora prestaba su colaboración a otras compañías de ayuda en carretera, algunas de gran renombre en el sector, circunstancia especialmente subrayada por la demandada en su contestación.

Así las cosas, los daños y perjuicios totales efectivamente sufridos por la actora a consecuencia del incumplimiento del contrato por la demandada consistirán, conforme al *art. 1106 CC*, en la disminución del beneficios entre el año 2003 y el año 2004 más la disminución de beneficios entre enero, febrero y marzo de 2003 y enero, febrero y marzo de 2005, diferencias que se cuantificarán en ejecución de sentencia, como permite el apdo. 2 del *art. 219 LEC*, mediante las operaciones aritméticas correspondientes según la documentación fiscal que presente la parte actora, sin que en ningún caso el importe total de la indemnización pueda exceder de 374.961 euros, suma de las dos cantidades pedidas en la demanda.

OCTAVO.- La necesidad de determinar la cuantía de la indemnización en ejecución de sentencia conforme a bases no totalmente coincidentes con las propuestas en la demanda da lugar a que no proceda la condena al pago de intereses.

NOVENO.- Esa alteración de los criterios propuestos en la demanda para fijar la cuantía de la indemnización, atendiéndose a razones alegadas por la demandada en su contestación, determina también, conforme al apdo. 2 del *art. 394 LEC*, que no proceda imponer especialmente a ninguna de las partes las costas de la primera instancia.

DÉCIMO.- Conforme al *art. 398 LEC* no procede imponer especialmente a ninguna de las partes las costas de la segunda instancia, ya que el recurso de apelación de la actora habría tenido que acabar desembocando en la estimación de su pretensión subsidiaria y el de la demandada en la desestimación de la pretensión principal de la demanda.

UNDÉCIMO.- Conforme al *art. 398.2 LEC* no procede imponer especialmente a ninguna de las partes las costas del recurso de casación.

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

FALLAMOS

1º.- **ESTIMAR EL RECURSO DE CASACIÓN** interpuesto por la compañía mercantil demandante **GRÚAS ABRIL ASISTENCIA S.L.**, representada ante esta Sala por el procurador D. Carlos Ibáñez de la Cadiniere, contra la sentencia dictada con fecha 28 de febrero de 2007 por la Sección 8ª de la Audiencia Provincial de Alicante en el recurso de apelación nº 70/07 .

2º.- **CASAR LA SENTENCIA RECURRIDA** , en cuanto desestima totalmente la demanda, y revocar la sentencia de primera instancia en cuanto estima la pretensión principal de la demanda en vez de la subsidiaria.

3º.- En su lugar, **DESESTIMANDO LA PRETENSIÓN PRINCIPAL y ESTIMANDO LA SUBSIDIARIA DE LA DEMANDA** interpuesta en su día por dicha recurrente contra la entidad MAPFRE MUTUALIDAD DE SEGUROS Y REASEGUROS A PRIMA FIJA, declarar resuelto el contrato entre ambas litigantes, documentado en 1987 y 1996 mediante lo que se denominó "*Protocolo de acuerdo de Proveedores*" , por incumplimiento esencial de la demandada, y en consecuencia condenar a ésta a indemnizar a la actora, por daños y perjuicios, en la cantidad que se acredite en ejecución de sentencia por disminución de beneficios entre el año 2003 y el año 2004 más la disminución de beneficios entre enero, febrero y marzo de 2003 y enero, febrero y marzo de 2005, según la documentación fiscal que presente la parte actora, sin que en ningún caso el importe total de la indemnización pueda exceder de 374.961 euros.

4º.- Y no imponer especialmente a ninguna de las partes las costas de las instancias ni del recurso de casación.

Líbrese al mencionado tribunal la certificación correspondiente, con devolución de los autos y rollo de Sala.

Así por esta nuestra sentencia, que se insertará en la COLECCIÓN LEGISLATIVA pasándose al efecto las copias necesarias, lo pronunciamos, mandamos y firmamos .-Francisco Marin Castan.-Jose Antonio Seijas Quintana.-Encarnacion Roca Trias.-Rafael Gimeno-Bayon Cobos.-FIRMADA Y RUBRICADA. PUBLICACIÓN.- Leída y publicada fue la anterior sentencia por el EXCMO. SR. D. Francisco Marin Castan, Ponente que ha sido en el trámite de los presentes autos, estando celebrando Audiencia Pública la Sala Primera del Tribunal Supremo, en el día de hoy; de lo que como Secretario de la misma, certifico.