

SENTÈNCIA de 26 de febrer de 2003

**Precontracte: concepte.- Resolució dels contractes bilaterals per incompliment d'una de les parts: determinació de la part incomplidora, requisits i efectes de l'incompliment.- Prestanoms: concepte, modalitats i règim jurídic.- Determinació del lucre cessant: criteris per a la seva fixació.- Principi de rogació.- Principi de contradicció.- Principi de seguretat jurídica.- Congruència: modalitats.- Càrrega de la prova**

Reunida la Sala Civil del M.I. Tribunal Superior de Justícia d'Andorra, sota la presidència del M I. Sr. Jean Louis VUILLEMIN, i els magistrats M.I. Sr. Antoni BRUGUERA MANTÉ i M.I. Sr. Joan Manel ABRIL CAMPOY, ha adoptat la resolució següent:

ANTECEDENTS DE FET

I.- La representació processal del Sr. Salvador B.D. va interposar, en data 30-9-1998, demanda de judici verbal civil, a tramitar pel procediment ordinari, contra Francesc i Cristina F.H., en virtut de la qual sol·licitava, amb caire principal, que es condemnés als defenents al compliment del contracte de promesa d'arrendament i d'opció de compra de data 30-3-1998, amb el lliurament immediat de la possessió de l'Hotel Roc de Caldes, les seves instal·lacions i terrenys annexes, així com la indemnització derivada del retard en el compliment de l'esmentat contracte, a fixar en període d'execució de sentència. I, de forma subsidiària, demanava que si el compliment esdevé impossible, es condemni a satisfer a la part agent la quantitat de 568.212.000 ptes, en concepte de danys i perjudicis, amb més els interessos legals des del primer de juny de 1998, o de forma subsidiària, des de la contesta a la demanda. En darrer terme, sol·licitava, en ambdós casos, la imposició a la part defenent de les costes judicials.

La representació processal dels Srs. Francesc i Cristina F.H. van formular, en data 21-10-1998, oposició a la demanda presentada per la part agent, i en la qual demanaven que es dictés sentència que absolgués als defenents de totes les pretensions instades en la seva contra, amb imposició a la part agent de les costes processals.

II.- L'Honorable Tribunal de Batlles, en data 4-9-2002, va dictar sentència i la seva part dispositiva és la que segueix: "ACORDEM Que ha d'estimar i estima la demanda presentada per la representació del Sr. Salvador B.D. contra el Sr. Francesc F.H., que per defunció s'ha d'entendre substituït per la seva hereva la Sra. Ingrid F.H. i la Sra. Cristina F.H. condemnant a les mateixes al pagament de la quantitat de CENT DOS MIL QUATRE-CENTS NOU EUROS (102.409 €) més els interessos legals d'aquesta quantitat des de la data de contesta a la demanda, sense fer especial pronunciament respecte de les costes del present procediment".

III.- La representació processal del Sr. Salvador B.D. ha formulat recurs d'apel·lació contra la sentència de data 4-9-2002 i, en data 5-11-2002, va presentar escrit de conclusions en virtut del qual demanava la revocació parcial de la sentència esmentada i que es dictés una altra que estimés en la seva integritat la quantitat de 1.021.720,56 €, reconeguda per ambdós perits, amb imposició a la part defenent de les costes judicials d'ambdues instàncies.

Així mateix, la representació processal de les Sres. Ingrid F.H. i Cristina F.H. va presentar recurs d'apel·lació contra la sentència esmentada i, en data 12-11-2002, va formular escrit de conclusions, en el qual sol·licitava la desestimació en la seva integritat de la demanda i l'estimació de la contesta, amb expressa imposició a la part agent de les costes processals.

Ambdues parts recurrents van formular sengles escrits de contesta a les conclusions.

Ha actuat com a magistrat ponent el M.I. Sr. Joan Manel ABRIL CAMPOY.

## FONAMENTS DE DRET

I.- El recurs d'apel·lació interposat per la part agent es fonamenta en els següents motius d'apel·lació. En primer terme, manifesta que l'únic objecte del seu recurs d'apel·lació rau en combatre els considerants XIV i XV. Així, afirma que no és ajustat a dret el segon paràgraf del considerant XIV perquè, si bé és cert que el Sr. B. no tenia intenció d'explotar de forma personal l'Hotel, aquest era l'exclushiu titular del dret d'explotació i de l'opció de compra de l'Hotel i, per consegüent, podia encarregar la gestió de l'hotel a una empresa o contractar terceres persones per realitzar aquesta gestió i en la pericial del

Sr. T. ja es preveu que el cost d'encarregar la gestió a una cadena hotelera es xifra en el 5%. En aquest sentit, manifesta que ambdós perits quantifiquen els danys i perjudicis, respecte al lucre cessant, en 170 milions de pessetes i aquesta xifra és la que hauria pogut obtenir l'agent de l'explotació del negoci. En segon terme, entén que es podia constituir una societat i rebre una tercera part dels beneficis, segons el que s'afirma a la sentència d'instància, i aquest extrem esdevé contradictori amb la fixació de la indemnització en un 10%. Afegeix que els pactes que el recurrent pogués tenir amb la cadena hotelera AC HOTELES és res inter alios acta, a la vegada que la família F. s'estaria enriquint de forma injusta. En tercer terme, considera que la condemna a l'abonament del 10% vulnera el principi de congruència i de contradicció, ja que en cap moment s'ha al·legat aquell percentatge.

Per altra part, la part defenent també ha interposat recurs d'apel·lació contra la sentència d'instància que justifica en els següents motius d'apel·lació. El primer motiu d'apel·lació rau, segons el parer del recurrent, en el fet que l'incompliment del contracte de 30 de març de 1998 fou imputable al Sr. B., ja que no va proposar cap projecte de contracte definitiu ni va aportar la fiança bancària de 75 milions de pessetes a la que restava obligat, el que constata la seva manca de capacitat econòmica. Afegeix que esdevé no ajustat a dret el fet que una resolució judicial expliqui que una persona espanyola pot explotar un negoci a través de l'expedient del prestanoms. Manifesta que la manca de compliment del contracte no és imputable als germans F.H., tota vegada que existeixen proves que demostren la voluntat de complir, com la proposició de pròrroga de la data límit de la signatura o l'enviament d'un projecte de contracte definitiu. I afegeix a més que la resolució judicial de la instància, a excepció de les costes processals, no estableix quins són els fonaments de dret, per la qual cosa s'ha d'entendre que són els adduïts per la part agent i que es pot emprar l'exceptio inadimpleti contractus, a la qual es fa referència en els fonaments de la demanda de la part agent. El segon motiu d'apel·lació s'articula amb caire subsidiari respecte del primer i entén que la sentència no podia fixar una indemnització del 10% dels beneficis previstos perquè incompleix el principi de rogació, el principi que regula l'onus probandi i els principis de seguretat jurídica i d'interdicció de tota arbitrarietat. I, en darrer lloc, sustenta que l'agent ha de ser condemnat en costes per la seva mala fe i temeritat.

II.- La resolució dels dos recursos d'apel·lació contra la sentència dictada per l'Honorable Tribunal de Batlles exigeix, de conformitat amb el que disposa

l'article 86 de la Constitució del Principat d'Andorra, la motivació i fonamentació en l'ordre jurídic de la present sentència. Això significa que, per donar compliment a les exigències del principi de congruència, de la claredat expositiva i de la tutela judicial efectiva, esdevé adequat analitzar, en primer lloc, el recurs formulat per la part defenent, que s'orienta a combatre la imputació de l'incompliment del contracte que efectua la resolució d'instància, al marge de les consideracions sobre la indemnització i, només si aquest es rebutjat, serà escaient examinar la procedència del recurs d'apel·lació de la part agent, que partint de que l'incompliment del contracte esdevé imputable a la part defenent, s'alça contra la quantificació del lucre cessant realitzat a la sentència impugnada.

De conformitat amb les precedents afirmacions, correspon examinar ara si l'incompliment del contracte documentat en data 30 de març de 1998 esdevé o no imputable a la part defenent. Així addueix la part defenent que ara recorre que existeixen proves que acrediten la seva voluntat de complir com l'ajornament de la data límit per a signar o la presentació d'un projecte de contracte definitiu, mentre que s'acredita que qui va incomplir fou el Sr. B., qui no va presentar la fiança bancària a la que restava obligat ni cap projecte de contracte definitiu.

Per a resoldre aquest extrem s'han de partir dels fets següents. En primer lloc, en data 30 de març de 1998, les parts litigants van signar un document, en virtut del qual la part defenent, propietària de l'Hotel Roc de Caldes i el Sr. B. es comprometien a signar abans del dia 1 de maig de 1998 un contracte d'arrendament de deu anys de durada, relatiu a l'Hotel i les seves instal·lacions i mobiliari, per un preu mensual de 2.500.000 ptes, amb l'exigència d'un aval bancari de 75 milions de pessetes prestat per la part agent. A més s'autoritzava a la part arrendatària a fer obres de millora i ampliació i a encarregar o contractar amb terceres persones la gestió de l'Hotel, a la vegada que es preveia que la persona que signarà com arrendatària podrà ser substituïda per aquella que designi el Sr. B., sense que això es consideri traspàs, cessió o notació. Així mateix, es preveia que les parts signarien un contracte d'opció de compra i es detallaven també els elements essencials del mateix. En segon lloc, en data 28 d'abril de 1998, la part defenent comunica que el contracte definitiu s'haurà de signar el dia 1 de juny perquè els seus assessors no han finalitzat la seva tasca i perquè no disposa encara dels inventaris. En tercer lloc, el dia següent, per mitjà de fax, l'advocat de la part defenent va fer l'enviament d'un projecte de contracte definitiu. En quart lloc, la part agent comunica a la part defenent que és intenció seva signar el contracte definitiu

però que caldria una reunió amb el representant legal (sic assessor legal) de la propietat, ja que s'han inclòs pactes i clàusules no acordades. Aquests mateixos fets foren comunicats al Sr. F. per mitjà de la intervenció notarial en data 15-5-1998 (foli 79). I, per últim, cal destacar que, en data 13-5-1998, el Sr. H. en nom de la Sra. F. i del Sr. F. comunica que s'ha escolat el termini convingut en el contracte de 30 de març i que, per tant, l'esmentada convenció queda resolta i sense efectes.

D'acord amb aquests fets no pot ésser acollit aquest primer motiu del recurs d'apel·lació per les raons que a continuació s'exposen. Si s'analitza l'actuació de la part defenent, es pot concloure com en un primer moment va sustentar que el contracte de 30 de març de 1998 constituïa un mer plec d'intencions; és a dir, que ens trobàvem dins de la fase precontractual o de tractes preliminars, quan realment constitueix un precontracte, entès com aquell contracte on les parts dissenyen el contracte definitiu que portaran a terme, existint ja entre les mateixes vinculació contractual, per la qual cosa, des d'aquell moment, no es poden deslligar de la relació convinguda sense incidir en responsabilitat. Ara, la recurrent manifesta que són actes que acrediten la seva voluntat de complir amb el contracte de 30 de març de 1998 el fet d'ajornar la data límit per a la signatura i a més que va presentar una proposta o projecte de contracte definitiu, mentre que el Sr. B. no ho va fer. Aquests arguments han de ser refusats, tota vegada que l'ajornament el va sol·licitar la part defenent per causes que li resultaven imputables a ella mateixa, com el fet de no tenir els inventaris requerits o que els seus assessors legals encara no havien finalitzat la tasca endegada. I aquesta pròrroga fou acceptada per la part agent. I en aquesta línia d'idees, la carta remesa per fax del Sr. H.D, mostra la manca de diligència en l'actuació de la propietat de l'hotel, ja que sol·licita l'ajornament de la signatura del document definitiu fins el dia 1 de juny de 1998 i, en data 13 de maig de 1998, comunica que el termini que establí el contracte de 30 de març de 1998 s'ha escolat i que, per tant, resta resolta i sense efectes la prèvia convenció. I el mateix s'esdevé amb l'argument segons el qual el Sr. B. no va presentar una proposta de contracte definitiu i sí ho va fer la part defenent. En efecte, si analitzem la proposta o projecte de contracte definitiu; és a dir, aquell que s'hauria de signar per les parts en compliment o execució del primigeni precontracte de 30 de març de 1998, es pot concloure que tampoc aquest extrem es pot considerar com una prova de la correcta actuació de la propietat de l'Hotel, sinó, al contrari, ja que el fet de presentar un projecte de contracte definitiu que incloïa pactes que contravenien aquells ja acceptats per les parts o bé afegien altres gravosos per la part

agent, no feia sinó evidenciar l'actitud contrària a la diligència precisa en el compliment del contracte que vinculava a les parts. Així, no es permetia al Sr. B. portar a terme la cessió dels seus drets a tercers ni poder fer obres, a la vegada que s'exigia un nou aval de 300 milions i es sancionava el no exercici del dret d'opció.

I tampoc pot considerar-se que la no prestació de l'aval bancari de 75 milions de pessetes es pugui considerar com un acte que acrediti l'incompliment per part del Sr. B. Així, de la prova practicada a la instància ha restat acreditat que per la concessió de l'aval era requisit ineludible la presentació dels inventaris per la propietat de l'Hotel i aquesta mai va complir amb aquesta càrrega que possibilitaria que el Sr. B. hagués pogut lliurar l'aval. Per consegüent, no només l'ajornament de la signatura es va deure a la manca de confecció dels inventaris per la propietat de l'Hotel, sinó que la manca de lliurament dels mateixos fou la que impossibilità, com així ho admet el representant de l'Entitat financera La Caixa, Sr. Vives (foli 224), que la part agent complís amb la seva obligació relativa al lliurament de l'aval. Per consegüent, tampoc pot ésser estimat aquest extrem o argument emprat per la part recurrent.

IV.- Respecte a aquest primer motiu d'apel·lació, la part recurrent manifesta que no esdevé ajustat a dret que una resolució judicial expliqui com una persona de nacionalitat espanyola pot gestionar negocis a través de la figura del prestanoms, a la vegada que afirma que la resolució d'instància, excepte a la imposició de costes, no explicita cap fonamentació jurídica per la qual cosa s'ha d'entendre que acull la de la part actora.

Pel que fa al primer extrem adduït, la figura del prestanoms ha estat objecte de reiterada atenció per aquesta Sala, de tal forma que el prestanoms constitueix una modalitat dels anomenats negocis fiduciaris (fiducia cum amico), mitjançant la interposició real de persona, en virtut del qual una persona de nacionalitat andorrana cedeix, a canvi de contraprestació o no, el seu nom a una altra per a l'exercici d'una activitat empresarial al Principat d'Andorra. I en aquest sentit, la figura del prestanoms gaudeix d'una certa tipicitat social, essent vàlids els pactes establerts entre les parts (titular real versus titular formal), sense que siguin oposables a tercers, excepte quan els coneguin (cf. SSTSJA de 13-3-1997, 12-3-1998 i 8-4-1998) i corresponent als òrgans judicials el control d'aquests pactes per evitar que puguin vulnerar normes de caire imperatiu o de ius cogens (cf. STSJA de 30-11-2000). Aleshores, el fet que la resolució judicial dictada per l'honorable Tribunal de Batlles expliciti, amb observació de la realitat social en la qual

s'ha d'aplicar les normes jurídiques, l'existència de la figura del prestanoms i la seva utilització al Principat d'Andorra no es pot considerar que constitueixi un motiu per a entendre que la resolució judicial d'instància no està ajustada a dret, i més i es té en compte que el contracte de 30 de març de 1998 partia en el seu contingut d'un pacte essencial pel Sr. B., com era la possibilitat de ser substituït en l'explotació de l'Hotel per aquella persona que ell designés.

I en relació a l'altre extrem que addueix la part apel·lant, s'ha de dir que la sentència es centra en determinar a qui és imputable l'incompliment del contracte de 30 de març de 1998 i per a determinar-ho porta a terme una acurada i detallada anàlisi i valoració del material probatori, per a concloure que la responsable de l'incompliment és la part defenent. I en aquest sentit, si bé és cert que no s'explicita pel Tribunal de Batlles quines són les normes aplicables, això s'extreu no només de l'acolliment parcial de la demanda de l'agent, on s'al·leguen els paràgrafs del Digest i del Codi que exigeixen el compliment dels contractes i les sentències que resolen casos de concessió d'indemnització en supòsits d'incompliment, sinó de la lectura de la pròpia resolució. En efecte, la sentència, malgrat no ho expliciti, acull l'acció de resolució per incompliment que permet demandar els danys i perjudicis que l'incompliment ha ocasionat i que troba la seva fonamentació al Digest 18,3,3 i amb posterioritat és recollida pel dret canònic, de la qual constitueix una clara mostra la màxima "**fragenti fidem non est fides servanda**".

Però el que afegeix aquí el recurrent és que d'acord amb els fonaments de la demanda de la part agent, és d'aplicació al present supòsit l'exceptio inadimpleti contractus i, per tant, s'ha de revocar la sentència d'instància. Aquest darrer argument tampoc pot triomfar perquè l'exceptio inadimpleti contractus exigeix que la violació afecti a una obligació de caire essencial i no merament accessòria (STSJA de 22-6-2000) i que qui l'al·legui hagi complert amb la prestació que li corresponia (cf. Decretals 5,75). I en el present cas qui ha originat l'incompliment, com ja s'ha argumentat, ha estat la pròpia part defenent, per la qual cosa no pot aduir l'exceptio inadimpleti contractus aquell que amb la seva actuació ha originat l'incompliment del contracte.

V.- El segon motiu d'apel·lació de la part defenent i recurrent s'orienta a combatre la fixació per la sentència recorreguda de l'import de la indemnització en el deu per cent de la quantitat fixada pericialment, ja que al seu parer això contravé el principi de rogació, l'onus

probandi, el principi de seguretat jurídica i el d'interdicció de l'arbitrarietat.

En relació al principi de rogació i de l'onus probandi s'han d'establir les precisions següents. El principi de rogació o dispositiu és immanent al procés civil, de tal forma que, en virtut del mateix, són les parts processals les que fixen i concreten l'objecte del procés, i l'òrgan judicial no pot resoldre qüestions no suscitées per les parts i s'ha de limitar a resoldre allò que és objecte del debat, sense que pugui donar menys del que ha estat acceptat ni més del demanat. En consonància amb això, resulta que la part agent va demanar, en primer lloc i de forma principal, la condemna de la defenent al compliment i, de forma subsidiària, la indemnització dels danys i perjudicis derivats d'aquest incompliment i que xifrava en 568.212.000 ptes i, amb posterioritat, en el seu escrit de conclusions ho xifrava en 183.892.467 ptes o subsidiàriament en 170 milions de pessetes, mentre que la part defenent sol·licitava l'absolució dels defenents en relació a totes les pretensions instades en la seva contra. Doncs bé, la sentència de l'Honorable Tribunal de Batlles no concedeix més del que s'ha demanat ni menys del que s'ha acceptat i fixa la indemnització de danys i perjudicis en una quantitat inferior a la demanada per l'actora i que resulta ser la de 17 milions de pessetes. Per tant, no s'observa cap infracció del principi dispositiu, tota vegada que la resolució judicial resol una pretensió de condemna a indemnitzar danys i perjudicis i fixa la indemnització que considera adient, en atenció a que el Sr. B. obtindria uns determinats guanys de l'explotació de l'hotel mitjançant la seva cessió i explotació per un tercer.

El segon principi que s'assenyala com a infringit és el principi relatiu a l'onus probandi, de tal forma que segons aquest principi correspon a la part actora l'acreditació dels fets constitutius i a la part defenent la dels fets excloents, extintius i impeditius (cf. Digest 22,3,21 ("**semper necessitas probandi incumbit illi, qui agit**"). Considera que l'agent no ha al·legat que la seva intenció era cedir el contracte definitiu; subsidiàriament que s'hauria d'haver acreditat el percentatge de la comissió i la quantia sobre la que es percebria la comissió. Aquest extrem també ha de ser refusat. En efecte, de la prova practicada s'extreu que la titularitat de l'Hotel no podia girar a nom de l'agent, tota vegada que no ostentava la nacionalitat andorrana, a la vegada que com a advocat en exercici no podia destinar la totalitat del seu temps a l'explotació del negoci hotel·ler, i resulta també que en el contracte de 30 de març de 1998 s'inclou la clàusula de cessió de la gestió i explotació de l'Hotel a tercers, a la vegada que es troba a les actuacions la



testifical del Sr. A. (foli 220) que acredita les visites del Director del grup AC Hoteles a l'hotel Roc de Caldes, i que es va tractar la possibilitat de gestionar l'esmentat hotel. Per consegüent, del propi document i de la prova s'evidencia que la intenció del Sr. B. era gestionar a través de tercers l'Hotel. Així mateix, resulta que l'agent sol·licitava una indemnització relativa a l'explotació de l'hotel, però no es determinava quin grau d'implicació tindria en aquesta explotació, per la qual cosa la sentència, a l'entendre que l'explotació no seria a títol personal, sinó que es cediria a tercers a canvi d'una comissió fixa el deu per cent, sobre el total dels guanys que es podien obtenir en el període de durada del contracte. I en aquesta línia d'idees no contravé la distribució de la càrrega de la prova, ja que resten acreditats els perjudicis i la seva quantitat, i el que fa la resolució es fixar un percentatge en atenció a la forma que es desprèn de les actuacions que l'agent explotaria l'Hotel.

En darrer lloc, tampoc es pot entendre que s'hagi vulnerat el principi de seguretat jurídica i d'interdicció de l'arbitrarietat, ja que l'article 10 de la CPA estableix el dret a la jurisdicció, que es tradueix en la necessària motivació i fonamentació de les sentències (art. 86.2 CPA), que actua com a garantia del justiciable, de tal forma que pot conèixer els arguments que justifiquen l'acceptació o el refús de les seves pretensions, a la vegada que interpreta l'ordenament jurídic andorrà i resol els conflictes d'interessos de caire privat. En efecte, la sentència de l'Honorable Tribunal de Batlles motiva en el seu Considerant XIV la viabilitat de la indemnització i la seva quantificació en un 10% pels motius que en ell s'estableixen, de tal forma que la sentència raona el quantum total de la indemnització i fixa en el 10% l'import que correspon a l'agent en atenció a les seves circumstàncies concretes en relació a la possibilitat d'exercitar la gestió de l'Hotel.

VI.- El darrer motiu d'apel·lació de la part defenent es troba en que s'han d'imposar les costes a la part agent, tota vegada que la manca de compliment del contracte és imputable a l'agent. Acreditat a la instància i confirmat per aquesta Sala que l'incompliment esdevé imputable a la part defenent s'ha de refusar també aquest motiu d'apel·lació.

VII.- Quant al recurs d'apel·lació interposat per la part agent, aquest es limita a combatre els considerants XIV i XV, ja que entén que la fixació del 10% de la quantitat de 170 milions vulnera el principi de congruència i contradicció, que l'acolliment del percentatge del 10% és

contradictori amb les afirmacions de la sentència recorreguda respecte a la possibilitat d'establir una societat amb un terç del capital social i que, a la pericial del Sr. T., ja es calculava el cost de la gestió per una cadena hotelera en un 5%, essent l'únic titular del dret d'explotació el Sr. B.

En relació a la infracció que s'al·lega per la recurrent del principi de congruència i contradicció, si bé ja s'ha refusat quan s'examinava el recurs d'apel·lació de la part defenent i la infracció que denunciava del principi dispositiu, convé ara portar a terme certes precisions. Cap infracció es pot observar en relació al principi de contradicció de les parts, ja que al llarg del procediment han estat tractades de conformitat amb el principi d'igualtat, de tal manera que ambdues han disposat dels mateixos mecanismes i instruments per a la defensa de llurs pretensions. I pel que es refereix al principi de congruència, aquest significa que l'òrgan judicial, en el procés civil, no pot deixar de resoldre les pretensions oportunament deduïdes per les parts litigants, ja que de fer-ho incidiria en la vulneració del dret a la jurisdicció que es proclama a l'article 10 de la CPA. Així mateix, la congruència s'ha d'entendre com la necessària adequació que ha d'existir entre les al·legacions formulades per les parts i la decisió de la resolució judicial. Des d'aquest punt de vista, s'ha d'indicar que la congruència, que actua com un principi del procés civil, impedeix que el Tribunal es pugui pronunciar sobre qüestions no adduïdes per les parts i l'obliga a resoldre totes aquelles pretensions que han estat al·legades.

Si analitzem i contrastem les al·legacions efectuades per les parts i la part dispositiva de la resolució judicial es pot concloure la inexistència d'incongruència, ja que la part agent sol·licita una indemnització derivada de l'incompliment per la part defenent d'un precontracte que xifra, en el seu escrit de conclusions, en 183.892.467 ptes o subsidiàriament en 170 milions de pessetes, mentre que la part defenent demana la desestimació de la demanda. La sentència de l'Honorable Tribunal de Batlles considera acreditat l'incompliment i per tant, que s'han de rescabalar els danys i perjudicis originats en concepte de lucre cessant i xifra aquests en un percentatge del total dels guanys que en deu anys s'haguessin pogut obtenir amb una explotació i gestió personal, tota vegada que l'actor no podia portar a terme aquesta gestió personalment, com explícitament ho accepta en el seu escrit de conclusions. Emmarcada la resolució en aquestes premisses s'ha de concloure que no existeix incongruència omissiva, tampoc incongruència ultra petita, donat que la sentència no concedeix més del que s'ha demanat, ni extra petita, en la qual es concedeix quelcom

divers al que s'havia sol·licitat. I, en darrer lloc, tampoc, a judici d'aquesta Sala, ens trobem en un supòsit de incongruència citra petita, ja que no s'ha atorgat menys del que es va admetre pel mandat.

VIII.- El segon extrem que s'ha d'analitzar és aquell formulat pel recurrent, segons el qual la fixació del percentatge del 10% d'indemnització es contradiu amb les afirmacions de la pròpia sentència, on es diu que podia constituir una societat amb un terç del capital social. Aquesta pretesa incoherència que es denuncia per la part recurrent tampoc existeix. És cert que la sentència estableix que "podia perfectament, com els defenents reconeixen, constituir una societat amb socis andorrans en la que ell tingués un terç del capital o bé cedir la titularitat a un andorrà i portar a terme la gestió juntament amb una cadena hotelera o senzillament cedir titularitat i gestió a un tercer i cobrar una quantitat per la mateixa". Però aquesta és una possibilitat que reconeix la sentència i no una asseveració segons la qual l'agent havia de constituir o estava en tràmits de constituir una societat. Precisament, encara que a la prova de confessió de l'agent aquest indica que estaven en tràmits de constitució dues societats, aquesta afirmació constitueix una mera al·legació de part i, per tant, si bé la sentència valora la possibilitat, com que es tracta d'indemnitzar el lucre cessant en atenció als guanys que l'agent hagués pogut obtenir, arriba a concloure que al no poder explotar i gestionar personalment l'Hotel, com el propi recurrent reconeix en el seu escrit de conclusions, i no haver acreditat la constitució de les societats o al menys que aquestes es trobessin en tràmits, la sentència no pot acollir aquests extrems per a fixar la indemnització, tota vegada que són extrems que correspon provar a la part agent, com a fets constitutius de la seva pretensió (cf. D. 22,3,21), i, per consegüent, al restar provada la clàusula de substitució en la gestió i la intenció de l'agent de no explotar-ho de forma personal, així com la visita del director de la cadena AC Hoteles, conclou la resolució judicial que la indemnització, donada la manca de prova respecte a altres possibles formes d'explotació amb més implicació personal i patrimonial, s'ha de fixar en un percentatge que és el corresponent a la comissió a percebre per l'actor, derivada de la cessió a un tercer de l'explotació i que es xifra en un 10%. I respecte aquest extrem s'ha de dir que el percentatge del 5% de gestió de cadena a que es fa referència en l'estudi del Sr. T. (foli 119) no és equiparable a la situació que aquí s'analitza, ja que en l'estudi econòmic es preveu que el 5% respon a les activitats de màrqueting, promoció i supeditació de l'administració a les estratègies del Grup hotelier, mentre

que en el present supòsit el que s'examina és el que es podria percebre si es cedeix a un grup o tercer l'explotació i gestió de l'Hotel per part de l'agent. I, així, donada l'acreditació que no es vol gestionar personalment, la manca de prova en relació a la constitució de societats o de la seva tramitació, la sentència no podia fer altra cosa que fixar la indemnització conforme al percentatge que es podria obtenir per la cessió a un tercer de la gestió i explotació. I des d'aquest punt de vista, el percentatge del 10% fixat per la resolució judicial que ara s'apel·la sembla adequat, perquè la comissió a percebre era la única forma d'establir la indemnització, quan no s'ha provat altres formes de major implicació personal o patrimonial en la futura gestió de l'Hotel, a la vegada que, en matèria de lucre cessant, no són atendibles els somnis de guanys, sinó que s'ha de fixar per l'òrgan judicial amb criteris de normalitat i racionalitat. En conseqüència, no es pot admetre una interpretació subjectiva que fixi els guanys segons l'activitat que hagués desenvolupat l'agent, quan aquesta no resta provada. I per això, si s'ha de fixar aquest lucre cessant pel Tribunal, impera l'acolliment de paràmetres de normalitat i de racionalitat, la qual cosa significa que s'ha d'atendre a les reals possibilitat d'obtenció de guanys de l'agent i connectar-ho amb la seva voluntat de no gestionar ni explotar personalment l'hotel, i amb la manca de prova de l'existència de societats constituïdes o en vies de formació. I aleshores, donada aquesta manca d'implicació personal i patrimonial, la sentència resol adequadament quan, amb aquestes dades i amb la clàusula de substitució de la persona i de cessió de l'explotació, conclou que la indemnització es pot fixar en el percentatge que resultaria de la comissió a obtenir per la cessió a un grup o tercer de l'explotació, essent perfectament adequat amb la praxis la fixació, a manca d'altre prova per l'actor, en el deu per cent dels beneficis a obtenir.

IX.- El rebuig d'ambdós recursos d'apel·lació motiva la imposició a les parts recurrents de les costes d'aquesta segona instància (Codi 7,51,5).

Vistos la legislació vigent i els Usos i Costums aplicables al present cas,

La Sala Civil del M.I. Tribunal Superior de Justícia d'Andorra,

DECIDEIX

Desestimar els recursos d'apel·lació interposats per la part agent Sr. Salvador B.D. i per la part defenent Sres. Ingrid F.H. i Cristina F.H. contra la sentència que va dictar l'Honorable Tribunal de Batlles, Secció civil, en data 4-9-2002, i la confirmem en tots els seus extrems, amb imposició de les costes processals d'aquesta segona instància respectivament a les parts recurrents.

Així per aquesta nostra resolució, de la qual en serà tramés testimoni a l'Hble. President de la Batllia, per al seu coneixement i als efectes escaients, definitivament jutjant, ho pronunciem, manem i signem.-